



HAL
open science

FACE A L'URGENCE ECOLOGIQUE : LES PROMESSES DE LA CORPORATE DUE DILIGENCE

Luca d'Ambrosio

► **To cite this version:**

Luca d'Ambrosio. FACE A L'URGENCE ECOLOGIQUE : LES PROMESSES DE LA CORPORATE DUE DILIGENCE. Revue juridique de l'environnement, 2022. hal-03790209

HAL Id: hal-03790209

<https://hal.science/hal-03790209>

Submitted on 28 Sep 2022

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.

FACE A L'URGENCE ECOLOGIQUE : LES PROMESSES DE LA CORPORATE DUE DILIGENCE

Luca d'Ambrosio
Chercheur associé à l'Université Paris 1/IREDIÉS
Chargé de cours à l'École de droit de Sciences Po

Paru dans : « Urgence(s) écologique(s) : quelle(s) urgence(s) pour le droit ? », *Revue juridique de l'environnement*, HS/2021, 2022, p. 203-224.

Résumé

Dans cette contribution, l'urgence écologique est abordée sous l'angle de la responsabilité des entreprises. Un tel choix pourrait paraître paradoxale : alors que l'accélération de la dégradation de la biosphère exige des actions rapides, courageuses et efficaces, la responsabilité des entreprises se présente le plus souvent comme un ensemble de règles d'affichage, s'appliquant au mieux très tardivement et le plus souvent sans succès. Et pourtant, l'on assiste dans ce champ à l'émergence de notions qui pourraient permettre d'armer la responsabilité des entreprises dans des contextes complexes, tels que la perte de la biodiversité et le changement climatique. C'est bien le cas de la « *corporate due diligence* » : appartenant à la fois au champ sémantique du droit des affaires et à celui du droit international, cette notion porte des promesses que cette contribution a l'ambition de mettre à l'épreuve de la réalité juridique. A cette fin, sera présentée dans un premier temps l'essor de la due diligence en tant que standard international pour la conduite responsable des entreprises dans les champs environnemental et climatique. Dans un deuxième temps, seront présentées les premières actions contentieuses engagées contre des firmes de la finance et du fossile : c'est en effet au prétoire que s'esquissent à ce jour les conditions juridiques d'une conduite diligente des entreprises qui soit adaptée à la dimension spatio-temporelle de l'urgence écologique.

Due diligence – responsabilité des entreprises multinationales – changements climatiques – information environnementale – diligence climatique – affaire « Total-Climat » – affaire « People c. Shell »

Abstract

In this paper, the ecological emergency is analyzed from the perspective of corporate responsibility. Such a choice might seem paradoxical: while the acceleration of the degradation of the biosphere requires rapid, courageous, and effective action, corporate responsibility is usually presented as a set of soft rules, applied at best very late and most often without success. Yet, we witness in this field the emergence of concepts that could arm corporate responsibility in complex contexts, such as the loss of biodiversity and climate change. This is the case of "corporate due diligence": belonging to the semantic field of both business law and international law, this concept holds promises that this paper aims to test against legal reality. To this end, the paper first presents the rise of due diligence as an international standard for responsible business conduct in the environmental and climate fields. Secondly, it analyses the first legal actions against financial and fossil fuel: it is indeed in the courtroom that the legal conditions of a corporate due diligence, adapted to the spatio-temporal dimension of ecological urgency are shaped.

Due diligence – Corporate responsibility – Climate Change – Environmental Disclosures – Climate Change Due Diligence – “Total-Climat” Case – “People v. Shell” case

INTRODUCTION

Qu'elle soit déclinée au singulier ou au pluriel, la notion d'urgence écologique bouleverse la représentation des interrelations physiques et temporelles entre les humains et leur milieu. Alors qu'on avait l'habitude de considérer le temps de la nature comme un temps très lent et majestueux, essentiellement immuable à l'échelle humaine, l'on voit aujourd'hui la biosphère bouger sous la pression anthropique à un rythme qu'on n'aurait jamais imaginé il y a seulement quelques décennies. Grâce notamment au travail savant qui nous alerte sur le déséquilibre croissant des écosystèmes planétaires, nous prenons finalement conscience que le temps des humains et celui de la nature se rapprochent de manière vertigineuse¹.

Puisqu'un tel vertige sollicite et bouscule l'agir humain, nous avons fait dans cette contribution le choix d'analyser l'urgence écologique sous l'angle de la responsabilité, et plus particulièrement sous l'angle de la responsabilité des entreprises. Le choix de cet angle d'approche pourrait paraître paradoxal. Alors que l'accélération de la dégradation de la biosphère exige des actions rapides, courageuses et efficaces, la responsabilité des entreprises se présente le plus souvent comme un ensemble de règles d'affichage, s'appliquant au mieux très tardivement et le plus souvent sans succès. Par ailleurs, cette responsabilité tend à être réduite à ce simulacre qu'est la « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) : théorisée dans les années 1950 aux États-Unis par des spécialistes des sciences de gestion, la RSE renvoie à une panoplie d'instruments juridico-gestionnaires qui en constituent le répertoire lexical et normatif (codes de conduite, chartes éthiques, accords-cadres internationaux)². Par cet ensemble d'instruments, la RSE a une double prétention. Comblent, d'une part, le vide normatif qui domine les champs du social et de l'environnement à l'échelle globale. Donner, d'autre part, aux grandes entreprises multinationales un pouvoir d'(auto-) régulation équivalent à celui des États. Ces derniers ont, quant à eux, accompagné un tel mouvement : par un ensemble d'instruments de *soft law*, adoptés d'abord à la fin des années 1970, puis renouvelés au début des années 2000, les États – et notamment les États du Nord – ont en effet reconnu aux entreprises un pouvoir normatif dans le domaine social, environnemental et des droits humains. Alors qu'elle est de plus en plus sérieusement appréhendée par la société civile, par les justiciables comme par les juges, la RSE demeure un sujet clivant et difficile à cerner : une opinion répandue persiste en effet à associer le pouvoir immense et l'impunité constatée des grandes firmes mondiales à un manque de cadre légal que la RSE viendrait essayer de masquer³.

Et pourtant – et voici s'esquisser un nouveau paradoxe que nous assumons ici comme hypothèse de travail – la RSE pourrait, par ses promesses et ses réalités, contribuer à revitaliser le projet juridique de la responsabilité des entreprises en l'adaptant à la nouvelle dimension spatio-temporelle exprimée par l'urgence écologique. Dans ce champ émergent, en effet, des notions qui pourraient permettre d'actionner des leviers susceptibles d'armer la responsabilité des entreprises dans des contextes complexes, tels que la perte de la biodiversité et le changement climatique, où la montée en puissance des acteurs privés s'accompagne de revendications sociales croissantes de régulations publiques. Afin d'étayer

¹ V., pour une approche philosophique, F. d'Ambrosio-Boudet, *De l'espèce humaine. Affronter l'urgence écologique avec Robert Antelme et Hans Jonas*, Thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2018.

² Voir, pour un panorama, K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Perspectives internes et internationales, Pedone, 2016 et I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et Globalisation de l'économie*, Bruylant, 2011.

