

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Crédits bancaires et respect de l'environnement

Thunis, Xavier; Starosselets, Taras

Published in:

Actualités en droit commercial et bancaire

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X & Starosselets, T 2017, Crédits bancaires et respect de l'environnement: de la responsabilité sociétale à la responsabilité juridique . dans *Actualités en droit commercial et bancaire: liber amicorum Martine Delierneux*. Larcier , Bruxelles, pp. 647-676.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CRÉDITS BANCAIRES ET RESPECT DE L'ENVIRONNEMENT : DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE À LA RESPONSABILITÉ JURIDIQUE

par

Xavier THUNIS

Professeur à l'Université de Namur

et

Taras STAROSSELETS

Senior Counsel (Banking)

Banque européenne pour la reconstruction et le développement
(BERD)

1. Il est admis, en jurisprudence belge et française, que le banquier donneur de crédit assume un service d'intérêt général (1). Il est également admis que le banquier, dans l'octroi de crédit, peut engager sa responsabilité civile non seulement vis-à-vis du bénéficiaire de ce crédit, mais aussi vis-à-vis des tiers auxquels l'octroi inconsideré d'un crédit ou une dénonciation à contretemps peut porter préjudice.

L'idée de base de cette contribution est la suivante : la mission du banquier dans l'octroi de crédit va s'ouvrir à des valeurs sociétales extra-financières, protection de l'environnement, droits de l'homme et des communautés humaines, bref au développement durable ou responsable. La notion de tiers, déjà présente au sens étroit en droit du crédit, va s'étendre aux parties prenantes (*stakeholders*), notion fort présente dans les débats relatifs à la responsabilité sociétale des

(1) Service d'intérêt général et non pas service public. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHIER, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007) », vol. 1, *Dossiers J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 918, n° 1171 ; D. BLONMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit – Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E. », in *Les responsabilités en matière commerciale Actualités et perspectives* (F. ROZENBERG dir.), Limal, Anthemis, 2014, p. 33.

entreprises (RSE) au rang desquelles figurent les banques et, plus largement, les institutions financières (2).

Les banques ne peuvent plus ignorer les risques environnementaux ou, plus largement les atteintes que l'octroi aveugle de crédit, sur des bases purement financières, peut occasionner aux droits humains. En droit interne, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas abondantes (3). En revanche, l'évolution est sensible et parfois spectaculaire dans de grands projets industriels où les banques, regroupées en consortiums internationaux, voient leur responsabilité mise en cause parce qu'elles financent des projets portant atteinte à l'environnement ou aux droits humains. Cette contribution y fait référence.

Les institutions internationales, comme la Société financière internationale (SFI), la Banque européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD) ou la Banque européenne d'Investissement (BEI) ne peuvent pas non plus être ignorées. Elles dessinent le paysage normatif qui encadre les crédits. Peut-être dessinent-elles à terme les contours futurs des conditions d'octroi du crédit par toutes les institutions financières, dans une planète dont les ressources ne peuvent plus être impunément polluées ou gaspillées.

2. Le développement de la RSE engendre une nébuleuse de textes internationaux – Principes de l'Équateur, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, etc (4). – oscillant entre le droit doux (*soft law*), qui invite l'entreprise responsable à rendre compte de son action au-delà du cercle restreint de ses actionnaires (*accountability*) et le droit dur qui lui impose de réparer le dommage causé par son fait (*liability*). Va-t-il en résulter un devoir de vigilance accru du banquier en raison de l'octroi de crédits ? Et si la réponse est positive, quel nouvel équilibre va s'instaurer

(2) Pour un aperçu général des effets de la RSE sur les services rendus par les institutions financières, Th. BONNEAU, « Banques et développement durable », *Cah. dr. entrep.*, mai-juin 2000, spéc. p. 39 ; J.-M. GOLLIER, « La responsabilité sociétale de la banque-Prolégomènes », *Ann. dr. Louvain*, 2014/3, p. 345. LUE prête une attention soutenue à la nécessité d'une finance durable comme en témoigne l'*Interim Report* du High Level Expert Group on Sustainable Finance, *Financing a Sustainable European Economy*, juillet 2017, part. p. 22 (*fiduciary duty*) et p. 31 (*lending chain*).

(3) J. STOUFFLET, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 689 ; J.-P. BUYLE, « La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d'environnement », *Entreprises, responsabilités et environnement*, n° sp., *Aménagement*, 2004, pp. 181 et s. ; A. VANDERVOEST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Rev. eur. dr. envir.*, 2000, p. 129.

(4) Voy la synthèse de F.-G. TRÉBULLE, « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 2015, 1547, n° 9 et s.

entre ce devoir de vigilance accru et le devoir de non-ingérence du banquier consacré par la jurisprudence et la doctrine classiques en droit interne (5) ?

On procède en deux temps. Une première partie synthétise les principes régissant la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Elle englobe l'octroi de crédit par des consortiums de banques à de gros projets de construction à risques (oléoducs, usines à papier, barages, etc.), ce qui a suscité des débats au sein de la société civile (I). La seconde partie se centre sur la politique, les normes et les pratiques des institutions financières internationales. Ce triptyque dessine les contours de leur devoir de vigilance et d'investigation (*due diligence*) en matière d'octroi de crédit. Ce devoir est d'autant plus impératif que dans le cas d'institutions publiques, la prise en compte de l'intérêt général s'impose avec une intensité particulière, au regard d'un ordre public mondial écologique en devenir (II) (6).

I. RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DONNEUR DE CRÉDIT : STABILITÉ ET ÉVOLUTION

3. Le banquier, plus généralement le prêteur, risque d'engager sa responsabilité à l'occasion ou en raison du crédit qu'il a consenti à une entreprise dans plusieurs hypothèses.

Le banquier peut être tenu des frais de décontamination d'un site dont il devient propriétaire parce qu'il réalise une sûreté. Cette hypothèse ne nous retiendra pas longtemps, car même si elle aboutit à l'imputation d'un dommage, elle n'est pas, au sens strict, une hypothèse de responsabilité. En droit américain, le coût de la décontamination peut en effet être imputé au propriétaire du bien garanti, même si le bénéficiaire de la garantie n'est pas associé à la gestion de l'activité polluante. Le législateur fédéral a dû nuancer cette solution risquant de décourager le crédit (A).

Le banquier peut être tenu pour responsable des dommages causés à l'environnement ou à des droits humains parce qu'il prend, de

(5) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007) », *op. cit.*, pp. 926-927 ; D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit – Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E. », *op. cit.*, 2014, p. 33.

(6) Les Principes et les accords sur lesquels se fondent la politique et l'action de ces institutions tentent d'intégrer rapidement le risque climatique et de s'adapter aux derniers accords en date sur le risque climatique.

facto, les décisions de l'entreprise créditée et qu'il se comporte comme l'exploitant de celle-ci. La notion d'exploitant, au cœur de nombreux textes relatifs à la responsabilité environnementale, doit donc être définie soigneusement (B).

Enfin, le banquier peut voir sa responsabilité engagée parce qu'il accorde, sans investigation suffisante, des crédits néfastes à l'environnement ou qu'il ne contrôle pas l'affectation normale ou convenue des fonds prêtés (C) (7).

A. Le banquier propriétaire d'un bien contaminé

4. Aux États-Unis existe une loi fédérale de 1980- le CERCLA (*Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*) (8)- qui vise à nettoyer les sites des substances dangereuses pour la santé publique et l'environnement. Cette loi redoutée impose une responsabilité sans faute aux propriétaires de biens pollués ou aux exploitants d'installations nuisibles à l'environnement. La loi habilite l'Agence américaine de protection de l'environnement (*Environmental Protection Agency- EPA*) à répertorier les sites pollués qui nécessitent des opérations de nettoyage et à imputer le coût de ces opérations aux parties responsables de la pollution.

On s'est interrogé sur l'application de cette loi aux prêteurs, banques, crédits bailleurs ou encore sociétés d'affacturage. La mise en œuvre du CERCLA, combinée à des caractéristiques spécifiques du *mortgage* de *common law*, a donné lieu à quelques décisions sévères pour les banques. Certaines banques américaines ayant garanti le crédit consenti à une entreprise polluante par un *mortgage*, ont été condamnées à supporter les frais de la décontamination des terrains pollués alors qu'elles n'avaient pas contribué à la pollution. Le motif en était que le *mortgage*, une sorte de sûreté hypothécaire, rend le créancier propriétaire du bien en question. Quand il procède à l'exécution, le banquier devenu propriétaire du bien contaminé peut ainsi être tenu, « mécaniquement », de frais de décontamination le cas échéant

(7) Sur ces distinctions, J. STOUFFLET, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », *op. cit.*, p. 689 ; G. MONDELLO, « La responsabilité environnementale des prêteurs : difficultés juridiques et ensemble des possibles », *L'Actualité économique*, n° 882, 2012, pp. 257-278.

(8) G. MONDELLO, « La responsabilité environnementale des prêteurs : difficultés juridiques et ensemble des possibles », *op. cit.*, p. 261, avec une analyse économique fine de la législation CERCLA. L'auteur propose une distinction dans le type de responsabilité selon que l'agent est propriétaire, exploitant ou prêteur.

plus élevés que la valeur du terrain ou de l'équipement qui garantit sa créance (9).

