



HAL
open science

Risques climatiques et responsabilité des entreprises : les promesses de la Corporate Due Diligence

Luca d'Ambrosio

► To cite this version:

Luca d'Ambrosio. Risques climatiques et responsabilité des entreprises : les promesses de la Corporate Due Diligence. Les risques climatiques à l'épreuve du droit (dir. B. Lormetau, A. Stevignon, M. Torre-Schaub), A paraître, 9782849347317. hal-04000513

HAL Id: hal-04000513

<https://hal.science/hal-04000513v1>

Submitted on 22 Feb 2023

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.

Copyright

Risques climatiques et responsabilité des entreprises : les promesses de la *Corporate Due Diligence*¹

Luca d'Ambrosio

Chercheur associé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne/IREDIES
Chargé de cours à l'École de droit de Sciences Po

Cette contribution analyse la question de l'appréhension juridique des risques climatiques sous l'angle de la responsabilité des entreprises². Le choix de cet angle d'analyse pourrait paraître paradoxal. Alors que la limitation des effets catastrophiques du changement climatique 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 esquiver le champ juridique et à se réduire 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)³.

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 les enjeux écologiques, présents et futurs. Dans le champ de la RSE émergent, en effet, des notions 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 une telle hypothèse, notre attention se concentre sur une notion qui s'impose de manière prometteuse dans le univers normatif multiforme de la responsabilité des entreprises : la « *corporate due diligence* »⁴. Cette notion puise à la fois dans le champ sémantique du droit des affaires – où la *due diligence* désigne 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 dans celui du droit international – où la *due diligence* désigne les obligations de moyens qui incombent aux États et aux Organisations internationales pour prévenir les atteintes aux valeurs protégées par le droit international. Elle peut ainsi être définie comme un ensemble de règles et de procédures que les entreprises sont censées 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, probité. 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 »⁵ : en

¹ Cette contribution est une version allégée et remaniée de l'article publié dans le Hors-série 2021 de la *Revue juridique de l'environnement* sous le titre « Face à l'urgence écologique : les promesses de la *Corporate Due Diligence* ». L'auteur tient à remercier la Revue juridique de l'environnement pour avoir consenti à la publication de l'article sous la forme d'un chapitre de cet ouvrage.

² Voir aussi la contribution dans cet ouvrage de A.-M. Ilcheva

³ 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.

⁴ Nous utilisons ici l'expression « *corporate due diligence* » pour souligner précisément le processus d'autonomisation de ce standard normatif dans le domaine de la responsabilité des entreprises.

⁵ Expression empruntée à I. M. Young, *Responsibility for Justice*, Oxford University Press, 2011.

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 global⁶. 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 », théorisée il y a déjà cinquante ans lors des premiers signaux de la profonde et en partie irréversible, crise écologique que nous affrontons actuellement⁷.

Afin de vérifier cette hypothèse à l'égard des risques climatiques, et de mettre les promesses de la *corporate due diligence* à l'épreuve de la réalité juridique, nous présenterons dans un premier temps l'émergence de la *due diligence* dans la *soft law* internationale : c'est en effet dans cet horizon normatif que la *due diligence* s'impose en tant que standard international pour une conduite responsable des entreprises (I). Dans un deuxième temps, nous analyserons la mobilisation de la *due diligence* dans certaines actions climatiques engagées contre des firmes de la finance et du fossile (II). À ce jour, c'est en effet dans le cadre de ce contentieux foisonnant que se testent les conditions de l'avenir de la *corporate due diligence* dans le plus large projet d'adaptation des structures et des fonctions de la responsabilité juridique des entreprises à la dimension spatio-temporelle des risques climatiques et, plus largement, des enjeux écologiques contemporains.

I – L'émergence de la *due diligence* dans la *soft law* internationale

Le travail sémantique qui a accompagné l'essor de la *due diligence* (en français, diligence « requise » ou « raisonnable ») 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 international⁸. Il fait également écho aux notions de « diligence »⁹ 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. Alors que la protection des droits humains (A) en constitue le champ d'application originaire, la *due diligence* a vocation à investir d'autres champs, et tout particulièrement celui des risques environnementaux et climatiques (B).