³ Voir en ce sens I. Daugareilh, « Introduction », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et Globalisation de l'économie*, op. cit.

une telle hypothèse, nous concentrerons notre attention sur une notion qui s'impose de manière prometteuse dans le multiforme univers normatif de la responsabilité des entreprises : la « *corporate due diligence* »⁴. Appartenant à la fois au champ sémantique du droit des affaires (pour désigner le niveau minimum de prudence exigée par les dirigeants pour éviter que la prise de certaines décisions puisse exposer l'entreprise et ses actionnaires à des risques matériels ou financiers) et à celui du droit international (pour désigner les obligations de moyens qui incombent aux États et aux Organisations internationales pour prévenir les atteintes aux valeurs protégées par le droit international), la *corporate due diligence* peut être définie comme un ensemble de règles et de procédures que les acteurs économiques sont censés intégrer dans leurs décisions afin de prévenir, limiter, et éventuellement réparer, les risques d'atteinte que leurs activités produisent pour des valeurs universellement protégées – droits de l'homme, environnement, santé, probité⁵. Les promesses que la *due diligence* porte dans le domaine de la responsabilité des entreprises touchent ainsi à deux dimensions de la responsabilité qui demeurent encore trop souvent dans l'ombre de ses représentations normatives et juridiques. Il s'agit, premièrement, d'une dimension de la responsabilité que l'on pourrait qualifier de « relationnelle » ou de « connexion sociale »⁶ : en permettant de reconnaître les relations de pouvoir et d'influence qui structurent les réseaux internationaux de production, la *due diligence* a l'ambition de combler les espaces interstitiels dans lesquels s'est construite, historiquement et juridiquement, l'irresponsabilité sociale et environnementale des entreprises opérant dans le marché global⁷. Deuxièmement, la *due diligence* valorise la dimension « préventive » de la responsabilité : fondée sur une démarche d'anticipation et de réduction des risques, elle s'offre comme un opérateur juridique potentiel de ce projet philosophique d'une « responsabilité-mission », théorisé il y a déjà cinquante ans lors des premiers signaux de la profonde et en partie irréversible, crise écologique que nous affrontons actuellement⁸.

Afin de vérifier cette hypothèse, et de mettre les promesses de la *due diligence* à l'épreuve de la réalité juridique, nous présenterons dans un premier temps l'émergence de cette notion en tant que standard international pour la conduite responsable des entreprises, notamment dans les champs environnemental et climatique (I). Dans un deuxième temps, nous analyserons le recours au standard de la « diligence climatique » dans les actions contentieuses engagées contre des firmes de la finance et du fossile (II). A ce jour, c'est en effet dans le domaine des changements climatiques que se testent les conditions de l'avenir de la *corporate due*

⁴ Nous utilisons ici l'expression « *corporate due diligence* » pour souligner le processus d'autonomisation de ce standard normatif dans le domaine de la responsabilité des entreprises. Sur ce point nous nous permettons de renvoyer à L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », in L. d'Ambrosio et P. Barraud de Lagerie (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales* (dossier spécial), *Droit et Société*, n° 106/2020 p. 633-647.

⁵ Sur cette notion, ainsi que sur son articulation avec la responsabilité juridique, v. J. Bonnitche and R. McCorquodale, « The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 899 et J. Ruggie and J. Sherman, « The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights : A Reply to Jonathan Bonnitche and Robert McCorquodale, *ibidem*, p. 921.

⁶ Cette expression est empruntée à I. M. Young, *Responsibility for Justice*, Oxford University Press, 2011. Pour une application de cette approche de la responsabilité dans le domaine des changements climatiques, v. C. Larrère, « Changement climatique : et si nous parlions de responsabilité ? », in L. d'Ambrosio (dir.), *Le bon usage de la Terre : penser le droit dans une planète finie*, *RJE*, HS/2018, pp. 159-173 (spéc. pp. 168-172).

⁷ V. plus largement sur l'irresponsabilité juridique des entreprises, A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2016.

⁸ H. Jonas, *Le principe responsabilité*, Champs Essai, 3^e éd., 1995. Dans le domaine juridique, v. les travaux de Catherine Thibierge (tout particulièrement « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », D. 2004.577) et Mireille Delmas-Marty (tout particulièrement, *Résister, responsabilité, anticiper*, Seuil, 2013).

diligence dans le plus large projet d'adaptation des structures et des fonctions de la responsabilité juridique à la dimension spatio-temporelle des enjeux écologiques contemporains.

I. LA DUE DILIGENCE : EMERGENCE D'UN STANDARD INTERNATIONAL POUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

Le travail sémantique qui a accompagné l'essor de la *due diligence* dans le domaine de la responsabilité des entreprises est une nouvelle preuve, s'il en fallait, de l'importance des mots dans l'univers du droit. Avant même d'intégrer le champ sémantique du droit des affaires, la *due diligence* est un standard normatif bien établi en droit international⁹. Il fait également écho aux notions de « diligence » et de « *duty of care* » structurant le droit de la responsabilité délictuelle dans les traditions de *civil* et de *common law*. Ainsi, et au prix d'une certaine confusion, la *due diligence* s'est imposée à l'échelle internationale comme un standard pour la conduite responsable des entreprises, et plus particulièrement des entreprises multinationales (A). Alors que la protection des droits de l'homme en constitue le champ d'application originaire, la *due diligence* a vocation à investir d'autres champs, et tout particulièrement les champs environnemental et climatique (B).

A. L'ESSOR DE LA DUE DILIGENCE DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES

Ayant fait son entrée par la *soft law* internationale (1), la notion de *due diligence* fait l'objet d'un spectaculaire processus de durcissement dans plusieurs espaces juridiques (2).

1. L'entrée de la *due diligence* par la *soft law* internationale

Déjà évoquée par une norme privée (la norme ISO 26000 sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des organisations publiée en 2010), la *due diligence* ou diligence « requise » ou « raisonnable » a été consacrée par les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme. Dans ce texte de *soft law*, la *due diligence* est définie comme l'ensemble des politiques et des procédures que les entreprises doivent mettre en place « pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient ». Deux autres instruments internationaux de *soft law* – les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT – élargissent la *due diligence* à d'autres champs, tels que la protection de l'environnement, l'emploi et les relations professionnelles, la lutte contre la corruption et les intérêts des consommateurs¹⁰. Les Principes directeurs de l'OCDE garantissent également une certaine « justiciabilité » de la *due diligence*, par le biais des Points de contact nationaux (PCN), compétents pour se prononcer sur les violations par les entreprises des principes directeurs.

Les textes de *soft law* détaillent les aspects substantiels et procéduraux de la *due diligence*. Celle-ci s'appuie essentiellement sur les systèmes et processus de gestion des risques des entreprises. La *due diligence* garde néanmoins sa propre rationalité et ne saurait être réduite à

⁹ V. S. Besson, *La due diligence en droit international*, Brill/Nijhoff, 2021 ; S. Casella (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Pedone, 2018.

¹⁰ V. également le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises (2018).

une simple « norme de gestion »¹¹. Comme le Tribunal de Nanterre l'a rappelé dans une ordonnance du 11 février 2021 à propos du devoir de vigilance – l'avatar hexagonal de la *due diligence* dont nous parlerons plus loin – les procédures de diligence (ou vigilance) sont certes « en lien direct » avec la gestion de l'entreprise. Mais elles excèdent très largement ce strict cadre, pour « toucher la société tout entière »¹². Puisque les entreprises opèrent et se structurent par un maillage de liens qui se déploient dans le marché global, les textes internationaux de *soft law* précisent que les entreprises doivent déployer *tous leurs efforts de diligence* aussi vers la prévention et la mitigation des risques qui dérivent des activités de « [ses] partenaires commerciaux, des entités de [sa] chaîne de valeur, et de toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à [ses] activités, [ses] produits ou services commerciaux »¹³.

