



HAL
open science

Entreprises et Communs. Entretiens approfondis menés sur le devoir de vigilance des multinationales

Paul Mougeolle, Aurore Chaigneau

► To cite this version:

Paul Mougeolle, Aurore Chaigneau. Entreprises et Communs. Entretiens approfondis menés sur le devoir de vigilance des multinationales. 2020. hal-03408094

HAL Id: hal-03408094

<https://hal.science/hal-03408094>

Preprint submitted on 28 Oct 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - ShareAlike 4.0 International License



Projet de recherche EnCommuns

**Paul Mougeolle (Doctorant, Chercheur
EnCommuns)**

**Aurore Chaigneau (Professeure, Université Paris
X Nanterre)**

(dir.)

Entreprises et Communs

***Entretiens approfondis menés sur le devoir
de vigilance des multinationales***

WP 36

Juin 2020

Avertissement

Ce WP 36 consiste en un ensemble d'entretiens approfondis sur le devoir de vigilance des multinationales menés à la suite du colloque « Entreprises et communs, nouveaux contrôles sur le pouvoir économique ».



Ce colloque a consisté en une [journée d'étude](#) organisée par le CEJEC et l'Université Paris Nanterre dans le cadre du programme *Entreprendre en commun* ([EnCommuns](#)).

Résumé :

Le 30 janvier 2020 a eu lieu un colloque à l'Université de Paris Nanterre sur les entreprises et les communs. La loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été l'une des thématiques incontournables et transversales de la journée. Afin de rendre compte des réflexions et d'approfondir certaines questions fondamentales et d'actualité liées à cette loi pionnière, des entretiens approfondis ont été menés avec certains invités. Ainsi, les représentants d'association (CCFD-Terre solidaire, Les Amis de la Terre, Sherpa), largement impliqués dans le processus législatif, ont été interrogés sur les premières actions en justice basées sur cette loi qu'ils mènent ou soutiennent contre Total et EDF ainsi que sur les propositions d'amélioration du dispositif pour l'initiative européenne à venir, tandis que certains universitaires (A. Danis-Fatôme, A.S-Epstein, J. Rochfeld, T. Perroud) ont été questionnés sur les réels apports du devoir de vigilance.

Mots-clés :

Devoir de vigilance, *due diligence*, entreprises, multinationales, communs, droits de l'Homme, environnement, climat.

Sommaire

| | |
|---|----|
| | 1 |
| Edito, Paul Mougeolle (chercheur associé au projet EnCommuns)..... | 5 |
| Propos introductifs d’Anne Danis-Fatôme (université de Bretagne Occidentale)..... | 6 |
| Swann Bommier (association CCFD-Terre Solidaire), sur la contribution du devoir de vigilance au concept des communs ainsi que l’affaire Union Hidalgo c. EDF (Mexique) | 9 |
| Dans quelle mesure le devoir de vigilance est-il un enjeu ayant trait aux communs ? Cette loi contribue-t-elle à conceptualiser l’entreprise comme commun ?..... | 9 |
| Pourriez-vous présenter plus précisément l’action en justice contre EDF au Mexique ? | 10 |
| Pourquoi est-il apparu au cours de cette procédure que la compétence du PCN n’est pas satisfaisante ?..... | 12 |
| Dans quelle mesure la « judiciarisation de la RSE » à travers un devoir de vigilance contraignant des multinationales est-elle nécessaire selon vous ? | 14 |
| Sophia Gallo, Léa Kulinowski et Juliette Renaud (association Les Amis de la Terre France) sur le contentieux contre Total relatif à ses activités en Ouganda et en Tanzanie | 15 |
| Pourriez-vous présenter les allégations et les demandes que vous avez adressées à Total ? | 15 |
| Pourquoi avez-vous choisi la voie du référé ? | 16 |
| Pourquoi n'avez-vous pas intenté cette action avec des individus affectés par les opérations de Total ?..... | 17 |
| Pourquoi les risques du projet ougandais doivent figurer selon vous dans le plan de vigilance de Total ?..... | 18 |
| Quelles mesures doivent être mises en œuvre selon vous par Total ?..... | 19 |
| Pourquoi est-il important que le tribunal de commerce ne soit pas compétent ?..... | 20 |
| Quelles sont les prochaines étapes du procès ?..... | 21 |
| Judith Rochfeld (université Paris Panthéon-Sorbonne), sur l’apport de la loi vigilance en matière environnementale et climatique..... | 23 |
| Selon vous, quels enjeux environnementaux doivent être appréhendés par la loi sur le devoir de vigilance ? Tous ceux susceptibles de caractériser un préjudice écologique « grave » ? | 23 |

| | |
|---|----|
| Afin de guider les entreprises dans la mise en œuvre du devoir de vigilance, les travaux parlementaires de la loi invitent les entreprises à considérer le cadre de référence pertinent en la matière (Principes directeurs de l'ONU et de l'OCDE) qui définit relativement bien le comportement à suivre en matière de droits humains. Existe-t-il un tel cadre international tout aussi pertinent en matière environnementale ? | 26 |
| Le climat fait-il déjà partie de la loi vigilance ? Auquel cas, que devraient faire les entreprises ? Décarboner leur modèle économique avant une certaine échéance ? | 28 |
| Aude-Solveig Epstein (université Paris Nanterre) : le devoir de vigilance, entre obligations de dire et obligations de faire | 32 |
| Peut-on affirmer que la loi sur le devoir de vigilance va plus loin que les législations sur le reporting social et environnemental des entreprises ? | 32 |
| A quelles conditions une obligation de dire sous-tend-elle une obligation de faire ? | 34 |
| Que pensez-vous des obligations de reporting intégrées dans la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ? | 36 |
| Thomas Perroud (université Panthéon-Assas), retour sur la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi sur le devoir de vigilance | 38 |
| La décision n°2017-750 du Conseil constitutionnel relative à la loi vigilance reflète-t-elle le caractère « anti-oligarchique » de la Constitution ? | 38 |
| La censure partielle des amendes civiles vous paraît-elle justifiée ? | 39 |
| Une autorité régulatrice telle que l'AMF pourrait-elle selon vous contrôler l'application du texte quand bien même cela n'est pas prévu par la loi ? | 40 |
| Lucie Chatelain, Sandra Cossart (association Sherpa), objectifs pour la législation européenne sur le devoir de vigilance | 42 |
| Allez-vous plaider à l'échelle européenne en faveur d'une obligation de publier et de mettre en œuvre un plan de vigilance ou un renversement de la charge de la preuve ? | 42 |
| La notion de relation commerciale établie devrait-elle être écartée lors de la rédaction de la législation européenne ? Quelle notion en guise de remplacement ? | 44 |
| Avez-vous d'autres objectifs pour le dispositif européen que vous souhaitez partager ? | 45 |

Edito, Paul Mougeolle (chercheur associé au projet EnCommuns¹)

Ayant eu l'honneur d'organiser avec Aurore Chaigneau un colloque à l'Université de Paris Nanterre sur les « Entreprises et les communs ; nouveaux contrôles sur le pouvoir économique » le 30 janvier 2020², il nous a semblé nécessaire de revenir par écrit sur la loi relative au devoir de vigilance des multinationales, tant au regard de son importance que des multiples interventions la mentionnant. Les premières actions en justice basées sur cette loi pionnière ont même été présentées une par une par les représentants d'associations lors d'une table ronde. La version écrite de cette journée est construite légèrement différemment. Des questions ont été posées aux invités sur leurs interventions et domaines d'expertise respectifs, afin d'apporter un éclairage spécifique sur certaines questions théoriques et pratiques que cette loi soulève.

Ainsi, Anne Danis-Fatôme, professeure à l'Université de Bretagne Occidentale ayant présidé la table ronde précitée, nous fait le privilège d'introduire la loi vigilance et de rappeler le contexte autour de son adoption ainsi que les enjeux actuels à l'échelle européenne et internationale.

Swann Bommier, chargé de plaidoyer au CCFD-Terre Solidaire et co-auteur de l'ouvrage « l'entreprise comme commun », a été interrogé sur l'apport de la loi à la théorie des communs et l'affaire *Union Hidalgo c. EDF/Mexique*, que son association soutient.

Sophia Gallo, Léa Kulinowski et Juliette Renaud de l'association Les Amis de la Terre France ont subséquemment répondu à de multiples questions sur les raisons et les enjeux juridiques du premier procès basé sur cette loi, celui contre Total pour ses activités en Ouganda et en Tanzanie.

Judith Rochfeld, professeure à l'Université Paris I ainsi que spécialiste des communs et de justice climatique, a été sollicitée sur l'application de la loi en matière environnementale, faisant ainsi référence à la seconde action en justice contre Total basée sur cette loi, ayant trait aux mesures climatiques de l'entreprise.

Aude-Solveig Epstein, maître de conférences à l'Université Paris Nanterre et forte de sa thèse « *Information environnementale et entreprise: contribution à l'analyse juridique d'une régulation* », a répondu à des questions visant à savoir si la loi vigilance a introduit des obligations substantielles à la hauteur de ses ambitions.

Thomas Perroud, professeur à Paris II et expert en droit public et constitutionnel comparé, a quant à lui resitué la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi vigilance dans le contexte de son intervention orale au colloque « *pour une constitution anti-oligarchique* » et répondu à la question de savoir si la censure des amendes civiles originellement prévue par la loi lui paraît justifiée.

Enfin, Lucie Chatelain et Sandra Cossart de l'association Sherpa ont été sollicitées pour connaître leurs axes de plaidoyers prioritaires au regard de la législation européenne à venir en la matière.

¹ Doctorant à l'Université Paris Nanterre et Potsdam en Allemagne, juriste à Notre affaire à tous.

² Voir le programme de la journée à l'adresse suivante : <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/34154-entreprises-et-communs> (dernière consultation le 26 octobre 2020).

Propos introductifs d'Anne Danis-Fatôme (université de Bretagne Occidentale)³

Les communs peuvent être un formidable outil pour renouveler les analyses et peser sur les choix des réformateurs⁴. Déjà des travaux, menés de longue date, avaient montré que la notion d'entreprise, pouvait concurrencer celle de société comme réceptacle juridique d'une activité économique⁵. Cette analyse permet de plaider pour une conception élargie de la société et conduit notamment à donner une certaine audience aux parties prenantes. Ces réflexions sont susceptibles d'être enrichies par la théorie des communs. L'entreprise, vue comme un commun, ne pourrait rester la seule propriété des actionnaires et ses dirigeants ne seraient pas être les seuls maîtres de sa direction⁶. On pourrait ainsi « repenser une nouvelle forme de gouvernance des activités économiques par les communs pour replacer le projet économique au cœur des préoccupations du gouvernement d'entreprise »⁷.

L'entreprise doit des comptes sur ses activités et ceci envers tous ceux qui sont touchés par les effets de ses actions. Le développement de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁸ résultait déjà de la mise en application de l'idée suivant laquelle toute entreprise, toute société doit se préoccuper de l'impact de ses activités sur la société en général. Cette prise en considération de l'impact social et environnemental de l'activité économique passe notamment par un rôle accru donné aux parties prenantes. Ces parties prenantes, ONG, syndicats, qui défendent des enjeux sociaux et environnementaux, pourraient, en effet, être consultés sur certains sujets particuliers par les dirigeants de sociétés. C'est précisément l'un des objectifs de la loi sur le devoir de vigilance 2017-399, adoptée en France, le 27 mars 2017⁹, comme c'est également le cas de la loi PACTE¹⁰.

³ Professeure à l'Université de Bretagne Occidentale.

⁴ V. not. notre recherche sur « Les biens communs, un outil juridique à aiguiser », en codirection avec C. Bories, S. Boussard et B. Parance (<https://sites.google.com/view/bienscommunsprojetcomueupl>).

⁵ V. not. A. Chaigneau, « L'entreprise à la croisée des doctrines du « bien commun » », in *Repenser les biens communs*, CNRS EDITIONS, 2014, p. 155.

⁶ V. aussi les travaux menés par le groupe de recherche EntreprendreEncommuns dirigé par B. Coriat (<http://encommuns.com>)

⁷ A. Chaigneau, « Entreprise », in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, PUF, 2017, p. 515 et s., spéc. p. 516.

⁸ V. not. A. Couret « Corporate Governance, RSE et communication financière ». La responsabilité sociale des entreprises : Un nouvel enjeu fiscal. *Dr. fisc.* 2012, n°6, p. 131 ; F.G. Trébulle, *Responsabilité sociétale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale*, Répertoire Dalloz Sociétés, mars 2003 ; M. Fabre-Magnan, *Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats*, Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 451 et s.

⁹ V. not. A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610.

¹⁰ Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises n°2019-486 du 22 mai 2019. V. not. P. Berlioz, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », in Dossier spécial, « La réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil : révolution ou constat ? », *Revue des sociétés*, 2018 p. 544 et s. ; A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, Dalloz 2018, p. 1765 ; M. Rousille, *Projet de loi PACTE : quel impact ? Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société*, *Droit des sociétés* 2018, étude 10 ; A. Reygrobelle, « Les aspects de droit des sociétés dans la loi Pacte », *JCP N* 2019 1205 ; B. Lecourt, *Chronique de droit européen des sociétés*, *Revue des sociétés* 2019, n°11, p. 713 ; P.-H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de*

La loi relative au devoir de vigilance impose aux sociétés de grande taille¹¹ d'adopter un plan de vigilance qui cartographie leurs risques et de rendre ce plan effectif. Elle a ainsi pour ambition de prévenir et réparer les atteintes aux droits fondamentaux, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement causés par les sociétés mère et les entreprises donneuses d'ordre pour les activités de leurs filiales et de leurs sous-traitants. Au-delà des frontières tracées par la forme juridique de la société, il importe de rendre responsable l'entité qui contrôle ceux qui exercent des activités à risque¹².

Cette loi, dont l'adoption est le fruit d'un long chemin, semé d'embûches, a vu le jour grâce à la détermination de parlementaires, d'ONG et d'universitaires impliqués à leur côté¹³. La loi sur le devoir de vigilance a constitué un pas dans la bonne direction, la France ayant assumé de faire « cavalier seul »¹⁴ et ainsi de montrer l'exemple¹⁵. Mais cette avancée serait peu de chose, si elle n'était pas appliquée ou si elle ne s'avérerait pas effective¹⁶. Alors qu'un traité onusien est en cours de négociations¹⁷ et que la question est actuellement à l'étude à la Commission européenne¹⁸, nous en sommes précisément, en France, à un stade qui permet de commencer à mesurer l'effectivité de la loi sur le devoir de vigilance¹⁹. Nous en sommes, en effet, au temps des premières actions en justice diligentées sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance²⁰.

l'entreprise, in Dossier spécial sur « La loi PACTE : le nouveau visage du droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2019/10, p. 570 ; D. Poracchia, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS*, n°6, juin 2019 ; M. Tirel, « La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », *D.* 2020, *Chr.* p. 2317.

¹¹ L'article L. 225-102-4 I du Code de commerce prévoit que : « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

¹² V. not. les Actes du colloque sur « Indépendance de la personnalité morale *versus* dépendance économique », dir. L. Sinopoli et A. Danis-Fatôme, à l'Université Paris Nanterre, le 8 décembre 2016, *Cahiers de droit de l'entreprise*, Dossier, septembre-octobre 2017, p. 21 et s.

¹³ V. A. Danis-Fatôme, *Edito* sur le « Devoir de vigilance : ne restons pas au milieu du gué ! », *Droit & Patrimoine*, octobre 2015, n°251.

¹⁴ C. Malecki, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *Bull. Joly*, 2015, p. 171 .

¹⁵ Cela ne signifie pas qu'aucun autre pays de l'Union européenne ne dispose de dispositif de vigilance (v. not. V. not. le Rapport du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies sur l'Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, remis au Ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 49 et s.).

¹⁶ V. not. sur cette notion : F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126 et s., spéc. p. 126

¹⁷ Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations, and others business enterprises, (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf).

¹⁸ *Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report*, Commission européenne, janv. 2020 ; *Presentation and discussion with commissioner for justice Didier Reynders on due diligence study, Hosted by responsible business conduct working group*, 29 avril 2020, <http://www.responsiblebusinessconduct.eu> v. B. Lecourt, « Pour un texte européen sur le devoir de vigilance des sociétés », *Chronique de droit européen des sociétés*, *Rev. soc.*, mai 2020, p. 315 et s.

¹⁹ V. not. le Rapport du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies sur l'Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, remis au Ministre de l'économie et des finances, janvier 2020, p. 27 et s.

