

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Devoir de vigilance des entreprises

Thunis, Xavier; Gollier, Jean-Marc

Published in:

L'environnement, le droit et le magistrat

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X & Gollier, J-M 2021, Devoir de vigilance des entreprises: vers une « responsabilité sociétale des entreprises » juridiquement obligatoire. Dans *L'environnement, le droit et le magistrat: mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*. Larcier , Bruxelles, p. 315-352.

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.

Devoir de vigilance des entreprises : vers une « responsabilité sociétale des entreprises » juridiquement obligatoire

XAVIER THUNIS

Professeur à l'Université de Namur

et

JEAN-MARC GOLLIER

Avocat et maître de conférences (UCL)

I. PRÉAMBULE

1. La responsabilité des entreprises est animée par un double mouvement. D'une part, des entreprises (1), souvent de grande taille et déployant une activité à vocation internationale, s'engagent volontairement dans une démarche qui intègre à leur activité économique le respect voire la promotion de certaines valeurs sociétales, environnement, diversité, bien

(1) La notion d'entreprise a fait couler beaucoup d'encre. Elle est longuement définie par l'article 1.1, 1^o, du Code de droit économique que nous ne commentons pas ici. L'association des concepts de « responsabilité » et d'« entreprise » est pertinent, car la « société » (article 1:1 du Code des sociétés et des associations) vise une entité juridique, tandis que l'« entreprise » se fonde sur l'idée d'organisation, ce qui correspond à une réalité économique et sociale plus forte et plus dynamique que la société qui est un sujet d'imputation pour le droit de la responsabilité. Nous utiliserons dans notre contribution l'un et l'autre concept que le législateur belge utilise parfois de façon confuse.

être des travailleurs ou droits de l'homme. En bref, ce qu'on appelle la « Responsabilité Sociétale des Entreprises » (« RSE »)(2). D'autre part, un mouvement de réaction, voire de contestation, extérieur aux entreprises, se manifeste de façon parfois spectaculaire dans l'actualité récente. Ses promoteurs et acteurs sont fort divers : législateur national ou européen, juges, organisations non gouvernementales, populations locales affectées par l'activité de groupes multinationaux, manifestants d'un jour ou chevronnés. Ils exercent, avec des moyens très différents, une pression croissante pour que la mondialisation ne se résume pas à une exploitation débridée de la planète au profit de multinationales qui tirent parti des différences de régime entre les États nationaux. Ce second mouvement a pour objectif ou pour effet d'accélérer le passage « d'un phénomène de globalisation incontrôlée à un processus de mondialisation régulée »(3).

Ces deux mouvements s'enchaînent, tantôt se contredisent, tantôt se nourrissent mutuellement et peuvent converger vers un même but : un monde plus durable et plus juste. Des initiatives volontaires prises par les entreprises (premier mouvement) surgissent des promesses séduisantes, des engagements volontaires porteurs d'avenir pour la planète (neutralité carbone, arrêt des investissements dans les énergies fossiles, etc.). Leur rhétorique est souvent convaincante mais leur valeur juridique reste incertaine. C'est un sujet à part entière. Il n'est pas abordé comme tel dans notre contribution (4). Il apparaît toutefois de façon latérale, notamment dans l'analyse de la responsabilité des groupes de sociétés qui suit. Et précisément, la responsabilité juridique au sein des groupes de sociétés, de la société mère pour le fait de ses filiales ou de l'entreprise donneuse

(2) Cette expression, devenue familière, désigne un mode de gestion pour les entreprises et correspond, sur un plan entrepreneurial et opérationnel, au principe directeur que le développement durable est devenu pour la société globale. Pour une définition plus précise de la RSE, J.-M. GOLLIER, *La responsabilité sociétale de l'entreprise, Le droit dans la transition*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 49-54, A. de BERGEYCK, Z. LEDENT et D. VAN GERVEN, « Une entreprise durable exige une gouvernance durable. Qu'en est-il du point de vue juridique ? », in *Le droit des affaires en évolution Le rôle du juriste dans le développement durable de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 41 et s. Ces auteurs, s'appuyant sur des définitions de textes officiels, notamment de la Commission européenne, soulignent que la notion a des contours incertains.

(3) B. PARANCE et E. GROULX, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et le *duty of care* », *Journal de droit international (Clunet)*, janvier 2018, n° 1, citant A. SUPLOT, « Introduction » in *L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, p. 14.

(4) À ce sujet, M. FABRE-MAGNAN, « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats », *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 451-458. Pour une étude abordant la question des engagements volontaires en lien avec la responsabilité de la société mère, J. FERRARI, « La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 76, novembre 2012, pp. 72 et s. ; adde J. BIRON et G. GOFFAUX-CALLEBAUT « La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés : regards croisés Québec-France », *Les Cahiers de droit*, 57 (3), 2016, pp. 457-496. <https://doi.org/10.7202/1037541ar>.

d'ordre pour le fait de ses sous-traitants se pose dans un contexte où des pressions externes (second mouvement) peuvent entraîner un surcroît de responsabilité à charge des entreprises multinationales. Notre contribution est consacrée au « devoir de vigilance » qui émerge dans des textes normatifs et au « duty of care » qui est utilisé en *common law* pour sanctionner le manquement (*breach*) d'une société mère ou d'une entreprise donneuse d'ordre.

2. Une clarification terminologique s'impose. Responsabilité est un mot récent. Il daterait de la fin du XVIII^e siècle⁽⁵⁾. La responsabilité est un concept juridique mais aussi un mot d'ordre politique et un argument commercial. La responsabilité a plusieurs sens. Les entreprises, qui se déclarent responsables, en sont parfaitement conscientes. Sous le terme de responsabilité, le français occulte des significations différentes qui apparaissent si on le confronte à d'autres langues. L'anglais notamment marque les différences en utilisant plusieurs mots : *liability* vise une responsabilité résultant de la violation d'une obligation juridiquement sanctionnée par le droit positif. Économiquement, c'est une charge pour celui qui l'assume. *Responsibility* (qui reste plus proche du sens premier « répondre de ») est plus large : il s'agit d'une responsabilité faite de devoirs généraux plus que d'obligations précises, dans le registre éthique ou social⁽⁶⁾. *Accountability* désigne l'obligation de rendre des comptes, en tant que mandataire ou gestionnaire d'intérêts publics ou privés. Au Royaume-Uni, le premier ministre est responsable, *accountable* devant le Parlement anglais. Un conseil d'administration est *accountable* vis-à-vis de son assemblée générale. Il pourrait aussi l'être à l'avenir plus largement, vis-à-vis des parties prenantes (*stakeholders*)⁽⁷⁾. Le terme *accountability* est utilisé dans le domaine de la RSE, comme le montre l'expression « corporate due diligence and corporate accountability ».

(5) J.-L. CHRÉTIEN, *Répondre*, Paris, PUF, 2007, pp. 161 et s. ; J.-M. DOMENACH, *La responsabilité, essai sur le fondement du civisme*, Paris, Hatier, 1994 ; P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité », *Esprit*, 1994, pp. 28-48.

(6) Pour plus de détails sur les aspects linguistiques et les différents sens du mot en philosophie, en politique et en droit, X. THUNIS, « La responsabilité : succès d'un malentendu », in C. EBERHARD (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages planétaires*. Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 111-130 ; J.-M. GOLLIER, *op. cit.*, pp. 34-35 ; *adde* : J.N. ROBERT, « Traduire la responsabilité », in A. SUPLOT et M. DELMAS MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, pp. 101-115.