5. Cette jurisprudence a abouti à une diminution des crédits accordés dans certains secteurs à risque comme les stations service et les entreprises chimiques, ce qui a obligé le législateur à amender la loi en 1996 et en 2002 et les tribunaux à adoucir leur interprétation. Les prêteurs, titulaires d'une sûreté sur un bien pollué, ne sont pas visés par la loi, pour autant qu'ils ne participent pas à la gestion de ce bien. La notion de participation à la gestion (opérationnelle) est importante et n'est pas toujours facile à distinguer de l'influence ou du contrôle que le prêteur exerce sur l'entreprise bénéficiaire du crédit.

En droit américain, le créancier, bénéficiaire d'une sûreté, en devient propriétaire et a un droit de gestion du bien grevé. Ce n'est pas le cas du créancier hypothécaire en droit belge (10). L'hypothèque donne au créancier le droit de réaliser le bien hypothéqué et d'être remboursé par préférence aux créanciers chirographaires sur le produit de la vente du bien. Le banquier ne sera normalement pas tenu de la dette environnementale en qualité de propriétaire (11). En revanche, il court plus de risque s'il assure le contrôle ou la gestion de l'activité polluante, ce qui peut en faire un exploitant.

B. Le banquier exploitant de l'activité polluante

6. Le prêteur peut supporter le coût des frais de dépollution en sa qualité d'exploitant ou de gestionnaire des activités dangereuses ou polluantes de son débiteur. On peut envisager que, pendant la durée du crédit, le prêteur, associé à la gestion de l'entreprise débitrice, prenne des décisions « économiques » facilitant une pollution ou, qu'en connaissance de cause, il n'incite pas son client à prendre les mesures pour prévenir un risque de pollution causé par le projet qu'il finance (12).

(9) Voy. les différentes hypothèses dans L. SCHNAPP, *Lender Liability Year-in-Review*, Chicago, ABA, 2010. Cf. en matière de faillite, Th. BOSLY et A. TASIAUX, « Faillite et droit de l'environnement : une coexistence impossible ? » *Amén.*, n° sp., « Droit commercial, droit des sociétés et environnement : questions d'actualité », 1999, p. 18.

(10) Sur ce point, F. T'KINT, *Sûretés*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 280 et s.

(11) J. STOUFFLET, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », *op. cit.*, p. 697, réserve l'hypothèse du crédit-bail finançant un achat immobilier.

(12) En droit anglais, ce genre d'hypothèse est réglé par le *Contaminated land Regime* incorporé dans l'*Environmental Protection Act de 1990 (Part IIA)*.

Cette hypothèse est celle qui a donné lieu au célèbre jugement rendu dans l'affaire *Fleet Factors* (13). Dans cette affaire, la société d'affacturage *Fleet Factors* avance des fonds à son client depuis 1976 et prend une garantie sur un de ses actifs qu'elle entreprend de réaliser quand le client tombe en faillite en 1979.

Fleet Factors va très loin dans le contrôle de son débiteur : elle se réserve le droit d'autoriser le transport des marchandises vers les clients de son débiteur, d'en fixer le prix, de déterminer le moment de licencier les employés, etc. *Fleet Factors* interdit aussi à son débiteur de se défaire des déchets toxiques qui se trouvent sur les terrains de l'usine. Autant d'indices d'un contrôle qui excède le rôle d'un prêteur normalement prudent. Une fois la faillite prononcée, l'EPA inspecte les installations de la société faillie, y découvre une pollution chimique et poursuit certains actionnaires dominants de la société faillie ainsi que *Fleet Factors*. Les frais de décontamination s'élèvent à près de 400000 dollars. La Cour considère *Fleet Factors* comme « exploitante » (*operator*) et décide de lui imputer les frais d'enlèvement des déchets. Son ingérence dans la gestion (opérationnelle) du client est telle qu'elle en assume le contrôle effectif et, ajoutons-le, visible (14).

7. La notion d'exploitant, connue en responsabilité nucléaire, est un concept clé de nombre de textes sur la responsabilité environnementale. Ceux-ci canalisent généralement l'obligation d'indemniser le dommage environnemental sur la personne physique ou morale qui détient le contrôle de l'opération dangereuse ou polluante. Danger et pollution vont souvent de pair. La Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, du 21 juin 1993, confère la qualité d'exploitant à celui qui exerce le contrôle de l'activité dangereuse (art. 2.5) (15). Selon le Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe (n° 30), « La notion de contrôle doit s'apprécier par rapport aux notions de contrôle effectif ou global, en tenant compte de l'ensemble des circonstances juridiques, financières et économiques qui permettent de

(13) *U.S. v. Fleet Factors Corp.*, 901 F. 2d 1550 (11th Cir. 1990) analysé d'un point de vue économique par G. MONDELLO, « La responsabilité environnementale des prêteurs : difficultés juridiques et ensemble des possibles », *op. cit.*, p. 263.

(14) Pour plus de détails sur cette affaire et les modifications législatives qui ont suivi, P. ANAÏE, *Entreprise responsable et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 555.

(15) Sur ce texte remarquable qui a inspiré la directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale, X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité », *Amén.*, 1993/4, p. 215.

déterminer la personne ayant la maîtrise de l'activité, c'est-à-dire disposant d'un pouvoir de décision sur sa conduite [...] ».

À la différence de la Convention du Conseil de l'Europe, la directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale est un texte obligatoire. À l'article 2.6, le législateur européen définit l'exploitant comme « toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autre autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant cette activité ».

En Région wallonne, l'article D.94, 6°, du Livre I^{er} du Code de l'environnement, qui transpose la directive du 21 avril 2004, définit l'exploitant pratiquement dans les mêmes termes (16).

8. Les notions d'exploitant et de gardien de la chose, au sens de l'article 1384 du Code civil, convergent largement si l'on applique le critère du contrôle ou du pouvoir de direction. Selon la Cour de cassation, le gardien est celui « qui use de la chose pour son propre compte, en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle ». Cette définition est stable à quelques variantes près (17). En revanche des divergences peuvent exister pour les autres catégories d'exploitants visés à l'article 2 de la directive. Le titulaire d'un permis ou d'une autorisation est en principe exploitant, mais n'a pas nécessairement le pouvoir de commandement sur l'activité polluante qui ferait de lui un gardien au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (18). À cela s'ajoute que la pollution, qui résulterait de l'activité de l'entreprise emprunteuse, ne peut pas à tout coup être considérée comme un vice de l'activité ou de l'installation elle-même (19).

(16) Sur la notion d'exploitant dans le Décret wallon transposant la Directive C.-H. BORN et M. DELNOY, « Le décret wallon du 22 novembre 2007 sur la prévention et la réparation des dommages environnementaux (part. I) », *Amén.*, 2009/2, p. 93, n° 84 et s. En jurisprudence belge, Comm. Bruges, 29 octobre 2007, *TMR*, 2008, p. 526, considérant que le curateur ne peut être considéré comme un exploitant au sens du *Bodemsaneringsdecreet*.

(17) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007) », *op. cit.*, n° 211.

(18) B. DUBUISSON (dir.) et Ch. THEBAUT, « La responsabilité environnementale. Entre responsabilité civile et mesures de police administrative », in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthenais, 2009, n° 28 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 942.

(19) Sur cette question, X. THUNIS, « Sois contaminés : un nouveau terrain pour le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Sois contaminés, sols décontaminés*, Bruxelles,

9. Le banquier pourrait-il être qualifié d'exploitant au sens de la directive ? Le Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe (n° 31) énonce les principes de réponse : « Ne pourrait être considérée comme exploitant, à défaut d'exercer un contrôle véritable sur l'exercice de l'activité dangereuse, une personne extérieure qui a rendu possible ou facilité cet exercice, par exemple en prêtant des fonds destinés à être investis dans l'activité dangereuse. De même, le créancier qui exerce ses droits à raison d'une sûreté qu'il détient sur des biens nécessaires à l'activité dangereuse ne constitue en principe pas l'exploitant de cette activité au sens de la Convention » (20). Selon une formulation différente, L. Demez applique ces principes au banquier donneur de crédit : « Si le banquier se limite à octroyer de crédits conformément au principe de non-ingérence dans les affaires du client, il ne revêt pas *a priori* la qualité d'exploitant "responsable" au sens de la directive. Par contre, s'il outrepassé le cadre de ses fonctions normales en acceptant d'autres missions et prend des décisions en matière de gestion à la place du client, il peut lui être reproché de l'ingérence et il peut se voir qualifier d'exploitant » (21).

La formulation d'avis ou de conseils par le banquier ou par un auditeur indépendant nommé à sa demande ne fait pas du banquier un exploitant. En revanche, la mise en place par le banquier, donneur de crédit, d'un système contrôlant le respect de la législation environnementale par l'emprunteur, si elle n'entraîne pas automatiquement la qualification d'exploitant, fait reculer les limites du devoir de non-ingérence du banquier, ce qui étend les zones possibles de sa responsabilité (ci-dessous).