Ainsi, la *due diligence* dévoile-t-elle tout son potentiel dans le domaine de la responsabilité juridique. D'une part, elle permet de saisir cette notion, encore taboue pour le droit de la responsabilité, qu'est l'entreprise – nationale, multinationale et aujourd'hui chaîne globale de valeur – ainsi que les liens de pouvoirs et d'influence qui la structurent. D'autre part, la *due diligence* a l'ambition de mettre l'organisation de l'entreprise tête de réseau au service de la prévention des risques socio-environnementaux qui peuvent se produire dans le cadre de sa chaîne de valeur. Tournée non seulement vers la réparation des préjudices passés, mais aussi (et surtout) vers le déploiement de tous les efforts susceptibles d'éviter les risques futurs, la *corporate due diligence* se présente ainsi comme un instrument particulièrement adapté à appréhender la multitude de risques, souvent catastrophiques, que les structures globales de production contribuent à produire. Dans cette optique, il n'est pas étonnant que le droit dur, européen et national, s'approprié cette notion pour réguler les risques que l'activité des entreprises transnationales produit pour la société.

2. Le durcissement de la *due diligence* en droit européen et national

Plusieurs dispositifs de régulation des activités des entreprises s'appuient sur des mesures de diligence. Celles-ci sont le plus souvent spécifiques à un secteur ou à un sujet particulier. Ainsi, à l'échelle nationale, le *UK Modern Slavery Act* de 2015 impose aux entreprises opérant au Royaume-Uni des obligations de transparence et de communication des mesures adoptées pour prévenir les risques d'esclavage moderne et de traite des êtres humains au sein de leur chaîne de valeur. Aux Pays-Bas, une loi de 2019 impose aux entreprises néerlandaises de mettre en œuvre des mesures de diligence pour prévenir le travail des enfants dans leurs structures globales de production. De même, à l'échelle de l'Union européenne, des règlements imposent des obligations de diligence dans les domaines de l'importation du bois et des minerais provenant des zones en conflit.

Dans un tel contexte, la loi française sur le devoir de vigilance adoptée en 2017 fait, à ce jour, figure d'exception¹⁴. Cette loi consacre tout d'abord une obligation générale de vigilance pour

¹¹ Sur les relations que les normes juridiques tissent avec les normes de gestion, voir A. Hatchuel et B. Segrestin, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », in L. d'Ambrosio et P. Barraud de Lagerie (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales*, *op. cit.*, p. 667-681.

¹² TJ Nanterre, ord. JME, 11 févr. 2021, n° 20/00915.

¹³ V. Commentaire aux Principes directeurs des NU (Principe n° 13). L'on voit ici s'esquisser la distinction entre « obligations de moyens » (ou de « *best efforts* ») et « obligations de résultat » : comme la doctrine internationaliste l'a souligné, le standard de *due diligence* renvoie uniquement à la première typologie d'obligations se distinguant ainsi de la deuxième. Sur ce sujet, et aussi pour des références bibliographiques, nous nous permettons de renvoyer à L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », art. préc., p. 667-681.

¹⁴ L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Sur cette loi, v. notamment S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, Lexis Nexis, 2019 ; B.

les grandes sociétés françaises en matière de protection des droits de l'homme, de sécurité des travailleurs et de l'environnement. Étendue aux filiales de l'entreprise, ainsi qu'aux fournisseurs et sous-traitants ayant une relation commerciale établie, une telle obligation se structure autour de mesures d'évaluation et de gestion des risques que la loi détaille et réunit dans un « plan de vigilance » intégré dans le rapport annuel de gestion. Cette loi prévoit ensuite un triple mécanisme de contrôle : une « mise en demeure », une « action en conformité » et une « action en réparation ».

La loi française sur le devoir de vigilance a déclenché un mouvement législatif à l'échelle européenne et internationale. Alors que l'Allemagne vient d'adopter une loi similaire, des propositions de lois et des campagnes relatives à l'introduction d'une obligation générale de diligence sont en discussion au sein d'autres pays européens¹⁵. Face à une telle pression, l'UE a finalement pris le relais et devrait adopter une directive sur le sujet dans le courant de l'année 2022¹⁶. Cet instrument prévoit que les États membres introduisent dans leurs ordres juridiques une obligation générale de *due diligence*, ainsi que des sanctions dissuasives et proportionnées en cas de non-respect d'une telle obligation. Ce projet de directive constitue la clé de voûte de la stratégie de l'UE en matière de *corporate due diligence* et *corporate accountability*, déjà entamée par les deux règlements précités ainsi que par la directive de 2014/95/UE sur le reporting extra-financier (celle-ci fera également l'objet d'une réforme).

Mais la *due diligence* a l'ambition de regagner aussi l'espace international, pour s'imposer cette fois en tant que standard juridique contraignant : la notion de *due diligence* est en effet l'un des piliers sur lequel le groupe de travail institué au sein du Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies (OEIGWG) vise à bâtir un instrument international juridiquement contraignant en matière d'entreprises et droits de l'homme¹⁷.

En attendant que ce processus de durcissement fasse son cours – à une vitesse qui demeure assez surprenante compte tenu des temps du droit – les contours de la *due diligence* évoluent et se précisent dans le cadre de la *soft law* internationale. C'est encore vers cette dernière qu'il convient de se tourner pour saisir les spécificités que la *due diligence* acquiert dans le champ environnemental.

B. LES SPECIFICITÉS DE LA *DUE DILIGENCE* DANS LES CHAMPS ENVIRONNEMENTAL ET CLIMATIQUE

Déjà appréhendé par la dimension éthique et discursive de la responsabilité sociale des entreprises, le champ environnemental a été pleinement investi par la *corporate due diligence*. Une telle rencontre s'est réalisée assez naturellement en raison de l'attention croissante aux impacts environnementaux des entreprises, et tout particulièrement des entreprises multinationales. Mais aussi en raison de la nature et de la taille des risques qui émergent dans ce domaine et qui, on le sait, exigent que la responsabilité – éthique et juridique – prenne une coloration nettement préventive. Démontrant toute sa plasticité, la *due diligence* appréhende

Parance, E. Groulx et C. Victoire, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et *duty of care* », *Journal du droit international*, 2018, doct. 2 ; M.-A. Moreau (dir.), « Dossier : Le devoir de vigilance », *Droit social*, 2017, p. 792 ; H. Muir-Watt, « Devoir de vigilance et droit international privé : le symbole et le procédé de la loi 27 mars 2017 », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n° 4, 2017, étude 95 ; T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Rev. trav.*, 2017, p. 380 ss.

¹⁵ V. pour un panorama, le rapport rendu à la Commission européenne, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, janvier 2020 (disponible en ligne).

¹⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937, 23.2.2022, COM (2022) 71 final.

¹⁷ V. l'art. 6 du OEIGWG Chairman Third revised draft du 17.08.2021.

explicitement les risques environnementaux (1), et pose la question de son extension aux risques climatiques (2).

1. L'appréhension des risques environnementaux

Les Principes directeurs de l'OCDE constituent à ce jour le principal référentiel normatif en matière de « diligence environnementale » des entreprises. Après l'énonciation d'un principe très général - « Les entreprises devraient, dans le cadre des lois, règlements et pratiques administratives en vigueur dans les pays où elles opèrent, et eu égard aux accords, principes, objectifs et normes internationaux pertinents, tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable » - le texte de l'OCDE esquisse, dans le chapitre VI, l'assise normative sur laquelle repose la diligence environnementale des entreprises multinationales. Plusieurs univers normatifs sont à cette fin convoqués, ce qui fait de la diligence environnementale un intéressant et remarquable opérateur d'internormativité¹⁸.