(7) Les « parties prenantes » recouvrent un ensemble de personnes concernées par le fonctionnement de l'entreprise : travailleurs, communautés locales, pouvoirs publics, etc. La question, débattue actuellement, est celle du pouvoir qu'il faudrait leur reconnaître dans les choix de l'entreprise, si l'on considère que l'entreprise ne se limite pas à générer des bénéfices mais doit aussi contribuer au bien commun (M. BONNAFOUS-BOUCHER et J. DAHL RENDTORFF, *La théorie des parties prenantes*, Paris, éd. La Découverte, 2013 ; S. BOMMIER et C. RENOARD, *L'entreprise comme commun*, Paris, éd. Mayer, 2018).

3. La RSE, responsabilité sociétale des entreprises, se dit en anglais *Corporate Social Responsibility* (CSR). Elle vise les engagements volontaires qu'une entreprise décide d'assumer sur le plan sociétal. Un engagement RSE a une double fonction(8) : d'une part permettre à l'entreprise de soigner son image de marque par une communication mettant en évidence ses valeurs et son engagement sociétal, d'autre part, promouvoir en interne une « conscience » des effets de l'activité de l'entreprise sur son environnement naturel, humain et social ainsi qu'une capacité à les gérer « de façon optimale ». Pour rester crédible, l'entreprise doit mettre en œuvre les moyens nécessaires pour se conformer aux engagements proclamés et répondre, en cas de défaillance, aux interpellations de la société civile. Lorsque seule la fonction de communication est développée, il s'agit d'écoblanchiment (*greenwashing*).

Le devoir de diligence (« *due diligence* »)(9) fait l'objet, depuis une dizaine d'années, de développements significatifs qui s'expriment par des instruments de droit souple (*soft law*)(10). Ce devoir de diligence est en train de s'intégrer, pour ainsi dire par capillarité, à des règles contraignantes, notamment en droit européen. Une directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 impose à de grandes entreprises l'obligation de publier des « informations non financières ». (11) Cette directive est importante : le considérant (6) de la directive expose que « *La déclaration non financière devrait également inclure des informations sur les procédures de diligence raisonnée mises en œuvre par l'entreprise, ainsi que, lorsque cela s'avère*

(8) J.-M. GOLLIER, *op. cit.*, p. 57.

(9) La terminologie est fluctuante. Les Principes directeurs de l'ONU se réfèrent à la « Diligence raisonnable » (point 17). Les principes OCDE (2018) sont relatifs aux « devoirs de diligence ». « Devoir de vigilance » et « plan de vigilance » sont propres à la loi française qui a fait des émules. La proposition de loi belge utilise les mots « devoir de vigilance ». Les projets de textes européens, qui ne sont pas stabilisés, utilisent « devoir de vigilance » en français et « *mandatory due diligence* » en anglais.

Nous privilégions « devoir(s) de vigilance » expression qui émerge en langue française. Quand nous décrivons ou analysons un texte normatif (au sens large), nous nous conformons à l'expression utilisée par le texte.

(10) Les deux principaux instruments sont les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" » (ci-après les « UNGP ») mis en place par le Conseil des Droits de l'Homme des Nations unies le 16 juin 2011 (A/HRC/17/31) et le document de référence « OCDE (2018), Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises » (ci-après le « Guide OCDE (2018) ». Pour une synthèse comparative, B. DAGLAYAN, *A Study on Potential Human Rights Due Diligence in Luxembourg*, 2021, sur site, part. pp. 11-87.

(11) La directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 (dite INF) modifiant la directive comptable 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 (*J.O.U.E.*, 15 novembre 2014), impose de décrire « les procédures de diligence raisonnée mises en œuvre » pour établir la déclaration d'informations non financières (art. 19bis, § 1^{er}, b, de la directive comptable 2013/34/UE). La directive a été transposée en droit belge par une loi du 3 septembre 2017 commentée notamment par J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières », *J.T.*, 2018, p. 241.

pertinent et proportionné, en ce qui concerne sa chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance, afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives existantes et potentielles ». (12)

Le devoir de diligence (ou de vigilance selon la terminologie de la loi française) est consacré ou en voie de l'être par des normes contraignantes. Le cas le plus emblématique est la loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. D'intenses travaux sont en cours au niveau des Nations unies(13), de l'Union européenne(14) et dans certains États membres de l'Union(15), dont la Belgique(16).

4. Le droit administratif dans lequel Benoît Jadot, dédicataire de ces lignes, a brillé nous est quasi étranger. Nous le convions donc à une excursion dans des contrées qui ne lui sont peut-être pas familières. Voici le parcours.

Une première partie est consacrée à la description des normes de droit souple (*soft law*) relatives au devoir de vigilance ou de diligence selon les textes (II). Nous évoquons ensuite la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance qui donne lieu à une jurisprudence naissante (III). Le droit comparé fournit matière à réflexion. Si, en France, la décision *Erika (Total)* de 2012 a offert un exemple frappant de responsabilité résultant d'engagements RSE, c'est en *common law* que des décisions récentes

(12) Une proposition de nouvelle directive renforce cette obligation de diligence en obligeant à rendre compte des impacts négatifs actuels ou potentiels sur la durabilité (« *sustainability matters* ») de toute la chaîne de valeur de l'entreprise (Proposition de directive du 21 avril 2021 modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité) (COM(2021) 189 final – 201/0104 (COD)).

(13) "Legally binding instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises", OEWG Chairmanship, Second revised draft, 6 août 2020. L'obligation de diligence est détaillée aux articles 6.2 (« ... State Parties shall require business enterprises, to undertake human rights due diligence proportionate to their size... ») et 6.3 du projet, sous le titre « Prevention ». Le Comité économique et social de l'UE avait émis un avis favorable au projet initial d'une norme contraignante le 24 janvier 2019 (REX/518 – EESC-2019-01278). Voy. également C. COURNIL (dir.), « Environnement et droits de l'homme – Chronique », *Journal européen des droits de l'homme*, 2020/3, Bruxelles, Larcier, pp. 204-205.

(14) Cette initiative a été annoncée par le commissaire européen Didier Reynders en avril 2020. Le Parlement européen a, le 10 mars 2021, adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)). Cette recommandation contient le texte d'une proposition de directive « sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises » (en anglais : « directive on corporate due diligence and corporate accountability »).

(15) Une étude publiée par la Commission européenne (« Study on due diligence requirements through the supply chain », janvier 2020) décrit l'exemple du droit français (le plus avancé), le *Modern Slavery Act* (2015) au Royaume-Uni, un projet de loi allemand, une loi aux Pays-Bas, du Canada ainsi qu'aux USA.

(16) Proposition de loi du 2 avril 2021 instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leur chaîne de valeur, *Doc Parl.*, Ch., DOC 55 1903/001.

émanant de juridictions supérieures sanctionnent, sur la base du « duty of care » (17) des sociétés mères, dont le siège social est situé au Royaume-Uni (ou aux Pays-Bas), et leur imputent des dommages causés par leur filiale établie dans un État distinct. Elles étendent également le « duty of care » à des « relations d'affaires » qui font partie de la « sphère d'influence » de la société, britannique en l'occurrence. La récente condamnation de Shell par la justice hollandaise à contribuer à la lutte contre le changement climatique clôturera cette partie (IV).

On en termine par quelques réflexions générales sur la façon dont de bonnes intentions se transforment progressivement en obligations juridiquement sanctionnées (V).