U. Saint-Louis, 1996, pp. 107 et s., part. n° 28.

(20) Pour un commentaire, X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité », *Amén.*, 1993/4, p. 219, n° 13. On peut s'interroger sur l'application de ces principes à une société mère qui imposerait à ses filiales, voire à ses sous-traitants des normes environnementales relatives au processus tout en leur laissant une autonomie de gestion commerciale et financière. La question va se poser avec l'introduction, en droit français, de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

(21) L. DEMEZ, « Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale », in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/34 et implications en droit interne*, CEDRE (dir.), Limal, Anthémis, 2009, pp. 11-63, n° 37, citant J.-P. BUILE, « La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit, en matière d'environnement », *op. cit.*, p. 185, n° 40. Cf. Ch. PIORRE, « La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale : premiers commentaires », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen Point de vue franco-belge* (B. DUBUSSION et G. VINÉY dir.), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 667, n° 9, insistant sur la façon dont l'influence s'exerce en fait.

C. Le banquier responsable du financement d'activités polluantes : principes et évolutions

10. La norme de prudence et de diligence de la responsabilité civile s'impose tout en s'adaptant aux caractéristiques et aux contraintes du service de crédit. La doctrine enseigne que les banques octroient des crédits en respectant le principe de non-ingérence. Le banquier ne peut s'immiscer dans les affaires du client ni décider, à la place de celui-ci, de la stratégie ou de la gestion de l'entreprise bénéficiaire du crédit.

Le banquier ne saurait accorder, maintenir ou dénoncer un crédit à la légère. Lorsqu'il octroie un crédit, il est tenu d'un devoir de prudence, d'information et d'investigation. Une fois le crédit accordé, il est tenu d'un devoir de vigilance et doit exercer un certain contrôle pour déceler les opérations manifestement anormales qui pourraient porter préjudice aux tiers, voire au client lui-même (22). Il y a une tension entre le principe de non-ingérence selon lequel le banquier n'a pas à se substituer à son client dans la gestion des affaires et le devoir de vigilance qui l'oblige à déceler et à prévenir des irrégularités manifestes (23).

Le principe de non-ingérence est parfois écorné par le législateur qui oblige le banquier à une certaine proactivité, par exemple pour détecter une opération de blanchiment d'argent. En l'absence de disposition légale particulière, il est plus difficile de déterminer les contours du devoir de vigilance. Celui-ci s'exerce de façon plus énergique si le crédit a été octroyé dans un but déterminé, par exemple pour moderniser une installation polluante, développer des processus de production moins gourmands en énergie ou se conformer à de nouvelles législations plus strictes en matière environnementale. Le banquier peut, dans ce cas, contrôler le respect par le client de l'affectation convenue, obligatoire en vertu du principe de la convention-loi.

Le devoir de vigilance peut conduire à combiner collaboration et menace de sanction, notamment dans le cas d'entreprises en difficulté. Le banquier peut et doit conseiller son client, voire collaborer

(22) Pour plus de détails sur ces principes et leur interprétation en jurisprudence belge, B. DUBUSSION, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1996-2007) », *op. cit.*, pp. 920 et s.

(23) Sur cette tension, D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit - Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E. », *op. cit.*, pp. 44 et s. Spécifiquement en lien avec la RSE, P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement*, *op. cit.*, n° 563.

à l'élaboration d'un plan de redressement financier et en surveiller le respect, au besoin en agitant la menace d'une réduction ou d'une suppression du crédit (24). Il joue son rôle de banquier normalement prudent, vigilant et diligent. Voyons maintenant comment ces principes s'appliquent à notre sujet.

11. La responsabilité civile du banquier pour le financement d'activités dommageables à l'environnement est rarement mise en cause. Selon certains auteurs, le lien causal entre le crédit bancaire et le préjudice à l'environnement qui en résulte serait trop lâche (25). Nous ne partageons pas ce point de vue. Si le crédit est affecté contractuellement à une fin environnementale, le banquier a l'obligation de contrôler que l'emprunteur respecte son obligation contractuelle et, le cas échéant, de dénoncer le crédit octroyé. Le service du crédit relève de l'intérêt général. Les principes de la responsabilité *in solidum* du banquier et de l'emprunteur pourraient, à notre avis, s'appliquer. L'obligation *in solidum* fait courir au banquier le risque dit de la vache à lait (*deep pocket*) puisque la victime du dommage a le choix du débiteur qu'elle assigne pour payer la totalité de la dette. L'insertion d'une clause spécifique sanctionnant de façon générale le non-respect d'une législation environnementale protège le banquier donneur de crédit, mais lui impose aussi celui de faire jouer la clause dans son intérêt et dans l'intérêt général si les conditions d'application en sont réunies. Voici un exemple de ce genre de clause.

« La Banque aura toujours la faculté de suspendre, totalement ou partiellement, ou de mettre fin immédiatement et sans préavis, à un crédit [...] »

o) si les dispositions légales en matière de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire et d'urbanisme ne sont pas respectées, si la construction ou la transformation ne se fait pas conformément aux plans et au cahier des charges ou au permis d'urbanisme [...] »

En droit commun, la rupture du crédit peut être un devoir. La jurisprudence sanctionne le banquier qui maintient fautivement le crédit et contribue à créer une apparence de solvabilité préjudiciable aux

(24) La juriste à laquelle nous rendons cet hommage a soutenu que, dans le cas d'une entreprise en difficulté, sans doute proche de la perfusion, le contrôle du banquier pourrait s'exercer par la présence d'un représentant du banquier au sein d'un organe de gestion de l'entreprise. M. DELIERNEUX et Y. STEMPIERWSKY, « Le banquier et l'entreprise en difficulté : quelques réflexions relatives à la restructuration de la dette et à la renégociation des contrats », in *Mélanges Jean Pardon*, coll. Cahiers AEDBF, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 243.

(25) Cf., dans un sens dubitatif, M. BAYLE, « La responsabilité du bailleur de fonds pour préjudice environnemental : proposition de réforme », *D.*, 2007, p. 2399 ; G. MONDELLO, « La responsabilité environnementale des prêteurs : difficultés juridiques et ensemble des possibles », *op. cit.*, p. 267.

tiers (26). On ne voit pas pourquoi il n'en irait pas de même si le banquier laisse persister une violation de la législation qu'il a le pouvoir d'empêcher en dénonçant le contrat de crédit.

12. En droit national, les banques dispensatrices de crédit ont principalement des obligations de nature comptable et financière. L'évaluation du candidat au crédit, les conseils qu'elles donnent, les plans de redressement qu'elles contribuent à élaborer sont également de nature comptable et financière, même quand le crédit octroyé vise à financer un projet dont la finalité est environnementale.

Certes, le métier des banques n'est pas le conseil en environnement, mais elles ne peuvent ignorer l'évolution du monde physique et social dans lequel elles évoluent. L'inquiétude croissante que suscite la dégradation de l'environnement et l'indignation que provoque l'injustice sociale ont engendré un discours sur la responsabilité sociétale des entreprises. Ce discours, omniprésent, crée des attentes relayées et cristallisées, surtout sur le plan international, par des ONG qui prennent au mot les codes de bonne conduite. En marge de l'affaire opposant l'Argentine à l'Uruguay (relatée au n° 15), elles ont invoqué contre une banque française la violation des Principes de l'Équateur qui obligent les institutions financières à exercer une vigilance environnementale tant lors de la sélection des projets qu'elles financent que lors de leur exécution (27).

À notre avis, l'activité de crédit va s'élargir – elle s'élargit déjà – à des aspects autres que des aspects de solvabilité, de rentabilité et de croissance financière. Le changement climatique notamment est devenu une préoccupation mondiale. Celle-ci exerce une influence croissante sur la politique de crédit et d'investissement des institutions financières qui, sous la pression de leurs actionnaires et de l'opinion publique, réduisent leur financement des énergies fossiles. Elles hésitent désormais à soutenir des projets pouvant avoir un impact sur la santé des populations et sur le climat, comme l'exploitation des sables bitumeux du Canada (28).

(26) D. BLOMMAERT et C. ALTER, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit – Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E. », *op. cit.*, 2014, pp. 48 et s.

(27) Pour une présentation synthétique de ces Principes, Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 439, n° 515.

(28) *Banking on Climate Change Fossil Fuel Finance Report Card*, juin 2017. Ce document, rédigé par une série d'associations environnementales comporte l'analyse d'une série de cas dont le *Dakota Access Pipeline (DAPL)* et le *Trans Mountain Expansion Project (TMEP)*.

Un certain sens de la responsabilité sociétale y est sans doute pour quelque chose. Mais surtout, le risque écologique à moyen terme de tels projets constitue un risque financier qui pèse sur le service du crédit. Le risque de contentieux augmente également : des ONG ou des groupes de citoyens intentent des actions en responsabilité contre les États pour manquement au principe de prévention dans la lutte contre le changement climatique (29).

13. Le droit positif change et, à terme, enrichira la façon dont le banquier dispensateur de crédit apprécie le projet présenté et les risques qui y sont associés. La directive européenne du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises (30), communément appelée directive RSE sur le *reporting* extra-financier, va en ce sens. Selon le point 7 de l'exposé des motifs, « Lorsque les entreprises sont tenues d'établir une déclaration non financière, cette déclaration devrait comporter, s'agissant des questions environnementales, des renseignements sur les incidences actuelles et prévisibles des activités de l'entreprise sur l'environnement et, le cas échéant, sur la santé et la sécurité, sur l'utilisation d'énergie renouvelable et/ou non renouvelable, sur les émissions de gaz à effet de serre, sur l'utilisation de l'eau et sur la pollution de l'air [...] ».