²⁰ V. not. V. J. Rochfeld, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, O. Jacob, 2019, p. 130 et p. 135 et s.; M. Hautereau-Boutonnet, *Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve*

Trois actions en justice ont précisément été récemment menées par des ONG. Elles montrent tant les potentialités de la loi sur le devoir de vigilance que ses lacunes. Ces trois actions ont été portées par des représentants d'ONG contre Total²¹, pour deux d'entre elles et une troisième contre EDF²². Il reste donc à savoir quelles applications le juge français fera de cette loi relative au devoir de vigilance sachant que la première décision rendue sur le fondement de ce texte est une décision d'incompétence qui ne s'est pas prononcée sur le fond²³. A suivre donc...

contractuelle du plan de vigilance, Rev. des contrats, 2019/3, p. 95 ; Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ?, D. 2020, 609 ; L. Mongin-Archambeaud et E. de Dreuille, « Devoir de vigilance. Quels enseignements tirés des premiers contentieux ? », BRDA 6/20, p. 29 et s., spéc. n°27 et s.

²¹ L'action en justice se rapportant aux activités de Total en Ouganda est présentée ci-dessous par Sophia Gallo et ses collègues de l'association Les Amis de La Terre, tandis que l'action « climatique » contre Total est abordée en partie, ci-dessous, par Judith Rochfeld.

²² Voir *infra*, la contribution de Swann Bommier.

²³ Tribunal judiciaire de Nanterre, ord. réf., 30 janvier 2020, D. 2020, p. 970, n. N. Cuzac.

Swann Bommier (association CCFD-Terre Solidaire)²⁴, sur la contribution du devoir de vigilance au concept des communs ainsi que l'affaire Union Hidalgo c. EDF (Mexique)

Dans quelle mesure le devoir de vigilance est-il un enjeu ayant trait aux communs ? Cette loi contribue-t-elle à conceptualiser l'entreprise comme commun ?

Le 13 octobre 2020, des défenseures des droits humains autochtones, l'association mexicaine ProDesc et l'association ECCHR, établie à Berlin, assignent l'entreprise française EDF devant le tribunal judiciaire de Paris au titre de la loi sur le devoir de vigilance. Le CCFD-Terre Solidaire, Sherpa, les Amis de la Terre France, qui plaident pour l'adoption de législations contraignantes relatives au respect des droits humains et de l'environnement par les entreprises, ainsi que l'Observatoire pour la Protection des Défenseurs des Droits de l'Homme, SOMO, OECD Watch et l'alliance FGG, soutiennent les représentants d'Union Hidalgo, ProDESC et ECCHR dans cette démarche. L'enjeu ? S'assurer du respect des droits humains et des libertés fondamentales des populations autochtones du village d'Union Hidalgo, au Mexique, où l'énergéticien français envisage de développer un gigantesque parc éolien d'une centaine de turbines, pour un investissement global estimé à 350 millions de dollars²⁵.

Cette coalition associative engage ainsi une action judiciaire transnationale afin de dénoncer devant les juridictions françaises la complicité des filiales nord-américaines d'une entreprise domiciliée en France dans la violation des droits fonciers de populations autochtones au Mexique.

Les protagonistes de cette procédure participent à l'enchevêtrement complexe de multiples communs : commun foncier et environnemental à Union Hidalgo ; commun démocratique relatif à la reconnaissance du droit au consentement libre, préalable et éclairé pour les peuples autochtones ; commun immatériel relatif à la construction d'un idéal de justice international ; commun climatique concernant les modalités sociales et techniques de la mise en œuvre de projets éoliens dans la nécessaire transition énergétique.

L'assignation en justice de l'entreprise EDF pour son projet à Union Hidalgo illustre ainsi la dynamique de construction de communs qui caractérise la mise en œuvre de la loi pionnière sur le devoir de vigilance. Promulguée en mars 2017 à l'issue d'un marathon législatif de quatre années, la loi sur le devoir de vigilance vise à identifier, à prévenir et à réparer « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités [d'une entreprise] et des sociétés

²⁴ Swann Bommier est docteur en sciences politiques et chargé de plaider pour la régulation des entreprises multinationales au CCFD-Terre Solidaire.

²⁵ Claudia Müller-Hoff, Cannelle Lavite, *L'espace de la société civile dans les projets d'énergie renouvelable : Une étude du cas de la communauté Unión Hidalgo au Mexique*, ECCHR, Décembre 2019, <https://www.ecchr.eu/en/publication/lespace-de-la-societe-civile-dans-les-projets-denergie-renouvelable-une-etude-du-cas-de-la-communaute-union-hidalgo-au-mexique/>.

qu'elle contrôle »²⁶. Ce faisant, la loi sur le devoir de vigilance encourage la construction de dynamiques citoyennes, associatives et syndicales transnationales afin de mettre en débat la stratégie et les pratiques des entreprises à l'aune de leurs impacts économiques, sociaux et environnementaux.

En 2018, dans *L'entreprise comme commun. Au-delà de la RSE*, nous définissons avec Cécile Renouard un commun comme « *une démarche d'interprétation et d'action collective en vue de la production, de la répartition et de l'usage des biens au service du lien social et écologique* »²⁷. Selon cette définition, nous voyons que les mises en demeure et les actions judiciaires entamées par les syndicats et les associations sur les fondements de la loi sur le devoir de vigilance appréhendent effectivement les entreprises comme un commun : ces actions judiciaires extraient les entreprises d'un prisme exclusivement économique et financier pour les ancrer dans le champ social et environnemental et les contraindre à rendre compte de leur stratégie en liant les questions relatives à l'usage des ressources naturelles, aux conditions de travail dans leurs chaînes de valeur, aux impacts sur les populations riveraines, aux biens communs mondiaux tels que le climat.

De ce point de vue, la loi sur le devoir de vigilance déconstruit la pratique et les discours sur la RSE en opérant une redéfinition de l'entreprise : celle-ci n'est plus considérée comme une entité juridique autonome et indépendante, susceptible de choisir ses combats et ses priorités face à l'urgence sociale et écologique en fonction de l'éthique personnelle de ses dirigeants ou en fonction des risques que l'entreprise encourt en termes de réputation ou de retour sur investissement. Au contraire, celle-ci est considérée comme un acteur ancré dans la société, contraint de considérer ses impacts et de s'interroger de manière itérative sur sa stratégie et ses pratiques en fonction des exigences de ses parties prenantes, qui ont des véhicules judiciaires à leur disposition pour que ce dialogue ne demeure pas du registre de l'autorégulation mais réponde bien à des exigences sociales et environnementales qui s'imposent à elle, en tant qu'acteur doté d'une responsabilité en vertu de normes juridiques locales, nationales et internationales.

Ce sont ces normes juridiques locales, nationales et internationales relatives aux peuples autochtones, à la gouvernance des régimes fonciers, à la concertation publique, à l'accès à la justice, à la liberté d'expression ou à la lutte contre les dérèglements climatiques qui sont mises à l'épreuve dans le cas qui oppose l'association mexicaine ProDesc, l'association allemande ECCHR et des défenseurs des droits d'Union Hidalgo à l'énergéticien français EDF.

Pourriez-vous présenter plus précisément l'action en justice contre EDF au Mexique ?

L'isthme de Tehuantepec, dans l'Etat de Oaxaca, au Mexique, est mondialement réputé pour la puissance et la constance de ses vents. Au fil des années, ce sont tous les leaders mondiaux du

²⁶ République française, *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Journal officiel n°74 du 28 mars 2017.

²⁷ Swann Bommier et Cécile Renouard, *L'entreprise comme commun. Au-delà de la RSE*, Editions Charles Léopold Mayer, 2018, p.24

secteur de l'énergie éolienne qui se sont implantées dans la région, multipliant les projets éoliens aux dimensions industrielles²⁸.

Dès 2015, l'entreprise *Eólica de Oaxaca*, une filiale d'EDF, entame des négociations avec l'Etat mexicain et des résidents d'Union Hidalgo et Juchitán afin d'envisager la mise en œuvre d'un nouveau projet éolien. Sans que la communauté autochtone ne soit mise au courant publiquement des convoitises dont leur territoire fait l'objet, et sans qu'elle soit en mesure d'apporter son consentement à ce projet, conformément à la loi mexicaine et aux conventions internationales relatives aux peuples autochtones, EDF signe un premier contrat de fourniture d'électricité avec le gouvernement mexicain et fournit une première étude d'impact.

Tandis que les rumeurs enflent autour de l'arrivée prochaine d'EDF dans la municipalité, les représentants d'EDF et ses sous-traitants entament une série de projets philanthropiques et multiplient les promesses d'emploi, de rétribution pour du bétail ou la construction de puits en échange d'un soutien des populations. C'est dans ce contexte qu'un *memorandum of understanding* est signé entre EDF et l'Etat de Oaxaca, entérinant l'installation d'un parc éolien d'une centaine de turbines pour une production de l'ordre de 300MW, et exemptant l'entreprise EDF de tout impôt local.

Or, selon l'article 2 de la Constitution mexicaine, les peuples autochtones ont un droit à l'autodétermination, ce qui contraint l'Etat du Mexique – et EDF – à obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé en amont de la signature de tout contrat commercial venant affecter leurs terres, territoires et ressources naturelles²⁹. Alors que les projets extractifs se multiplient sur l'ensemble du territoire mexicain avec l'aval du gouvernement aux dépens des droits et libertés fondamentales des populations riveraines, le droit à l'autodétermination constitue un enjeu majeur pour la société civile et les peuples autochtones afin de contraindre gouvernement et entreprises à répondre de leurs actes à l'aune du droit national et international des droits de l'homme³⁰.

Afin de faire valoir leurs droits, des citoyens issus de la communauté autochtone d'Union Hidalgo soumettent, avec le soutien de l'association ProDesc, des recours devant les tribunaux mexicains afin de suspendre le projet tant que les exigences légales nationales et internationales relatives au consentement des populations autochtones ne sont pas respectées. En parallèle, ProDesc tisse les premiers fils de commun transnational liant Union Hidalgo à EDF et à l'Etat français : ProDesc contacte l'ambassade de France au Mexique et exige un dialogue direct avec les dirigeants d'EDF Groupe à Paris pour rendre compte auprès des dirigeants de l'entreprise

²⁸ Victoria Burnett, *Mexico's Wind Farms Brought Prosperity, but Not for Everyone*, New York Times, 26 juillet 2016, <https://www.nytimes.com/2016/07/27/world/americas/mexicos-wind-farms-brought-prosperity-but-not-for-everyone.html>. Alexander Dunlap, Counterinsurgency for wind energy: the Bii Hioxo wind park in Juchitán, Mexico, *The Journal of Peasant Studies*, 45(3), 2018, p.630-652, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03066150.2016.1259221>. Alexander Dunlap, 'The Town is Surrounded: From Climate Concerns to life under Wind Turbines in La Ventosa, Mexico, *Human Geography*, 10(2), 2017, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/194277861701000202>. Alexander Dunlap, "A Bureaucratic Trap: Free, Prior and Informed Consent (FPIC) and Wind Energy Development in Juchitán, Mexico, *Capitalism Nature Socialism*, 29(4), 2018, p.88-108, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10455752.2017.1334219?src=recsys>

²⁹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

³⁰ UN Working Group on business and human rights, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Mexico*, A/HRC/35/32/Add.2, Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies, juin 2017, <https://undocs.org/A/HRC/35/32/Add.2>. Victoria Tauli-Corpuz, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her visit to Mexico*, A/HRC/39/17/Add.2, Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, septembre 2018, <https://undocs.org/A/HRC/39/17/Add.2>

des violations au droit constitutionnel mexicain perpétrées à Union Hidalgo par l'Etat mexicain et leurs filiales.

En l'absence d'un tel dialogue, ProDesc saisit le Point de Contact National (PCN) français de l'OCDE en février 2018 afin de bénéficier du soutien de cette instance publique extra-judiciaire de médiation dans la résolution du conflit qui se cristallise.

Piloté par l'Etat français via la Direction générale du Trésor, le PCN se fonde sur les *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* de l'OCDE et permet à toute personne, syndicat ou association, où qu'elle soit domiciliée dans le monde, d'engager une médiation avec une entreprise dont le siège social est situé en France. Le PCN français constitue donc, par son mandat et sa constitution tripartite réunissant administrations publiques, syndicats et associations patronales, un lieu ayant vocation à faciliter la résolution de conflit sur des thématiques relatives au respect des droits humains et de l'environnement par des entreprises.

La décennie qui s'est écoulée depuis la dernière réforme des *Principes directeurs* de l'OCDE en 2011 a révélé l'incapacité de cet organe à remplir son mandat : son manque d'impartialité et d'indépendance a engendré de vives controverses³¹ ; son manque de moyens et de volonté politique à protéger les défenseurs des droits ayant recours à ses bons offices a causé la mise en danger répétée de plaignants³² ; son incapacité à engager des réformes structurelles en dépit des critiques et propositions émises de toute part a suscité sa mise en touche par la société civile française³³.

Pourquoi est-il apparu au cours de cette procédure que la compétence du PCN n'est pas satisfaisante ?

Dans les mois qui suivent, la situation se tend sur place : tandis que les autorités mexicaines entament enfin une série de consultations publiques pour pouvoir apposer a posteriori le sceau de la légitimité et de la légalité sur des décisions administratives et commerciales négociées dans l'ombre, la commission nationale des droits de l'homme du Mexique requiert la suspension des consultations en raison des risques de violence et de conflits au sein de la communauté. Le tribunal fédéral de l'Etat de Oaxaca suspend quant à lui le projet et exige que les standards de l'Organisation internationale du travail en termes de consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones soient appliqués.

Voyant le processus leur échapper, des entrepreneurs locaux en lien avec EDF déploient alors des moyens techniques et humains considérables pour intimider les opposants au projet et faire taire la contestation. En avril 2018, une campagne de diffamation est lancée sur les réseaux sociaux et les radios locales dans laquelle les défenseurs des droits d'Union Hidalgo sont dépeints comme des « ennemis du développement » et des « activistes contre l'énergie

³¹ Swann Bommier, *Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale. L'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE*, Etudes internationales, 47(1), 2016, p.107-130.

³² OECD Watch, Business & Human Rights Resource Centre, *Use with caution : the role of the OECD National Contact Points in protecting human rights defenders*, 10 juin 2019.

³³ ActionAid France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Ethique sur l'étiquette, FIDH, Greenpeace, Ligue des droits de l'homme, Sherpa, OECD Watch, *Lettre de relance « Appel urgent à la réforme du Point de Contact National OCDE français en vue de restaurer la confiance de la société civile française*, 29 janvier 2019 ; OCDE, *Rapport sur la revue par les pairs du point de contact national*, France, 2018.

éolienne ». Des attaques suffisamment sérieuses pour amener la Commission des droits de l'homme de l'Etat du Oaxaca à publier une alerte relative aux risques d'atteintes aux droits humains des communautés et des défenseurs des droits à Union Hidalgo³⁴. Les menaces à l'encontre des défenseurs se poursuivent malgré tout dans les mois qui suivent : tags menaçants sur des locaux communautaires, possible tentative d'enlèvement et menaces de mort à l'encontre d'un opposant au projet en janvier et avril 2019.

A Paris, les discussions patinent au sein du PCN. Ce dernier se montre incapable d'organiser les conditions d'un dialogue direct entre les défenseurs des droits d'Union Hidalgo, l'association ProDesc et les dirigeants d'EDF Groupe. Ainsi, dans son rapport en date du 14 mai 2019, le PCN français explique être parvenu, en tout et pour tout, à auditionner les plaignants le 22 juin 2018, et EDF le 4 septembre 2018. Il faudra près d'un an pour que le PCN parvienne à organiser sous son égide une rencontre avec l'ensemble des parties. Une rencontre sans lendemain qui signe un constat d'échec de l'institution, incapable d'établir les bases d'un dialogue constructif entre les dirigeants d'EDF Groupe et les plaignants pour s'assurer du respect du droit relatif au consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones.

Confrontés à une situation qui se dégrade à Union Hidalgo, les défenseurs des droits et ProDesc claquent la porte du PCN en juillet 2019, 17 mois après le dépôt de leur saisine, tandis que la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) et l'Observatoire mondial contre la torture (OMCT) publient un appel urgent afin d'alerter les autorités mexicaines sur les menaces qui continuent de peser sur les opposants au projet³⁵.

Quelques mois plus tard, avec le soutien de l'association allemande ECCHR, les défenseurs des droits d'Union Hidalgo et ProDesc se saisissent de la loi sur le devoir de vigilance et assignent le groupe EDF en justice pour contraindre l'entreprise à prévenir les violations aux droits humains à Union Hidalgo. Dans cette procédure, les plaignants insistent lourdement sur « *les risques pour la sécurité et l'intégrité physique des défenseurs des droits de l'homme à Union Hidalgo* » et le maintien par EDF de son projet alors que « *les menaces, la stigmatisation et la violence à l'encontre des défenseurs des droits humains et du droit à la terre de la communauté se poursuivent jusqu'à aujourd'hui* »³⁶. Des éléments d'autant plus préoccupants que la région est sujette à des violences et des meurtres répétés d'opposants aux projets éoliens qui se développent sur le territoire³⁷, dans un pays où les populations autochtones sont sujettes à une discrimination continue de la part des autorités publiques, où les institutions supposées garantes du bien commun sont souvent confisquées au profit d'intérêts privés, et où l'Etat lui-même est accusé de violations graves des droits humains dans la mise en œuvre de ses politiques économiques³⁸.