Le premier univers normatif convoqué par la diligence environnementale est constitué par les normes et les standards de gestion environnementale (*environmental management system*). Les Principes directeurs en détaillent les principaux éléments. Il s'agit premièrement de l'identification des impacts que l'activité de l'entreprise peut produire sur l'environnement, la santé et la sécurité (i) ; deuxièmement, de la fixation d'objectifs mesurables pour améliorer la performance environnementale de l'entreprise en conformité avec les politiques nationales et les engagements internationaux pertinents (ii). Le troisième élément consiste dans la mise en œuvre d'un mécanisme de suivi et de contrôle des progrès réalisés dans la poursuite des objectifs de performance environnementale de l'entreprise (iii). Le quatrième élément sur lequel le texte de l'OCDE met l'accent est la communication au public et aux travailleurs des informations adéquates, mesurables et vérifiables relatives aux impacts sur l'environnement, la santé et la sécurité, ainsi qu'aux progrès accomplis pour atténuer les impacts et améliorer la performance environnementale de l'entreprise (iv). Conformément à l'approche plus générale de la *due diligence*, les Principes directeurs insistent sur la nécessité d'interpréter très largement la notion « d'impact sur l'environnement, la santé et la sécurité » en ce sens qu'elle intègre aussi bien les impacts directs de l'entreprise que les impacts dérivant des entités commerciales constituant sa chaîne de valeur. Par une dynamique circulaire, particulièrement fréquente dans le domaine de la responsabilité des entreprises, une telle approche imprègne désormais les principaux standards normatifs internationaux de gestion environnementale (tels que par exemple la norme ISO 14001 ou le règlement européen SMEA). A leur tour, et par un jeu de rétroaction qui est alimenté par les audits et les accréditations, ces standards constituent enfin un levier pour la diffusion de la diligence environnementale dans les structures globales de production.

Alors que les normes de gestion environnementale constituent le maillage de la diligence environnementale, les principes du droit international de l'environnement en orientent la direction en lui donnant ainsi le sens. Parmi ces principes figurent tout d'abord les principes de prévention et de précaution, tels qu'ils sont énoncés dans la Déclaration de Rio de 1992 ; puis les principes de participation du public et d'accès aux informations environnementales énoncés dans la Convention d'Aarhus de 1998. Soulignons que parmi les principes juridiques qui sont censés orienter la prise de décision des entreprises, les Principes directeurs de l'OCDE inscrivent explicitement le principe de précaution (dans la formulation envisagée par

¹⁸ V. A. Pomade, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 68, 2012.

l'article 15 de la Déclaration de Rio)¹⁹. Ce texte confirme ainsi l'existence d'une relation étroite entre la notion de *due diligence* et le droit de l'environnement : en effet, la *due diligence* est au cœur des principes de prévention et de précaution, lesquels sont eux-mêmes au cœur du droit de l'environnement.

Par le jeu internormatif qu'elle promeut, la *due diligence* contribue au déploiement du principe de prévention dans les structures globales de production. A ce propos, on ne peut que remarquer un parallélisme assez saisissant entre l'approche de la *due diligence* qui s'affirme dans le domaine de la responsabilité des entreprises et celle qui s'affirme dans le domaine de la responsabilité des États²⁰. Dans ce domaine, la *due diligence* a été en effet qualifiée de principe général de droit international de l'environnement. A partir de ce principe, les juges et les arbitres peuvent tirer des obligations coutumières de prévention et de précaution à la charge des États, s'agissant des dommages environnementaux transfrontaliers dérivant de leur activité ou de celle des acteurs privés qui opèrent sur leur territoire²¹. Face aux risques que les activités productives produisent pour l'environnement, et bien que par des chemins juridiques différents mais de plus en plus convergents, la *due diligence* semble mettre les entreprises multinationales aux mêmes loges que les États. Les unes comme les autres doivent déployer tous leurs efforts pour prévenir les risques environnementaux dérivant de l'activité des autres personnes, physiques et morales, dont ils ont le pouvoir de contrôler et déterminer le comportement. Il reste à savoir si une telle démarche peut être étendue aussi aux risques climatiques.

2. L'extension aux risques climatiques

Il est assez frappant de relever que des textes internationaux, adoptés ou révisés en 2011, traitent de manière aussi minimaliste la question de la relation entre la *due diligence* et les changements climatiques²².

Dans les Principes directeurs de l'OCDE, les références explicites à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, outre que rares, sont caractérisées par un degré d'impérativité encore plus faible que celui qui inspire le texte. Ainsi, dans le chapitre environnement, les Principes directeurs se bornent à « encourager » les entreprises à fournir « des produits ou services (...) qui réduisent les émissions » et « des informations exactes (...) sur les émissions de gaz à effet de serre ». L'on retrouve le même ton dans le chapitre « publication d'informations », où les entreprises sont « encouragées » à communiquer aux actionnaires et aux parties prenantes les émissions de gaz à effet de serre « directes et indirectes, actuelles et futures, au niveau de chaque entreprise et de chaque produit ». Dans un cas comme dans l'autre, le glissement de l'expression « les entreprises *devraient* »,

¹⁹ Les Principes directeurs de l'OCDE offrent ainsi un argument à ceux qui considèrent que le principe de précaution devrait d'une part orienter aussi l'action des acteurs privés et d'autre part pourrait, et à certaines conditions, avoir un impact sur la responsabilité civile et pénale. Voir, par exemple, L. d'Ambrosio, G. Giudicelli-Delage, S. Manacorda (dir.), *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, Mare & Martin, 2018.

²⁰ Nous nous permettons de renvoyer à L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », cit.

²¹ S. Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in S. Casella (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, op. cit., pp. 145-161.

²² Sur ce sujet encore émergent v. Bright, C. et Buhmann, K., « Risk-Based Due Diligence, Climate Change, Human Rights and the Just Transition, *Sustainability*, 2021, 13, 10454 ; C. Macchi, « The Climate Change Dimension of Business and Human Rights : The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence' », *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n°1, 2021, p. 93-119 ; L. Smith et I. Alogna (dir.), *Human Rights Due Diligence for Climate Change Impacts. Webinar Series Report*, (January 2021), available at: <https://www.biicl.org/categories/business-and-human-rights>.

généralisée dans le texte de l'OCDE, à celle « les entreprises *sont encouragées* » n'est certainement pas neutre.

C'est seulement autour de la communication d'informations liées au changement climatique (*Climate-related disclosure*) qu'on assiste à un certain frémissement normatif à l'échelle internationale. La *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), créée par le Conseil de stabilité financière du G20 au lendemain de l'Accord de Paris, a adopté en 2017 des Recommandations en matière de publication de risques financiers qui sont en train de s'imposer comme un standard international dans le domaine. L'on retrouve dans ce texte la même approche par les risques qui inspire la *due diligence*. Mais sa raison d'être est de toute évidence différente : il est ici question de *communiquer* les implications *financières* que le changement climatique a sur les entreprises et sur la stabilité des marchés financiers. L'objectif d'une telle démarche est sans aucun doute utile : la publication d'informations sur les risques financiers peut apporter une contribution décisive à la transition écologique en orientant les décisions d'allocation du capital dans les marchés financiers. Mais elle présente aussi un écueil évident : mettre la dimension sociétale de l'appréhension des risques climatiques dans l'ombre de sa dimension financière.