Comme l'indique l'article 19 *bis* de la directive, la déclaration non financière à fournir par les grandes entreprises (dépassant, à la date de clôture de leur bilan, le critère du nombre moyen de 500 salariés sur l'exercice) ne se limite pas aux questions environnementales. Elle comprend aussi des informations relatives « aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption, y compris :

- a) une brève description du modèle commercial de l'entreprise ;
- b) une description des politiques appliquées par l'entreprise en ce qui concerne ces questions, y compris les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre ;
- c) les résultats de ces politiques ;

(29) Trib. La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda et 900 citoyens hollandais c. Pays-Bas*, comm. Y. KERBRAT, « Responsabilité de l'État du fait d'une abstention », *RGDIP*, 2015, pp. 855-857. En Belgique, Klimaatzaak oppose un collectif de citoyens aux gouvernements flamand, wallon et bruxellois et au gouvernement fédéral. Pour plus de détails, voy. le site de l'association.

(30) Dir. 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la Dir. 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE*, n° L 330/1 du 15 novembre 2014.

- d) *les principaux risques liés à ces questions* (nous soulignons) en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques ;
- e) les indicateurs clés de performance de nature non financière concernant les activités en question ».

Cette directive est importante. Les banques seront nécessairement amenées à prendre ces informations extra-financières en considération lors de l'octroi de crédit à de grandes entreprises. De plus, les grandes banques aussi sont soumises à cette directive et devront publier une déclaration non financière. Ceci va les inciter à ne pas consentir de crédit pour des projets rentables, mais risqués d'un point de vue environnemental.

14. Comme le souligne le point 9 de l'exposé des motifs de la directive, les grandes entreprises visées par la directive peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, sur les cadres de l'Union, tel le système de management environnemental et d'audit (EMAS), ou sur des cadres internationaux reconnus. Les textes internationaux ne manquent pas (31). Les uns, comme les Principes de l'Équateur, s'appliquent spécifiquement aux institutions financières, les autres, comme les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales, sont généraux et peuvent requérir une adaptation à la mission des institutions financières.

Certains de ces textes qualifiés de droit souple, mou ou flou (*soft law*) peuvent avoir une certaine force contraignante : ils sont parfois invoqués par des organisations non gouvernementales ou par des communautés autochtones pour interpeller les institutions financières sur la responsabilité sociétale qui est la leur et les sommer de se justifier si elles ne respectent pas les principes auxquels elles déclarent adhérer. On souligne ci-dessous l'impact possible d'un de ces textes – les Principes d'Équateur – dans l'affaire *Botnia*, en marge d'un conflit opposant l'Argentine à l'Uruguay à propos de la pollution, causée en Argentine, par des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay.

(31) Pour une synthèse, F.-G. TRÉBULLE, « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 2015, p. 1547, n° 9 et s. ; Th. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 437-440.

15. Filiale d'une multinationale finlandaise, Botnia entend exploiter une grosse usine de pâte à papier qui, depuis 2005, suscite une vive opposition de la population et des autorités argentines, à cause de la pollution due à la production de cellulose et de papier (dioxine notamment). Les incidents se succèdent : manifestations en masse en avril 2006, et le 12 janvier 2007, et blocage des accès terrestres entre l'Uruguay et l'Argentine par les manifestants. La situation dégénère en conflit diplomatique entre les deux États. En 2007, l'Argentine porte le litige devant la Cour internationale de Justice (CIJ) de La Haye, en invoquant la violation des normes environnementales internationales par l'Uruguay. Un arrêt de la Cour du 20 avril 2010 déboute l'Argentine sur le fond (32). La Cour estime que l'Argentine n'apporte pas de preuves suffisantes de la pollution du fleuve Uruguay. Elle refuse de faire droit à la demande d'indemnisation de celle-ci. Par contre, la Cour condamne l'Uruguay pour n'avoir pas respecté son obligation d'informer l'Argentine de la construction et de la mise en route de l'usine polluante, comme l'exigeait un traité de 1975 conclu entre les deux États.

L'affaire est intéressante, car elle combine plusieurs dimensions. Il s'agit d'un conflit entre deux États, l'Argentine et l'Uruguay, ce qui la fait rentrer dans le giron du droit international public. Le volet droit international public ne nous occupe qu'indirectement, mais il est important dans la mesure où une décision qui aurait condamné l'Uruguay sur le fond – ce qui était envisageable – aurait entraîné le retrait des acteurs financiers impliqués dans le conflit.

L'affaire a une autre dimension, principalement non étatique (33) : elle oppose des ONG aux multinationales du secteur du papier et aux institutions financières octroyant des crédits pour la construction et la mise en fonctionnement d'usines à papier. Dans leurs plaintes, les ONG invoquent les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des firmes

(32), C.I.J., 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay Argentine c. Uruguay*. Voy. l'analyse critique de S. MALJEAN-DUBOIS et Y. KENBRAT, « La Cour internationale de justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* », *RGDIP*, 2011, pp. 39-75.

(33) Sur cette dimension du conflit, S. GODINOT, *Usine Botnia (Uruguay) : risques majeurs pour le Crédit agricole*, Les Amis de la Terre, (France), décembre 2006. La distinction entre le droit public et le droit privé est relative, comme le montre cette affaire. Une plainte avait aussi été déposée auprès du médiateur du Groupe de la Banque mondiale par des ONG et des autorités publiques argentines invoquant des lacunes de l'étude d'impact (absence de consultation des populations affectées, peu de prise en compte des impacts sur le tourisme et l'agriculture) et le non-respect des exigences de la SFI en la matière.

multinationales finlandaises et norvégiennes (34) et les Principes de l'Équateur applicables aux institutions financières que l'on résume à grands traits (35).

16. Les Principes de l'Équateur constituent un ensemble de principes destinés aux institutions financières, adoptés sur une base volontaire. Ils fournissent un cadre pour intégrer des critères sociaux et environnementaux dans les opérations de financement de projets d'une certaine importance (36). Les projets sont classés selon leur niveau de danger pour l'environnement ou la gravité des risques sociaux qu'ils peuvent entraîner (Principe 1). La première étape du financement d'un projet qui entre dans le champ des Principes de l'Équateur est d'établir de quelle catégorie le projet relève : catégorie A (impact potentiel élevé) ; catégorie B (impact potentiel limité) ; catégorie C (impact potentiel minime ou nul).

Pour les projets de catégorie A et B, le client doit effectuer une évaluation initiale qui fait le relevé des risques environnementaux et sociaux (Principe 2). Les clients des catégories A et B doivent mettre en place un système de gestion environnementale et sociale (Principe 4).

Ces Principes, adoptés par un nombre croissant d'institutions financières, ont une force juridique supérieure à celle que leur accorde la doctrine classique. Leur mise en œuvre entraîne des obligations contractuelles pour les emprunteurs dont la violation peut entraîner des sanctions (Principe 8). Ils peuvent aussi amener les institutions financières à devoir s'expliquer. Dans l'affaire *Botnia Usine de pâte à papier*, les Amis de la Terre les avaient invoqués à l'égard de Calyon, en reprochant au Crédit Agricole, société mère de Calyon, de financer un projet d'usine très polluant, sans étude d'impact préalable sérieuse et en négligeant l'opposition massive des communautés

(34) Plusieurs plaintes furent déposées pour violation des Principes directeurs de l'OCDE que nous n'analysons pas. Deux plaintes contre Nordea Bank (Norvège-Finlande) auprès du Point de contact national (PCN) de Finlande et de Norvège pour manque d'information publique sur sa participation dans le projet ; une plainte contre Botnia auprès du Point de contact national de Finlande pour construction de l'usine sans attendre les résultats de l'étude d'impact environnemental. Pour plus de détails sur les Principes de l'OCDE, F.-G. TRÉBULLE, « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 2015, p. 1547, n° 11 et s., ainsi que les rapports annuels publiés par l'OCDE et par les PCN.

(35) On résume l'essentiel, les Principes de l'Équateur étant calqués sur les normes de la SFI, décrites aux n° 18 et s. de cette contribution.

(36) Une troisième version des Principes a été approuvée le 14 mai 2013 par l'Association des Principes de l'Équateur et est entrée officiellement en vigueur le 4 juin 2013. Pour la liste des institutions financières signataires voy. le site de l'Association.

argentines vivant du tourisme et de la pêche. Le groupe du Crédit agricole répondit que sa décision avait été motivée par l'accord donné au projet par la SFI.

17. Une chose ressort de cet aperçu : le renforcement probable du devoir de vigilance du banquier dans la mesure où la responsabilité sociétale des entreprises va enrichir l'octroi de crédit d'aspects qui ne sont pas comptables ou financiers. Cet enrichissement va impliquer pour les banques des obligations accrues de précaution, de vigilance qui vont se traduire par des demandes d'informations accrues, d'études d'impact, de plans d'action environnementaux et sociaux dont l'élaboration et l'exécution vont devoir être contrôlées. Les Principes de l'Équateur vont en ce sens. Il y a pour le moins une tension entre ce contrôle accru et le devoir de non-ingérence. Une immixtion accrue des banques est la conséquence probable du processus de responsabilisation qui « frappe » les banques et, de façon plus générale, les grandes entreprises (37). Ce renforcement des obligations du banquier porte parfois le nom de *due diligence* dans les relations économiques internationales (ci-après) (38).