II. CONTOURS DU DEVOIR DE DILIGENCE : DEUX INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DE RÉFÉRENCE

A. Les Principes directeurs de l'ONU, « protéger, respecter et réparer » (2011)

5. Les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (ci-après, « Principes ») sont le résultat de plusieurs dizaines années d'efforts. Ils ont abouti à l'adoption, au niveau mondial, d'un cadre de référence non contraignant en matière de droits de l'homme à l'intention des entreprises (18). Le texte est fondé sur trois piliers : « protéger, respecter et réparer ». Les États ont le devoir de protéger leurs citoyens (point 1) et « *devraient énoncer clairement qu'ils attendent de toute entreprise... sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités* » (point 2). Les entreprises ont la responsabilité d'éviter que leur activité ne porte atteinte ou ne contribue à porter atteinte aux droits de l'homme (point 11) et de réparer ces atteintes si elles ont

(17) Le duty of care a été consacré et surtout élargi par la célèbre décision *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 et la remarquable *Opinion* de Lord Atkin conceptualisant le « *neighbour principle* ». La violation (*breach*) du devoir de soins engage celui qui la commet à l'égard des voisins ou des prochains (*neighbours*). Lord Atkin énonce, à sa façon, la théorie de la relativité aquilienne selon laquelle la réparation ne bénéficie qu'aux personnes que la règle transgressée ou le devoir violé vise à protéger et porte sur les dommages contre lesquels la règle entend prémunir les victimes. La notion de *neighbour* est déterminée par la proximité de la victime du dommage par rapport à l'auteur du *breach of duty*. Les publications à ce sujet sont innombrables. Voy. G. SAMUEL, *Law of Obligations*, Elgar, 2010, pp. 197-200.

(18) Concernant l'historique de ce texte : R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'État (partie 1) », *TRV-RPS*, 2016, n° 59, pp. 700-701.

lieu (point 22). Les États (points 25 à 27) et les entreprises (points 28 à 31) doivent faire en sorte qu'en cas de dommage, un recours soit possible pour obtenir (par voie interne, administrative ou judiciaire) une réparation adéquate.

Ces Principes déclarent, parfois au conditionnel, ce qui réfère à un devoir plutôt qu'à une obligation (19), que les entreprises « *devraient* respecter les droits de l'homme » (20) et qu'à ce titre, elles « *doivent* avoir en place des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris a) l'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité de respect des droits de l'homme ; b) une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme 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 ; c) des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme qu'elles peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent. » (21)

6. Le point 17 des Principes décrit le champ d'application et l'étendue de la diligence raisonnable en ces termes :

« La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme :

a) Devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales (22) ;

b) Sera plus ou moins complexe suivant la taille de l'entreprise commerciale, le risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits de l'homme, et la nature et le cadre de ses activités ;

c) Devrait s'exercer en permanence, étant donné que les risques en matière de droits de l'homme peuvent changer à terme au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale. »

(19) Il s'agit en l'occurrence de droit souple. Cette terminologie semble marquer les esprits même quand ce droit souple nourrit une législation dont la force obligatoire n'est pas discutable. La terminologie est flottante. L'hésitation est perceptible dans les commentaires doctrinaux de la loi française du 27 mars 2017. Certains auteurs parlent tantôt du devoir de vigilance, tantôt de l'obligation de vigilance.

(20) Point 11.

(21) Point 15. Nous soulignons.

(22) Le Guide interprétatif des Principes directeurs de l'ONU (p. 8) précise que : « Les relations commerciales se réfèrent aux relations qu'une entreprise commerciale entretient avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur et toute autre entité publique ou privée directement liée à ses activités, produits ou services commerciaux. Elles comprennent les relations commerciales indirectes dans sa chaîne de valeur, au-delà du premier niveau, ainsi que les positions minoritaires et majoritaires des actionnaires au sein des coentreprises. »

7. L'effectivité des Principes directeurs de l'ONU est discutée. À cause, sans doute, de leur caractère volontaire, les Principes n'ont guère servi de référence ou de source de motivation aux décisions tranchant les litiges récents, exception faite de la récente décision du tribunal de La Haye condamnant Shell pour insuffisance d'efforts dans la lutte contre le changement climatique (ci-dessous, 33 et s.). Pour remédier à cette faiblesse, des travaux, en cours à l'ONU, tentent de faire adopter un traité qui obligerait les États à imposer à leurs entreprises une responsabilité effective en cas de violation des droits de l'homme pour autant que celle-ci soit liée l'exercice de leurs activités ou à celle de leurs relations d'affaires(23). Un traité aussi ambitieux a peu de chances d'aboutir dans un avenir proche. À notre avis, il sera bientôt possible de s'appuyer sur les changements radicaux qui transforment une conception de la société datant du début de la révolution industrielle. En cette première moitié du XXI^e siècle, la notion de société subit une mutation perceptible dans les textes légaux(24). Source de profit pour les actionnaires et les investisseurs, elle doit également contribuer au bien commun. L'idée émerge que la société a des comptes à rendre (*accountability*) aux parties prenantes (*stakeholders*) et plus largement à la société civile(25). Une responsabilité de nature juridique (*liability*) pourrait en être la conséquence.

B. Le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises (2018)

1) Les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des multinationales et les PCN : des instruments insuffisants

8. L'OCDE (Organisation de coopération et développement économique) regroupe 37 États dits développés du monde « libéral ». Elle a adopté en 1976 des *Principes directeurs à l'attention des entreprises multinationales*. Ces Principes, instructifs sur le comportement que devrait

(23) Voy. ci-dessus, note 13, spécialement l'article 8. Celui-ci énonce, en son premier paragraphe, que « State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships. »

(24) J.-M. GOLLIER *e.a.*, « La coopérative : une société à mission, ouverte à tous les métiers », *TRV-RPS*, 2020/7, pp. 912-913.

(25) Comp. F. BLANC, « Focus Total », 61, *Droit administratif*, n° 5, mai 2021, pp. 4-5 et X. DIEUX, *Le marché bien tempéré*, Académie royale de Belgique, 2014, not. p. 43 ; pp. 48 et s., pp. 76 et s.

adopter tout groupe multinational, étaient et restent purement indicatifs. Ils ne sont pas contraignants.

Les Principes directeurs de l'OCDE sont présentés comme des « recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers. Ils contiennent des principes et des normes non contraignants destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises » (26).

Ces Principes directeurs ont été profondément adaptés en 2011 pour incorporer les préoccupations climatiques et les préoccupations relatives aux droits de l'homme. Ils engagent les entreprises multinationales notamment à faire en sorte que leur activité respecte les droits de l'homme et qu'il soit remédié à leur éventuelle violation (Partie I.IV) Elles les engagent aussi à prendre en compte leur impact sur l'environnement et à adopter des objectifs pour améliorer leur performance environnementale (Partie I.VI).

9. Les États adhérents aux Principes directeurs de l'OCDE ont mis en place dans leur juridiction un « Point de Contact National » (« PCN »). (27) Les parties intéressées, le plus souvent des ONG, peuvent saisir le PCN compétent pour déposer plainte si elles estiment qu'une entreprise ne s'est pas conformée aux Principes ou a manqué à son devoir de diligence. Si elle est recevable, cette plainte est, traitée par le PCN qui confronte les parties et tente de les concilier. Le PCN n'a aucun pouvoir pour trancher le différend mais peut, notamment par ses recommandations et la publicité qu'il donne au dossier, inciter l'entreprise à répondre au grief qui lui est fait et, le cas échéant, à prendre les mesures de correction nécessaires.

L'efficacité de la procédure dépend de la bonne volonté de l'entreprise et de l'importance qu'elle accorde à sa réputation. En pratique, cette efficacité est limitée. Peu de plaintes ont abouti à une solution satisfaisante pour toutes les parties impliquées. On se souvient de la saisine du PCN belge par le Ministre Van Quickenborne en novembre 2010, lors de la fermeture brutale de l'entreprise *Brink's* en Belgique. Il en est résulté une recommandation à *Brink's Group* de « promouvoir activement les Principes

(26) *Principes directeurs de l'OCDE* (2011), avant-propos, p. 3. J.-M. GOLLIER, *op. cit.*, pp. 69-71.

(27) Le PCN belge est hébergé par le SPF économie (<https://economie.fgov.be/fr/themes/entreprises/developper-et-gerer-une/responsabilite-societale-de/principes-directeurs-ocde-pour/point-de-contact-national-pcn>).

directeurs de l'OCDE ». L'affaire a connu simultanément divers développements judiciaires en référé, ce qui tend à prouver que le PCN, à lui seul, est insuffisant pour résoudre un conflit entre une multinationale et ses parties prenantes.