C'est précisément pour éviter un tel écueil que la Commission européenne, dans les lignes directrices publiées en 2019 à propos des informations relatives au changement climatique que les grandes entreprises européennes sont tenues de publier aux termes de la directive sur le reporting non-financier, a précisé que les informations communiquées par les entreprises doivent indiquer « aussi bien les risques que le changement climatique fait courir à l'évolution des affaires, aux performances et à la situation de l'entreprises (selon le standard adopté par le TCFD), que les principaux risques d'incidences négatives sur le climat dues aux activités (directes et indirectes) de l'entreprise ». L'approche de la Commission européenne fait ainsi écho à celle suivie, déjà en 2015, par le législateur français : l'art. L. 225-102-1 du Code de commerce relatif à la déclaration de performance extra-financier prévoit en effet que toute société de plus de 500 salariés et affichant un chiffre d'affaire ou un total de bilan excédant 100 millions d'euros est tenue d'intégrer dans son rapport annuel de gestion les « informations sur la manière dont (elle) prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité (...) et notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit ».

Il n'en demeure pas moins que « communication » et « prévention » des risques sont des démarches conceptuellement et fonctionnellement distinctes²³. Comme les Principes directeurs l'affirment dans le domaine des risques environnementaux, la communication et la transparence ne représentent que des éléments de la *due diligence*. Celle-ci ne peut certainement pas être réduite à de telles opérations sans nuire à sa raison d'être qui, nous l'avons dit, consiste à engager les entreprises dans une démarche proactive de neutralisation des risques que leurs activités produisent sur la société. Face à la tendance des instruments internationaux de réduire le standard de la diligence climatique à la simple communication des risques liés au changement climatique, et de limiter ceux-ci aux seuls risques financiers, il nous semble utile de continuer notre analyse en tournant cette fois le regard vers les premières affaires qui mobilisent le standard de la « diligence climatique » pour engager la responsabilité (juridique et non) des entreprises.

²³ Voir en ce sens les intéressantes réflexions d'A. Solveig-Epstein, « Les objectifs climatiques publiés par les entreprises, nouvel Eldorado de la régulation par l'information », in Ch. Cournil, *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire 1,5°C*, Pedone, 2021, p. 293-322.

II. LA « DILIGENCE CLIMATIQUE » AU PRETOIRE : DES NOUVELLES PERSPECTIVES POUR L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES

Grâce à l'activisme d'ONG et de collectivités territoriales, une nouvelle page du contentieux climatique contre les entreprises s'est ouverte lors des négociations de l'Accord de Paris. On compte à ce jour plusieurs dizaines d'actions aux États-Unis, en Europe, en Asie et en Australie. Parmi les différentes typologies d'actions climatiques engagées contre les entreprises, nous nous intéressons ici aux actions qui mobilisent le standard de *due diligence*, ainsi que ces avatars nationaux²⁴. Portées tantôt devant des instances non-juridictionnelles tantôt devant des instances juridictionnelles, ces actions seront ici analysées dans une double perspective. Définir d'une part les contours du standard de diligence climatique (A). Analyser d'autre part les retombés qu'un manquement à ce standard peut avoir sur l'engagement de la responsabilité juridique de l'entreprise (B).

A. LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LES INSTANCES NON-JURIDICTIONNELLES: PRECISION DES CONTOURS DE LA DILIGENCE CLIMATIQUE

Bien qu'elles soient dépourvues de sanctions juridiques et que les cheminements interprétatifs suivis soient encore variables, deux décisions rendues dans ces affaires offrent des éléments particulièrement utiles pour définir les contours d'un standard de « diligence climatique ». Il s'agit, d'une part, de la décision rendue dans une affaire *Oxfam et al. c. ING* par le Point de contact national (PCN) établi aux termes des Principes directeurs de l'OCDE aux Pays-Bas (1) et, d'autre part, du rapport rendu par la Commission philippine des droits humains à l'issue d'une enquête lancée par *Greenpeace* à l'encontre des *Carbon Majors* (2).

1. L'affaire *Oxfam et al. c. ING* (Pays-Bas)

Cette décision a été rendue en avril 2019 dans une procédure ouverte par quatre ONG contre le groupe bancaire néerlandais ING²⁵. Le différend portait sur la politique climatique du groupe bancaire et plus particulièrement sur l'identification des efforts de diligence qui incombent aux entreprises multinationales aux termes des Principes directeurs applicables en matière de publication d'informations (ch. III), d'environnement (ch. VI) et d'intérêts des consommateurs (ch. VIII). Dans le *statement* rendu par le PCN à définition de l'affaire, la diligence climatique est présentée comme un processus en trois étapes.

La première étape (« *measuring* ») concerne l'opération de calcul des émissions de gaz à effet de serre. Une telle opération suppose néanmoins de définir au préalable le périmètre des émissions de l'entreprise ainsi que les modalités du calcul. S'agissant du périmètre, et conformément à l'approche générale de la *due diligence*, rentrent dans les émissions de l'entreprise tant les émissions produites en amont que celles produites en aval de sa chaîne de valeur. S'agissant des modalités de calcul de ces émissions, le PCN reconnaît que des méthodologies et des standards fiables ne sont pas encore établis à l'échelle internationale et que le calcul et la mesure des émissions produites par la chaîne de valeur d'une entreprise demeure une opération complexe, notamment pour les entreprises opérant dans le domaine de la finance. Cependant, conclue le PCN, un tel constat n'exonère pas les entreprises

²⁴ Pour un panorama des différentes typologies d'actions contentieuses engagées contre les entreprises du fossile, v. L. d'Ambrosio, « Le contentieux contre les *Carbon Majors* : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique », in M. Torre-Schaub (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique*, Mare & Martin, 2021, p. 215-238.

²⁵ V. sur cette affaire C. Colard-Fabregoule, *Greenpeace Netherlands, Oxfam Novib, Banktrack et Milieudefensie c. ING Bank* (2017), in C. Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluences des droits, 2020.

multinationales d'accomplir *tous les efforts nécessaires* pour s'acquitter d'une telle tâche. C'est bien l'esprit de la *due diligence* qui permet une telle nuance.

La deuxième étape (« *target setting* ») concerne la fixation et la publication d'objectifs mesurables et spécifiques de la part de l'entreprise. Déjà évoqué par les Principes directeurs à propos des améliorations de la performance environnementale de l'entreprise, la fixation d'objectifs chiffrés est sans aucun doute l'étape la plus simple à parcourir par une entreprise « diligente » : il ne s'agit en effet que de transposer à l'échelle particulière de l'organisation de l'entreprise les mêmes objectifs chiffrés fixés à l'échelle globale par l'Accord de Paris. La diligence climatique devient ainsi le principal vecteur pour l'application de cet instrument de droit international aux acteurs privés.

La troisième étape (« *steering* ») consiste enfin en la fixation de la trajectoire de réduction des émissions permettant à l'entreprise de s'aligner aux objectifs fixés par l'Accord de Paris. La question renvoie ainsi à celle du « scénario » que l'entreprise devrait intégrer pour décarboner sa production. Cette étape est sans doute la plus délicate : elle suppose en effet d'identifier les institutions, les normes, ainsi que les techniques qui sont censées guider la transition des entreprises vers un modèle économique ou productif compatible avec les objectifs fixés par l'Accord de Paris. L'entreprise devrait-elle intégrer, comme ING le propose en l'espèce, les scénarii élaborés par l'agence internationale de l'énergie (AIE) ? Ou bien, comme les ONG l'exigent, devrait-elle intégrer le scénario élaboré par le GIEC dans son Rapport de 2018 sur +1,5°C ? Dans l'un et dans l'autre cas, quelle serait la place réservée aux techniques de capture du carbone (CCS) ? Et quelle marge d'incertitude dans l'atteinte des objectifs devrait être tolérée ? Sans pouvoir répondre à toutes ces questions, le PCN pousse les parties vers un compromis : ING accepte de suivre un scénario à +1,5°C, mais à condition qu'il soit défini par l'AIE, et non par le GIEC. Ainsi, les parties acceptent-elles de formuler un appel conjoint au Gouvernement néerlandais pour qu'il demande à l'AIE d'élaborer deux scénarii à +1,5°C, l'un reposant sur l'usage de technologies CCS et l'autre non, ayant dans un cas comme dans l'autre au moins 66% de probabilité de contenir l'élévation de la température de la planète à +1,5°C.