II. POLITIQUES ET RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALES DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES INTERNATIONALES

18. On donne ici un aperçu des normes environnementales applicables à de nombreux financements de projets internationaux. Cette partie se focalise sur les règles issues de la pratique de la Société financière internationale (SFI) et de quelques autres institutions financières internationales importantes, en particulier la Banque européenne pour la Reconstruction et de Développement (BERD). Créée en 1991, la BERD a pour mission officielle de « promouvoir dans le cadre de l'ensemble de ses activités un développement sain et durable du point de vue de l'environnement » (39).

Dans les projets financiers internationaux de grande envergure, les politiques environnementales et sociales de la SFI sont devenues

(37) Ceci est clairement mis en évidence par P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement*, op. cit., pp. 555 et s.

(38) E. BODSON, « Rôle des banques pour la mise en place d'un principe de *due diligence* en matière commerciale », *Rev. intern. dr. aff.*, 1993/4, p. 470. Dans une perspective plus large, B. LOEVE, « *Due diligence* et "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises », *Cah. dr. entrepr.*, 2010, n° 3, p. 48.

(39) Art. 2.1 (vii) de l'Accord portant création de la BERD.

une référence. Elles sont d'application par les acteurs privés même lorsqu'aucune institution multilatérale (comme la SFI) n'est impliquée dans le financement du projet en question (40). Cette tendance a été consacrée lors de l'adoption des Principes de l'Équateur par les principales institutions financières privées. Les Principes de l'Équateur se réfèrent en effet à la méthodologie de la catégorisation (voy. n° 23) et – en tout cas dans les pays « non désignés » – aux normes de performance de la SFI.

Le Principe n° 3 relatif aux standards environnementaux et sociaux applicables opère une distinction entre les pays à faible gouvernance sociale et environnementale et ceux où cette gouvernance est forte. On appelle les pays à forte gouvernance « pays désignés » et ceux à faible gouvernance « pays non désignés » (41). Pour les projets mis en place dans des pays désignés, le document d'évaluation devra respecter les lois en vigueur qui traitent des questions sociales et environnementales. Pour les projets mis en place dans des pays non désignés, l'évaluation intégrera le respect des normes de performance de la SFI sur les aspects sociaux et environnementaux, ainsi que les Directives environnementales, sanitaires et sécuritaires du Groupe de la Banque mondiale (Dir. ESS).

Dans une lettre du 22 mai 2017 adressée aux instances de l'Association des Principes de l'Équateur, une dizaine de banques, toutes européennes, demandaient que les normes de la SFI soient aussi d'application dans les pays « désignés », à savoir les pays « développés » (42). Cette demande fait suite au développement du projet Dakota Access Pipeline dans le Nord des États-Unis. La législation locale ne requiert pas l'obtention du « consentement libre, préalable et informé » des tribus autochtones concernées, alors qu'il serait requis en vertu des normes de la SFI si l'oléoduc en question était construit dans un pays en développement.

(40) A.R. SHAIKH, *International Project Finance*, Practising Law Institute, International Corporate Practice, 2016, p. 64 ; E. AMIRKHANOVA et R. VOGELSBERGER, « Challenges and advantages of ICF Performance Standards », in *Responsible Investment Banking* (K. WENDT dir.), Berlin, Springer, 2015, pp. 59 et 67.

(41) C.-à-d., en substance, les pays en développement.

(42) Sur le site des Principes.

A. Politiques et normes de performance de la Société financière internationale

19. La SFI est l'instance d'investissement du secteur privé du Groupe de la Banque mondiale. Contrairement à la Banque mondiale, la SFI prête directement et uniquement aux entités privées (43).

Dès 1998, la SFI a adopté des politiques environnementales et sociales (« Politiques de sauvegarde ») auxquelles les projets devaient adhérer pour recevoir le financement de la SFI. Ces Politiques de Sauvegarde sont applicables aux investissements réalisés avant le 30 avril 2006, date à laquelle la SFI a adopté un nouveau cadre de développement durable. Ce cadre a été mis à jour au 1^{er} janvier 2012 avec l'adoption du nouveau *Cadre de Durabilité 2012*. Ce dernier comprend les normes et les politiques suivantes : (i) la Politique de durabilité environnementale et sociale, (ii) les normes de performance correspondantes et (iii) la politique d'accès à l'information, mettant en place le cadre de transparence. Seuls les deux premiers instruments vont être examinés ci-après. De manière générale, l'évolution du cadre réglementaire de la SFI, à partir des Politiques de sauvegarde jusqu'au Cadre de durabilité 2012, consiste dans l'imposition aux projets d'investissement d'exigences de plus en plus strictes en matière environnementale et sociale.

20. La Politique de durabilité environnementale et sociale est le règlement interne de la SFI qui précise ses rôles, responsabilités et engagements en matière de développement durable. Parmi ces engagements figure, entre autres, l'exigence d'une diligence raisonnable (*due*) en matière environnementale et sociale applicable à l'ensemble des activités d'investissement de la SFI (44). En exécution de cet engagement de diligence raisonnable (*due*), la SFI examinera l'identification des risques réalisée par ses clients (45) et déterminera si de tels risques

(43) Pour des ex. de projets financés par la SFI, voy. disclosures.ifc.org/#/landing.

(44) Politique de durabilité environnementale et sociale, n° 20.

(45) Le devoir de due diligence environnemental et social s'applique aussi aux clients de la SFI en application de ses normes de performance. Ce devoir est expliqué comme suit dans les notes d'orientation de la SFI « Lorsque le projet implique des biens existants, des audits environnementaux et/ou sociaux ou des évaluations de risques/dangers peuvent être jugé(e)s approprié(e)s et suffisant(e)s pour identifier les risques et impacts. Si, en revanche, les actifs à développer, acquérir ou financer ne sont pas encore définis, la mise en place d'un processus de diligence raisonnable au plan environnemental et social permettra d'identifier les risques et les impacts à venir lorsque des informations suffisantes auront été réunies sur les composantes physiques, les actifs et les installations. Le processus d'identification des risques et des impacts devra s'appuyer sur des études de base environnementales et sociales récentes et suffisamment détaillées. [...] Le

sont gérables et si cela est le cas, quelles sont les conditions à respecter pour obtenir des résultats qui se conforment aux normes de performance.

21. Les normes de performance s'adressent aux clients de la SFI ; le respect de celles-ci est une condition nécessaire à l'obtention du financement par cette institution. Elles contiennent des exigences concernant l'identification, l'atténuation et la gestion des risques et des impacts environnementaux et sociaux. Par exemple, suivant le paragraphe 26 de la Norme de performance 6 relative à la conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles vivantes : « Si possible, le client plantera les projets d'agro-industrie et de foresterie sur des terres non forestières ou des terres déjà converties. Les clients qui prennent part à de telles industries géreront les ressources naturelles vivantes de manière durable, en appliquant les meilleures pratiques de bonne gestion propres à leur industrie et en ayant recours aux meilleures technologies disponibles ».

Comme le montre cet exemple, bien qu'ils soient qualifiés de « normes », les standards sont en réalité plutôt des indications pour le développement du projet qu'un ensemble d'exigences prescriptives. Les normes sont destinées à être utilisées dans le monde entier, dans différents secteurs susceptibles de bénéficier d'un crédit de la part des institutions financières internationales. Elles permettent une application souple d'un projet à l'autre, notamment en ce qui concerne la mesure dans laquelle il est nécessaire d'évaluer certains risques (n° 22), concernant les installations connexes au projet, la participation des tiers, les droits de l'homme, l'impact cumulatif du projet, etc (46).

Les normes de performance de la SFI sont au nombre de huit et couvrent les domaines suivants (47) :

- évaluation et gestion des risques et des impacts environnementaux et sociaux ;

processus d'identification des risques et des impacts doit également envisager les émissions de gaz à effet de serre, les risques pertinents associés au changement climatique et aux possibilités d'adaptation, ainsi que les effets transfrontaliers tels que la pollution de l'air, l'utilisation ou la pollution des eaux internationales.

(46) E. AMIRKHANOVA et R. VOGELBERGER, « Challenges and advantages of ICF Performance Standards », *op. cit.*, p. 60. Cet impact cumulatif n'était, semble-t-il, pas suffisamment pris en compte dans l'étude initiale d'impact de l'usine Botnia, dont question au n° 16. Voy. aussi n° 22.

(47) Pour une présentation de chacune des normes de performance de la SFI, voy. Webinar « IFC Performance Standards 101 » disponible sur www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/company-resources/ifc_sustainability_webinars#PS101.

- main-d'œuvre et conditions de travail ;
- utilisation rationnelle des ressources et prévention de la pollution ;
- santé, sécurité et sûreté des communautés (48) ;
- acquisition de terres et réinstallation involontaire (49) ;
- conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles vivantes (50) ;
- peuples autochtones (51) ;
- patrimoine culturel.