³⁴ <https://www.derechoshumanosoaxaca.org/alertas/2018/alerta.union.hidalgo.pdf>

³⁵ FIDH, OMCT, *México: Ataques a miembros de la comunidad indígena de Unión Hidalgo (Oaxaca) por megaproyectos eólicos*, 18 juin 2019, <https://www.fidh.org/es/temas/defensores-de-derechos-humanos/mexico-ataques-contramiembros-de-la-comunidad-indigena-de-union>.

³⁶ ProDesc, ECCHR, représentants de la Communauté d'Union Hidalgo, CCFD-Terre Solidaire, Sherpa, Amis de la Terre France et al., EDF assigné en justice pour ses activités au Mexique, Communiqué de presse et dossier de presse, 13 octobre 2020, disponible sur <https://ccfd-terresolidaire.org/nos-publications/nos-communiques-de/edf-assigne-en-justice-6738>.

³⁷ The Guardian, Fifteen people killed in Mexican village linked to windpower dispute, 23 juin 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/23/fifteen-people-killed-in-mexican-village-linked-to-windpower-dispute>

³⁸ Victoria Tauli-Corpuz, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her visit to Mexico*, A/HRC/39/17/Add.2, Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, septembre 2018, <https://undocs.org/A/HRC/39/17/Add.2>. Claudia Müller-Hoff, Cannelle Lavite, *L'espace de la société civile dans*

Cependant, EDF balaie ces allégations et souligne, dans une lettre datée du 20 décembre 2019, que « *le plan de vigilance 2018 d'EDF répond parfaitement aux obligations de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance* » et que « *les mesures de prévention et d'atténuation figurant dans le plan de vigilance du Groupe ont été déclinées de manière effective* »³⁹. Une fin de non-recevoir dans laquelle EDF se réfugie donc derrière son plan de vigilance et sa politique de développement durable, refusant de se plonger dans l'enchevêtrement complexe des communs qui composent son projet éolien.

Dans quelle mesure la « judiciarisation de la RSE » à travers un devoir de vigilance contraignant des multinationales est-elle nécessaire selon vous ?

L'assignation d'EDF devant le tribunal judiciaire de Paris pour son projet éolien à Union Hidalgo le 26 septembre 2019 témoigne de la judiciarisation d'un conflit qui, depuis une commune rurale du Mexique, avait déjà acquis une dimension transnationale avec le dépôt d'une saisine au Point de Contact National français de l'OCDE en février 2018. Si le recours à cet organe de médiation a révélé la nécessité d'espaces publics de résolution de conflits ayant trait au respect des droits humains par des entreprises multinationales, son échec s'inscrit dans une longue histoire émaillée de controverses et de défaillances structurelles⁴⁰.

La judiciarisation d'un nombre croissant de procédures relatives à la prévention et à la réparation des impacts sociaux et environnementaux causés par l'activité des entreprises multinationales semble donc inévitable, tant la nécessité pour les entreprises de répondre de leurs actes à l'aune de normes constitutionnelles et de conventions et traités internationaux demeure trop souvent impossible hors de l'arène judiciaire.

Si le devoir de vigilance procède donc – enfin – d'une redéfinition de l'entreprise comme commun, c'est bien parce que l'avènement de la RSE au tournant des années 2000 n'a pas permis d'ancrer les entreprises dans le champ social et environnemental en leur imposant de répondre de leurs actes selon des standards juridiques démocratiquement établis. Au contraire, l'institutionnalisation de la RSE leur a permis de s'affranchir de tout référentiel normatif surplombant, laissant les plaignants face à l'arbitraire d'instances de dialogue qui – tiraillées par des luttes d'intérêts entre ministères, syndicats et associations patronales – sont dans l'incapacité de rappeler le droit, c'est-à-dire de rappeler ce qui nous est commun.

les projets d'énergie renouvelable : Une étude du cas de la communauté Unión Hidalgo au Mexique, ECCHR, Décembre 2019, <https://www.ecchr.eu/en/publication/lespace-de-la-societe-civile-dans-les-projets-denergie-renouvelable-une-etude-du-cas-de-la-communaute-union-hidalgo-au-mexique/>.

³⁹ Directeur exécutif EDF Groupe, *Courrier de réponse à la mise en demeure du 26 septembre 2019*, 20 décembre 2019.

⁴⁰ Les études universitaires, les tribunes émanant de la société civile, les rapports d'OECD Watch et les revues par les pairs témoignent toutes du déficit structurel auquel cette instance est confrontée : manque d'indépendance de son secrétariat, incapacité de cette instance à contraindre les directions générales des entreprises à engager un dialogue de bonne foi avec les plaignants et à répondre des actes de leurs filiales à l'aune des exigences légales nationales et internationales, manque de moyens et de volonté pour protéger les plaignants de représailles.

Sophia Gallo⁴¹, Léa Kulinowski⁴² et Juliette Renaud⁴³ (association Les Amis de la Terre France⁴⁴) sur le contentieux contre Total relatif à ses activités en Ouganda et en Tanzanie

Pourriez-vous présenter les allégations et les demandes que vous avez adressées à Total ?

Cette action en justice, menée par les deux associations françaises les Amis de la Terre France et Survie, aux côtés des quatre ougandaises AFIEGO, CRED, NAPE/Amis de la Terre Ouganda et NAVODA, vise à mettre fin aux violations actuelles et risques de violations futures des droits humains et dommages environnementaux d'un méga projet d'extraction pétrolière en Ouganda (« Tilenga ») et de transport du pétrole jusqu'en Tanzanie via la construction d'un oléoduc chauffé géant (« EACOP »), dont la société Total SA (« Total »), via ses filiales Total E & P Uganda et Total East Africa Midstream, qu'elle détient à 100%, est l'opérateur principal⁴⁵. Elle constitue la première action en justice fondée sur la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

Considérant que Total ne respecte pas la loi sur le devoir de vigilance, nos 6 associations lui ont adressé une lettre de mise en demeure le 24 juin 2019. En particulier, selon cette mise en demeure puis l'assignation qui a suivi en octobre 2019, tant le contenu du plan de vigilance que sa mise en œuvre ne sont pas conformes aux exigences de la loi. De fait, les risques d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement liés à l'ensemble de ses opérations, et en particulier dans le cadre des projets Tilenga et EACOP ne sont pas l'objet d'une prévention suffisante⁴⁶.

Il est ainsi demandé au tribunal judiciaire d'enjoindre à la multinationale, d'une part de combler les défaillances de son plan de vigilance actuel, qui ne comprend aucune identification des risques ni mesure spécifique concernant ses activités en Ouganda et en Tanzanie, et d'autre part de mettre en œuvre de façon effective des mesures urgentes afin de répondre aux violations et

⁴¹ Juriste aux Amis de la Terre France.

⁴² Juriste aux Amis de la Terre France.

⁴³ Responsable de campagne sur la régulation des multinationales aux Amis de la Terre France.

⁴⁴ La fédération des Amis de la Terre France est une association de protection de l'Homme et de l'environnement, indépendante de tout pouvoir économique, politique ou religieux. Créée en 1970, elle a contribué à la fondation du mouvement écologiste français et à la formation du premier réseau écologiste mondial – les Amis de la Terre International – présent dans 75 pays et réunissant 2 millions de membres sur les cinq continents. En France, les Amis de la Terre forment un réseau d'une trentaine de groupes locaux et de groupes affiliés autonomes, qui agissent selon leurs priorités locales et relaient les campagnes nationales et internationales sur la base d'un engagement commun en faveur de la justice sociale et environnementale.

⁴⁵ Voir le site dédié : <http://www.totalautribunal.org/>.

⁴⁶ Voir aussi Amis de la Terre France et Survie, notre note Total Ouganda – Première action en justice sur le devoir de vigilance des multinationales : où en est-on ? note publiée le 20 octobre 2020, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/10/note-annexe-procedure-judiciaire-total-at-survie.pdf>

risques de violations des droits humains et atteintes à l'environnement constatés dans ces deux pays⁴⁷.

Pourquoi avez-vous choisi la voie du référé ?

D'une part, l'insuffisance du plan de vigilance de Total par rapport aux exigences légales appellent selon nos associations, nécessairement à agir par la voie du référé afin de faire cesser ce trouble manifestement illicite puisqu'en raison des manquements du plan de vigilance de Total, de graves atteintes des droits humains prennent place sur le terrain ; nous demandons donc au tribunal d'enjoindre Total à modifier son plan de vigilance le plus rapidement possible, afin que les violations en cours cessent et que de futures violations et dommages soient évités. En effet, la liste descriptive et très sommaire de risques non hiérarchisés d'atteintes aux droits humains et environnementaux figurant dans le plan de vigilance de Total ne correspond pas à la cartographie des risques exigée par l'article 1er de la loi du 27 mars 2017. Pire encore, alors que le projet Tilenga (et EACOP) est particulièrement important pour l'entreprise selon son propre rapport annuel, aucune mesure raisonnable de vigilance précise n'a été publiée dans le document de référence.

D'autre part, des atteintes graves aux droits fondamentaux des populations affectées par le projet ont déjà été constatées sur place. Alors que les opérations préalables nécessaires afin de pouvoir procéder à l'extraction et au transport du pétrole ont débuté, les procédures de déplacement des populations qui vivent et travaillent dans les zones concernées par le projet également entamées ont donné lieu à des violations graves de leurs droits fondamentaux.

En effet, de nombreuses familles rapportent s'être senties forcées d'accepter la compensation proposée par Total, malgré le fait qu'elles considéraient celle-ci comme insuffisante, et des dizaines de milliers de paysans ont été contraints d'arrêter de cultiver leurs terres, sans avoir reçu de compensations justes et préalables, et se retrouvent donc sans aucun moyen de subsistance. De nombreuses personnes affectées témoignent avoir traversé des situations de famine.⁴⁸

L'imminence de la réalisation de nouvelles atteintes graves aux droits humains compte tenu de la poursuite des opérations préalables au démarrage du projet appelaient nécessairement à saisir le tribunal par la voie du référé afin de s'assurer que de tels dommages ne se produiront plus et que des mesures urgentes soient ordonnées afin d'atténuer les violations en cours.

Il est également essentiel que les défaillances du plan de vigilance de TOTAL soient corrigées afin d'éviter des dommages irrémediables pour l'environnement.

L'urgence est d'autant plus accrue que le développement des deux projets est en train de s'accélérer. Total vient de reprendre tout récemment ses activités liées au processus

⁴⁷ Pour plus de détails, voir le site dédié <https://www.totalautribunal.org/> ainsi que les deux rapports d'enquête suivants : Amis de la Terre France et Survie, Manquements graves à la loi sur le devoir de vigilance : le cas de Total en Ouganda, octobre 2019, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2019/12/rapport-totalouganda-at-survie2019.pdf> et Amis de la Terre France et Survie, Un cauchemar nommé Total – Une multiplication alarmante des violations des droits humains en Ouganda et Tanzanie, octobre 2020, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/10/rapport-un-cauchemar-total-amisdelaterre-survie.pdf>.

⁴⁸ Voir le communiqué de presse du 25 mars 2020, <https://www.amisdelaterre.org/affaire-total-ouganda-une-nouvelle-etape-malgre-une-justice-au-ralenti/>.

d'expropriation des communautés relatif au projet Tilenga. En ce qui concerne le projet EACOP, le début des travaux est prévu pour avril 2021, mais les processus d'expropriation sont également déjà en cours⁴⁹. Comme révélé par la dernière enquête des Amis de la Terre France et Survie publiée en octobre 2020⁵⁰, ainsi que les deux rapports publiés en septembre 2020 par la FIDH, Oxfam et leurs partenaires⁵¹, ce sont maintenant environ 100 000 personnes qui sont impactées et qui ont commencé à perdre leurs moyens de subsistance avant même de percevoir la moindre compensation.

Enfin, il convient de souligner que les pressions et intimidations envers ceux qui défendent les droits des personnes affectées par le projet se sont accrues sur le terrain, en particulier pour les deux représentants des communautés affectées qui étaient venus témoigner en France en décembre, et un membre d'une des associations partenaires ougandaises⁵². Des rapporteurs spéciaux de l'ONU ont d'ailleurs interpellé la multinationale à ce sujet, s'inquiétant des atteintes graves et risques d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement engendrés par le méga-projet pétrolier de la multinationale française, en particulier des intimidations subies par les défenseurs des droits⁵³.

Pourquoi n'avez-vous pas intenté cette action avec des individus affectés par les opérations de Total ?

La situation sur le terrain est complexe et la situation sécuritaire fragile ; nos partenaires sur le terrain ont été intimidés et recherchés par la police et les personnes associées à la procédure subissaient déjà de nombreuses intimidations⁵⁴ ; nous ne voulions pas leur faire courir de

⁴⁹ <https://allafrica.com/stories/202006260287.html>.

⁵⁰ Amis de la Terre France et Survie, octobre 2020, *op. cit.*

⁵¹ FIDH, Oxfam America et al, *Pétrole en Afrique de l'Est : les communautés en danger* (https://www.fidh.org/IMG/pdf/pe_trole_en_afrique_de_l_est_oxfam-fidh_fr_090920.pdf), résumant les constatations de leurs deux enquêtes séparées : Oxfam America, GRA, CRED et NCEE, *Empty Promises Down the Line ? A Human Rights Impact Assessment of the East African Crude Oil Pipeline*, septembre 2020 (<https://oxfamlibrary.openrepository.com/handle/10546/621045>); et FIDH et FHRI, *New Oil, Same Business? At a Crossroads to Avert Catastrophe in Uganda*, septembre 2020. (https://www.fidh.org/IMG/pdf/fidh_fhri_report_uganda_oil_extraction-compresse.pdf).

⁵² Voir les communiqués de presse du 14 décembre 2019 (<https://www.amisdelaterre.org/menaces-sur-un-des-temoins-ougandais-venu-temoigner-contre-total/>), du 26 décembre 2019, (<https://www.amisdelaterre.org/deux-defenseurs-en-danger/>), l'appel urgent de la FIDH, (<https://www.fidh.org/fr/themes/defenseurs-des-droits-humains/deux-defenseurs-venus-temoigner-au-proces-contre-total-sont-en-danger>) ainsi que l'analyse des Amis de la Terre France et Survie des réponses de Total SA et Total EP Uganda aux rapporteurs spéciaux des Nations Unies de juin 2020, <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/06/analyse-critique-des-reponses-de-total-aux-rapporteurs-onu-juin-2020.pdf>

⁵³ Voir le communiqué de presse des Amis de la Terre France et Survie du 23 juin 2020 ainsi que sa note n°2 qui contient les liens vers les différents courriers, les réponses du gouvernement français, de Total et un décryptage de ces réponses, <https://www.amisdelaterre.org/communiqu%C3%A9-presse/total-ouganda-des-rapporteurs-speciaux-de-lonu-interpellent-la-multinationale-et-les-autorites-gouvernementales/>.

⁵⁴ Voir notamment l'interview de Maxwell Atuhura, membre de NAVODA, dans *Libération*, « Projet pétrolier de Total en Ouganda : "J'ai dû fuir mon village" », 16 avril 2020 (https://www.liberation.fr/terre/2020/04/16/projet-petrolier-de-total-en-ouganda-j-ai-du-fuir-mon-village_1785050), celle de Dickens Kamugisha, directeur d'AFIEGO, dans *La Baleine 197* (revue des Amis de la Terre France), septembre 2019 (<https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2020/10/la-baleine-197-web.pdf>), et celle des deux

risques supplémentaires en les associant officiellement à la procédure. Ils auraient sans doute subi des pressions supplémentaires avant même l'assignation, à la suite de la mise en demeure.

Il convient également de noter qu'il s'agit ici d'une action visant à faire respecter les obligations issues de la loi Devoir de Vigilance (fondée sur l'article L225-102-4 du Code de Commerce) et non d'une action en responsabilité (prévues par l'article L225-102-5 du même Code) ; Il n'est donc pas nécessaire que les victimes directes y soient associées. L'action fondée sur l'article L225-102-4 du Code de Commerce peut être intentée par toute personne ayant intérêt à agir, comme nos associations de défense des droits humains et de l'environnement. De nombreux témoignages d'individus directement affectés par le projet ont cependant été versés comme preuves dans notre assignation, afin de montrer que des violations des droits humains sont en cours et risquent de se répéter. Cela illustre les conséquences des défaillances du plan de vigilance de Total et met en lumière l'urgence à agir afin de prévenir de futures violations.

Enfin, cette procédure permet d'aller chercher la responsabilité de la société mère, qui est décisionnaire, et non des filiales, sous-traitants ou fournisseurs, contrairement aux actions qui pourraient être intentées en Ouganda.

Pourquoi les risques du projet ougandais doivent figurer selon vous dans le plan de vigilance de Total ?

Selon la loi sur le devoir de vigilance, Total doit 1) publier une cartographie des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, et l'environnement associés à ses opérations, 2) identifier les mesures de vigilance propres à prévenir ces risques. Ces mesures doivent être mise en œuvre de manière effective, et leur efficacité doit être évaluée régulièrement.