Encore plus que la diligence environnementale, la diligence climatique convoque une pluralité d'univers normatifs, techniques et institutionnelles. Dans cette optique, il n'est pas étonnant que la diligence climatique puisse investir aussi le champ des droits humains : c'est en effet dans cette direction que vont les conclusions rendues par la Commission philippine des droits humains dans le cadre d'une enquête sur la responsabilité des plus grandes entreprises émettrices du monde – les *Carbon Majors* – pour les impacts du changement climatique qui affectent le pays.

2. L'enquête *Greenpeace et al. c. Carbon Majors* (Philippines)

Cette enquête a été déclenchée par une requête déposée en 2015 par un groupe de citoyens philippins et par Greenpeace devant la Commission philippine des droits de l'homme. Elle vise à déterminer l'implication des grandes entreprises émettrices dans les violations des droits humains (droit à la vie et à la santé, droit à l'alimentation, droit à l'eau, droit à un logement, droit à l'autodétermination des peuples) liés aux changements climatiques qui affectent déjà le pays et sa population. Après une longue instruction – qui s'est déployée dans plusieurs pays en s'appuyant sur un considérable nombre de memoranda, de rapport d'experts et d'*amici curiae* – l'enquête s'est terminée en décembre 2019 par la remise d'un rapport de la Commission non encore publié au moment de la rédaction de cet article²⁶.

²⁶ La plupart des documents relatifs à cette affaire sont disponibles à la page suivante : <https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/>.

Cette procédure nous semble particulièrement importante car elle permet d'adosser la diligence climatique *aussi* à la diligence que les entreprises se doivent en matière de droits de l'homme. Il s'agit sans aucun doute du lien le plus évident à faire dans une perspective *de iure condito* : comme nous l'avons dit plus haut, la prévention des risques de violation des droits humains est en effet au cœur de la *corporate due diligence*. Les entreprises doivent dès lors adopter *par ricochet* toutes les mesures nécessaires pour éviter que les impacts dérivant de leurs activités directes ou indirectes puissent engendrer de tels risques.

S'appuyant, d'une part, sur l'étude séminale très connue de Richard Heede²⁷, et d'autre part, sur les études, théoriques et empiriques, qui démontrent les liens entre les changements climatiques et la violation des droits humains aux Philippines, la Commission conclue pour la responsabilité des grandes entreprises émettrices. Compte tenu de ses pouvoirs, elle se doit de préciser que sa décision n'engage que la responsabilité « morale » des entreprises, et non leur responsabilité « juridique ». Mais l'une n'exclue pas l'autre car, par l'entremise du droit national, les manquements aux obligations de diligence climatique peuvent désormais conduire à l'engagement de la responsabilité juridique des acteurs privés.

B. LES AFFAIRES PORTÉES DEVANT LES INSTANCES JURIDICTIONNELLES : ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE « NEGLIGENTE »

Comme nous l'avons dit plus haut, plusieurs ordres juridiques nationaux envisagent désormais des obligations de diligence à la charge des entreprises. Nous pouvons utiliser sans hésitation le terme « obligations » car, par le passage de la *soft law* internationale à la *hard law* nationale, les règles et les procédures de diligence acquièrent une dimension contraignante. Nous pouvons utiliser également le terme « entreprise » car, nous l'avons vu, les obligations de diligence concernent les risques produits non seulement par la société mère, mais aussi par les autres entités qui structurent son organisation (filiales, sous-traitants et fournisseurs). Ainsi, le manquement aux obligations de diligence peut être sanctionné aussi bien par des injonctions de mise en conformité que par des obligations de réparation. C'est donc par l'entremise de ces dispositifs que la « diligence climatique » de deux géants pétroliers, tels que *Total* (1) et *Royal Dutch Shell* (2), a pu être mise en cause devant des instances juridictionnelles nationales.

1. L'action *Notre Affaire à tous et al. c. Total SA* (France)

Comme nous l'avons précédemment souligné, la France est le premier pays au monde qui a transposé en droit national la notion de *corporate due diligence*. Aux termes de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance, les grandes sociétés françaises doivent publier un « plan de vigilance » faisant état des mesures de prévention des risques pour les droits humains, la sécurité des travailleurs et l'environnement découlant des activités des filiales, ainsi que des sous-traitants et des fournisseurs. La mise en œuvre du devoir de vigilance est soumise à un contrôle judiciaire qui repose sur un mécanisme en trois temps. Le premier temps est celui de *la mise en demeure*. Le deuxième temps est celui de *l'action en conformité* : l'intervention du juge en cas de persistance, au-delà de trois mois après la mise en demeure, de l'absence de respect du devoir de vigilance. Le juge peut ainsi enjoindre la société de se conformer à l'obligation de vigilance et, à cet effet, prononcer une astreinte. Le troisième temps du contrôle judiciaire sur le devoir de vigilance incombant aux entreprises françaises est adossé à

²⁷ Il s'agit de l'étude séminale publiée par Richard Heede en 2014 permettant de tracer les émissions historiques des plus grandes entreprises émettrices du monde (*Carbon Majors*) : R. Heede, *Tracing Anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuels and cement producers, 1854-2010*, *Climatic Change*, n° 122, 2014, p. 229-241.

l'action en réparation : la société négligente pourra ainsi être appelée à réparer les préjudices réalisés au sein de sa chaîne de valeur, lorsqu'il est possible de démontrer que la mise en œuvre d'un plan de vigilance effectif aurait permis de les éviter.

Introduit par cinq ONG et quatorze communautés territoriales françaises, le contentieux dirigé contre Total s'inscrit, du moins à ce jour, dans les deux premiers temps du contrôle judiciaire sur le devoir de vigilance. Tout a commencé en 2018 par une interpellation demandant à Total d'intégrer dans son plan de vigilance les actions en matière de mitigation des risques climatiques. Total a répondu par la positive en intégrant les risques climatiques dans le nouveau plan de vigilance publié en 2019. Le collectif d'associations et collectivités territoriales a néanmoins jugé que la « vigilance climatique » déployée par Total n'était pas encore conforme aux exigences légales requises par la loi sur le devoir de vigilance. En juin 2019 une lettre de mise en demeure a été ainsi adressée à Total. Puis, en janvier 2020, les demandeurs ont assigné la société pétrolière devant le Tribunal judiciaire de Nanterre. L'action n'a pas encore été jugée au fond – le débat a porté à ce jour uniquement sur l'identification du tribunal compétent pour se prononcer sur le litige (tribunal judiciaire ou tribunal du commerce)²⁸. La lecture des lettres de mise en demeure, ainsi que de l'acte d'assignation, permettent néanmoins d'identifier les principales questions autour desquelles se jouera la bataille sur le fond de l'action.