B. L'évaluation des risques des projets et leur classement

22. La norme de performance 1 du Cadre de durabilité 2012 impose la réalisation d'une *évaluation* environnementale et sociale et la mise en place d'un programme (« système ») de gestion des risques, en ce compris d'un *plan d'action* environnementale et sociale (cf. ci-dessous). Lors de l'évaluation des risques intervient la notion très importante – et souvent difficile à cerner (52) – de « zone d'influence »

(48) La norme de performance 4 traite de la responsabilité, qui incombe au client, de prévenir ou de minimiser les risques ou les effets sur la santé, la sécurité et la sûreté des communautés qui peuvent résulter d'activités liées à son projet, en portant une attention particulière aux groupes vulnérables.

(49) « L'acquisition de terres et les restrictions quant à leur utilisation par des projets peuvent avoir des impacts négatifs sur les personnes et les communautés qui utilisent ces terres. La réinstallation involontaire désigne à la fois un déplacement physique (déménagement ou perte d'un abri) et le déplacement économique (perte d'actifs ou d'accès à des actifs donnant lieu à une perte de source de revenus ou de moyens d'existence) par suite d'une acquisition de terres et/ou d'une restriction d'utilisation de terres liées au projet. La réinstallation est considérée comme involontaire lorsque les personnes ou les communautés affectées n'ont pas le droit de refuser que l'acquisition de leurs terres ou les restrictions sur l'utilisation de leurs terres entraînent un déplacement physique ou économique [...] », SFI, norme de performance 5.

(50) Cette norme de performance introduit le classement des *habitats* en catégories : habitat modifié, habitat naturel et habitat critique. Pour cette dernière catégorie, la norme de performance 6 requiert que le client de la SFI prépare un plan d'action sur la biodiversité visant à réaliser les « gains nets » des richesses biologiques (c.-à-d. améliorer la situation au niveau de la biodiversité et pas seulement préserver le *statu quo*) pour lesquelles l'habitat critique a été désigné.

(51) « Les Peuples autochtones sont particulièrement affectés si leurs terres et leurs ressources sont transformées, épiétées par des personnes extérieures ou significativement dégradées. Leurs langues, cultures, religions, croyances spirituelles et institutions peuvent aussi être menacées. Par conséquent, les Peuples autochtones peuvent être plus vulnérables aux impacts négatifs associés à un projet que dans le cas des communautés non autochtones. Cette vulnérabilité peut inclure la perte d'identité, de culture et de moyens d'existence basés sur les ressources naturelles et peut aussi inclure l'appauvrissement et l'occurrence de maladies [...] », SFI, norme de performance 7.

(52) E. AMIRKHANOVA et R. VOGELSBERGER, « Challenges and advantages of ICF Performance Standards », *op. cit.*, p. 64 ; D. COUSINS, « Implementing Environmental and Social Risk Management on the Ground : Interfaces Between Clients, Investment Banks, Multi-laterals, Consultants and

du projet. Cette notion vise à couvrir l'ensemble des espaces affectés par le projet, les installations connexes (voies ferrées, des routes, des lignes de transport d'électricité ou des centrales intégrées, des oléoducs, des services publics, etc.), quand bien même elles ne seraient pas financées par l'institution bancaire en question (mais qui n'auraient pas été construites ou agrandies en l'absence du projet) ainsi que les zones potentiellement affectées par les impacts cumulatifs (telles la contribution cumulée des émissions de gaz ; l'interférence avec les routes migratoires ou mouvement des animaux sauvages ou l'augmentation de l'encombrement des routes et des accidents résultant d'une hausse du trafic de véhicules sur les routes de la communauté concernée) (53).

Pour chaque projet traité par la SFI, un résumé de l'évaluation environnementale et sociale est préparé en fonction des études d'évaluation et rendu public sur le site de la SFI (54). Cette publication est réalisée afin de faire connaître les normes de performance applicables au projet particulier, de permettre l'engagement et le dialogue avec les communautés concernées et de faciliter l'appréciation du conseil d'administration de la SFI quant aux risques et impacts associés aux normes de performance et, le cas échéant, aux efforts d'atténuation entrepris par le client.

23. Lors de l'examen des risques et des impacts environnementaux et sociaux de l'investissement proposé, la SFI – tout comme les autres institutions financières internationales (55) – utilise un système de catégorisation environnementale et sociale en vue de refléter l'ampleur des risques et impacts. Il s'agit des catégories suivantes :

Catégorie A : activités commerciales présentant des risques et/ou des impacts négatifs environnementaux ou sociaux potentiels

Contractors : a Case Study from EBRD », in *Responsible Investment Banking*, *op. cit.*, pp. 88-90 ; B. LOEVE, « Due diligence et "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises », *Cah. de l'entrepr.*, 2010, n° 3, p. 48.

(53) Les nuisances causées par un réseau croissant de routes et d'infrastructures faisaient partie des griefs invoqués par les éleveurs affectés par l'exploitation de la mine Oyu Tolgoi, en Mongolie (voy. n° 28).

(54) La BERD diffuse aussi ce genre de document conformément à sa Politique d'information publique. Pour tout projet de catégorie A, l'ESAP est rendu public dans son intégralité sur le site de la BERD.

(55) Dans son nouveau Cadre environnemental et social adopté en 2016, la Banque mondiale s'est, pour la première fois, départie de la catégorisation (A, B, C, FI) universellement appliquée jusqu'alors, à la faveur d'un nouveau classement en fonction des catégories de risques : Haut risque, Risque significatif, Risque moyen et Risque faible (cf. Norme environnementale et sociale 1. Évaluation et gestion des risques et impacts environnementaux et sociaux).

significatifs, qui sont hétérogènes, irréversibles ou sans précédent (56) ;

Catégorie B : activités commerciales présentant des risques et/ou des impacts négatifs environnementaux ou sociaux limités moins nombreux, généralement spécifiques au site particulier, largement réversibles et faciles à traiter par des mesures d'atténuation (57) ;

Catégorie C : activités commerciales présentant des risques et/ou des impacts négatifs environnementaux ou sociaux minimes ou nuls (58) ;

Catégorie FI : activités commerciales donnant lieu à des investissements dans des institutions financières ou par le biais de mécanismes comportant une intermédiation financière (59).

La classification du projet suivant ces catégories détermine également le niveau des exigences de la SFI en ce qui concerne la divulgation d'informations relatives au projet.

C. Plan d'action environnementale et sociale (ESAP)

24. Sauf pour les projets de catégorie C, la SFI exige que chaque client demandeur de crédit prépare un *plan d'action environnementale et sociale* (ESAP) détaillant les mesures et actions proposées pour atténuer les risques identifiés lors de l'évaluation. Chaque ESAP est hautement personnalisé : les mesures y figurant varient d'un projet et d'un pays à l'autre. Il est habituellement présenté sous la forme d'un tableau où chaque colonne indique l'action requise, l'effet souhaité, la référence à la norme de performance applicable, le responsable ainsi que l'échéance de la mise en œuvre (60).

(56) À titre d'ex., les projets de construction de la station hydroélectrique de Shuakhevi (voy n° 24), de la centrale électrique à charbon Tata Mundra (voy n° 30) et de la mine de cuivre et d'or Oyu Tolgoi ont tous été classés dans cette catégorie.

(57) C'est dans cette catégorie que sont classés la plupart des projets de la SFI. Voy. la proposition de financement de la société chinoise de traitement de l'eau et des eaux usées Pen-yao Environmental Protection Co., Ltd. destinée aux trois projets de traitement des eaux usées et aux deux projets d'approvisionnement en eau dans cinq provinces chinoises, disclosures.ifc.org/#/projectDetail/SII/39279.

(58) Rentre dans cette catégorie le financement de la SFI à une plate-forme de paiements mobiles au Brésil, disclosures.ifc.org/#/projectDetail/SII/36814.

(59) Un projet de financement à hauteur de 10 millions de dollars à une banque géorgienne BasisBank rentre dans cette catégorie, disclosures.ifc.org/#/projectDetail/SII/37300.

(60) Pour un ex. de l'ESAP élaboré et convenu conjointement par la SFI, la BERD et l'ADB relativement au projet de construction de la station hydroélectrique de Shuakhevi dans la région d'Adjara dans le sud-ouest de la Géorgie, voy. www.ebrd.com/english/pages/project/eia/45335esap.pdf.

L'ESAP est censé traiter soigneusement tous les risques et impacts associés à chacune des normes de performance applicables. Un ESAP peut contenir différents engagements du client :

- désigner une personne ou une équipe chargée des questions environnementales ou sociales au sein de l'emprunteur ;
- se conformer aux règles (le cas échéant, plus strictes que celles résultant de la législation locale) protégeant les travailleurs vulnérables, tels les travailleurs migrants ou les enfants, en cas de licenciement collectif ;
- assurer que les travailleurs concernés reçoivent des indemnités de licenciement convenables et bénéficient d'une offre d'aide pour trouver un nouveau travail, de formations et de conseils juridiques indépendants.

Souvent, dans les projets importants d'infrastructures, l'ESAP fait l'objet de véritables négociations entre les institutions financières et les promoteurs du projet, tous les deux assistés de leurs conseillers techniques (61).