Malgré le fait que Total SA exerce ses activités dans « plus de 130 pays dans des contextes économiques et socioculturels variés et complexes », et dans différents secteurs d'activités tels que le pétrole, le gaz, le raffinage et la pétrochimie, la distribution de produits pétroliers, le solaire, les agrocarburants et l'électricité, le plan de vigilance 2019 identifie seulement six risques d'atteintes graves pour les droits humains et libertés fondamentales, et trois risques d'atteintes graves à la sécurité, la santé et l'environnement. Ceux-ci sont formulés de manière générale et non spécifique. Le lieu et le type d'activité associés au risque, ainsi que sa gravité et sa probabilité d'occurrence, ne sont pas inclus dans le plan. Nos organisations considèrent qu'il est impossible de mettre en place des mesures de vigilance efficaces si le risque n'est pas identifié de manière précise.

Le plan de vigilance de Total pourrait être celui de n'importe quelle entreprise pétrolière puisqu'il n'évoque que des risques génériques, sans jamais les rattacher concrètement aux activités réelles de Total. Le plan ne transmet donc aucune information sur les pays ou projets où ces risques existent ou se réalisent. Par ailleurs, le plan ne contient aucune mesure précise visant à atténuer les risques identifiés dans la cartographie, ni aucune mesure visant à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et libertés fondamentales⁵⁵.

représentants des communautés affectées suite à leur venue en France en décembre 2019 dans la vidéo « Total Ouganda : il y a urgence ! », octobre 2020 (<https://youtu.be/SH3MRy18FQ0>).

⁵⁵ Pour plus de détails sur les insuffisances du plan de vigilance de Total, voir Amis de la Terre France et Survie, octobre 2019, *op. cit.*, ainsi que l'analyse sommaire des insuffisances du plan de vigilance 2019 publié en mars

Le projet Tilenga n'est pas spécifiquement identifié dans la cartographie des risques alors même qu'il est identifié dans le document de référence de Total comme un projet majeur de croissance pour le groupe. Compte tenu de son importance, ces risques devraient d'autant plus figurer dans le plan de vigilance de Total. Total SA dispose cependant des outils et des informations nécessaires à la publication d'une cartographie des risques exhaustives puisque son plan de vigilance 2019 mentionne l'existence de multiples cartographies des risques et de processus d'analyse des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales. Total SA indique également avoir conduit des études d'impact sur les droits humains et les libertés fondamentales au niveau de certains projets⁵⁶.

Quelles mesures doivent être mises en œuvre selon vous par Total ?

Aux termes de la procédure en cours, le juge devrait ordonner des mesures visant spécifiquement à faire cesser les violations en cours et prévenir les dommages environnementaux.

Dans le cadre du projet Tilenga, pour celles et ceux qui ont déjà reçu une compensation mais qui n'ont pas pu trouver de nouvelles terres pour la prochaine récolte en raison du retard dans le paiement des compensations, Total doit faire procéder d'urgence à des distributions de nourriture en quantité suffisante, le temps que ces personnes puissent récolter sur leurs nouvelles terres, c'est-à-dire au moins 18 mois. Pour les personnes qui n'ont pas encore reçu leur compensation mais qui ne peuvent pas utiliser leurs terres, de la nourriture doit également être fournie en urgence, jusqu'à ce qu'elles puissent effectuer leur prochaine récolte, que ce soit sur leurs terres actuelles ou sur les terres où elles auront été réinstallées. En outre, leur compensation doit leur être versée immédiatement.

En ce qui concerne le projet EACOP, afin d'éviter que de nombreuses personnes se retrouvent sans moyens de subsistance, Total doit agir pour qu'elles continuent à pouvoir cultiver leurs terres, et pas seulement pour des cultures saisonnières, jusqu'au moment où elles recevront effectivement une juste compensation (monétaire ou en nature), et elles doivent également pouvoir continuer d'effectuer les travaux nécessaires à l'entretien de leur habitation. Total doit également garantir que les personnes affectées soient proprement informées et surtout consultées, par le biais de réunions d'informations régulières et de panneaux d'affichage dans les langues locales.

En outre, le juge devrait également ordonner à Total de publier et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance conforme à la loi.

En effet, de la cartographie des risques exhaustive que devrait publier Total dans son plan de vigilance, et notamment des risques liés aux projets Tilenga et EACOP devrait résulter la publication de mesures d'atténuation et de remédiation adaptées aux risques spécifiques identifiés afin de les prévenir, les atténuer ou y remédier pour les risques déjà réalisés.

Ces mesures doivent être mises en œuvre de manière effective et régulièrement évaluées. Pour cela, elles doivent être concrètes, et répondre directement aux risques identifiés dans la cartographie. Un calendrier et des indicateurs permettant de suivre leur effectivité et leur

2020 par les Amis de la Terre France et Survie en juin 2020 (<https://www.amisdela terre.org/wp-content/uploads/2020/06/analyse-des-insuffisances-du-plan-de-vigilance-2019-de-total-sa.pdf>).

⁵⁶ *Ibid.*

efficacité devraient également être listés. Rien de tout cela n'apparaît dans le plan de vigilance de Total, ni même dans le compte-rendu de sa mise en œuvre. Pourtant certaines mesures relatives aux projets Tilenga et EACOP figurent dans des engagements pris par Total tel que le plan d'acquisition des terres et de compensation (*Land Acquisition and Resettlement Framework ou LARF*⁵⁷) ou le plan de réinstallation 1 (*Resettlement action plan ou RAP*⁵⁸), qui contiennent certaines mesures visant à prévenir ou atténuer l'impact négatif que le projet Tilenga pourrait avoir sur les communautés.

Ces engagements devraient figurer dans le plan de vigilance et être mis en œuvre de manière effective afin de s'assurer que les populations concernées par les projets ougandais donnent un consentement préalable, libre et éclairé lorsque leurs avis et/ou signatures sont demandés ainsi que des actions permettant de communiquer de manière transparente sur les procédures d'évaluation.

Le plan de vigilance doit également voir figurer des mesures visant au respect du droit à une compensation en nature dans le cadre d'expropriations. Le plan de vigilance devrait aussi noter que Total ne prendra possession des terres et des actifs connexes seulement lorsque des indemnités justes auront été versées et, le cas échéant, que les sites de réinstallation et les indemnités de déplacement auront été fournis aux personnes déplacées en sus des indemnités.

Pourquoi est-il important que le tribunal de commerce ne soit pas compétent ?

Selon les juges de première instance, la question du plan de vigilance se rattache directement à un acte de gestion de la société ; la question de sa conformité avec la loi sur le devoir de vigilance serait donc du ressort du tribunal de commerce et non de celle du tribunal judiciaire. Selon nos associations, ce raisonnement repose sur une interprétation erronée du droit, position que nous maintenons et renforçons dans notre appel. Notamment, la jurisprudence relative à la compétence du tribunal de commerce pour des actes de gestion se réfère toujours à des manquements imputés à des dirigeants de fait ou de droit d'une société commerciale (personnes physiques) et non aux sociétés elles-mêmes (personnes morales). L'interprétation du tribunal judiciaire de Nanterre implique une extension majeure et inédite de la compétence des tribunaux de commerce, potentiellement applicable à tout litige contre une société commerciale. Or, le tribunal de commerce est une juridiction d'exception. Elle a été créée afin que les commerçants - des juges non professionnels - tranchent des litiges entre commerçants ou des affaires concernant la vie interne des entreprises. A cet égard, les obligations découlant de la Loi Devoir de vigilance ne peuvent être analysées comme ayant un lien direct avec la gestion d'une société commerciale et ne peuvent donc relever de la compétence du tribunal de commerce. Il est donc

⁵⁷ https://ug.total.com/sites/g/files/wompond1236/f/atoms/files/january_2017_final_larf_endorsed.pdf

⁵⁸ [https://www.scribd.com/document/411336100/Final-Tilenga-Project-Rap1-Report:%20%20https://web.archive.org/web/20190214190755/http://ug.total.com/sites/default/files/atoms/files/final_tilenga_project_rap1_report.pdf](https://www.scribd.com/document/411336100/Final-Tilenga-Project-Rap1-Report-%20%20https://web.archive.org/web/20190214190755/http://ug.total.com/sites/default/files/atoms/files/final_tilenga_project_rap1_report.pdf). Hormis le RAP 1, les autres plans de relocalisation de Tilenga n'ont jamais été publiés alors qu'ils devraient faire partie intégrante de l'ESIA (étude d'impact sociale et environnementale). Atacama, sous-traitant de Total, a simplement partagé à certaines parties prenantes, en septembre 2020, un résumé exécutif d'une première version des RAP 2 à 5 du projet Tilenga. En ce qui concerne l'EACOP, jusqu'à récemment, seul le RAP concernant les zones prioritaires en Tanzanie était disponible publiquement. Le 23 septembre 2020, 7 des 8 RAP encore manquants pour la partie tanzanienne du projet ont été mis en ligne, et le dernier fut mis en ligne le 20 octobre. En ce qui concerne la partie ougandaise d'EACOP, aucun RAP n'est à ce jour disponible.

problématique de considérer que ces tribunaux soient les plus à mêmes de juger de graves atteintes aux droits humains et à l'environnement, et d'obliger Total à prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à ces atteintes. La décision du tribunal judiciaire de Nanterre est donc très critiquable dans ses bases légales, et de plus, elle profite à l'entreprise puisqu'elle pèse défavorablement sur la nécessaire issue rapide du litige, alors que les violations des droits humains sont en cours ou imminentes en Ouganda et Tanzanie. C'est pour cela que nos associations ont interjeté appel en mars 2020. Deux interventions volontaires déposées par ActionAid France, le CCFD-Terre Solidaire et le collectif Ethique sur l'étiquette, d'une part, et la CFDT, d'autre part, viennent d'ailleurs soutenir nos arguments à ce sujet⁵⁹.

La décision du tribunal judiciaire de Nanterre apparaît d'autant plus préoccupante qu'elle pourrait créer une jurisprudence défavorable et impacter les futures actions en justice fondées sur la loi sur le devoir de vigilance des multinationales. Ces craintes ont été exprimées par 18 organisations, dont le CCFD-Terre Solidaire, le Collectif Éthique sur l'étiquette, Actionaid France, Sherpa, et le Forum citoyen pour la RSE, qui ont joué un rôle clé dans le plaidoyer relatif à l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, dans une tribune publiée le 25 juin 2020. Selon ces organisations, les connaissances techniques du monde des affaires et le besoin de jugement par des pairs, qui assoient la légitimité des juges du tribunal de commerce, ne sont pas appropriés pour résoudre des litiges impliquant des victimes de violations des droits humains ou des atteintes à l'environnement. D'après elles, donner au tribunal de commerce juridiction pour juger de la suffisance des plans de vigilance trahit également la philosophie de la loi, puisque cela reviendrait à considérer des enjeux tels que les droits humains ou les atteintes graves à l'environnement comme des conflits purement commerciaux, là où la loi tente précisément d'extraire les entreprises du seul prisme financier. En tout état de cause, le but de l'action en justice en cours est d'obtenir des décisions en référé en urgence en première instance, et non d'avoir à interjeter appel pour obtenir satisfaction.

Quelles sont les prochaines étapes du procès ?

L'audience en appel a eu lieu le 28 octobre 2020 à la Cour d'appel de Versailles. L'importance des enjeux de cette affaire est illustrée par le fait que la Cour a siégé en chambre mixte, composée de 7 magistrats et présidée par le premier Président de la Cour d'Appel de Versailles. Nos avocats ont développé nos arguments relatifs à la non-compétence du Tribunal de Commerce ; ils ont également souligné l'urgence de la situation sur le terrain et le besoin d'une évocation de l'affaire par la Cour d'Appel, conformément à l'article 88 du Code de procédure civile. Les avocats de Total S.A., quant à eux, ont présenté une position adverse, arguant la compétence du tribunal de commerce, et estimant que les associations essaient de « créer » l'urgence sur le terrain nécessitant l'évocation de l'affaire, la qualifiant même de « *totalelement artificielle* ». Ils ont continué de nier les faits reprochés à la multinationale, considérant qu'ils n'avaient pas à « *rougir des activités de Total en Ouganda* ». Selon eux, au contraire, le fait que cette affaire soit la première portant sur le devoir de vigilance nécessite que le double degré de juridiction soit mis en œuvre.

⁵⁹ Voir les communiqués de presse des Amis de la Terre France et Survie des 25 mars 2020 (<https://www.amisdelaterre.org/affaire-total-ouganda-une-nouvelle-etape-malgre-une-justice-au-ralenti/>) et 23 juin 2020 (<https://www.amisdelaterre.org/communiqué-presse/total-ouganda-des-rapporteurs-speciaux-de-lonu-interpellent-la-multinationale-et-les-autorites-gouvernementales/>).

La Cour d'appel de Versailles rendra sa décision le 10 décembre 2020. Celle-ci devra trancher si le litige en question relève de la compétence des juges judiciaires ou commerciaux. Si elle fait droit à la demande d'évocation, alors une nouvelle audience, portant cette fois-ci sur le fond de l'affaire, sera convoquée à la Cour d'Appel de Versailles. Si elle tranche en faveur des associations sur la question de la compétence, mais refuse la demande d'évocation, alors une nouvelle audience sur le fond sera convoquée en première instance devant un tribunal judiciaire.

Judith Rochfeld (université Paris Panthéon-Sorbonne ⁶⁰), sur l'apport de la loi vigilance en matière environnementale et climatique

Selon vous, quels enjeux environnementaux doivent être appréhendés par la loi sur le devoir de vigilance ? Tous ceux susceptibles de caractériser un préjudice écologique « grave » ?

L'article L. 225-102-4 du Code de commerce, qui exige l'élaboration d'un plan de vigilance, impose en effet que ce plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les *atteintes graves* envers [...] l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ». Mais la « gravité » est une notion standard qui, comme telle, est difficile à investir d'un contenu précis⁶¹. Elle peut ainsi en appeler à au moins trois déclinaisons, précision étant donné que l'appréciation et l'exigence placées au sein du standard sont dépendantes d'une hiérarchie de valeurs et ne peuvent être approchées que de façon relative : chacune des approches possibles est, comme le précise très bien Delphine Misonne par exemple, dépendante « d'un système de valeurs qui place [ou non] la nature au premier rang » ; la disparition d'une espèce ou d'une partie d'un écosystème « n'est grave que si on lui attache une valeur intrinsèque considérable et une place cruciale dans l'ordre des choses » ; elle est relative « si l'on considère [...] que le capital naturel épuisé peut très logiquement, et parfois à moindre frais, être substitué par du capital artificiel. »⁶² L'appréciation de la gravité témoignera donc de choix, aux mains des rédacteurs du plan ainsi que des juges qui auront éventuellement à le contrôler, entre plusieurs approches.

La première, historiquement, est cependant à exclure. Elle plaçait le standard à un niveau très élevé et rabattant le grave sur les atteintes irréversibles à l'environnement⁶³ : est irréversible « ce qui n'est pas susceptible de rétablissement dans son premier état, de retour à la situation d'origine, que ce soit de manière naturelle ou par l'action de l'homme, à l'échelle du temps humain ; [se dit] d'un acte ou d'une situation dont les effets sont présumés définitifs, en l'état des connaissances du moment. »⁶⁴ Ce standard de l'irréversible fut en effet le premier dans l'avènement de la protection des milieux lorsque la prise de conscience de la finitude du monde

⁶⁰ Professeure de droit privé l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne.

⁶¹ Comme tout seuil d'ailleurs, v. Y. Jegouzo (dir.), « Pour la réparation du préjudice écologique », Rapport remis au Garde des sceaux le 17 septembre 2013, p. 19, qui relevait qu'« il est certain que la fixation d'un seuil ouvre la porte à des difficultés contentieuses. »

⁶² D. Misonne, V° Irréversibilité, in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

⁶³ A. Kiss, « L'irréversibilité et le droit des générations futures », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 23, n° 1, 1998, p. 49-57 ; M. Remond-Gouilloud, « L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 1998, p. 7-14.

⁶⁴ D. Misonne, art. préc.

s'est trouvée traduite en droit⁶⁵ (il apparaît dès 1972 et la Déclaration de Stockholm). Il pourrait se décliner aujourd'hui selon un critère tenant en la possibilité, ou en l'absence de possibilité, de remplacement de l'élément atteint⁶⁶. Néanmoins, le critère de l'irréversible est très élevé et a été concurrencé dans le temps, puis s'est allié avec celui des atteintes « graves » : la Déclaration de Rio de 1992, dans sa légitimation du principe de précaution en cas d'incertitude scientifique, vise ainsi les atteintes « graves ou irréversibles », la distinction des deux standards attestant qu'ils devaient désormais être dissociés et qu'un nouveau seuil s'imposait.