En 2015, diverses ONG ont saisi les PCN belge, luxembourgeois et français d'une plainte concernant les conditions d'exploitation de l'huile de palme au Cameroun par la société *Socopal*, détenue notamment par le groupe Bolloré. Finalement, en juin 2017 et en novembre 2018, le PCN belge a publié un communiqué constatant l'échec des discussions entre parties intéressées tout en énonçant une série de recommandations⁽²⁸⁾. L'affaire s'est poursuivie en France sur le plan judiciaire.

2) Le Guide OCDE 2018 : un complément nécessaire

10. Le « Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises » (ci-après le « Guide OCDE 2018 ») répond à la Déclaration adoptée par les dirigeants du G7 les 7 et 8 juin 2015 qui ont « reconnu l'importance d'adopter une définition commune du devoir de diligence et en particulier pour les petites et moyennes entreprises et qui a encouragé les entreprises ayant ou exerçant les entreprises ayant leur siège ou exerçant leur activité dans les pays du G7 à mettre en œuvre le devoir de diligence dans leurs chaînes d'approvisionnement. »⁽²⁹⁾

Le Guide OCDE 2018 a pour objectif de fournir aux entreprises un guide pratique pour la mise en œuvre des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (2011). Plus qu'un simple complément, ce Guide rend les Principes plus effectifs.

Le Guide OCDE 2018 contient une description précise du processus du devoir de diligence. Ce processus implique (i) une intégration des principes de « conduite responsable des entreprises » dans les politiques, plans et systèmes de gestion de l'entreprise, (ii) une identification et une évaluation

(28) Voy. notamment le communiqué de suivi du PCN belge à propos de la plainte déposée par des ressortissants camerounais contre la société *Socopal* du 11 novembre 2018

(<https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Entreprises/Communique-suivi-Socopal-ncp-belge-20181126.pdf>). Pour un cas en matière de pollution de la forêt amazonienne par hydrocarbures, <https://www.oecdwatch.org/complaint/peruvian-indigenous-federations-et-al-vs-pluspetrol/>. Il s'agit d'une plainte déposée le 20 mars 2020 auprès du PCN néerlandais par des demandeurs péruviens contre Pluspetrol, une société multinationale ayant un siège social « boîte aux lettres » aux Pays-Bas.

(29) Guide OCDE 2018, p. 3. L'OCDE a également développé des guides sectoriels (chaîne d'approvisionnement en minerais, habillement, chaussure, agriculture ; industries extractives ; diligence d'institutions financières en qualité de prêteurs ou de souscripteurs d'emprunts).

des impacts négatifs réels ou potentiels liés aux activités de l'entreprise, (iii) de faire cesser, prévenir et atténuer les impacts négatifs, (iv) d'assurer le suivi des devoirs de diligence et de leurs résultats, (v) de communiquer sur la manière dont l'entreprise traite ses impacts négatifs et (vi) de réparer les impacts négatifs de l'entreprise, par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres acteurs.

11. Le devoir de diligence s'applique non seulement à l'activité de la société et de ses filiales, mais également à l'activité de ses fournisseurs et de ses relations d'affaires. La « relation d'affaires » est définie comme « Tous les types de relations d'affaires que peut avoir une entreprise – fournisseur, franchisés, licenciés, co-entreprise, investisseurs, clients, prestataires, consommateurs, consultants, conseillers financiers, juridiques et autres, et toute entité publique ou privée liée à ses activités, produits ou services »(30). L'interprétation de ce concept, stricte ou large, est importante car elle va déterminer l'ampleur du devoir de diligence qui pèse sur l'entreprise.

12. Le Guide OCDE 2018 incite les entreprises multinationales à compléter leurs déclarations de bonnes intentions par des politiques, des procédures et des actes concrets qui intègrent dans leur système de gestion les « impacts négatifs sur les personnes, sur l'environnement et sur la société que les entreprises peuvent causer »(31). La bonne intention peut créer une attente légitime. Si cette attente est déçue, il pourrait y avoir faute et sanction juridique.

Le Guide OCDE 2018 est à la fois un instrument de référence international pour l'engagement effectif des entreprises dans une démarche RSE et un complément utile pour les entreprises françaises qui doivent établir un « plan de vigilance » et être en mesure d'en rendre compte (*accountability*), conformément à la loi de 2017 relative au devoir de vigilance.

(30) Guide OCDE 2018, p. 11 ; comp. la définition de « relations commerciales » du Guide interprétatif des Principes directeurs de l'ONU (ci-dessus, note 22). Ces deux définitions se recoupent largement.

(31) Guide OCDE 2018, p. 18.

III. LA LOI FRANÇAISE DU 27 MARS 2017 RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE

A. Une loi innovante diversement appréciée

13. La France a joué les précurseurs. La loi est le résultat d'un travail politique endurant entamé en 2012 par une coalition d'ONG, de syndicats et de quelques parlementaires français. Ils ont œuvré, contre vents et marées(32), pour faire voter une loi. Pour l'essentiel, cette loi se limitait pourtant à mettre en œuvre les engagements de l'État, en se conformant aux termes des Principes directeurs de l'ONU(33).

Selon certains commentateurs, cette loi ne représenterait qu'une « *maigre avancée dans la construction juridique d'un régime de responsabilité fondé sur la dépendance économique* »(34). D'autres y voient une « *évolution majeure de la responsabilité des entreprises multinationales* »(35), un mouvement qui « *prend place dans un processus plus large visant à mettre en place des institutions propres à réguler la globalisation vers une mondialisation à visage humain* ». (36) D'autres enfin considèrent que cette loi impose des coûts supplémentaires aux grandes entreprises et va à l'encontre de la simplification administrative promue par le Président Macron(37).

B. Un texte laconique

14. La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre est succincte. Elle compte trois articles(38).

(32) G. DELALIEUX, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés multinationales : parcours d'une loi improbable », *Droit et Société*, Paris, Lextenso, 2020/3, pp. 649-665 ; O. PETITJEAN, *Devoir de vigilance – Une victoire contre l'impunité des multinationales*, Éditions Charles Leopold Mayer, Paris, 2019.

(33) Point 3 : « *Pour remplir leur obligation de protéger, les États sont tenus :... (d) d'inciter les entreprises à faire connaître la façon dont elles gèrent les incidences de leur activité sur les droits de l'homme, et de les y contraindre, le cas échéant* ».

(34) A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Dalloz*, 2017, p. 1610.

(35) B. PARANCE et E. GROULX, *op. cit.*, n° 21.

(36) *Id.*, n° 22.

(37) B. MATHIEU (obs. sous l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 23 mars 2017 concernant la loi relative au devoir de vigilance (Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017), « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement ? », *Constitutions*, 2017, p. 291.

(38) Un quatrième article, qui concernait la possibilité d'infliger une amende à charge d'une entreprise qui se serait refusée à adopter un plan de vigilance a été annulé par la Cour constitutionnelle en raison de l'imprécision du manquement (Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017).

La loi énonce que toute société anonyme de droit français qui, avec ses filiales, emploie sur le territoire français au moins 5 000 salariés ou sur territoire français ou à l'étranger, au moins 10 000 salariés⁽³⁹⁾ « établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». Seules les très grandes entreprises sont visées, ce qui limite le champ d'application de la loi.

Le choix du mot « vigilance » plutôt que « diligence » ou « diligence raisonnable » est délibéré⁽⁴⁰⁾. Il s'agit de souligner qu'une attitude active est requise de l'entreprise, ainsi qu'en témoignent l'obligation de « mise en œuvre effective » et les recours judiciaires organisés par la loi.