La première question concerne encore une fois le périmètre des émissions de gaz à effet de serre que la société pétrolière doit prendre en considération dans sa démarche de vigilance. Il s'agit dès lors du volet « *measuring* », qui a été déjà analysé dans l'affaire ING mais qui est formulée dans l'affaire Total par un vocabulaire différent qui puise dans le jargon propre au champ climatique. Le recours à un tel vocabulaire ne permet pas seulement de distinguer entre les émissions « directes » de gaz à effet de serre de l'entreprise (dites « Scope 1 ») et ses émissions indirectes. Il permet également de distinguer, au sein de ces dernières, entre les émissions indirectes liées à la consommation d'énergie pour les activités de l'organisation (dites « Scope 2 ») et toutes les émissions indirectes qui sont produites *par* les activités de l'organisation et qui concernent toutes les étapes du cycle de vie des produits ou des services de l'entreprises (dites « Scope 3 »). Les émissions Scope 3 sont décomposées en 16 postes incluant aussi toutes les activités en aval, y compris la vente de produits ou de services aux clients. Pour une entreprise pétrolière, l'inclusion de ces émissions dans ses démarches de réduction est aussi centrale que délicate : renvoyant aux émissions produites par la consommation des produits commercialisés (le gaz, le gasoil, l'essence, etc.), les émissions Scope 3 représentent en effet jusqu'à 85% de l'empreinte carbone des entreprises du fossile. Sans que ces émissions soient prises en considération, l'alignement des plans climats de ces dernières aux objectifs de Paris n'est qu'une illusion²⁹.

²⁸ V. Cour d'appel de Versailles, 10 décembre 2020, n° 20/01692 et Tribunal judiciaire de Nanterre (ord.), 11 février 2021, n° 20/00915. Alors que la cour d'appel de Versailles avait retenu la compétence du tribunal de commerce, le tribunal judiciaire de Nanterre reconnaît l'option de compétence entre le juge commercial et celle du juge de droit commun. Par une décision rendue le 18 novembre 2021, la Cour d'Appel de Versailles s'est finalement alignée à cette position. Le législateur s'est parallèlement emparé du sujet, décidant pour la compétence du tribunal judiciaire de Paris sur les actions relatives au devoir de vigilance (v. l'art. 56 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 sur la confiance dans l'institution judiciaire).

²⁹ A ce propos, il mérite d'être souligné que, dans son document « Vers la neutralité carbone » publié en septembre 2020, et n'ayant pas de caractère contraignant, Total déclare vouloir réduire aussi les émissions Scope 3 : « Pour atteindre cette neutralité (en 2050) (...) en termes de périmètre, les émissions de nos opérations (Scope 1 et 2) seront bien évidemment les premières concernées. (...) Enfin, en termes de calendrier des étapes à court et moyen termes ont été définies d'ici à 2050, à la fois sur l'indicateur d'intensité carbone des produits énergétiques vendus, mais aussi sur la valeur absolue des émissions Scope 3 liées aux produits utilisés par nos clients » (p. 2). Et encore plus loin (p. 3) : « Notre ambition 2050 nécessite une neutralité conjointe avec nos

La deuxième question qui est au cœur de l'affaire Total concerne l'identification du scénario que l'entreprise est tenue de suivre pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris. L'on retrouve ici l'opposition entre les scénarii élaborés par l'AIE – le *New Policies Scenario (NPS)* et le *Sustainable Development Scenario (SDS)*, qui selon les demandeurs mèneraient à une hausse globale de la température entre +2,7°C et + 3,3°C – et ceux qui sont élaborés par le GIEC dans le Rapport +1,5°C de 2018. Sur ce point, les demandeurs exigent que Total s'aligne à la trajectoire « P1 » du GIEC, laquelle permet de limiter le réchauffement de la Planète à +1,5°C *sans avoir recours à des technologies de capture et stockage du carbone*. Mais les demandeurs ne s'arrêtent pas là et vont encore plus loin. Ils exigent du juge qu'il tire toutes les conséquences de l'adoption d'un tel scénario en enjoignant au géant pétrolier de réduire drastiquement sa production de gaz (respectivement de -25% et de -74% par rapport à 2010) et de pétrole (respectivement de -37% et de -87% par rapport à 2010) aux horizons 2030 et 2050, et de mettre en œuvre une cessation immédiate de la recherche et de l'exploitation de nouveaux gisements d'hydrocarbures.

Le temps nous dira si le juge français osera aller si loin. Mais la voie de la diligence climatique s'avère sans aucun doute prometteuse, comme le démontre la décision rendue récemment par un Tribunal de La Haye dans l'affaire portée par plusieurs ONG néerlandaises contre Royal Dutch Shell.

2. L'action *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc (Pays-Bas)*

L'approche suivie par cette affaire est très proche de celle suivie dans l'affaire française contre Total : dans les deux cas, les ONG ne demandent pas une réparation, mais exigent que les géants pétroliers alignent leur modèle économique et productif aux objectifs de l'Accord de Paris. L'affaire *Shell* s'appuie néanmoins sur un outil juridique différent, propre à la tradition de Common law : le *duty of care*³⁰. Il s'agit d'un standard juridique qui permet de définir une faute délictuelle en raison de la violation de « ce qui, selon la loi non écrite, doit être considéré comme un comportement social correct »³¹. Déjà utilisé dans la célèbre affaire *Urgenda*, qui a conduit à la condamnation définitive des Pays-Bas d'adopter des mesures de réduction des émissions bien plus ambitieuses que celles prévues par le plan national, le standard de *duty of care* a ainsi permis au juge néerlandais, par une décision rendue le 26 mai 2021, de condamner *Royal Dutch Shell* à réduire drastiquement ses émissions de dioxyde de carbone d'ici 2030 (-45% par rapport à 2019) afin d'aligner son modèle économique aux objectifs de l'Accord de Paris. Il s'agit d'une première mondiale : c'est en effet, à ce jour, le seul contentieux climatique dirigé contre une *Carbon Major* qui s'est soldé par une condamnation (encore non définitive)³².

La décision rendue par le Tribunal de La Haye est riche, bien construite et suffisamment nuancée. Nous tâcherons ici de tirer de cette décision les principaux éléments permettant de

clients, en réduisant avec eux leurs émissions directes (scope 1) qui correspondent à nos émissions indirectes (scope 3).

³⁰ Pour une comparaison entre le « devoir de vigilance » et le « *duty of care* », v. B. Parance, E. Groulx et C. Victoire, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et *duty of care* », art. précité.

³¹ V. Livre 6, section 162 du Code civil néerlandais.

³² Tribunal de district de la Haye, 26 mai 2021. Pour des premiers commentaires sur ce jugement, v. P. Mougeolle, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 28 juin 2021 ; A. M. Ilcheva, « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolière se dessine », D. 2021.1968. ; F. G. Trébulle, « La responsabilité des entreprises de diminuer leurs émissions de gaz à effet de serre : réflexions à propos d'une décision du tribunal de district de la Haye », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, n° 11, novembre 2021, p. 1 ss.

compléter notre réflexion sur ce nouveau standard de vigilance climatique, qui émerge au confluent de plusieurs droits, international et national, *hard* et *soft*, et de plusieurs champs, l'environnement et les droits humains.