Si l'on admet donc que le système de valeurs a évolué et que les atteintes à l'environnement doivent être poursuivies sans que le « grave » renvoie à cet irréversible exigeant, on peut, dans une deuxième approche, comprendre les exigences du plan de vigilance attachées aux *atteintes graves* en référence à une ou des normes objectives extérieures fixant des seuils de la « gravité » du dommage. C'est par exemple ce que proposent certains quand ils se reportent au « dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires » (en matière de changement climatique, d'érosion de la biodiversité, de perturbation des cycles biogéochimiques de l'azote et du phosphore, de changements d'utilisation des sols, d'acidification des océans, d'utilisation mondiale de l'eau, d'appauvrissement de l'ozone stratosphérique, d'augmentation des aérosols dans l'atmosphère, d'introduction d'entités nouvelles dans la biosphère)⁶⁷. Il y aurait donc à se reporter à ces limites. On pourrait également se référer à un système de faisceaux de critères, à l'instar de ce que proposait Polly Higgins dans sa définition de l'écocide : elle axait la définition de l'élément matériel de ce crime « extraordinaire »⁶⁸ sur ses conséquences, à savoir celles ayant une certaine densité dans le temps (« durable »), dans l'espace (« étendu ») et dans leur consistance (« grave »)⁶⁹. Le grave ne suffirait pas seul et/ou se nourrirait du durable et de l'étendu. Enfin, dans des matières où ils existent, on peut se reporter aux seuils, à ne pas dépasser par exemple, fixés par certains textes : le dommage est grave dès que ces seuils sont franchis (cf. l'article L. 222-9 du Code de l'environnement et les textes réglementaires qui lui sont associés, établissant des « objectifs nationaux de réduction des émissions de polluants atmosphériques anthropiques » pour préserver la qualité de l'air). La loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, en visant des « détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement » n'était pas non plus très éloignée de cette approche quantitative (même si elle renvoie, pour décrire ce « mesurable », à un standard du grave qualitatif, cf. l'article L. 161-1 du Code de l'environnement)⁷⁰.

⁶⁵ *Ibid.* La conscience de la finitude et des risques était pourtant bien antérieure, v. par ex. pour le changement climatique, J.-B. Fressoz et F. Locher, *Les révoltes du ciel. Une histoire du changement climatique XVe-XXe siècle*, Le Seuil, 2020.

⁶⁶ Sur les limites de ce critère, *ibid.*

⁶⁷ J. Rockström *et al.*, « Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity », *Ecology and Society*, Vol. 14, No. 2 (Dec 2009) ; Convention citoyenne pour le climat, Proposition « Légiférer sur le crime d'écocide ».

⁶⁸ L. Neyret (dir.), *Des écocrimés à l'écocide*, préface M. Delmas-Marty, Bruxelles, Bruylant, 2015.

⁶⁹ P. Higgins, *Eradicating Écocide*, Shephard-Walwyn, Publishers, septembre 2010.

⁷⁰ M. Hautereau-Boutonnet, Responsabilité civile environnementale, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019.

Article Art. L. 161-1, c. envir. : « I. — Constituent des dommages causés à l'environnement au sens du présent titre les détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement qui :

1° Créent un risque d'atteinte grave à la santé humaine du fait de la contamination des sols résultant de l'introduction directe ou indirecte, en surface ou dans le sol, de substances (Ord. n° 2010-1232 du 21 oct. 2010, art. 3-I) « mélanges », organismes ou micro-organismes ;

Enfin, dans une troisième approche (qui n'épuise pas les méthodes d'appréciation et n'est pas forcément antinomique avec la précédente), on peut comprendre le « grave » en référence à des critères non pas quantitatifs mais qualitatifs, c'est-à-dire davantage fondés sur une description des valeurs protégées : toute atteinte d'une certaine consistance à ces nœuds de protection atteste de la gravité. C'est à quoi aboutit par exemple l'énumération *in fine* de l'article L. 161-1 précité : il y aura préjudice suffisamment grave si l'on atteint les espèces d'oiseaux sauvages listées, leurs habitats, certaines fonctions écologiques, etc. Dans un sens analogue, le Code civil, en visant désormais dans son article 1247 le préjudice écologique comme celui qui se constate à une « atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », ou le Code de commerce en exigeant la prévention des « atteintes graves » envers l'environnement⁷¹ reprendraient plutôt cette troisième approche : de perturbations consistantes, sans être irréversibles et/ou qui atteignent des seuils quantitatifs, mais se rapportent à des éléments listés comme protégés dans le code de l'environnement.

Il faut néanmoins noter que, quelle que soit l'appréciation de la gravité choisie, en fonction de la disponibilité des types de critères de la deuxième ou troisième option, cette appréciation devrait s'effectuer sans relativité : la mise en balance de l'atteinte avec les bénéfices obtenus, soit le caractère « anormal » de l'atteinte, a en effet été exclue par la réforme du Code civil de 2016 intronisant le préjudice écologique, ce alors même que la direction avait été proposée par le Rapport Jegouzo l'ayant précédée (il poussait à une appréciation de « la gravité de l'atteinte à l'environnement au regard du niveau de développement de la société »)⁷². Le résultat aurait pu en être, par exemple, de légitimer des atteintes graves mais bénéfiques à des intérêts économiques. En définitive, le préjudice écologique « grave » compose un standard dans la dépendance d'un système de valeurs, qui se détache de l'irréversible et de l'anormal, d'un côté, et peut se comprendre en relation avec des seuils chiffrés — approche quantitative —, mais également en dehors d'eux au constat d'une perturbation suffisamment palpable — approche qualitative.

2° Affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux (L. n° 2015-1567 du 2 déc. 2015, art. 9-1°) « y compris celles de la zone économique exclusive, de la mer territoriale et des eaux intérieures françaises », à l'exception des cas prévus au VII de l'article L. 212-1 ;

3° Affectent gravement le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable :

a) Des espèces visées au 2 de l'article 4, à l'annexe I de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages et aux annexes II et IV de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages ; [...]

b) Des habitats des espèces visées au 2 de l'article 4, à l'annexe I de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, précitée et à l'annexe II de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, précitée ainsi que des habitats naturels énumérés à l'annexe I de la même directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992 ;

c) Des sites de reproduction et des aires de repos des espèces énumérées à l'annexe IV de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, précitée ;

4° Affectent les services écologiques, c'est-à-dire les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats mentionnés au 3° au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public, à l'exclusion des services rendus au public par des aménagements réalisés par l'exploitant ou le propriétaire. »

⁷¹ Art. L. 225-102-4, I, c. comm.

⁷² Y. Jegouzo (dir.), « Pour la réparation du préjudice écologique », Rapport remis au Garde des sceaux le 17 septembre 2013, p. 20.

Afin de guider les entreprises dans la mise en œuvre du devoir de vigilance, les travaux parlementaires de la loi invitent les entreprises à considérer le cadre de référence pertinent en la matière (Principes directeurs de l'ONU et de l'OCDE) qui définit relativement bien le comportement à suivre en matière de droits humains. Existe-t-il un tel cadre international tout aussi pertinent en matière environnementale ?

Il se construit, les instruments relatifs aux droits humains s'étant « verdés » ces dernières années, que ce soit aux plans international ou européen.

En témoignent en premier lieu les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies de 2011 ainsi que les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, dans leur version de 2011 incluant les risques climatiques dans ceux environnementaux⁷³. Ils ont d'ailleurs été brandis comme modèles lors de l'adoption de la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance⁷⁴. Au-delà de leur verdissement, ils sont par ailleurs intéressants en ce qu'ils peuvent soutenir une approche large de la causalité, approche qui sera nécessaire en matière climatique (cf. *infra*). Par exemple le principe 13 de la source onusienne recommande de considérer les incidences négatives des « *produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences* » ; le principe 17, de « *viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales* » ; le principe 18, d'identifier et évaluer « *toutes les incidences négatives effectives ou potentielles sur les droits de l'homme dans lesquelles elles peuvent avoir une part soit par le biais de leurs propres activités ou du fait de leurs relations commerciales* »⁷⁵.

Il faut également considérer, en deuxième lieu, le cadre européen. Il s'est, lui aussi, beaucoup enrichi de références à la protection de l'environnement, et encore plus spécialement du climat. En témoignent les lignes directrices de la Commission européenne en date de 2019, consacrées à l'information financière en matière climatique⁷⁶. Celles-ci ne procèdent pas, en outre, à un

⁷³ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies de 2011, disponible à l'adresse suivante : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf ; OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Editions OCDE, 2011 : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm>. V. également la Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des entreprises, ISO/TMB WG SR, 4 sept. 2009.

⁷⁴ D. Potier, Rapport n° 3582 fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 16 mars 2016.

⁷⁵ Principes directeurs précités, p. 17, précision étant donnée dans les commentaires que l'on doit entendre par « activités » de l'entreprise « ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire et par « relations commerciales » les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur ».

⁷⁶ Communication de la Commission européenne, Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat (2019/C 209/01), juin 2019, adoptées dans le prolongement des Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières ; 2017/C 215/01), juin 2017 : elles indiquent aussi de faire apparaître la totalité des émissions directes de GES de scope 1 (ou une estimation raisonnable ; les émissions indirectes de GES associées à la production

simple décalque des orientations relatives aux droits de l'homme, mais orientent vers une approche de plus long terme, plus adaptée. Par exemple, elles indiquent que, « [l]orsqu'elles évaluent l'importance relative d'informations liées au climat, les entreprises devraient se projeter sur un horizon temporel plus éloigné qu'elles ne le font traditionnellement pour l'information financière », conseil leur étant donné en conséquence « de ne pas conclure prématurément que le climat n'est pas une question importante du simple fait que certains risques climatiques sont perçus comme s'inscrivant, par nature, sur le long terme. »⁷⁷

Enfin, à l'échelle française, le reporting extra-financier a fait beaucoup pour intégrer la considération des externalités négatives environnementales et pour tenter de donner un cadre de référence. Ce fut d'ailleurs la première initiative en direction d'une mise en visibilité de ces externalités pour les grandes entreprises (aujourd'hui celles cotées de plus de 500 salariés permanents et employés au cours de l'exercice dès lors que leur chiffre d'affaires net dépasse 40 millions ou que le total du bilan dépasse 20 millions d'euros, ainsi que les non-cotées de 500 salariés, dont le chiffre d'affaires net ou le total du bilan dépasse 100 millions d'euros)⁷⁸. Particulièrement, il est requis que le volet climatique de la déclaration de performance extra-financière (exigé à partir de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à « la transition énergétique pour la croissance verte ») livre des « informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les *conséquences sur le changement climatique* » (émissions directes), mais également des informations sur les émissions liées à « l'usage des biens et services qu'elle produit » (émissions indirectes), ainsi que « sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique ». Plus précisément encore, les informations dues doivent correspondre aux émissions de gaz à effet de serre « générées par la production de biens et services (sources de combustion, biomasse) » — dites de « scope 1 »⁷⁹ — ; « [à] celles de l'énergie nécessaire à cette production (consommation d'électricité ou de vapeur, chaleur et froid) », soit des « émissions indirectes de GES associées à la production d'électricité, de vapeur et d'énergie de chauffage/refroidissement acquises et consommées », dites de « scope 2 » ; ainsi qu'à celles de scope 3, soit les émissions associées à l'usage des biens et services (autre celles liées aux activités en amont de la production (achat de produits et services, transports de marchandises, déplacements professionnels)⁸⁰. Il y a donc reprise de référentiels externes propre au secteur, en l'occurrence du référentiel du World Business Council for Sustainable Development et du World Resources Institute (GHG Protocol), avec des conséquences non négligeables. La dernière orientation implique par exemple que Total SA quantifie des émissions de scope 3 représentant plus de 80 % de l'ensemble des émissions générées (évaluation de Sébastien Mabile et François Cambiaire⁸¹). Par ailleurs, en ce qui concerne les actions à entreprendre, la déclaration doit

d'électricité de vapeur et d'énergie de chauffage/refroidissement acquises et consommées (le scope 2), ainsi que toutes les émissions indirectes de GES, produites en amont et en aval (scope 3). V. égal. OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, p. 35.

⁷⁷ Point 2.2.

⁷⁸ Reformulée à la suite de la Directive 2014/95/UE du 22 oct. 2014 relative à la publication d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité, sur laquelle, not. Rev. soc. 2015, n° 2, chron., p. 134, chron. B. Lecourt ; JCP E 2015, n° 1070, F.-G. Trébulle ; Y. Queinnec et A. Constantin, « Devoir de vigilance : les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *RLDA* 2015/104, n° 5586 ; N. Cuzacq, « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra financière », *Rev. sociétés* 2015, p. 707.

⁷⁹ Not. sous l'influence du référentiel World Business Council for Sustainable Development et le World Resources Institute, GHG Protocol (Green House Gas Protocol) 2001.

⁸⁰ Article R. 225-105, c. comm.

⁸¹ S. Mabile et F. Cambiaire, « Environnement et développement durable - L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2019, n° 5, Dossier 21, n° 12.

traiter des « mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique » de façon générale (et des « procédures de contrôles internes »), ainsi que des « objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet » : toute direction générale qui ne s'arrime pas forcément aux risques cartographiés⁸².

Le climat fait-il déjà partie de la loi vigilance ? Auquel cas, que devraient faire les entreprises ? Décarboner leur modèle économique avant une certaine échéance ?

Même si cela n'a pas été évoqué lors des discussions qui ont conduit au vote de la loi de 2017, cela ne fait aucun doute à mon sens : il serait pour le moins étonnant de laisser en dehors de la vigilance ce pan des atteintes, alors que la préoccupation de protection du système climatique compose la forme majeure du mouvement mondial de réinterprétation fondamentale de la distribution des risques et des externalités négatives⁸³. En témoignent les nombreuses actions en justice menées dans le monde à l'égard des « Carbon Majors ». Néanmoins, ce qui peut freiner cette compréhension tient au décalage tangible entre les énonciations des exigences du plan de vigilance, d'un côté, et les particularités du versant climatique, d'un autre. Et plus précisément encore : la description de la causalité que portent les textes relatifs au contenu souhaité du plan. Celui-ci doit en effet exposer les « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques [...] envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, *résultant des activités* » de l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise obligée ; il doit mettre en regard les « mesures de vigilance raisonnable propres à [...] à prévenir les atteintes graves » à ces mêmes droits humains et libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes, ainsi qu'à l'environnement. Les exigences semblent ainsi se couler dans les formes de la causalité classique : la société doit cartographier les risques en relation avec « ses » activités et celles de sa sphère de vigilance ; elle encoure une responsabilité, de nouveau « classique », en cas de préjudice climatique, que l'on concevrait comme la réalisation d'un dommage ou la perte de chance de l'éviter⁸⁴ due à la faute ou à la négligence de ne pas avoir cartographié correctement le risque, carence ne lui permettant pas d'éviter ou d'atténuer le dommage, ou encore, cette cartographie aurait-elle été

⁸² Article R. 225-105, c. comm. ; B. Roland, « Le reporting des sociétés cotées en matière de changement climatique », in *Changement climatique, quel rôle pour le droit privé ? op. cit.*, p. 25.

⁸³ En ce sens déjà, F-G Trebulle, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n°8-9 – Août – Septembre 2018, *Lexis Nexis*, p. 26 ; S. Mabile et F. Cambiaire, art. préc. ; E. Daoud et S. Sfoggia, « Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *RJSP* n° 16, janv. 2019, 14.

Sur la mise en œuvre, par les sociétés concernées, d'un versant climatique, cf. Notre affaire à tous, *Benchmark de la vigilance climatique des multinationales*, 2020, p. 5, disponible à l'adresse suivante : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/03/Rapport-General-Multinationales-NAAT-2020.02.01-1.pdf>.

⁸⁴ Sur la difficulté générale d'établir ce lien, cf. not. A. Danis-Fatôme et G. Viney, art. préc. ; C. Hannoun, art. préc.

effectuée, à la faute de ne pas avoir mis en œuvre les mesures propres à éviter ou atténuer les risques identifiés⁸⁵.