15. Le plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle... directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »⁽⁴¹⁾.

Le plan de vigilance a « vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société »⁽⁴²⁾. Il contient une description (i) des risques et de leur hiérarchisation (« cartographie »), (ii) des procédures régulières d'évaluation de ces risques auprès de ses filiales et de ses sous-traitants ou fournisseurs, (iii) des actions adoptées en vue d'atténuer et de prévenir ces risques, (iv) des procédures d'alerte interne et (v) du dispositif de suivi⁽⁴³⁾.

Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion publié avec les comptes annuels de la société⁽⁴⁴⁾.

(39) Code de commerce, Art. L. 225-102-4. – I.

(40) L. D'AMBROSIO, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », *Droit et société*, Paris, Lextenso, 2020/3, p. 643 ; O. PETITJEAN, *op. cit.*, pp. 138-139.

(41) *Ibid.*

(42) Une première jurisprudence en a déjà déduit que les syndicats de la société (au même titre que les autres « parties prenantes ») ont vocation à participer à l'élaboration du plan de vigilance et ont intérêt à l'action, même pour intervenir pour la première fois en appel (ci-dessous, note 60, cour d'appel de Versailles, 10 décembre 2020, en cause les Amis de la Terre contre Total).

(43) Code de commerce, Art. L. 225-102-4. – I.

(44) *Ibid.* La collecte centralisée des plans de vigilance semble ardue de même que la détermination des sociétés multinationales qui y sont soumises. Pour des exemples de plans dans différents domaines, consulter le site créé et entretenu notamment par l'association française Sherpa : <https://plan-vigilance.org/a-propos/>.

Les personnes justifiant d'un intérêt à agir peuvent mettre en demeure une société de se conformer à la loi, et si elle ne s'y conforme pas dans les trois mois, saisir le tribunal compétent qui l'y enjoindra, « le cas échéant sous astreinte » si le recours est jugé fondé. Le tribunal statue en référé(45).

En outre, la loi précise que, conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle, « le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. »(46) La loi ne sanctionne qu'une faute spécifique – ce qui est une limite – mais en revanche elle est orientée, via le devoir de vigilance et le plan qui en découle, vers la prévention de risques avérés de dommages futurs. Il ne sera donc plus question de contester l'engagement de la responsabilité des pollueurs en matière climatique au motif que le dommage n'est pas encore consommé.

C. Les débiteurs du devoir de vigilance

1) Les sociétés mères

16. La loi française impose un devoir de vigilance aux sociétés mères pour elles-mêmes ainsi que pour leurs filiales directes et indirectes. C'est une avancée à souligner.

Les jurisprudences française et belge restent en effet attachées au principe de la personnalité juridique distincte des sociétés qui empêche, en règle, d'engager la responsabilité d'une société mère pour des fautes ou, plus largement, pour le fait de ses filiales(47). Dans le contexte multinational, la structure de groupe permet de « dissocier le pouvoir économique

(45) Code de commerce, Art. L. 225-102-4. – II.

(46) Code de commerce, Art. L. 225-102-5. A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Dalloz*, 2017, pp. 1612 et s.

(47) En droit belge, J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 1831 ; X. DIEUX, Ph. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (coord.), « Examen de jurisprudence (2010-2013), Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 84-92 ; R. AYDOGDU, *op. cit.*, n° 55, p. 698 ; M. FYON et F. MAGNUS, « Le traitement des groupes dans le Code des sociétés », in *Droit des sociétés - Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 361-44. En droit français, N. MAZIAU, « La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme : rapports « mère-fille » et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de droit comparé », *D.A.O.R.*, 2016/4, pp. 5-17 ; M. KOCHER, E. LEROUX et P. NICOLI, « Groupes de sociétés », in K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016, pp. 151-171 ; J. FERRARI, « La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 76, novembre 2012, pp. 72 et s.

exercé à l'intérieur du groupe de sociétés et la responsabilité juridique incombant de manière autonome à chaque société en faisant partie » (48).

En France, l'arrêt *Erika* rendu par la Cour de cassation le 25 septembre 2012 (commenté ci-dessous n° 22) a créé une première brèche dans cette irresponsabilité juridiquement organisée, en se fondant notamment sur la violation par la société mère Total SA d'un engagement volontaire auquel elle avait souscrit. Malgré cette percée, la jurisprudence reste prudente et n'utilise guère le droit des obligations pour engager la responsabilité de la société mère pour le fait de sa filiale (49).

Les propositions doctrinales ne manquent pas, pourtant. La faute de la société mère pourrait être engagée au moins si le dommage causé par une filiale découle d'une défaillance de la politique RSE que la société mère impose à tout le groupe qu'elle contrôle. Mais la preuve des trois conditions de la responsabilité civile – dommage, faute et lien causal – est malaisée (50). Dans un registre plus audacieux et plus difficile à concilier avec le principe de l'indépendance juridique qui va de pair avec la personnalité morale, il a été proposé d'instaurer une présomption de responsabilité des sociétés mère pour les dégâts causés par leur filiale (51). La proposition peut paraître iconoclaste. Elle l'est moins si l'on se rappelle que le droit européen de la concurrence rend la société mère solidairement responsable des infractions aux règles de la concurrence commises par ses filiales pourvu qu'elle exerce sur ces filiales une influence déterminante (52).

(48) B. PARANCE et E. GROULX, *op. cit.*, n° 1.

(49) Constat dans A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, *op. cit.*, *Dalloz*, 2017, p. 1610 et les références citées en notes 5 et 6. La jurisprudence française est stricte : Cass. fr.(com.), 26 mars 2008, 07-11. 619 ; Cass. fr.(com.), 12 juin 2012, 11-16. 109 (textes disponibles sur le site www.legifrance.gouv.fr).

(50) Pour une analyse approfondie, A. DE BERGEYCK, Z. LEDENT et D. VAN GERVEN, « Une entreprise durable exige une gouvernance durable. Qu'en est-il du point de vue juridique ? » *Le droit des affaires en évolution Le rôle du juriste dans le développement durable de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 71-74.

(51) Après tout, les parents sont présumés responsables du fait de leurs enfants... Sur cette proposition, A. DE BERGEYCK, Z. LEDENT et D. VAN GERVEN, « Une entreprise durable ... », *op. cit.*, p. 73 n° 34. En doctrine française, M. FABRE-MAGNAN, « La responsabilité du fait du cocontractant. Une figure juridique pour la RSE », *Liber Amicorum en l'honneur de Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, p. 27, p. 89, note 28 se référant au « projet Catala » du 22 septembre 2005 (disponible sur le site www.vie-publique.fr).

(52) Voy. CJUE du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a. c/ Commission*. C-97/08, qui juge (points 58-61) que « Il résulte d'une jurisprudence constante que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère ..., eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques ». V. ULFBECK et A. EHLERS, « Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries : The Concept of Vicarious Liability », *European Company Law*, vol. 13, 2016.

Comme on le verra, c'est dans la jurisprudence inspirée par la *common law* et fondée sur le « *duty of care* » que les montages organisant le cloisonnement entre les entités d'un groupe et la société mère sont les plus menacés.

2) Responsabilité des entreprises donneuses d'ordre

17. La loi française impose aussi un devoir de vigilance aux entreprises donneuses d'ordre. Le devoir du donneur d'ordre est d'étendre sa vigilance sur les « *activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* ». La notion de « relation commerciale établie » est malheureuse. Elle semble se limiter aux relations commerciales de premier niveau, alors que la chaîne de sous-traitants connaît souvent plusieurs niveaux et se fonde sur la notion de « sphère d'influence »(53). La loi française semble ne viser que la chaîne de production elle-même, et non la chaîne de valeur dans son ensemble(54).

Ainsi qu'on l'a vu, la notion de « chaîne de valeur » est soigneusement définie tant dans les Principes directeurs de l'ONU (2011) que dans le Guide OCDE 2018.