A - Due diligence et droits humains

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* a été consacrée par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et les droits de l'homme adoptés en 2011

⁶ V. plus largement sur l'irresponsabilité juridique des entreprises, A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2016.

⁷ H. Jonas, *Le principe responsabilité*, Champs Essai, 3^e éd., 1995. Dans le domaine juridique, v. not. C. Thibierge « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004.577 ; M. Delmas-Marty, *Résister, responsabilité, anticiper*, Seuil, 2013.

⁸ 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.

⁹ Il conviendrait de rajouter aussi la notion de « vigilance » choisie par le législateur français pour traduire la notion de « *corporate due diligence* » en droit national. Sur ce choix sémantique, ainsi que sur ses retombés juridiques, v. L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », in L. d'Ambrosio, P. Barraud de Lagerie (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales* (dossier spécial), *Droit et Société*, n° 106/2020 p. 633-647.

par le Conseil des droits de l'homme¹⁰. 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 »¹¹.

Bien qu'elle s'appuie essentiellement sur les systèmes et processus de gestion des risques propres aux entreprises, la *corporate due diligence* garde néanmoins sa propre rationalité et ne saurait être réduite à une simple « norme de gestion »¹². 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* – 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 »¹³. 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 »¹⁴.

Ainsi, la *due diligence* dévoile-t-elle tout son potentiel dans le domaine de la responsabilité juridique. D'une part, elle permet à cette branche du droit de saisir cette notion, encore trop souvent dans l'ombre de celle de personne morale, 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 qui peuvent se produire, pour les humains et pour leur environnement, dans le cadre des structures globales de production. 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, qui émergent dans l'horizon de la globalisation économique. Dans cette optique, il n'est pas étonnant que la *due diligence* investisse aussi le champ des risques environnementaux et climatique.

B. - Due diligence et risques environnementaux et climatiques

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – contenant des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents – constituent à ce jour le principal référentiel normatif en matière de « diligence environnementale » des entreprises¹⁵. 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*

¹⁰ Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et les droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter, réparer » des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Résolution 17/4 du 16 juin 2011.

¹¹ Principe n° 15, *ibid.*

¹² Sur les relations que les normes juridiques tissent avec les normes de gestion, voir A. Hatchuel, B. Segrestin, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », in L. d'Ambrosio, P. Barraud de Lagerie (dir.), *Le devoir de vigilance des entreprises transnationales*, *op. cit.*, p. 667-681.

¹³ TJ Nanterre, ord. JME, 11 févr. 2021, n° 20/00915.

¹⁴ V. Commentaire aux Principes directeurs des NU (Principe n° 13). L'on voit ici s'esquisser la distinction entre « obligations de moyens » (« *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. ; L. d'Ambrosio, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », *op. cit.*, p. 667-681.

¹⁵ Adoptés en 1976, les Principes directeurs de l'OCDE ont fait l'objet d'une mise à jour en 2011.

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 : d'une part, les normes et les standards de gestion environnementale fondée sur le risque (*environmental management system*) ; d'autre part, les principes du droit international de l'environnement (*prévention, précaution et information*). Alors que les standards de gestion constituent le maillage de la diligence environnementale des entreprises, les principes du droit international de l'environnement en orientent la direction en lui donnant ainsi le sens. Plusieurs univers normatifs sont ainsi convoqués par la diligence environnementale, ce qui fait de cette dernière un intéressant et remarquable opérateur d'internormativité¹⁶.

S'agissant plus précisément de l'évaluation et de l'atténuation des risques climatiques, force est de constater l'approche très minimaliste suivie par les Principes directeurs de l'OCDE¹⁷. Ceux-ci se bornent en effet, dans le chapitre consacré à l'environnement, 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* », généralisée dans le texte de l'OCDE, à celle « les entreprises *sont encouragées* » n'est certainement pas neutre.

Il reste alors à savoir si la « diligence environnementale » - entendue comme démarche proactive d'identification, d'évaluation et prévention des risques qui dérivent des activités directes et indirectes des entreprises - s'étend aussi aux risques climatiques. Pour répondre à cette question, il nous semble utile de tourner notre regard vers les premières mobilisations de la *due diligence* dans le contentieux climatique engagé contre les entreprises.