Or, rien n'est moins simple que cette caractérisation du lien entre des activités, d'un côté, et des dommages ou risques climatiques qui en découleraient, d'un autre : la causalité « classique » repose sur un lien direct entre des causes — les activités — et des conséquences — les risques —, qui ne peut pas être retenue ici (pas davantage qu'il ne suffirait de recourir à une présomption de causalité⁸⁶). Il est effectivement difficile de faire la démonstration, en matière climatique, d'une faute (le non-respect d'une règle ou une négligence), ou d'un autre fait générateur de responsabilité (par exemple, avoir causé un dommage du fait des choses que l'on a sous sa garde ou du fait de ses employés) ; d'un dommage, actuel, certain et direct (seules les personnes qui le subissent étant reconnues comme ayant un « intérêt à agir » et pouvant s'en plaindre en justice) ; d'un lien de cause à effet direct entre ces deux éléments⁸⁷. Pourquoi ? Parce que la causalité « climatique » compose un exemple topique de causalité complexe (plusieurs causes) diffuse (dans le temps et l'espace) et cumulative (une émission, qui permettrait schématiquement d'atteindre un seuil, peut avoir des conséquences décuplées par rapport à une autre, de même nature et quantité), causalité qui ne répond pas à la conception juridique traditionnelle selon laquelle une cause doit entraîner, de façon directe, immédiate et certaine, un effet (avec parfois des nuances, toutefois). Total ne s'y est d'ailleurs pas trompée quand, sommée de s'expliquer sur l'insuffisance de son plan de vigilance de 2018, l'entreprise s'est fondée sur ce décalage pour soulever un désaccord et faire état d'une compréhension divergente (tout en s'engageant à développer ce volet dans son plan de 2019)⁸⁸ : elle avait bien, pour l'année 2018, établi sa déclaration de performance extra-financière ; son rapport de gestion annuel faisait état du volet climatique ; cependant, elle n'estimait pas que le plan de vigilance doive contenir ce volet à l'identique car, pour elle, les droits humains ou l'environnement ne pouvaient embrasser la protection du climat. L'argument pouvait à l'abord paraître très étonnant, mais il tentait de prendre appui sur l'ambiguïté de la loi : en tant que « phénomène diffus », le risque climatique ne découlerait pas de son activité propre⁸⁹ ; il ne se déploierait

⁸⁵ Article L. 225-102-5, c. comm. : « le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil). Il est également question d'une action, préalable, de mise en conformité, cf. art. L225-102-4, II, c. comm.

⁸⁶ Déjà, pour des assouplissements de la causalité, dans le sens d'une obligation de garantie, v. C. Hannoun, « Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés mères », in *Mélanges Michel Germain*, p. 381, LGDJ, 2015 (sept. 2014) ; ou encore de la preuve de la causalité, vers une présomption de causalité, v. E. Daoud et C. Le Corre, « À la recherche d'une présomption de responsabilité des sociétés mères en droit français », RLDA 2012/76, n° 4330 ; A. Danis-Fatôme et G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D. 2017, p. 1614.

⁸⁷ S. Porchy-Simon, « L'indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile », in M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon (dir.), *Changement climatique : quel rôle pour le droit privé ?* Paris, Dalloz, 2019, p. 151-164. *Adde* que, aux Etats-Unis, il faut que le préjudice soit réparable à l'issue de la décision.

⁸⁸ <https://fr.total.com/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond> ; pour un résumé de l'affaire Total en matière de climat, v. Paul Mougeolle, « Notre affaire à tous et autres contre Total », in C. Courmil (dir.) *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020 ; <https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits/ouvrages#numero10> (dernière consultation le 14 septembre 2020).

⁸⁹ François Muller, avocat, explications citées in « Devoir de vigilance : le cas de Total, attaqué sur le changement climatique, fera-t-il jurisprudence ? », Novethic, 19 février 2019 : <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-le-changement-climatique-doit-il-etre-integre-dans-le-plan-des-entreprises-146931.html>. *Contra* par ex. Commission eur., Lignes directrices préc., 2.2 : « Les informations relatives au climat peuvent être considérées comme relevant de la catégorie des questions environnementales. »

qu'à l'issue d'une chaîne de responsabilités qui n'a que peu à voir avec la causalité classique et dont la société n'entendait pas répondre.

C'est pourquoi il est nécessaire de particulariser ce volet en acceptant de le détacher de cette approche classique de la causalité et en se référant davantage, comme y invite les exigences attachées à la déclaration de performance extra-financière, aux émissions attribuées à l'entité plutôt qu'à leur causalité directe dans les dommages (il « suffirait » d'introduire une phrase dans le dispositif légal actuel spécifiant le volet climatique). Cela se justifierait d'autant que, comme l'ont par exemple affirmé les juges néerlandais à l'égard de la demande de la fondation Urgenda et des 886 citoyens impliqués d'enjoindre l'Etat néerlandais de baisser ses émissions à hauteur des objectifs nationaux qu'il avait affichés lors de l'Accord de Paris, les exigences de démonstration du dommage et du lien de causalité peuvent être desserrées en matière d'action préventive⁹⁰.

Quant à la cartographie des risques, il serait ainsi plus opportun de se référer à une causalité diffuse entre les émissions de l'entreprise (et de ses partenaires économiques), d'un côté, et le dérèglement climatique, de l'autre. Dans sa cartographie, l'entreprise devrait alors anticiper sa participation au dérèglement au regard de ses émissions passées, telles que calculées selon les critères de sa déclaration de performance extra-financière (on irait vers une « responsabilité du fait de sa contribution » comme l'énonce François-Guy Trébulle⁹¹). Cela impliquerait, en premier lieu et à l'instar des principes de « Soft Law » précités et des informations exigées pour établir la déclaration de performance de nouveau, que les sociétés concernées n'anticipent plus seulement les émissions émanant de leur activité directe (et de celles de leur chaîne de valeur), mais également toutes celles susceptibles d'être impliquées dans leur chaîne de production, amont et aval, ainsi que celles liées à la consommation de leur produits et services (il y a ici un nœud de dissension comme l'illustre une nouvelle fois le procès contre Total : selon ses propres estimations de 2019, l'entreprise émettrait 458 Mt CO₂ éq, soit plus de deux tiers des émissions françaises et 1% des GES à l'échelle mondiale ; les requérants rapprochent ce nombre des 445 Mt CO₂ éq. représentant les émissions de la France en 2018, selon Haut Conseil pour le Climat⁹², et opère une comparaison afin de faire apparaître l'importance de la participation de la firme aux émissions nationales ; or, ces dernières proviennent de sources très diverses et un tel rapprochement est critiqué par l'entreprise comme trompeur⁹³). Cela impliquerait, en second lieu et toujours en référence à leur part d'émissions passée, de déterminer les « parts » que chacun doit endosser dans une perspective de baisse des émissions au regard de sa participation indivisible à cette causalité diffuse⁹⁴. En définitive, on prônerait une cartographie des risques à anticiper comme ceux découlant d'une poursuite non modifiée de la part d'émissions de gaz à effet de serre passée de chaque entreprise et de sa chaîne de valeur telle que cartographiée dans la déclaration de performance extra-financière.

⁹⁰ Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, *The State of the Netherlands v. Urgenda foundation*, n° C/09/456689/HA ZA 13-1396, § 64 : « *these proceedings concern a claim for imposing an order and not a claim for damages, so that causality only plays a limited role. In order to give an order it suffices (in brief) that there is a real risk of the danger for which measures have to be taken.* »

⁹¹ F.-G. Trébulle, « Responsabilité et changement climatique », préc., n° 7.

⁹² HCC, Rapport annuel pour 2019, Juin 2019, p. 29 : https://www.hautconseilclimat.fr/wp-content/uploads/2019/09/hcc_rapport_annuel_2019_v2.pdf.

⁹³ V. les premières réactions de P. Joly, « Total interpellé sur sa responsabilité dans le changement climatique », *Le Monde*, 23 octobre 2018 et *supra*.

⁹⁴ Dans le même sens, N. Cuzacq, art. préc. : « Dans ce cas, par souci de justice, il serait opportun d'envisager une responsabilité commune, mais proportionnée au risque climatique créé. »

Quant aux actions de prévention à entreprendre en conséquence, il serait également plus cohérent de délier les mesures à adopter de la seule causalité classique pour enjoindre à l'entreprise de participer, de façon générale et à hauteur de sa contribution passée dans le risque collectif de long terme, à la lutte contre le dérèglement climatique (baisse des émissions et adaptation). On tombera alors d'accord avec d'autres pour considérer que la hauteur de cette lutte se trouve définie dans les seuls instruments internationaux faisant l'objet d'un consensus, à savoir la reconnaissance d'une exigence de « diligence raisonnable » définie, non plus seulement au vu des « risques créés » mais de l'ordre public international, en l'occurrence de « l'article 2 de l'Accord de Paris » posant l'objectif de limitation de l'élévation des températures « nettement en dessous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels (...) » (ce standard extérieur serait admis sur le fondement de deux critères : « son caractère universellement reconnu » et « le fait que ce soit à son aune que les autres acteurs jugent de l'impact des entreprises »)⁹⁵. Chacune des entreprises en cause aurait alors l'obligation de moyen « consist[ant] en une série de mesures appropriées dans le but de réaliser » cet objectif défini à l'aune de ce standard extérieur et l'on pourrait retomber dans ce qu'exige le dispositif d'information extra-financière français, à savoir la description des mesures *d'adaptation* aux conséquences du changement climatique ainsi que des objectifs de réduction à moyen ou long terme. C'est également la direction qui se dessine en Europe puisque les lignes directrices de la Commission de 2019 exige, au titre de l'information, qu'elle décrive « les politiques de l'entreprise en matière de climat, y compris ses éventuelles politiques d'atténuation du changement climatique ou d'adaptation à celui-ci », « les éventuels objectifs climatiques que l'entreprise s'est fixés dans le cadre de ses politiques, en particulier ses objectifs en matière d'émissions de GES » et indique « comment ses objectifs se rattachent aux objectifs nationaux et internationaux, et en particulier à ceux de l'Accord de Paris »⁹⁶.

⁹⁵ S. Mabile et F. Cambiaire, art. préc., n° 34, se fondant, pour la définition de l'obligation de vigilance, sur les propos du rapporteur de la loi ; v. égal. B. Parance et E. Groulx, Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care JDI 2018, doctr. 2 ; Paul Mougeolle, « Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 2017, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2970> ., n° 18-19 : « Sans pour autant prévoir une application horizontale directe aux personnes privées, l'Accord fixe néanmoins un objectif *universel* et contraignant de contenance de l'élévation de la température moyenne de la planète » ; il peut décliner en la matière « les droits et les objectifs faisant l'objet d'un consensus international et dont la protection est essentielle pour l'homme et/ou pour l'environnement. »

⁹⁶ Commission européenne, Lignes directrices précitées.

Aude-Solveig Epstein (université Paris Nanterre⁹⁷) : le devoir de vigilance, entre obligations de dire et obligations de faire

Peut-on affirmer que la loi sur le devoir de vigilance va plus loin que les législations sur le reporting social et environnemental des entreprises ?

Au premier abord, on peut avoir le sentiment que la loi relative au devoir de vigilance du 27 mars 2017 va effectivement plus loin qu'une législation qui imposerait une simple obligation de reporting. En effet, cette loi impose aux grandes sociétés non seulement de *dire* ce qu'elles font mais aussi de *faire*, en l'occurrence d'œuvrer à la prévention des atteintes à la santé, aux droits de l'homme et à l'environnement dans leur chaîne de valeur.

Cependant, la réalité est plus contrastée. Il convient de ne pas se hâter de discréditer les obligations de dire au profit des obligations de faire. Une obligation de dire peut, selon son contenu, porter en germe une obligation de faire autrement plus contraignante qu'une apparente obligation de faire qui pourrait se résoudre dans une obligation de dire.

D'une part, des obligations de publication peuvent en réalité impliquer des obligations substantielles.

Il faut en effet avoir à l'esprit que « dire » c'est toujours déjà « faire ». Par conséquent, lorsque la loi impose aux grandes sociétés des obligations de publication d'information⁹⁸, elle ne contraint pas seulement leur « parole » mais aussi leur « conduite ». Vous n'imaginez pas la quantité de choses à faire afin de s'acquitter des obligations de publicité légale en matière de RSE ! Cela suppose l'institution d'un système de veille, avec un travail potentiellement colossal de collecte mais aussi de fabrication d'informations qui, bien souvent, ne préexistaient pas à l'obligation de les publier. Pour pouvoir informer autrui, il faut au préalable s'être informé soi-même. En ce sens, on a affirmé que « la RSE pass[ait] aujourd'hui avant tout par la production d'informations »⁹⁹. Ca ne signifie pas que la RSE serait purement affaire de communication, mais que c'est par l'impératif de communiquer et donc de produire de l'information que la RSE s'intègre dans la gestion des affaires sociales. Une fois informés, les dirigeants pourront agir. Vous connaissez l'adage : on ne gère que ce que l'on mesure ! Et c'est précisément en vue de pousser les dirigeants d'entreprise à mieux gérer les impacts sociaux et environnementaux des activités sociales que le législateur a démultiplié les obligations d'information en matière de RSE¹⁰⁰.

Il faut prendre garde à une chose : le fait que les dirigeants aient connaissance de la réalité des impacts sociaux et environnementaux n'est pas seulement de nature à les faire réfléchir et à les

⁹⁷ Maître de conférences en droit privé, auteure de la thèse *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Fondation Varenne, 2015.

⁹⁸ V. par ex : C. com., art. L. 225-102-1.

⁹⁹ A. Couret « Corporate Governance, RSE et communication financière ». La responsabilité sociale des entreprises : Un nouvel enjeu fiscal », *Dr. fisc.* 2012, 6, 131.

¹⁰⁰ A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne/LGDJ, 2015.

inciter à agir ; c'est aussi susceptible d'instituer à leur charge un authentique devoir juridique d'anticiper les risques et de prévenir les dommages. L'obligation de publication d'informations dessine en effet un périmètre d'informations dont les dirigeants de la société peineront à justifier qu'ils aient pu légitimement les ignorer ; d'autant plus que les informations RSE doivent souvent être incluses dans le rapport de gestion, lequel est rédigé sous la responsabilité du conseil d'administration. Or, suivant un raisonnement éprouvé, la responsabilité d'un dommage peut incomber à celui qui avait les moyens – notamment informationnels – d'en éviter la survenance, voire qui aurait dû se tenir informé des risques. C'est à ce titre par exemple que l'Etat a été condamné dans l'affaire de l'amiante¹⁰¹ ou encore qu'un laboratoire a dû assumer la responsabilité des dommages causés par un médicament dont il n'avait pas suffisamment surveillé les risques¹⁰². En somme, d'apparentes obligations de dire peuvent en réalité masquer d'authentiques obligations de faire !

Mais le glissement entre dire et faire peut également s'opérer en sens inverse : il existe en effet des obligations qui sont apparemment destinées à pousser les entreprises à modifier leur conduite mais qui pourraient, au terme d'une interprétation restrictive, les soumettre essentiellement à des obligations informatives. On peut prendre l'exemple du nouvel article 1833 du Code civil, issu de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ». Ce texte dispose que : « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » La rédaction de cette seule phrase a suscité beaucoup de discussions et son interprétation reste très débattue¹⁰³. Certains estiment qu'étant donné l'emplacement de la virgule, la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux devrait rester étrangère à la notion d'intérêt social. Autrement dit, le sens de l'intérêt social resterait inchangé si bien, par exemple, qu'un défaut de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux ne suffirait pas à engager la responsabilité de la société ou *a fortiori* de ses dirigeants. Ainsi interprété strictement, le nouvel article 1833 du Code civil imposerait simplement aux organes de direction de documenter les impacts environnementaux et sociaux de leurs décisions et d'en discuter pendant leurs réunions, sans pour autant leur interdire de prendre des décisions désastreuses au plan social et environnemental. En ce sens, un ouvrage de référence note que : « Certes, l'intérêt social paraît bien conserver, à travers la nouvelle rédaction retenue par l'article 1833, une dimension autonome, mais il reste que les impacts sociaux et environnementaux des décisions à prendre ne pourront plus être raisonnablement négligés. Autrement dit, les organes de décision devront désormais mettre en place des processus décisionnels intégrant ces dimensions, révélant que les effets sociaux et environnementaux ont, à tout le moins, étaient étudiés et mesurés et, au cas où ils ne se seraient pas révélés décisifs, indiquant les raisons pour lesquelles il a été passé outre et la manière dont leur prise en compte réapparaît dans des mesures d'accompagnement ou encore de prévention d'effets nocifs. »¹⁰⁴. Plus nettement encore, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris observe que « La société et ses dirigeants doivent pouvoir documenter cette prise en considération dans le cadre du processus décisionnel pour se prémunir contre le risque contentieux. Ce processus pourrait désormais permettre à certains dirigeants de justifier leurs décisions et constituerait alors un

¹⁰¹ CE, 3 mars 2004, req. n° 241152 - *Ministre de l'emploi et de la solidarité*.

¹⁰² Cass. 1^{re} Civ., 7 mars 2006, n° 04-16.179 : Bull. n° 142, p. 130.

¹⁰³ V. not. le Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, *Responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale et examen des conséquences juridiques associées aux modifications apportées aux articles 1833 et 1835 du Code civil*, juin 2020.

¹⁰⁴ J. Mestre (dir.), *Le Lamy Sociétés commerciales*, 2020, § 142.

moyen de défense contre des mises en cause visant leur gestion de la société. »¹⁰⁵ En somme, l'apparente obligation de faire pourrait en réalité s'analyser comme une obligation de mise en discussion et de motivation renforcée.