La proposition du Parlement européen d'une directive « sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises »(55) fournit également des précisions. Elle définit, à l'article 3, 5°, la « chaîne de valeur » comme

« l'ensemble des activités, opérations, relations d'affaires et chaînes d'investissement d'une entreprise, y compris les entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation d'affaires directe ou indirecte, en amont et en aval, et qui :

a) soit fournissent des produits, des parties de produits ou des services qui contribuent aux propres produits ou services de l'entreprise ;

b) soit reçoivent des produits ou services de l'entreprise ».

(53) Y. QUEINEC, « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE. Lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, 2012, pp. 66 et s. ; G. JAZOTTES, « La sous-traitance saisie par la RSE », in S. TISSEYRE (dir.), *Sécuriser la sous-traitance : quels nouveaux défis ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 77-88.

(54) Deux importantes décisions judiciaires que nous décrivons ci-dessous concernent non la responsabilité du donneur d'ordres dans sa chaîne de production (amont de la chaîne de valeur) mais sa responsabilité pour l'usage par des tiers de son produit. Une société anglaise qui vend un navire à un tiers en vue de son démantèlement est jugée responsable des conditions trop dangereuses dans lesquelles ce démantèlement a lieu (ci-dessous, points 31 et 32). Quant à Shell, elle est tenue responsable du CO2 produit par les consommateurs de ses produits pétroliers (ci-dessous, points 33 à 40).

(55) Citée en note 14 ci-dessus.

Cette définition correspond en substance à celle des deux textes de référence de l'ONU et de l'OCDE. Elle couvre à la fois la chaîne de production et l'usage du produit ou du service par la clientèle de l'entreprise (56).

Il est généralement admis aujourd'hui que le devoir de « due diligence » qui incombe à une entreprise dans ses activités ne peut se limiter à la chaîne de production. L'impact que la production d'entreprises comme Shell ou Total, a sur l'environnement social et naturel résulte non seulement de l'activité d'extraction et de traitement du pétrole qui a lieu en amont de l'entreprise, mais également, et principalement (entre 85 % et 95 %) de ce qui suit la mise sur le marché du produit ou du service de l'entreprise.

Dans le même ordre d'idées, l'impact d'une banque ou d'une compagnie d'assurances résulte essentiellement des prêts ou des assurances qu'elle accorde, c'est-à-dire de l'utilisation en aval du service offert au client (affectation du crédit, activité couverte par la police d'assurance). Le travail administratif, le chauffage des bâtiments et la mobilité des travailleurs et des dirigeants ne constituent qu'une partie marginale de l'impact social et environnemental de telles entreprises.

C'est là une des questions que doit trancher le tribunal judiciaire de Nanterre dans le litige « Notre affaire à tous » (ci-dessous, 19). Il est reproché à Total de ne pas exposer dans son plan de vigilance comment elle entend réduire les émissions de CO2 résultant non seulement de l'exploitation des puits de pétrole, du raffinage et du transport, mais de la consommation des produits pétroliers qu'elle met sur le marché.

D. Une loi en devenir

18. La loi relative au devoir de vigilance fait l'objet d'une doctrine abondante, citée au fur et à mesure de cette contribution. Comme la loi PACTE, qui a apporté des modifications non négligeables au concept de « société » (57), elle a suscité un certain scepticisme. Mais comme la loi PACTE, elle annonce probablement l'avenir.

(56) Pour rappel, le Guide OCDE 2018 (p. 11) définit les « Relations d'affaires auxquelles s'applique le devoir de diligence » en ces termes : « Tous les types de relations d'affaires que peut avoir une entreprise – fournisseur, franchisés, licenciés, co-entreprise, investisseurs, clients, prestataires, consommateurs, consultants, conseillers financiers, juridiques et autres, et toute entité publique ou privée liée à ses activités, produits ou services. »

(57) La loi PACTE a notamment complété l'article 1833 du Code civil par la phrase suivante : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de

Elle a fait l'objet d'un premier rapport public d'évaluation en janvier 2020. Ce rapport note que la France est la première à légiférer et est citée en exemple. Le rapport relève toutefois que les coûts impliqués par la mise en œuvre de la loi sont considérables et que la bonne ou la mauvaise compréhension de ses mécanismes dépend de l'épreuve judiciaire qui est en cours au moment où nous rédigeons cette contribution.

Le rapport se veut optimiste. Il espère que le temps fera son œuvre et qu'on verra le « *passage d'une obligation à une véritable opportunité pour les entreprises* » (58).

Le plan de vigilance est un point crucial du dispositif prévu par la loi, comme le montre la jurisprudence naissante relative au plan vigilance de Total dans les deux affaires exposées ci-dessous.

E. Première jurisprudence : le plan vigilance de Total

19. Le 19 juin 2019, l'association française « Notre Affaire à Tous » avec d'autres, met en demeure Total SA d'établir un plan de vigilance qui prenne en compte adéquatement le risque climatique (59). N'étant pas satisfaite de la réponse de Total SA, elle introduit en janvier 2020 une action judiciaire (60) contre Total pour que le juge l'enjoigne de préciser les risques climatiques et les « actions adaptées d'atténuation des risques

son activité » et a autorisé une société anonyme, -fût-elle cotée en bourse, à se déclarer « société à mission » sociale ou environnementale (J.-M. GOLLIER e.a., « La coopérative : une société à mission, ouverte à tous les métiers », *TRV-RPS* 2020/7, p. 913).

(58) Document publié par le Conseil général de l'Economie au Ministre de l'économie et des finances en janvier 2020 (N° 2019/12/CGE/SG) et intitulé « Evaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ».

(59) M HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan vigilance », *Revue des Contrats*, 2019, p. 95-100 ; P. MOUGEOLLE, « Notre Affaire à Tous et autres c Total (2020) », in Ch. CURNIL (dir.) *Les grandes affaires climatiques*, 2020, éd. Confluence des droits [https://dsps.univ-paris13.fr/PDF/Divers/publications_les_grandes_affaires_climatiques_2020.pdf] ; *adde* : Ch HUGLO, *Méthodologie de l'étude d'impact climatique Droit européen, français et anglo-saxon*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 139.

(60) Une première affaire concernant de grands projets d'exploitation de nouveaux gisements pétroliers de Total en Ouganda (Tilenga et Eocap) avait été introduite en référé le 29 octobre 2019 par diverses ONG contre le plan vigilance de Total. Par ordonnance du 30 janvier 2020, le tribunal saisi renvoie la cause devant le tribunal de commerce de Nanterre. Sur appel des ONG, la Cour de Versailles confirme, le 10 décembre 2020 (RG 20/01692 – n° Portalis DBV3-V-B7E-T2A7) la compétence exclusive du tribunal de commerce pour connaître de l'action en référé mettant en cause le plan de vigilance. La Cour motive sa décision en soulignant qu'il existe un « lien direct entre l'établissement et la mise en œuvre du plan de vigilance d'une part, et le fonctionnement de la société commerciale d'autre part » et que c'est « le fonctionnement de la société et donc sa gestion qui sont concernés par le plan de vigilance » (voy. le commentaire approuvé de N. LENOIR, *D.*, 2021, p. 515). Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cassation sur lequel la Cour n'a pas statué au moment où nous terminons cette contribution.

ou de prévention des atteintes graves » qu'elle prendra pour faire face à l'urgence climatique.

Dans son premier plan vigilance, Total se contentait de relever les émissions de gaz à effet de serre au niveau de sa propre activité (niveau ou scope 1)(61) et de celle de ses fournisseurs d'énergie (niveau ou scope 2) sans rendre compte des émissions en aval de sa production, par les usagers de ses produits et services (niveau ou scope 3). Or, près de 90 % des émissions de gaz à effet de serre produites par Total ou par l'intermédiaire de produits de Total proviennent de la vente d'énergie fossile.(62)

Saisi en référé par ces ONG, le tribunal judiciaire de Nanterre prononce une ordonnance de mise en état le 12 février 2021 (63). Cette ordonnance rejette la demande de renvoi de Total au tribunal de commerce et affirme sa compétence en des termes remarquables que nous reproduisons ci-dessous.