II – La mobilisation de la *due diligence* dans le contentieux climatique

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 Paris¹⁸. Parmi les différentes typologies d'actions climatiques engagées contre les entreprises, nous nous intéressons ici aux actions qui mobilisent la *corporate due diligence* directement ou par l'entremise de dispositifs issus du droit national : l'analyse de ces affaires permet en effet de définir, d'une part, les contours du standard normatif de « diligence climatique » et de mesurer, d'autre part, les conséquences qu'un manquement à un tel standard pourrait avoir sur le plan juridique. Dans cette double perspective, nous analyserons d'abord une action portée contre la banque *ING* devant le Point de contact national (PCN) établi aux termes des Principes directeurs de l'OCDE (A) ; puis l'action portée, cette fois devant la Cour du district de La Haye, contre le géant pétrolier anglo-néerlandais *Shell* (B).

¹⁶ Forcée durant les années 1970 par le doyen Carbonnier pour désigner la capacité de l'ordre juridique de s'approprier le contenu de normes émanant d'autres ordres normatifs (tels que la religion, la morale, etc.), la notion d'internormativité est actuellement réinterrogée dans le contexte de radicalisation de la concurrence de normativités qui accompagne la globalisation économique. V. not. F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les cahiers de droit*, 2018, p. 7-33. V. aussi, dans une perspective plus centrée sur le droit de l'environnement, A. Pomade, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 68, 2012.

¹⁷ V. C. Bright et K. Buhmann, « 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, I. Alogna (dir.), *Human Rights Due Diligence for Climate Change Impacts*. Webinar Series Report, (January 2021), available at : <https://www.biiicl.org/categories/business-and-human-rights>.

¹⁸ 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.

A - L'affaire *Dutch NGOs c. ING Bank*

Cette affaire, tranchée en 2017 par le Point de contact national néerlandais, constitue la première tentative de définir le standard de la diligence climatique à l'aune des Principes directeurs de l'OCDE¹⁹. Elle a été introduite par quatre ONG devant l'instance non juridictionnelle – le PCN – que les États de l'OCDE ont l'obligation d'établir afin de permettre la résolution des différends portant sur l'interprétation et la mise en œuvre des Principes directeurs. Le différend portait en l'espèce sur la politique climatique du groupe bancaire et plus précisément sur la diligence qui lui est requise dans ce domaine.

L'affaire s'est soldée par une déclaration (« *statement* ») du PCN qui reflète le consensus des parties sur le différend. Ceci porte sur deux éléments particulièrement importants. *Primo* : aux termes des Principes directeurs de l'OCDE les entreprises sont tenues de mettre en œuvre une procédure de diligence raisonnable à l'égard des risques climatiques. *Secundo* : cette procédure de « diligence climatique » fondée sur les risques s'articule autour de trois étapes que le PCN néerlandais détaille avec précision.

La première étape (« *measuring* ») renvoie à l'opération de calcul des émissions de gaz à effet de serre produite par l'entreprise. Elle suppose tout d'abord de définir le périmètre des émissions rentrant dans un tel calcul : à ce propos, le PCN précise que, 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 ensuite des modalités d'un tel calcul, le PCN reconnaît que des méthodologies et des standards fiables ne sont pas encore établis à l'échelle internationale et que 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 multinationales d'accomplir *tous les efforts nécessaires* pour s'acquitter d'une telle tâche. C'est bien l'esprit de la *due diligence* – obligation de moyens renforcés, nous l'avons déjà précisé – 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 évoquée 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 qui se veut « diligente » à l'égard des risques climatiques : 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. Ainsi, la diligence climatique devient-elle le principal vecteur pour l'application de cet instrument de droit international public aux acteurs privés.

La troisième étape (« *steering* ») renvoie enfin à la fixation d'une trajectoire de réduction des émissions permettant à l'entreprise de s'aligner aux objectifs fixés par l'Accord de Paris. 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

¹⁹ Point de contact national des Pays-Bas, *Dutch NGOs vs. ING Bank*, 14 nov. 2017. Les documents de l'affaires sont disponibles sur le site internet <https://www.oecdwatch.org/complaint/dutch-ngos-vs-ing-bank/>. Voir 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.

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 institutionnels, dont l'identification et la composition s'avèrent particulièrement délicates. La décision rendue par le Tribunal du district de la Haye dans l'affaire *Shell* confirme ce constat.