25. Lors de la définition des mesures appropriées pour prévenir ou combattre la pollution, il est fondamental de déterminer les *standards applicables* dans le choix des techniques et des mesures applicables. La SFI à cet égard se réfère aux « bonnes pratiques internationales du secteur », telles qu'elles sont reflétées dans diverses sources reconnues au plan international, notamment dans les Directives environnementales, sanitaires et sécuritaires du Groupe de la Banque mondiale (Directives ESS). Les Directives ESS de la Banque mondiale sont des règles – uniformes et détaillées – traitant des niveaux de performance et les mesures généralement acceptables et applicables aux projets.

L'approche de la BERD et de la Banque européenne d'Investissement (BEI) est différente : ces institutions se réfèrent aux principes, pratiques et normes de l'Union européenne en matière d'environnement, lorsqu'ils peuvent s'appliquer au niveau des projets, indépendamment de leur situation géographique (62). Lorsque les réglementations du

(61) D. COUSINS, « Implementing Environmental and Social Risk Management on the Ground : Interfaces Between Clients, Investment Banks, Multi-laterals, Consultants and Contractors : a Case Study from EBRD », *op. cit.*, p. 100.

(62) Cette approche est commune aux cinq institutions financières multilatérales signataires des *Principes européens pour l'environnement* (PEE), voy. www.eib.org/attachments/strategies/european_principles_for_the_environment_en.pdf : la Banque de développement du Conseil de l'Europe (CEB), la BERD, la BEI, la Société nordique de financement pour l'environnement (Nordic Environment Finance Corporation) et la Banque nordique d'investissement (Nordic Investment Bank).

pays hôte diffèrent des standards applicables (que ce soient les Directives ESS ou les règles de l'UE) en matière d'environnement, les projets doivent respecter les exigences qui sont les plus strictes (63).

Cette diversité de standards applicables peut donner une impression de complexité et de manque de cohérence, surtout lorsque plusieurs institutions multilatérales (SFI, BERD, ADB etc.) interviennent dans le financement de projet, avec chacune son propre cadre normatif de référence. Toutefois, selon l'avis des experts en environnement, les différences sont, dans la plupart des cas, plus apparentes que réelles, car les normes en question sont, en général, alignées les unes sur les autres (64). En effet, les institutions financières multilatérales collaborent afin d'éviter la collision des normes. « Quand elle cofinance des projets avec d'autres institutions financières internationales, la BERD cherche à coopérer avec elles pour convenir d'une approche commune vis-à-vis de l'évaluation de ces projets, ainsi que des exigences et du suivi applicables à ces projets » (65). En cas de cofinancement, la BEI est, elle aussi, « prête à se rallier à l'adoption d'une démarche commune fondée sur les exigences valables de l'un de ses partenaires financiers, pour des raisons de cohérence et d'harmonisation et dans le souci d'éviter les doubles emplois. Par exemple, pour les projets menés à l'extérieur de l'UE en collaboration avec d'autres institutions financières internationales publiques et privées, il est possible de suivre une approche commune basée sur les Principes d'Équateur ou les mesures de sauvegarde élaborées par la Banque mondiale » (66).

26. Une fois agréé, ESAP (à savoir, le plan d'action environnementale et sociale) est contractualisé : il est habituellement annexé au contrat de financement, le plus souvent le contrat de crédit, lequel contient des dispositions spécifiques (*covenants*) en requérant la mise en œuvre et la fourniture régulière d'informations relatives au res-

(63) SFI Norme de performance 3, § 5 ; Politique environnementale et sociale de la BERD, § 7.

(64) E. AMIRKHANOVA et R. VOGELBERGER, « Challenges and advantages of ICF Performance Standards », *op. cit.*, p. 68 ; D. COUSINS, « Implementing Environmental and Social Risk Management on the Ground : Interfaces Between Clients, Investment Banks, Multi-laterals, Consultants and Contractors : a Case Study from EBRD », *op. cit.*, pp. 102-103 : « When Lenders enter at the start of the ESG due diligence, there will usually be general agreement relatively quickly with the client on the lender standards (EBRD PRs, EU Standards, IFC Performance Standards or Equator Principles) and their approach to complete the necessary review of documentation and disclosure of information ».

(65) Politique environnementale et sociale de la BERD, § 16.

(66) Déclaration des principes et normes adoptés par la BEI en matière sociale et environnementale (2009), § 23.

pect de ces engagements. Suivant sa Politique de durabilité environnementale et sociale, « si un client ne se conforme pas aux exigences environnementales et sociales stipulées dans les accords juridiques et documents connexes, [la SFI] travaillera avec ce client pour le ramener sur la voie de la conformité et, si le client ne rétablit pas sa conformité, [la SFI] exercera les droits et les recours appropriés » (67). En d'autres termes, le non-respect des engagements contractuels contenus dans l'ESAP est susceptible de donner lieu à des sanctions contractuelles, voire à l'exigibilité anticipée du crédit. Certaines dispositions de l'ESAP (l'on pense tout particulièrement aux exigences relatives à la sécurité des travailleurs sur chantier) sont en outre reflétées dans le contrat de construction (68). Les institutions financières exigeront, le cas échéant, que ce dernier soit amendé conformément aux exigences de l'ESAP.

D. Mécanismes de règlement des griefs

27. Conformément aux normes de performance 1 et 3, en fonction de la nature et de l'ampleur du projet financé, la SFI encouragera ou forcera son client à mettre en place un « mécanisme de règlement des griefs ». Ce mécanisme permet au client, emprunteur dans la majeure partie des cas, de recevoir et de traiter en temps utile les préoccupations, voire les revendications, liées à l'indemnisation et à la réinstallation, que formuleraient les membres des communautés concernées par le projet. Suivant les normes de performance de la SFI, ce mécanisme vise à résoudre rapidement les questions soulevées, par un processus de consultation compréhensible et transparent approprié sur le plan culturel et facilement accessible, sans imposer de coût à la partie faisant part de ses préoccupations et sans l'exposer à des représailles (69). Par exemple, les populations concernées doivent pouvoir faire appel à ce mécanisme en leur langue, le cas échéant de façon discrète, de façon à ne pas susciter les critiques des autres membres du

(67) § 24 de la Politique de durabilité environnementale et sociale de la SFI, www.ifc.org/wps/wcm/connect/c240e2804a58cfbc80818f8969adcc27/SP_French_2012.pdf?MOD=AJPERES.

(68) D. COUSINS, « Implementing Environmental and Social Risk Management on the Ground : Interfaces Between Clients, Investment Banks, Multi-laterals, Consultants and Contractors : a Case Study from EBRD », *op. cit.*, p. 104.

(69) Par ex., dans l'aff. *Botnia, usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voy. n° 16), le CAO a recommandé que l'étude d'impact soit complétée sur plusieurs points, www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/preliminary_assessmentFINAL.pdf.

groupe. Le mécanisme de règlement des griefs n'empêche évidemment pas des recours judiciaires ou administratifs (70).

28. Parallèlement aux mécanismes de règlement des griefs mis en place par les clients de la SFI, cette dernière dispose de sa propre instance de supervision, appelée le « Compliance Advisor Ombudsman » (CAO). Le CAO est indépendant de la direction de la SFI et rend compte directement au Président du Groupe de la Banque mondiale. Le CAO répond aux plaintes des personnes ou communautés affectées par des activités financées par la SFI. Il s'agit d'améliorer les résultats environnementaux et sociaux sur le terrain et de rendre la SFI plus responsable (*accountable*) de ses actions auprès du public. Le CAO s'emploie à remédier aux plaintes en poursuivant une démarche souple de résolution des problèmes par le biais de son service chargé du règlement des différends. Les documents et conclusions du CAO relatifs aux instances en cours sont publics (71).

Il existe au sein de la BERD un mécanisme de responsabilisation équivalent intitulé *Project Complaint Mechanism* (PCM) (72). Il a pour double fonction d'assurer (i) la vérification de la conformité de projets approuvés par la BERD aux politiques pertinentes de cette institution et (ii) la résolution des problèmes en rétablissant le dialogue entre les parties. Ce dernier volet inclut, selon le cas, l'enquête indépendante, la médiation, la conciliation, la facilitation du dialogue ou la présentation des rapports. Le PCM est ouvert à toute personne ou groupe de personnes établies dans la « zone d'influence » du projet ainsi qu'aux organisations non gouvernementales. Le PCM est indépendant des opérations bancaires de la BERD et du Département environnement et développement durable. Il est administré par un agent de PCM rattaché au bureau du *Chief Compliance Officer* de la BERD et est responsable de l'ensemble des opérations quotidiennes et des relations extérieures du PCM. Un panel d'experts indépendants assiste l'agent de PCM dans le processus.

Les instances de la SFI et de la BERD (CAO et PCM, respectivement) ont été toutes deux appelées à se prononcer sur un projet cofinancé notamment par ces institutions. Le projet portait sur l'exploitation d'une immense mine de cuivre et d'or, *Oyu Tolgoi*, située

(70) § 35, norme de performance 1.

(71) www.cao-ombudsman.org/cases/ L'information disponible couvre également l'audit et le suivi des instances où des manquements étaient constatés.