Le premier élément concerne encore une fois la question, centrale nous l'avons désormais compris, du périmètre des émissions que l'entreprise doit prendre en considération dans sa démarche de diligence. Le Tribunal est tranchant sur ce point : Shell est obligée de prendre en considération les émissions qui sont produites tout au long de sa chaîne de valeur, y compris les émissions Scope 3³³. Le Tribunal se livre néanmoins à une nuance qui s'avère particulièrement intéressante. En suivant les principes établis en matière de droits de l'homme par les Principes directeurs des Nations-Unies, le Tribunal distingue la nature et la prégnance de l'obligation de Shell en fonction de son degré d'implication dans la production des émissions que la société est censée prévenir³⁴. S'agissant, d'une part, des émissions produites par le groupe Shell (composé de la maison mère et de ses filiales), l'obligation de réduction est qualifiée par le Tribunal de La Haye d'obligation de résultat : Shell est en effet à même d'avoir un impact direct sur la réduction des émissions Scope 1 et 2 (lesquelles sont les émissions Scope 1 de ses fournisseurs d'énergie). S'agissant, d'autre part, des émissions dérivant des relations commerciales de l'entreprises – y compris les émissions Scope 3 produites par les clients finaux – l'obligation de réduction est une obligation de « *best effort* » ou de moyens renforcés, et donc une obligation de diligence. Une telle conclusion nous semble assez équilibrée : elle permet d'intégrer certaines difficultés liées à la réduction des émissions Scope 3 produites par les clients finaux, toute en réaffirmant l'obligation de Shell d'exercer toute son influence et son pouvoir pour atteindre un tel objectif³⁵.

Le deuxième élément qui est abordé par le Tribunal de La Haye concerne les possibles scénarii que Shell devrait suivre pour réduire ses émissions de dioxyde de carbone. Sur ce point le Tribunal est catégorique : Shell devra réduire de 45% ses émissions en 2030, puis atteindre la neutralité carbone en 2050. Il s'agit de la seule et réduite chance, reconnaît le Tribunal, de garder la hausse de la température de la planète en deçà des 2°C d'ici 2100 et, ainsi, de prévenir les plus sérieuses conséquences « *of a dangerous climate change* ». Le Tribunal évoque explicitement le Rapport du GIEC sur +1,5°C, tout en précisant néanmoins que cet instrument n'exprime qu'un large consensus international et non un standard légalement contraignant. C'est dans cette même optique que le Tribunal aborde la question de la place que l'entreprise devrait réserver aux émissions négatives produites par le recours à des techniques de capture et de stockage du carbone. Une telle place n'est certainement pas exclue par le GIEC, lequel alerte néanmoins sur les risques et les incertitudes qui entourent l'usage de ces technologies. Elle n'est pas non plus exclue par les programmes de réduction des émissions de CO₂ adoptés par l'UE ou les Pays-Bas. En rejetant, dès lors, la requête des demandeurs d'enjoindre Shell de suivre le scénario « P1 » envisagé par le GIEC, c'est à dire le scénario qui exclue tout recours aux émissions négatives, le Tribunal prend la liberté de formuler « son propre scénario » de réduction des émissions et de l'imposer à Shell. Ainsi, Shell devra-t-il réduire de 45% toutes ses émissions, directes ou indirecte, du Scope 1 au Scope 3, de 45% d'ici 2030, mais par rapport aux émissions produites en 2019 – et non en 2010 comme en revanche le préconise le GIEC. Un tel scénario est sans aucun doute moins ambitieux, le Tribunal le concède. Mais il est tout de même largement compatible avec le consensus international qui existe sur le sujet.

³³ Outre que sur les règles générales applicables à la *due diligence*, le Tribunal s'appuie sur les *Guidelines for Climate Change for non-state Actors* élaborées en 2020 par l'Université d'Oxford.

³⁴ Voir sur ce point N. Bueno et C. Bright, « Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 1, 2020, pp. 1-30.

³⁵ Cf. Principes directeurs NU, Principe n° 13.

CONCLUSION

À l'origine de cette contribution, nous avons formulé l'hypothèse selon laquelle la *corporate due diligence* portait en soi la double promesse d'une revitalisation du projet juridique de la responsabilité des entreprises et d'une adaptation de ses structures et de ses fonctions à l'urgence écologique que nous affrontons. Afin de vérifier cette hypothèse, nous avons analysé l'émergence de ce standard dans l'univers de la *soft law* internationale ainsi que ses pérégrinations dans les multiples espaces et champs juridiques. La *due diligence* investit explicitement le champ environnemental et commence à se définir aussi dans le champ climatique.

C'est précisément dans ces domaines, caractérisés par des risques qui projettent dans un futur proche leur puissance catastrophique, que la *due diligence*, par sa dimension préventive et *ex ante*, pourrait permettre de prendre à rebours le sens commun et juridique de l'urgence et d'inscrire l'action des acteurs économiques, leur influence et leur pouvoir, dans (et pour) le temps long d'une transformation structurelle des modalités de production et de consommation. Grâce à sa plasticité, et comme l'affaire *Shell* le démontre, une telle ambition peut se traduire en obligation. Une obligation qui peut s'opposer avec sa force juridique et symbolique à l'inaction des pouvoirs publics. Tout en étant assise sur des notions fondamentales de la responsabilité délictuelle ou de la *tort law*, une telle obligation permet par ailleurs de contourner les obstacles techniques et moraux qui empêchent ces expressions juridiques de la responsabilité de saisir pleinement la dimension spatio-temporelle des enjeux écologiques contemporains. S'intéressant aux risques du futur et non aux dommages du passé, la responsabilité de l'entreprise, du fait du manquement aux obligations de diligence, se libère des « affaires » et des « arcanes » de l'imputation causale³⁶. Elle ne blâme pas les actions qui ont conduit à la crise écologique actuelle, mais elle engage les entreprises – et tout particulièrement les entreprises du fossile – à agir pour corriger les trajectoires futures et catastrophiques d'une telle crise. Si des décisions, comme celle rendues dans les affaires présentées ici, devaient se multiplier, les dynamiques de la *due diligence* pourraient permettre d'engager enfin les grandes entreprises émettrices à agir collectivement pour répondre à l'urgence écologique.

Le déploiement d'une telle approche de la responsabilité n'est pas sans écueils. Nous pensons principalement aux transformations que le jeu d'internormativité promu par la *due diligence* peut produire sur les dimensions normative et institutionnelle du droit. Pris en étau entre, d'une part, les logiques managériales, qui inspirent le maillage de la *due diligence*, et d'autres part, les logiques scientifiques des scénarii d'anticipation, qui tracent les voies des comportements diligents des acteurs économiques, le droit risque de perdre son sens, ou au moins de le voir affaiblir³⁷. Il s'agit de transformations qui méritent certes d'être analysées et encadrées. Mais si elles pouvaient permettre d'organiser une réponse juridique efficace et

³⁶ Les deux expressions sont empruntées respectivement à : P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affaires de la causalité », D.1964, chr. 205 ; et à Y. Lambert-Faivre, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », D.1992, chr. 311.

³⁷ Sur la « managérialisation de la loi », v. en général L. B. Edelman, *Working Law : Courts, Corporations, and Symbolic Civil Rights*, University Chicago Press, 2016 ; et plus particulièrement P. Barraud de Lagerie, E. Béthoux, A. Mias, E. Penalva-Icher, « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », in L. d'Ambrosio et P. Barraud de Lagerie (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales*, op. cit., p. 699 et s. Sur l'expertise d'anticipation, v. S. C. Aykut, D. Demortain, B. Benbouzid (dir.), *The Politics of Anticipatory Expertise (dossier), Science & Technology Studies. Finnish Association for Science and Technology Studies*, 2019, 32 (4), p. 2 et s. Voir aussi, et plus largement, A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015.

effective à l'urgence écologique, leur acceptation, tout d'abord par les juristes, serait bien petite chose face à la réduction des menaces qui pèsent sur l'habitabilité de la Terre et sur l'avenir de l'Humanité.