B - L'affaire *Milieudefensie et al. c. Shell*

Cette affaire projette la diligence climatique dans l'espace juridique et judiciaire national²⁰. Appréhendée par le biais du standard de « *duty of care* », envisagée par la responsabilité délictuelle néerlandaise et renvoyant à « ce qui, selon la loi non écrite, doit être considéré comme un comportement social correct »²¹, la diligence climatique peut en effet prendre la forme d'une véritable obligation juridique, opposable aux entreprises et justiciable. C'est suivant précisément une telle approche, que plusieurs ONG et citoyens néerlandais ont assigné en justice le géant pétrolière *Shell*. Les demandeurs reprochent à l'entreprise d'avoir un modèle économique non conforme aux objectifs fixés par l'Accord de Paris et, par conséquent, en violation du *duty of care* qui lui incombe au confluent du droit national et international. Ils ne demandent pas réparation d'un préjudice, mais exigent que *Shell* s'aligne aux objectifs fixés par l'Accord de Paris pour apporter sa contribution à la réduction des risques climatiques que la communauté internationale a l'ambition d'atteindre.

Suivant la même approche de la célèbre affaire *Urgenda*²², qui a conduit à la condamnation définitive des Pays-Bas à adopter des mesures de réduction des émissions bien plus ambitieuses que celles prévues par le plan national, le Tribunal de La Haye fait droit à la demande des associations et des citoyens : par une décision du 26 mai 2021, il condamne *Shell* à réduire drastiquement ses émissions de dioxyde de carbone d'ici 2030 (-45% par rapport à 2019), avant d'atteindre la neutralité carbone en 2050. C'est seulement par une telle trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre que l'entreprise pourra s'acquitter du *duty of care* qui lui incombe dans le domaine du climat, autrement dit de se tenir à « un comportement social » en ligne avec les normes, scientifiques et juridiques, qui permettront de « maîtriser » les risques dérivant de la hausse de la température de la planète.

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 compléter notre réflexion sur ce nouveau standard de diligence climatique, qui émerge au confluent de plusieurs droits, international et national, *hard* et *soft*, et de plusieurs champs.

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, pour les réduire, les émissions qui sont produites tout au long de sa chaîne de valeur, y compris les émissions Scope 3 – autrement dit les émissions indirectes qui sont produites en amont de leur chaîne de valeur, et surtout en aval par les consommateurs des produits fossiles que *Shell* commercialise de partout dans le monde. Il s'agit d'une précision fondamentale car les émissions Scope 3 représentent 90% des émissions des entreprises pétrolières et constituent le véritable pivot de la décarbonation de leur système de production.

²⁰ The Hague District Court, *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell*, jugement, 26 mai 2021. Sur cette affaire, v. not. : 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, 2021, p. 1 ss. Une affaire similaire a été introduite en France contre *Total* aux termes de la loi sur le devoir de vigilance –avatar national de la *due diligence*. Dans cette affaire, les demandeurs exigent que le pétrolier français soit condamné à s'aligner aux objectifs fixés par l'Accord de Paris.

²¹ V. Livre 6, section 162 du Code civil néerlandais.

²² Supreme Court of Netherlands, *Urgenda vs. The State of Netherlands*, 20 Déc. 2019.

Il s'agit aussi d'une précision cohérente, et nous l'avons déjà relevé à propos de l'affaire ING, avec l'esprit de la *corporate due diligence* – laquelle oblige l'entreprise tête de file à identifier et à réduire les risques qui émergent dans toute la chaîne de valeur, dépassant ainsi les frontières juridiques et géographiques qui segmentent traditionnellement les entreprises multinationales. A ce propos, le Tribunal se livre à une autre précision qui est également cohérente avec l'esprit de la *due diligence* : l'obligation qui incombe à Shell d'agir pour réduire les émissions Scope 3 n'est pas une obligation de résultat (comme celle qui concerne les émissions Scope 1 et 2, sur lesquelles Shell a en effet un contrôle direct), mais une obligation de « *best effort* », autrement dit une obligation de moyens renforcés. Ainsi, la diligence climatique mérite son adjectif de « raisonnable » : elle permet de prendre en considération les difficultés structurelles liées à la réduction des émissions Scope 3, sur lesquelles le défendeur n'a pas un contrôle direct, tout en réaffirmant l'obligation de Shell d'exercer son influence et son pouvoir pour les réduire²³.