Le tribunal constate d'abord que « l'élaboration d'un plan de vigilance, peu important son impact effectif sur l'organisation interne de la SE Total et sa stratégie commerciale, est décorrélée de toute production ou fourniture de marchandises et étrangère à toute spéculation sur la valeur du travail d'autrui ou d'un produit quelconque : elle n'est pas un acte de commerce par nature [et] n'est pas non plus un acte de commerce par la forme ».

Selon le tribunal, « si le plan de vigilance affecte incontestablement le fonctionnement de la SE Total, il excède très largement, par sa raison d'être et les risques dont il est destiné à prévenir la réalisation, le strict cadre de la gestion de la société commerciale.... Il est ainsi certain... que le plan vigilance... relève de la responsabilité sociale de la SE Total... ».

Le tribunal conclut que « La lettre de l'article L 225-102-4 du Code de commerce révèle que la préservation des droits humains et de la Nature en général ne peut se contenter d'un « management assurantiel » et ouvert évoqué dans les travaux parlementaires et de la normalisation par le marché qu'induit la présentation du plan de vigilance en assemblée d'actionnaires mais commande un contrôle judiciaire. Et, celui-ci ne peut passer que par un contrôle social fort permis par la publicité du plan de vigilance

(61) La distinction entre trois « scope » (trois niveaux) des émissions de gaz à effet de serre est proposée par le TCFD dans ses *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures* publiées le 15 juin 2017 (p. 63).

(62) Chiffres cités par M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *op. cit.*, p. 100.

(63) RG 20/00915 - n° Portalis DB3R-W-B7E-VQFM.

et par une définition lâche de l'intérêt à agir, l'action étant très largement ouverte (« toute personne justifiant d'un intérêt à agir »).

Cette jurisprudence est, à juste titre selon nous, applaudie par la doctrine française : « Traduisant l'idée que la RSE mêle inextricablement règles de commercialité et poursuite de l'intérêt général, le juge tient remarquablement la position d'équilibre... »(64). Cette décision est saluée car elle est le signe de « l'émergence d'un droit nouveau »(65).

IV. RESPONSABILITÉ DES SOCIÉTÉS EN JURISPRUDENCE : JUSQU'OU VA LA SPHÈRE D'INFLUENCE ?

A. Introduction

20. Le devoir de vigilance a des conséquences en responsabilité civile. La loi française le prévoit expressément (Code de commerce, Art. L. 225-102-5). Longtemps avant l'adoption de cette loi spécifique, la décision *Erika* avait, en 2012, ouvert la voie en retenant la responsabilité de la société mère, Total, pour une pollution de grande ampleur causée par le navire *Erika* affrété par une des filiales du groupe (B). En 2021, plusieurs affaires emblématiques se sont succédé impliquant d'une part la responsabilité de la société mère Shell pour le dommage causé par une filiale au Nigeria (C) et d'autre part la responsabilité d'une société anglaise, Maran, pour un accident mortel survenu dans sa sphère d'influence (D). Finalement, la décision du tribunal de La Haye du 26 mai 2021, qui condamne Shell pour insuffisance d'efforts dans la lutte contre le changement climatique, a stupéfié le monde entier par son audace juridique (E).

B. Pollution au large des côtes bretonnes : l'affaire *Erika*

1) Consécration jurisprudentielle du préjudice écologique

21. Le 12 décembre 1999, l'*Erika*, un navire vieux de vingt-cinq ans et mal entretenu, sombre au large des côtes bretonnes déversant une partie de sa cargaison en mer, ce qui entraîne une pollution d'une extrême gravité du littoral atlantique français sur plus de 400 km. Les décisions

(64) P. ABADIE, note, *D.*, 2021, p. 614.

(65) F. BLANC, « Focus – Total », *Droit administratif*, Paris, Lexisnexis, 2021, p. 5.

rendues par le tribunal de grande instance de Paris le 16 janvier 2008, par la cour d'appel de Paris le 30 mars 2010 et par la Cour de cassation le 25 septembre 2012 à propos du naufrage de l'Erika ont innové et consacré le préjudice écologique en droit français(66).

Cette consécration est d'autant plus remarquable que la notion de préjudice écologique avait été contestée par l'avocat général, pour qui le préjudice écologique ne devait pas être indemnisé de manière autonome, mais être indemnisé, le cas échéant, au titre de préjudice moral. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel en considérant que celle-ci « a ainsi justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction (en l'occurrence une faute de témérité) » (page 255 de l'arrêt).

Cette décision a été bien reçue par les juges du fond(67). Cette reconnaissance jurisprudentielle du préjudice écologique a provoqué une modification du Code civil français. Une loi du 8 août 2016 n° 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a inséré dans le Code civil français les articles 1246 et suivants(68). Ces dispositions reconnaissent le préjudice écologique pur, causé à l'environnement en tant que tel et précisent les modalités de sa réparation.

2) Responsabilité de la société mère Total en raison d'engagements volontaires

22. Comme le rappelle le professeur Neyret, depuis les premières marées noires, les compagnies pétrolières avaient pris la précaution de « cloisonner les risques » par des montages juridiques exonérant autant que possible la société mère du fait des personnes assumant l'opération

(66) Paris, 30 mars 2010, *D.* 2010, p. 2476 et l'étude de L. NEYRET, « L'affaire de l'Erika : moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.*, 2010, chron., p. 2239 ; X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *Amén.-Env.*, n° spécial 2012/3, n° 27. L'arrêt, qui fait 487 pages, est « hors norme ». Il est pour l'essentiel confirmé par la Cour de cassation française dans un arrêt du 25 septembre 2012, Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *RTDciv.*, 2013, p. 119, obs. P. JOURDAIN. Pour un exposé synthétique, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, « Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 250-251.

(67) CA Nouméa, 25 février 2014, *D.*, 2014, p. 669 obs. G.J. MARTIN et L. NEYRET ; TGI Tarascon, 29 juillet 2014, *D.*, 2014, p. 1694 ; Trib. corr. Marseille, 6 mars 2020, *D.*, 2020, p. 1553, note G. LERAY et al., « Réflexions sur une application du préjudice écologique ».

(68) Nous n'approfondissons pas cette question. La doctrine française est très fournie. Pour une synthèse, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Responsabilité civile environnementale*, Paris, Dalloz-corporis, 2020, §§ 225-232.

litigieuse (en l'espèce l'affrètement du transporteur du fioul lourd)(69). Il en résulte en principe une imperméabilité des sociétés du groupe.

En sa qualité de société cotée, Total SA se devait cependant de communiquer sur sa RSE. Elle s'est donc engagée volontairement et publiquement à veiller à la qualité des transporteurs de ses produits et a mis en place un contrôle direct de l'état des navires exploités par ses affréteurs (*vetting*). Mais lorsque, le 7 décembre 1999, alors qu'il y avait tempête en mer, elle a autorisé l'Erika à prendre la mer, elle n'a pas procédé correctement à la vérification de l'état du navire alors qu'elle s'était engagée à le faire, ce qui amène la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 septembre 2012, à imputer une « faute de témérité, au sens de la Convention CLC 69/92, à la charge de la société Total SA, et qu'il en résultait que son représentant avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution »(70). La Cour de cassation confirme dès lors les condamnations pénales établies par la cour d'appel et fait un pas de plus. Elle ajoute la condamnation civile solidaire de Total SA (sans renvoi) à réparer l'intégralité du préjudice résultant du naufrage.