Qu'en est-il de la loi sur le devoir de vigilance ? Comment la situer dans ce nuancier des obligations, entre dire et faire ? Cette loi institue deux obligations qui s'apparentent à des obligations de dire – élaborer le plan de vigilance et le publier dans le rapport de gestion avec le compte rendu de sa mise en œuvre – et une obligation de faire – mettre en application les mesures de prévention prévues dans le plan. Autant il est évident que les obligations d'information pèsent sur la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre, autant la loi ne spécifie pas nettement le sujet des obligations de prévention. Certaines sociétés interprètent donc ce texte comme leur imposant seulement d'organiser la remontée des informations : ce serait aux filiales et aux sous-traitants qu'il incomberait d'évaluer les risques de leurs activités et de prévenir les dommages. La société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre se chargerait uniquement de transmettre ses exigences sur les procédures de prévention à mettre en œuvre et de récupérer les informations sur les pratiques de ses partenaires. Suivant cette interprétation restrictive, la loi sur le devoir de vigilance se traduirait alors, du point de vue de la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre, essentiellement par un surcroît de circulation d'information.

Il est tentant d'objecter que même si la loi n'est pas très claire sur la répartition du travail de prévention des risques entre les différents maillons de la chaîne de valeur, la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre ne peut pas rester inactive dès lors qu'elle a connaissance d'un risque. Comme indiqué plus haut, la connaissance d'un risque crée une certaine responsabilité quant à sa prévention. Cependant, les avocats de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre pourraient rétorquer que le principe d'autonomie des personnes morales s'oppose à ce que leur client se substitue à son partenaire défaillant ; et que leur client a de toute façon mis en œuvre tout ce qui était en son pouvoir : après avoir vainement notifié à son partenaire ses carences en matière de RSE, il a tenté d'obtenir un changement de politique et *in fine* mis fin à toute relation avec lui.

La rupture des relations commerciales et le désinvestissement doivent sans doute figurer dans le répertoire des sanctions à prévoir. Il existe tout de même un risque que les sociétés à la tête de grands groupes se déchargent des coûteuses obligations de prévention des dommages sur leurs partenaires, sans même leur fournir un accompagnement matériel ou financier à la hauteur des nouvelles contraintes. Même si la loi n'a pas prévu d'obligation de coopération dans la mise en œuvre du plan de vigilance, les juges pourraient éventuellement sanctionner ce type de comportements, par exemple sur le fondement de l'exigence de bonne foi ou en référence à la notion d'intérêt de groupe.

A quelles conditions une obligation de dire sous-tend-elle une obligation de faire ?

La découverte d'une obligation de faire à partir d'une obligation de dire peut résulter de la volonté législative, d'une interprétation prétorienne ou de la volonté des entreprises.

En théorie, les entreprises peuvent concourir à la transformation d'une obligation de dire en une obligation de faire. En effet, les engagements que les grandes sociétés prennent pour se

¹⁰⁵ Rapport précité, note 6, p. 47.

conformer à une obligation légale d'information peuvent les lier juridiquement. Quantité de qualifications sont ici disponibles, que ce soit en droit spécial (on songe notamment à la pratique commerciale trompeuse) ou en droit commun (contrat, engagement unilatéral de volonté, quasi-contrat, faute de droit commun)¹⁰⁶. Cependant, en pratique le contentieux est extrêmement rare (l'affaire « Nike », celle de l'Erika...) du fait que les publications des grands groupes en matière de RSE sont soigneusement étudiées de façon à ce qu'il n'en résulte aucune contrainte nouvelle pour la société et ses dirigeants.

Quant à la jurisprudence : en théorie, un juge pourrait condamner une société au motif qu'elle a eu – ou qu'elle aurait dû avoir – à sa disposition les informations qui lui auraient permis d'anticiper et d'éviter le dommage qui est finalement survenu. Le fait que cette société ait été astreinte à une obligation de communication d'informations sur les risques de ses activités permettrait d'identifier une série d'informations qu'elle ne pourrait pas prétendre avoir légitimement ignorées. Le fait de ne pas avoir concouru à prévenir ou à minimiser un dommage qu'elle avait (ou aurait pu avoir) les moyens d'anticiper permettrait d'établir l'existence d'une faute. Ce raisonnement pourrait le cas échéant être adossé, en matière environnementale, à la jurisprudence du Conseil constitutionnel : en 2011, celui-ci a déduit des deux premiers articles de la Charte de l'environnement que « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »¹⁰⁷. Cette décision pourrait inspirer la reconnaissance par les juges d'une obligation générale de vigilance environnementale qui commanderait que la société s'informe sur les impacts environnementaux de son activité et qu'elle mette en œuvre des efforts raisonnables pour prévenir les atteintes à l'environnement que ces informations lui auraient raisonnablement permis d'anticiper.

Enfin, l'identification d'une obligation de faire derrière l'apparente obligation de dire peut être organisée par le législateur. L'obligation de publicité légale peut en effet avoir pour objet de communiquer les résultats avérés ou attendus d'une action déterminée, ce qui implique que les assujettis à la fois communiquent et mettent en œuvre l'action. Si la loi impose, par exemple, de publier les résultats des audits annuels sur le niveau de pollution des masses d'eau environnantes et la méthodologie d'audit suivie, il faudra avoir conduit des audits en respectant une certaine méthodologie. Cependant, le législateur français est assez réticent à formuler les obligations de reporting RSE dans des termes tels qu'il pourrait en ressortir une authentique obligation de faire. Le flou rédactionnel doublé de la possibilité de ne pas mettre en œuvre les actions suggérées par les obligations de reporting (le prétendu principe « se conformer ou s'expliquer ») interdisent de déceler une quelconque obligation de faire¹⁰⁸. Ce genre de prescription vague et non sanctionnée n'est pas neutre au plan juridique. Il peut en effet s'analyser comme l'expression du refus du législateur d'imposer aux grandes entreprises d'adopter, au-delà du seul respect des obligations spécifiques pesant expressément sur elles,

¹⁰⁶ v. not. A.-S. Epstein, « Les objectifs climatiques publiés par les entreprises, nouvel Eldorado de la régulation par l'information, in C. Cournil (dir.), *La Fabrique d'un « droit climatique » pour construire un monde à 1.5 °C ?*, Pedone, 2020, à paraître (et références citées).

¹⁰⁷ Cons. Constit., Décision n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, Michel Z.

¹⁰⁸ V. par ex. C. com., art. L. 225-102-1 et R. 225-105. En ce sens, à propos des obligations de reporting sur les mesures de vigilance sociale et environnementale, v. EUROPEAN PARLIAMENT, Policy Department for External Relations, Human Rights Due Diligence Legislation -Options for the EU, PE 603.495, juin 2020, p. 1 : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf): « *while the introduction of reporting requirements has created positive impact by raising awareness and stimulating internal conversations within companies, its effect on the actual improvement of due diligence seems to be minimal. Its inherent limitation lies in the requirement for enterprises to report on their due diligence only if they have introduced such policies, but none are obligated to do so.* »

d'ambitieuses politiques de RSE. Ces dispositions limitent de ce fait la possibilité pour les juges de découvrir, sur le fondement du droit commun, un devoir prétorien de vigilance sociale et environnemental ambitieux. Tant que les obligations de communiquer des engagements dans les domaines de la RSE resteront vagues et non sanctionnées, il faudra douter des potentialités de la régulation par l'information.

Que pensez-vous des obligations de reporting intégrées dans la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ?

La loi relative au devoir de vigilance formalise le rôle de vigie des parties prenantes. En l'absence d'inspection du travail et de l'environnement transnationale, c'est aux parties prenantes qu'il appartient de surveiller l'efficacité et l'effectivité des mesures de vigilance mises en œuvre dans les grands groupes. Il est donc essentiel, dans l'économie de la loi, que les parties prenantes aient accès aux informations qui leur permettraient, le cas échéant, d'identifier d'éventuelles carences.

Le problème est que la loi n'est pas claire sur le niveau de détail du rapport de gestion quant au contenu du plan de vigilance et aux mesures mises en œuvre pour le décliner dans le cadre des différentes activités du groupe. Cette indétermination légale nourrit une bataille d'interprétations sur le terrain : les associations de défense de l'environnement et des droits de l'homme considèrent que la loi impose des publications assez détaillées, mais les entreprises retiennent spontanément une interprétation plutôt restrictive des obligations de transparence. Il faudra attendre des années avant que la jurisprudence en ait fini de clore cette controverse sur l'étendue exacte des obligations de révélation pesant sur les entreprises. En attendant, ces dernières sont donc maîtres de la détermination du niveau de transparence et d'opacité devant entourer leurs activités.

Cette configuration est structurellement problématique : les parties prenantes héritent d'une mission de surveillance sans en obtenir les moyens – ne serait-ce qu'informationnels. Le droit d'accès aux documents administratifs et aux informations relatives à l'environnement n'est pas vraiment de nature à les rendre moins dépendantes de l'entreprise pour l'obtention des informations nécessaires à l'évaluation de la politique de vigilance de cette dernière. En effet, l'usage de ces prérogatives ne permettra que très marginalement d'obtenir des informations sur les politiques de l'entreprise et sur les résultats atteints, tout particulièrement en cas d'opérations à l'étranger dans un Etat à faible gouvernance. La seule manière pour les parties prenantes d'obtenir ces précieuses informations sera d'engager un procès. A supposer que les juges se montrent peu exigeants quant au niveau de détail des informations fournies, il resterait aux parties prenantes à tenter d'obtenir des informations additionnelles sur le fondement du droit processuel. Cependant, l'accès serait alors subordonné à une identification assez précise des informations recherchées et à la démonstration de l'utilité effective de ces données pour la défense des droits des demandeurs. En somme, l'une des faiblesses de la loi sur le devoir de vigilance est de n'avoir pas prévu un mécanisme non juridictionnel d'accès sur demande aux informations des entreprises sur la manière dont elles conçoivent leur plan de vigilance et le mettent en œuvre.

Les appels à l'institution d'un tel droit d'accès aux informations sociales et environnementales détenues par les grandes entreprises sont de plus en plus nombreux¹⁰⁹. Les justifications en sont diverses¹¹⁰. à paraître). Parmi elles, on trouve l'idée que le système juridique reconnaît, via les obligations de reporting, que les grandes entreprises disposent d'une autonomie normative importante sur des sujets qui affectent en profondeur la vie de la population – l'environnement, la santé, les droits de l'homme. Le système juridique les reconnaît compétentes pour déterminer le niveau de risque social et environnemental acceptable dans la conduite de leurs activités au-delà du seuil minimal de protection effectivement imposé par la loi locale – minimum qui peut être très bas dans certains Etats. La reconnaissance d'un tel pouvoir ne semble légitime qu'à condition qu'elle soit à tout le moins assortie d'un devoir de transparence effective sur l'exercice qui en est fait...

¹⁰⁹ V. par ex. European Parliament, Policy Department for External Relations, Human Rights Due Diligence Legislation -Options for the EU, PE 603.495, juin 2020, p. 10 : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf)

¹¹⁰ A.-S. Epstein, « La reconnaissance d'un droit à l'accès aux données d'intérêt commun : l'exemple de l'information relative à l'environnement », in J. Rochfeld (dir.), *L'Echelle de communalité - Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport pour la Mission Droit & Justice, 2020, à paraître.

Thomas Perroud (université Panthéon-Assas¹¹¹), retour sur la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi sur le devoir de vigilance

La décision n°2017-750 du Conseil constitutionnel relative à la loi vigilance reflète-t-elle le caractère « anti-oligarchique » de la Constitution ?

Il est vrai que cette décision peut se prêter, en apparence, à une lecture très politique. Le drame du Rana Plaza a en effet mis à jour le système d'exploitation mis en place par certaines entreprises multinationales, système qui permet évidemment de capter la valeur créée pour la rapatrier en occident. Ce système, qui traite l'humain comme une marchandise, est générateur d'inégalités profondes, aussi bien dans les pays victimes comme le Bangladesh que dans les pays « bénéficiaires » comme la France. Le remède trouvé par les ONG et les parlementaires n'était pas violent puisqu'il s'agissait d'une obligation de prévention par l'intermédiaire d'un plan de vigilance qui se traduisait par une « information » du public.

Dans quel sens cette décision illustre-t-elle la façon dont le contentieux constitutionnel pourrait avoir un effet sur les rapports de force sociaux, dans le sens d'un renforcement des pouvoirs les plus puissants, ce que l'on a pu appeler dans la doctrine américaine, une constitution qui favorise une forme d'oligarchie¹¹² ? C'est essentiellement par le nombre et la qualité des contributions extérieures que l'on peut deviner ces effets¹¹³. Il y a des contributions au soutien du mécanisme, notamment celle déposée par le cabinet Lyon-Caen au soutien des organisations de la société civile qui en étaient à l'origine¹¹⁴. Il y en a aussi de nombreuses, manifestement opposées à ce devoir de vigilance, de la part de l'AFEP, du MEDEF, de la Fédération Française de l'Assurance, Fédération du Commerce et de la Distribution (FCD), du Groupement des Industries Françaises Aéronautiques et Spatiales (GIFAS), entre autres. On voit bien les forces en présence ici. D'une part, la société civile représentant des valeurs et les grandes entreprises multinationales. D'autre part, on remarque les absents du processus démocratique : à savoir les victimes. Le procès constitutionnel est ici bien représentatif de ce problème d'action collective. Les victimes étrangères ne sont bien évidemment pas représentées. Les victimes des délocalisations ne le sont pas non plus. Les grands gagnants de la mondialisation sont, eux, bien représentés et défendus.

On voit donc bien ici la façon dont ces entreprises utilisent l'extra-territorialité pour priver les victimes de remèdes. Elles n'ont pas de remèdes dans leurs droits, elles en sont privées aussi du fait que les entreprises qui organisent la chaîne de travail sont dans une autre juridiction.

¹¹¹ Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (CERSA).

¹¹² Joseph Fishkin, William E. Forbath, The Anti-Oligarchy Constitution, Boston University Law Review, Vol. 94, No. 671, 2014 ; U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 561 (Disponible [ici](#)).

¹¹³ La liste des contributions est disponible [ici](#).

¹¹⁴ Le mémoire est disponible [ici](#).

La censure partielle des amendes civiles vous paraît-elle justifiée ?¹¹⁵

La censure du Conseil constitutionnel paraît difficile à critiquer, mais en apparence seulement. L'angle de la censure est en effet le principe de légalité des délits, qui semble en effet bien mis à mal par le mécanisme adopté : la nature exacte des obligations effectivement imposées (« mesures de vigilance raisonnable » qui doivent en particulier prendre la forme d'« actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ») était, en effet, assez vague et, surtout, ne renvoyait en effet à aucune infraction définie. De surcroît, le Conseil relève que le Parlement ne définit pas précisément le champ des entreprises qui sont incluses dans ce devoir de vigilance. Ces deux arguments sont relevés aussi bien par les députés que par les sénateurs. En réalité, le Conseil refuse ici d'étendre à la répression civile une jurisprudence classique en matière de répression administrative.

En effet, le système prévu est tout à fait conforme à ce qui se passe en répression administrative devant les régulateurs, qui a certainement servi de modèle. Le Conseil prend bien soin d'éviter de détailler le mécanisme¹¹⁶. Le mécanisme est le même que celui qui prévaut pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel par exemple et c'est d'ailleurs un mécanisme qu'avait influencé le Conseil constitutionnel suivi par le Conseil d'État. Ce mécanisme revient à confier à la mise en demeure le soin de préciser l'infraction et donc à respecter le principe de légalité.

Examinons la décision CSA.

À l'occasion de l'examen de la loi instituant le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹¹⁷, le Conseil constitutionnel a été amené à examiner la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir de sanction à cette instance selon un système proche de celui que critique le Conseil dans la décision « devoir de vigilance ». Le Conseil déclare à cette occasion que toute sanction ayant le caractère d'une punition doit respecter le principe de légalité des délits et des peines. Il ajoute qu'« [a]ppliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements. En l'espèce, les pouvoirs de sanctions dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne sont contraires ni à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ni à l'article 34 de la Constitution. En effet, ces pouvoirs ne sont susceptibles de s'exercer qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter leurs obligations, et faute pour les intéressés de satisfaire à ces obligations. En outre, les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont seulement celles résultant des termes

¹¹⁵ L'alinéa suivant a été censuré par le Conseil constitutionnel : « Le juge peut condamner la société au paiement d'une amende civile d'un montant qui ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. Le juge fixe le montant de cette amende en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur. L'amende ne constitue pas une charge déductible du résultat fiscal. »

¹¹⁶ « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter ».

¹¹⁷ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JORF du 18 janvier 1989, p. 754 ; Recueil, p. 18), cons. 38. V. les comm. suivants : J.-L. Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *Revue administrative*, 1989, pp. 223-228 ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; et les chron. P. Avril, J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1989 (50), pp. 193 suiv., spéc. pp. 196-197 ; L. Favoreu, *RDP*, 1989, p. 429 et suiv., § 23-25, 65-80, 86, 87, 115, 117-120, 167, 170, 176-180, 190, 194-196, 213, 216 ; L. Favoreu, L. Philip, « Autorités administratives indépendantes », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554-575.

de la loi ou celles dont le ressort est expressément imposé par la décision d'autorisation ». L'exigence d'une mise en demeure comme préalable à l'exercice d'un pouvoir de sanction s'explique, selon Patrick Frydman, par le fait que cette « formalité préalable, s'intercalant entre les faits et leur sanction, est appelée à jouer, *mutatis mutandis*, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du Code pénal — en tant du moins que celui-ci définit l'infraction et non la peine, qui demeure, même en matière administrative, directement définie par la loi. On comprend, dès lors, le rôle de garantie fondamentale reconnu à la mise en demeure par la décision ainsi analysée »¹¹⁸. Dans ces conditions, la mise en demeure a « pour objet, dans cette optique, de définir celle des obligations qui se trouve méconnue et non de préciser le contenu même de cette obligation ».