Le deuxième élément qui est abordé par le Tribunal de La Haye concerne la phase de « *steering* », autrement dit les trajectoires de réduction des émissions que la société Shell est censée suivre. 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* ». A ce propos, le Tribunal s'appuie sur 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 compatible avec le consensus international qui existe sur le sujet. En dépit d'un tel aménagement, Shell n'a guère modifié sa stratégie de réduction des émissions de gaz à effet de serre – ce qui pose la question de *l'enforcement* d'une telle décision. Shell a aussi interjeté appel. L'affaire est dès lors encore à suivre mais, à l'instar de son homologue *Urgenda*, elle a ouvert une voie qui est destinée à inspirer et à orienter d'autres actions judiciaires, en Europe et dans le monde²⁴.

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 aux enjeux écologiques contemporains. Ayant vu le jour dans la *soft law* internationale, cette notion circule et s'épanouit en droit national, par le truchement de la responsabilité délictuelle²⁵. Après le champ des droits de l'homme, elle investit le champ environnemental et 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* et par la

²³ Cf. Principes directeurs NU, Principe n° 13.

²⁴ Nous pensons tout particulièrement à l'action précitée introduite en France contre Total.

²⁵ A ce jour, car rien n'empêche, en vue des valeurs en jeu, que la violation d'obligations de diligence puisse ouvrir aussi à la responsabilité pénale (ou *latu sensu* pénale) de la personne morale.

valorisation de ce puissant opérateur juridique (outre que social et politique) qu'est le « risque » – pourrait permettre de prendre à rebours le sens commun et juridique de l'urgence climatique 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 – couplée à un certain activisme judiciaire – la *due diligence* peut contribuer à transformer cette ambition en obligation juridique, justiciable et opposable. 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 risques catastrophiques qui marquent l'urgence écologique que nous affrontons. 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 « affres » et des « arcanes » de l'imputation causale²⁶. 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 en vue du « gouvernement » des risques catastrophiques dérivant de la perte de la biodiversité et du changement climatique²⁷.

Une telle approche de la responsabilité n'est toutefois pas sans écueils. Elle est d'une part le produit d'un activisme judiciaire qui, tout en étant nécessaire en raison de l'inaction des acteurs publics et privés dans le domaine climatique, demeure délicate au regard du principe démocratique. Une telle approche de la responsabilité est d'autre part le vecteur d'un jeu d'internormativité qui risque de marginaliser la normativité juridique : prise en étau entre la normativité managériale, qui constitue le maillage de la *due diligence*, et la normativité scientifique, qui trace les voies des comportements diligents des acteurs économiques, le droit risque de voir affaiblir son rôle et ses fonctions²⁸. Cette nouvelle manière de penser et d'appliquer la responsabilité des entreprises nécessite dès lors d'être attentivement analysée et suffisamment encadrée. Il s'agit d'une tâche, dont les juristes peuvent (et doivent) certainement s'acquitter dans l'objectif de contribuer à l'organisation d'une réponse juridique utile et efficace aux menaces que le changement climatique pose pour l'habitabilité de la Terre et pour l'avenir de l'Humanité.

²⁶ Les deux expressions sont empruntées respectivement à : P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres 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.

²⁷ On doit cependant relever que, à ce jour, la régulation du risque climatique passe moins par la « *due diligence* » que par « l'information » : on renvoie sur ce point à A.-S. 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. L'aversion à l'imposition d'obligation de diligence climatique aux entreprises assume une inquiétante évidence dans la Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 23 février 2022 (COM (2022) 71final) : dans ce texte, qui vise à introduire et harmoniser la *corporate due diligence* dans les pays membres de l'UE, la Commission a exclu explicitement les risques climatiques du périmètre de la diligence requise aux entreprises. Les risques climatiques font l'objet d'une disposition spécifique (article 15), qui se borne d'exiger des entreprises l'adoption d'un plan en matière climatique. Les conséquences sont particulièrement graves car les manquements de l'entreprise aux obligations de prévention des risques climatiques ne seront pas justiciables.

²⁸ V. F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », art. préc. V. aussi, 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.