(72) En français, Mécanisme de recours sur les projets, www.ebrd.com/work-with-us/project-finance/project-complaint-mechanism/about.html.

dans le désert Gobi en Mongolie. Un groupe d'éleveurs – soutenu par des organisations de la société civile – réclamait, entre autres, une juste compensation pour les dommages causés par l'exploitation de la mine, la fragmentation des pâturages, la poussière et d'autres inconvénients et nuisances causés par un réseau croissant de routes et d'infrastructures. Alors que l'enquête du PCM (73) avait conclu au respect des politiques de la BERD, la procédure chez son homologue de la SFI a débouché sur une collaboration et un accord sur les mesures à prendre, qui fut signé par toutes les parties en mai 2017 (74). Cette différence d'approches et de résultats, a suscité certaines critiques et entraîné un appel à la réforme de l'organisation et du fonctionnement du PCM, notamment en vue d'accroître son indépendance (75).

E. Tentatives de mise en cause de la responsabilité de la SFI

29. Comme mentionné ci-dessus, l'existence de mécanismes internes de recours et de plaintes n'exclut pas les voies judiciaires. En tant que sujet de droit international public, la SFI bénéficie, comme la plupart des autres organisations internationales, d'immunités et privilèges en matière de juridiction. En vertu de ces privilèges – consacrés dans son acte constitutif ainsi que dans les lois des pays « d'accueil » – la SFI échappe dans une large mesure à la compétence des tribunaux étatiques.

Dans deux affaires médiatisées, la SFI a néanmoins fait l'objet de procès intentés devant les tribunaux fédéraux américains, du fait de manquements à ses propres standards en matière environnementale et sociale.

30. La première affaire concerne le financement par la SFI (76) de la centrale électrique à charbon *Tata Mundra* dans la région côtière de Gujarat, en Inde. Suivant les demandeurs de la plainte civile, déposée

(73) Disponible sur www.ebrd.com/work-with-us/project-finance/project-complaint-mechanism/pcm-register.html.

(74) Détails disponibles sur www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=196.

(75) www.accountabilitycounsel.org/policy/multilateral/ebd-project-complaint-mechanism/2016-2017-advocacy-for-pcm-restructuring/.

(76) Outre la SFI, ce projet a été cofinancé par plusieurs banques privées, dont BNP Paribas SA, ainsi que par la Banque asiatique de développement (ADB) à la hauteur de 450 millions USD. La responsabilité de cette dernière n'a jusqu'à présent pas été mise en cause devant les tribunaux. Pourtant, le Compliance Review Panel (CRP), l'équivalent de CAO de la ADB, a lui aussi conclu à certains manquements de l'ADB par rapport à ses politiques, [compliance.adb.org/dir0035p.nsf/attachments/Mundra-CRPFinalReport-7Apr2015.pdf/\\$FILE/Mundra-CRPFinalReport-7Apr2015.pdf](http://compliance.adb.org/dir0035p.nsf/attachments/Mundra-CRPFinalReport-7Apr2015.pdf/$FILE/Mundra-CRPFinalReport-7Apr2015.pdf), partic. §§ 51 et 126 du rapport final du CRP.

en 2015, le projet aurait gravement endommagé l'environnement et les modes de vie traditionnels des communautés locales. L'enquête conduite par le CAO a constaté certains manquements de la SFI (77).

Dans sa décision du 24 mars 2016, le tribunal fédéral du district de Columbia a rejeté la demande sur la base de l'immunité dont bénéficie la SFI en vertu de la loi sur les immunités des organisations internationales des États-Unis (78). En déclarant la plainte des demandeurs irrecevable, le tribunal n'a pas examiné le fond de l'affaire. En août 2016, les communautés et fermiers affectés ont interjeté appel.

Concernant l'immunité de la SFI, le tribunal constate que, contrairement à certains précédents judiciaires invoqués par les demandeurs et leurs conseils *EarthRights International*, les demandeurs n'avaient pas, en l'espèce, de relation commerciale directe avec la SFI. Comme la plainte visait les processus décisionnels internes de la SFI, le tribunal décide que le recours invite, en substance, à un « *examen judiciaire du pouvoir discrétionnaire [de la SFI] de sélectionner et d'administrer ses programmes* ». En pesant avantages et coûts d'une renonciation aux immunités, le tribunal estime que la renonciation à l'immunité « pourrait inciter la SFI à se conformer plus scrupuleusement à ses politiques », mais ce « bénéfice marginal » est contrebalancé par les coûts « assez substantiels » qui en résulteraient pour la SFI. Malgré les plaidoyers de certains en faveur d'une responsabilité accrue des organisations de crédit internationales (79), l'immunité de juridiction dont elles jouissent leur permet, jusqu'à présent en tout cas, de rester à l'abri des condamnations judiciaires.

31. La deuxième affaire concerne le financement accordé en 2009 par la SFI à la société hondurienne *Corporacion Dinant* pour le développement de ses activités dans l'huile de palme et l'agroalimentaire. Là encore, les demandeurs se prévalent des manquements constatés dans le cadre de l'instruction de leur plainte par le CAO. Ce dernier avait conclu que la SFI n'avait pas réussi à s'assurer que l'évaluation environnementale et sociale de Dinant satisfaisait aux exigences de la

(77) Dans le cadre de son investigation, le CAO a constaté : « la SFI n'a pas réussi à s'assurer que les évaluations [environnementales et sociales] de son client ont suffisamment pris en compte les risques et les impacts du projet sur [ces] pêcheurs », www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/CAOAuditReportC-I-R6-Y12-F160.pdf, p. 4.

(78) *Budha Ismail Jam et al v. International Finance Corporation*, No 15-cv-00612 (JDB) (D.D.C.), www.earthrights.org/sites/default/files/documents/jam_v_ifc_-_order_granting_mtd.pdf.

(79) Voy., p. ex., T. D. TRUE, « Fresh Breeze or Last Sigh ? Budha Ismail Jam et al v. International Finance Corporation, No 15-cv-00612 (JDB) (D.D.C.) », *American College of Environmental Lawyers*, mai 2016 www.acoel.org/post/2016/05/16/Fresh-Breeze-or-Last-Sigh.aspx.

norme de performance 1, en particulier en ce qui concerne la définition de la zone d'influence, l'identification de ceux qui seraient affectés par les risques et les impacts du projet et l'établissement d'une base de référence sociale appropriée. Le CAO avait également estimé que dans le cadre de l'instruction de ce dossier de crédit, la SFI aurait dû approfondir son enquête sur Dinant. Une simple recherche dans la presse, requise par la réglementation de la Banque mondiale, aurait permis de savoir que le propriétaire de Dinant était accusé d'avoir organisé le meurtre d'un défenseur de l'environnement, et que ses propriétés étaient réputées être des points de ravitaillement pour les trafiquants de drogue (80).

La plainte civile a été portée en mars 2017 par le même conseil (*EarthRight International*) devant le même tribunal fédéral du district de Columbia que celui qui avait statué dans l'affaire *Tata Mun-dra* (81). Curieusement, la question de l'immunité de la SFI n'est pas abordée dans l'acte introductif d'instance.

F. De la gestion des crédits à la police environnementale

32. La responsabilité sociétale des entreprises est animée de bonnes intentions, mais le discours qu'elle produit n'est pas dénué d'arrière-pensées : il s'agit de sauvegarder sa réputation et d'éviter une responsabilité juridique stricte (*liability*). Ce discours s'épanouit dans un droit souple qui peut donc être bavard, un droit en demi-teinte dont la force juridique n'est pas certaine a priori. La responsabilité sociétale n'est toutefois pas totalement dénuée d'effet, un effet qui surprend parfois ses promoteurs. Elle produit des textes à force obligatoire, comme la directive du 22 octobre 2014 citée plus haut. À cela s'ajoute la force des discours qui entrent dans la sphère sociale et échappent à leurs émetteurs. Les récepteurs, que l'on essaie de convaincre ou d'attirer, peuvent prendre au mot les entreprises qui se targuent de responsabilité sociétale et leur demander de rendre compte (*accountability*).

33. Les pratiques et politiques adoptées par les diverses institutions financières internationales montrent que les préoccupations environnementales et sociales sont aujourd'hui intégrées dans leurs processus d'évaluation, d'approbation et de suivi des projets de financement.

(80) www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/DinantAuditCAORefC-I-R9-Y12-F161_ENG.pdf.

(81) *Juana Doe et al. v IFC*, www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2017/03/IFC-Lawsuit.pdf.

À travers notamment les Principes de l'Équateur, ces standards internationaux sont propagés et adoptés par les institutions financières privées. La mise en place de mécanismes de règlements de griefs est devenue, elle aussi, une pratique courante dans les projets de financement majeurs.

Toute institution financière qui se respecte est aujourd'hui dotée de sa propre instance de supervision censée agir de manière indépendante et transparente. Les différentes organisations non gouvernementales n'hésitent pas à saisir ces instances. La transparence dont les institutions financières internationales font preuve dans ces procédures de recours internes peut se retourner contre elles. Il n'est pas rare que les manquements constatés et l'ensemble des informations divulguées soient ensuite utilisés pour mettre en cause la responsabilité juridique de l'institution en question.

Le banquier va devoir trouver un équilibre délicat : il reste gestionnaire des crédits de son client, mais se mue en régulateur privé pour se charger d'une mission de police environnementale.