C'est précisément le mécanisme prévu par la loi « devoir de vigilance ». Il existe une différence, mais qui ne joue pas dans le raisonnement du Conseil, à savoir que les chaînes de télévision ont avec l'Administration un rapport préalable, puisqu'elles opèrent dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative, ce qui n'est pas le cas ici.

Le Conseil n'aurait-il pas pu réécrire la loi, par une réserve constructive, comme il l'a fait dans certaines décisions, notamment la décision dite CSA. C'est en effet lui qui est venu affirmer que la sanction ne peut intervenir qu'en cas de réitération, c'est-à-dire qu'au cas où une chaîne n'aurait pas respecté la mise en demeure. Il aurait tout à fait pu préciser la loi en ce sens et ainsi sauver le mécanisme.

Une autorité régulatrice telle que l'AMF pourrait-elle selon vous contrôler l'application du texte quand bien même cela n'est pas prévu par la loi ?

Le Conseil constitutionnel n'a censuré que le dispositif de sanction attaché au nouvel article L. 225-102-4 (alinéa 2). Il reste donc à trouver la façon de faire sanctionner l'obligation, toujours obligatoire en vertu de l'alinéa 1er. Il s'agit donc d'une obligation, dépourvue de sanction. Comment peut-on l'actionner ?

Une possibilité serait de faire jouer la responsabilité civile de ces sociétés. Une faute étant constituée en raison du non-respect par toute personne des obligations légales et réglementaires qui s'imposent à elle et qui entraînent un dommage, on pourrait imaginer une action en ce sens.

Il me semble hasardeux d'imaginer qu'une autorité de régulation pourrait les sanctionner. Un pouvoir de sanction administrative ne peut être conféré par le législateur à une AAI que « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »¹¹⁹. Aussi le Conseil constitutionnel note-t-il, à l'occasion du contrôle du pouvoir dévolu à l'Autorité de régulation des télécommunications : « qu'il résulte de cette disposition que les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service sont celles liées à l'application du code des postes et télécommunications et des autorisations données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications ; que la loi n'a pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à

¹¹⁸ V. les conclusions de P. Frydman sous l'arrêt C.É., 11 mars 1994, Société La Cinq, req. n° 115052, (AJDA 1994 p. 402, Rec. p. 117) publiées au Recueil p. 119 et à la RFDA, 10 (3), mai-juin 1994, p. 429.

¹¹⁹ V. Décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, n°88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 27 ; V. aussi décision n°2000-433 DC, du 27 juillet 2000, cons. 50.

des législations d'une autre nature »¹²⁰. Aussi, appliquant cette prohibition et mettant en œuvre ses obligations légales, cette instance refuse-t-elle de sanctionner les manquements à des législations distinctes¹²¹, ou au Code pénal¹²².

Le Conseil en a jugé de même pour la CNIL¹²³, la Commission de protection des droits de la HADOPI¹²⁴, le Conseil de la concurrence¹²⁵, l'ARCEP¹²⁶, l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires¹²⁷. Il en est de même pour l'AMF, qui ne peut que sanctionner les manquements listés au Code monétaire et financier.

Le meilleur outil serait donc la responsabilité civile.

¹²⁰ V. Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996, cons. 16 et 17.

¹²¹ V. par ex. Décision n° 00-201 du 8 mars 2000 rejetant une demande de la société EDDITEC tendant à ce que soit prononcée une sanction contre la société Destia Communications.

¹²² V. Décision n° 00-200 du 8 mars 2000 rejetant la demande de la société Informatique et Télématique tendant à ce que soit prononcée une sanction à l'encontre de XTS Network. L'ARCEP a décidé à cette occasion que « l'existence des dispositions législatives précitées instituant des sanctions pénales et visant à faire respecter l'obligation, telle que définie aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications, de détenir une autorisation afin d'établir un réseau ouvert au public et de fournir au public le service téléphonique a ainsi pour conséquence que l'Autorité ne peut prononcer une sanction pécuniaire pour une telle méconnaissance des dispositions législatives des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications ». V. P.-A. Jeanneney, A. Macaire, Communications électroniques (Contentieux des), n°116, in *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*.

¹²³ Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, cons. 21.

¹²⁴ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 14.

¹²⁵ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, cons. 16.

¹²⁶ Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013.

¹²⁷ Décision n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017.

Lucie Chatelain ¹²⁸, Sandra Cossart ¹²⁹ (association Sherpa ¹³⁰), objectifs pour la législation européenne sur le devoir de vigilance

Allez-vous plaider à l'échelle européenne en faveur d'une obligation de publier et de mettre en œuvre un plan de vigilance ou un renversement de la charge de la preuve ?

Il faut savoir que le concept de « plan de vigilance » ne provient pas d'une demande des organisations de la société civile qui ont porté la loi sur le devoir de vigilance. Pour nos organisations et les victimes que nous défendons, l'enjeu était – et reste – avant tout de renforcer le régime de responsabilité des entreprises et d'appréhender, au-delà de l'écran des sociétés, les réalités économiques des chaînes de valeur internationales : les groupes de sociétés et les chaînes d'approvisionnement et de sous-traitance en cascade.

L'exigence d'élaboration et de publication d'un plan de vigilance a été introduite, sous la pression des organisations patronales, au nom de la sécurité juridique des acteurs économiques, qui exigeaient pouvoir connaître les contours et le contenu de ce devoir de vigilance¹³¹. Ce compromis politique a mené certains à vouloir associer le devoir de vigilance à une logique de compliance ou de gestion du risque juridique, voire à réduire l'obligation de publication d'un plan à une obligation de reporting.

Cette mécompréhension du devoir de vigilance est en contradiction avec les objectifs de la loi, tels que notamment décrits dans l'exposé des motifs, et son contenu. D'une part, il est précisé que les mesures de vigilance que le plan contient doivent être « propres à identifier et prévenir les atteintes graves », « adaptées » et mise en œuvre de façon « effective » – ce qui exclut un contrôle purement formel de la publication d'un plan de vigilance. D'autre part, le renvoi vers les dispositions relatives à la responsabilité civile pour faute ou négligence confirme que la logique n'est pas celle de la compliance, mais bien celle de la responsabilité juridique et de la réparation des préjudices subis par les victimes¹³².

En théorie, la publication d'un plan de vigilance peut présenter plusieurs intérêts. En effet, le plan est censé être rendu public et donc accessible aux tiers potentiellement affectés par les activités de l'entreprise. Il devrait donc leur permettre de contrôler si elle a bien identifié certains risques, et si les mesures de vigilance indiquées sont suffisantes et mises en œuvre de

¹²⁸ Chargée de plaider à Sherpa.

¹²⁹ Directrice de Sherpa.

¹³⁰ Sherpa est une organisation à but non lucratif créée en 2001 dont l'objet est de protéger et défendre les populations victimes de crimes économiques.

¹³¹ Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, discussion d'une proposition de loi, 2014-2015, Sén., séance du 21 octobre 2015 ; et Avis n°2625, 2014-2015, AN, déposé le 10 mars 2015.

¹³² Sandra Cossart, Tiphaine Beau de Loménie, Antoine Lubriani, « Extension du domaine de la vigilance – La loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2019, n° 16.

façon effective. Ainsi, dans le contentieux engagé par plusieurs associations et collectivités territoriales contre Total, le mécanisme du plan de vigilance a permis aux demandeurs d'examiner les engagements pris par Total en matière de changement climatique au regard des exigences de la loi : l'entreprise a-t-elle suffisamment analysé les risques climatiques résultant de ses activités ? Les mesures publiées sont-elles adaptées et suffisantes ? Sont-elles raisonnables ?

La formalisation du processus d'élaboration et de mise en œuvre du plan peut également faciliter l'implication de parties prenantes, et en premier lieu des syndicats, dans la définition et le suivi des mesures. Ensuite, le plan (qui se distingue en ce sens du reporting) peut permettre de transformer certains référentiels de droit mou en normes contraignantes pour l'entreprise : dès lors que l'entreprise mentionne certaines normes sectorielles de droit mou dans son plan de vigilance, elle est tenue de les mettre en œuvre de façon effective¹³³. Enfin, l'exigence de publication du plan devrait venir, dans une certaine mesure, alléger la charge de la preuve de la victime qui cherche à engager la responsabilité de la société mère.

Cependant en pratique, et comme nous l'avons anticipé lors des débats parlementaires, les premières années d'application de la loi tendent à démontrer les limites de la notion de plan de vigilance. Bien que la qualité varie d'un plan à un autre, le contenu en est souvent vague. Lorsque des mesures concrètes sont précisées, leur effectivité est très rarement évaluée par l'entreprise¹³⁴. Alors que le devoir de vigilance devrait pousser les entreprises à modifier leur modèle économique, en réduisant leur nombre de fournisseurs, en s'assurant que ces derniers ont les moyens de suivre leurs politiques et en limitant les chaînes de sous-traitance en cascade, l'exercice du plan de vigilance en a amené certaines à lister des certifications ou des processus d'audits documentaires, et ce alors même que les limites de ces mesures RSE sont bien connues¹³⁵.

Aussi, que le concept de plan de vigilance soit retenu ou pas dans une future législation européenne, il est nécessaire de tirer les premières leçons de cette expérience, en s'assurant que le devoir de vigilance est bien défini en droit européen comme l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires à la prévention d'atteintes, et non pas comme un exercice de mise en conformité formelle qui viendrait légitimer le simple recours à des mesures de RSE dont l'efficacité est contestée.

D'autre part, un simple renvoi au régime de responsabilité civile pour faute en droit national apparaît insuffisant. Alléger la charge de la preuve de la victime est indispensable, soit en instaurant un régime de responsabilité objective¹³⁶ ou un régime de responsabilité du fait d'autrui (notamment lorsque l'entité en question est contrôlée par la société concernée)¹³⁷, soit

¹³³ Tatiana Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Rev. trav.*, 2017, pp.380-390.

¹³⁴ Sherpa, *Guide de référence pour les plans de vigilance*, 1ère édition, 2018, [https://www.asso-sherpa.org/wpcontent/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pageapagemin.pdf].

¹³⁵ Guillaume Delalieux, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi devoir de vigilance », in Sophie Schiller (dir), *Le devoir de vigilance*, Lexisnexis, 2019 ; MSI Integrity, *Not Fit-for-Purpose: The Grand Experiment of Multi-Stakeholder Initiatives in Corporate Accountability, Human Rights and Global Governance*, 2020, [www.msi-integrity.org/not-fit-for-purpose/].

¹³⁶ Jakko Solminen, « From product liability to production liability: Modelling a response to the liability deficit of global value chains on historical transformations of production », *Competition & Change*, 2019, n°23(4), pp. 420-438.

¹³⁷ Julien Lagoutte, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Responsabilité civile et assurance*, n° 12, 2015.

a minima en obligeant la société à rapporter la preuve de sa vigilance lorsque des violations sont constatées dans sa chaîne de valeur¹³⁸.

En outre, des mécanismes d'accès à certaines informations détenues par les entreprises pourraient être instaurés, en y associant des modalités de contrôle judiciaire¹³⁹.

La notion de relation commerciale établie devrait-elle être écartée lors de la rédaction de la législation européenne ? Quelle notion en guise de remplacement ?

La notion d'influence déterminante, initialement prévue dans la proposition de loi pour encadrer la responsabilité des donneurs d'ordre, avait été écartée pendant les débats parlementaires, car jugée trop restrictive et insuffisamment explicite¹⁴⁰. Elle a été remplacée par la notion de « relation commerciale établie ». Si cette dernière fait référence à un concept déjà bien établi en droit commercial (notamment via l'appréciation de la « rupture brutale de relations commerciales établies ») que la jurisprudence a eu l'occasion de définir, il reste aujourd'hui à déterminer quel sens lui sera donné en matière de devoir de vigilance. Et plusieurs questions se posent aujourd'hui.

L'on peut en effet s'interroger sur la capacité de cette notion à appréhender le problème des chaînes d'approvisionnement mondiales complexes et de la sous-traitance en cascade – que le législateur avait précisément l'intention de réguler à travers la loi sur le devoir de vigilance. A ce sujet, les travaux parlementaires semblent clairs. Selon les termes du rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, Dominique Potier, « il va de soi que l'obligation de vigilance ne s'arrête pas aux sous-traitants de rang un et couvre évidemment les sous-traitants en cascade. Je veux que ce point figure très clairement au compte rendu afin que les entreprises connaissent l'étendue exacte de leurs obligations et afin que le juge en tienne compte le jour où il devra faire appliquer la loi ».¹⁴¹

L'interprétation donnée par la jurisprudence commerciale à l'expression interroge cependant, tant les objectifs poursuivis par la sanction de la rupture brutale de relations commerciales établies diffèrent de ceux affichés par la loi sur le devoir de vigilance. Certains y perçoivent d'ailleurs de potentiels effets pervers, encourageant les sociétés à préférer des relations commerciales courtes et non-reconduites pour échapper aux exigences de la loi¹⁴².

En outre, si cette notion est connue des juristes français, elle ne l'est pas nécessairement de leurs collègues européens. De fait, la Directive européenne sur la publication d'informations

¹³⁸ Voir notamment la proposition de l'ECCJ, EU Model Legislation on Corporate Responsibility to Respect Human Rights and the Environment, Legal Brief, 2020, [<https://corporatejustice.org/2020-legal-brief.pdf>].

¹³⁹ Aude-Solveig Epstein, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *Rev. jur. env.*, 2020 (à paraître).

¹⁴⁰ Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, examen en commission des lois, 2014-2015, AN, séance du 11 mars 2015.

¹⁴¹ Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, discussion des articles, 2014-2015, AN, séance du 30 mars 2015.

¹⁴² Emmanuel Daoud, Solène Sfoggia, « Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *Revue des juristes de Sciences Po*, n°16, janvier 2019.

non financières du 22 octobre 2014 s'appuie quant à elle sur la notion de « relations d'affaires » déjà prévue dans les Principes directeur de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et dans les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹⁴³. Le commentaire officiel de ces derniers principes définit la notion de relations d'affaires comme comprenant « les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux. »

Avez-vous d'autres objectifs pour le dispositif européen que vous souhaitez partager ?

Une question particulièrement cruciale tient au champ d'application de ce futur devoir de vigilance européen. Le champ d'application matériel de la loi française – qui concerne les atteintes aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement – permet de rendre compte des liens étroits entre les droits humains et l'environnement tout en évitant une logique anthropocentrique. Si la consécration d'un droit à un environnement sain reconnaît cette interdépendance, la référence autonome aux atteintes à l'environnement dans la loi sur le devoir de vigilance permet aussi d'envisager des dommages à l'environnement lui-même¹⁴⁴. Ce champ d'application matériel devrait à notre sens être reproduit dans un futur instrument européen.

Une autre difficulté concerne le périmètre de cette vigilance environnementale, et s'il est pertinent de lister les instruments de droit international environnemental existant pour le délimiter. A ce sujet, la formulation retenue par la loi française sur le devoir de vigilance – qui précise concerner les atteintes à l'environnement et non pas la violation de standards internationaux en matière environnementale – nous semble particulièrement pertinente. Cette disposition peut d'ailleurs être lue en parallèle de la définition du préjudice écologique et de son régime de réparation en droit civil français¹⁴⁵.

Bien sûr, à l'heure d'analyser si une entreprise a pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir une atteinte à l'environnement, l'on pourra se référer aux standards nationaux et internationaux pertinents, et notamment aux standards qui se sont développés dans différents domaines de la protection de l'environnement¹⁴⁶. Toutefois, l'approche suivie dans le chapitre 6 des Principes directeur de l'OCDE apparaît insuffisante à ce sujet car elle est centrée sur les processus à mettre en œuvre (mettre en place « un système de gestion environnemental », « s'efforcer constamment d'améliorer leurs performances environnementales ») et non sur le caractère approprié et suffisant des mesures prises pour prévenir un dommage environnemental.

¹⁴³ OCDE, *Principes directeur de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE ; Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011.

¹⁴⁴ Blandine Rolland, « Obligation de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre en matière environnementale », *Revue des procédures collectives*, Janv. 2018.

¹⁴⁵ Articles 1246 à 1252 du code civil.

¹⁴⁶ Béatrice Parance, « Quelle place pour la protection de l'environnement dans le devoir de vigilance », in Sophie Schiller (ed.), *Le devoir de vigilance*, 2019.