C. Pollution au Nigeria par une filiale de Shell

1) Les faits

23. Shell est un groupe d'une nature particulière : anciennement, son sommet était constitué d'un consortium de deux sociétés, Shell Petroleum NV dont le siège est situé à La Haye et Royal Dutch Shell PLC, dont le siège est situé à Londres(71). En 2005, le groupe est restructuré et une seule société mère subsiste, constituée selon le droit anglais et dont le siège central est situé à La Haye, aux Pays-Bas (ci-après, « Shell » ou « RDS »).

Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd (« SPDC »), filiale nigériane de Shell, bénéficie de licences d'exploitation de puits de pétrole au Nigeria depuis 1958 et connaît, depuis l'origine, des problèmes dus à des ruptures accidentelles ou à des sabotages de pipelines qui transportent le pétrole du lieu d'extraction à la côte. Ces ruptures ont gravement pollué

(69) L. NEYRET, *op. cit.*, p. 2238.

(70) Cour de cassation, 25 septembre 2012 (Cass. (Fr.) crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, disponible sur <https://www.courdecassation.fr/>, pp. 315-316/319. Concernant la Convention CLC 69/92, voy. notamment L. NEYRET, *loc. cit.* (concernant les autres circonstances de fait relevées par la Cour, voy. p. 278/319).

(71) Concernant la technique de création d'un tel groupe, W. VAN GERVEN, « Overzicht van de cooperatie en concentratie technieken naar Belgisch recht », *T.P.R.*, 1970, pp. 155-181.

et rendu inexploitable d'importantes zones agricoles et de pêche, outre les atteintes à l'environnement et à la santé des communautés locales. (72)

SPDC et le gouvernement nigérian ont tenté de remédier à ces atteintes graves. Ces interventions n'ont pas répondu aux attentes des communautés locales qui ont porté le litige aux États-Unis (73), à Londres et à La Haye. Ces procédures ont abouti en 2021, devant les juridictions de Londres et de La Haye. Celles-ci se sont déclarées compétentes et ont prononcé des décisions novatrices.

2) Position des juridictions néerlandaises

24. Sur la base de faits remontant à 2004 et 2005, les juridictions néerlandaises se sont finalement déclarées compétentes pour connaître d'actions de citoyens nigériens contre Shell et sa filiale nigérienne. Cette affirmation de compétence est en soi remarquable car le dommage allégué était intégralement situé au Nigeria. De plus, il n'était pas contesté que le droit nigérian réglait la question de la responsabilité pour la réparation du dommage résultant de ces faits (74).

25. La *Gerechtshof* de La Haye rend, le 29 janvier 2021, une décision condamnant tant la filiale nigérienne SPDC que Shell (75).

SPDC est condamnée à indemniser les demandeurs par application de la loi nigérienne (le « Oil Pipelines Act 1956 ») qui crée une responsabilité

(72) L'UNEP a publié en 2011 un rapport décrivant les « Mesures d'urgence requises contre l'extrême gravité de la pollution de l'eau potable dans certains lieux » :

https://postconflict.unep.ch/publications/OEA/UNEP_OEA_ES.pdf.

(73) Ces actions ont été déclarées irrecevables. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013). Cette décision, prononcée par la *United States Supreme Court* le 17 avril 2013, décide que le *Alien Tort Claims Act* ne s'applique pas à défaut d'un lien suffisamment étroit avec le territoire des USA (R. AYOGBU, *op. cit.*, p. 702 et réf. cit.).

(74) Le recours devant les tribunaux du siège de la société mère pour des faits dommageables qui se sont déroulés et réalisés intégralement sur le territoire du siège de la filiale a été déclaré recevable par les juridictions néerlandaises dans une décision de la *Gerechtshof* de La Haye du 30 janvier 2013 (*Akpan et Milieudéfensie c/ Royal Dutch Shell*, C/09/337050 / HA ZA 09-1580, disponible sur <https://www.rechtspraak.nl>) Cette décision fait application de l'arrêt de la CJUE *Painer*, du 1^{er} décembre 2010 (Affaire C-145/10 – disponible sur <https://curia.europa.eu>) qui juge que les juridictions d'un des défendeurs à l'action sont compétentes par application de « l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, pour autant toutefois qu'il était prévisible pour les défendeurs qu'ils risquaient de pouvoir être attirés dans l'État membre où au moins l'un d'entre eux à son domicile ».

(75) *Oguru, Efanga et Vereniging Milieudéfensie c/ Shell Petroleum NV, Royal Dutch PLC et Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, *Gerechtshof De Haag*, deux affaires jointes inscrites au rôle sous les numéros C/09/365498 / HA ZA 10-1677 « (zaak a) » et C/09/330891 / HA ZA 09-0579 « (zaak b) » (disponible sur <https://www.rechtspraak.nl>). Quatre autres affaires ont été tranchées le même jour. Les deux premières concernaient la rupture d'un pipeline près de Goi en 2004 et les deux autres une rupture près de Ikot Ada Udo. Seules les affaires « a » et « b » ont abouti à une condamnation de la filiale locale et de la société mère.

objective (« risicoansprakelijkheid »), pour ne pas avoir prévenu adéquatement le dommage résultant d'une rupture d'un pipeline Oruma le 26 juin 2005 et pour ne pas avoir, ensuite, installé un détecteur de fuites (Leak Detection System) adéquat.

Dans la 7^e partie de la décision, la société mère est condamnée, mais de façon limitée, sur la base des principes du « duty of care » consacrés par la *common law*, applicables en vertu du droit nigérian. Ce n'est donc pas en vertu du droit des Pays-Bas que la responsabilité de la société mère est engagée, mais en vertu du droit nigérian. La Cour considère que la société mère n'est pas responsable des ruptures elles-mêmes, car le droit nigérian établit une responsabilité sans faute à charge du titulaire de la licence d'exploitation (76). La société mère n'est déclarée responsable que pour l'avenir. Alors qu'elle a connaissance des ruptures fréquentes de pipeline, elle n'a jusque-là pas veillé à ce que ces ruptures soient mieux maîtrisées en installant en temps utile des dispositifs de détection adéquats. Pour arriver à cette condamnation, la Cour constate (i) que la société mère avait connaissance des données scientifiques qui établissent son manquement (« wetenschapseis »), (ii) que la société mère avait une « proximité » suffisante avec les victimes par le fait qu'elle contrôlait activement les activités de sa filiale en matière environnementale (« bemoieienis ») (77) et (iii) qu'imposer à la société mère ce devoir était « fair, just and reasonable » (78).

La société mère est condamnée sous astreinte, avec sa filiale, à installer dans un délai d'un an un système de détection (« Leak Detection System ») sur le pipeline Oruma-I et Oruma-II.

(76) Un commentateur estime, à notre avis à juste titre, que cette limitation n'est pas justifiée : dès lors que la société mère a manqué à son « duty of care », sa responsabilité est engagée quelle que soit la base légale de la responsabilité de la filiale (L. ROORDA, « Wading through the (polluted) mud : the Hague Court of Appeals rules on Shell in Nigeria », *Blog Rights as Usual* de Nadia Bernaz, 2 février 2021 : <https://www.rightsasusual.com/?p=1388>).

(77) Ce constat, qui doit être rattaché au *neighbour principle* dégagé dans *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, s'appuie notamment sur les éléments suivants : (i) la structure du groupe Shell est organisée en « business lines » qui permettent aux dirigeants de se rencontrer pour convenir d'orientations en dehors des structures juridiques dans lesquelles ils sont engagés (arrêt, points 7.5-7.10), (ii) la hauteur du *bonus* des membres de l'*Executive Committee* de la société mère était influencée par « *het aantal en volume van de operational spills* » (points 7.15-7.18).

(78) Décision citée ci-dessus (note 75), point 7.26. On notera que la considération selon laquelle la condamnation de la société mère devait être « fair, just and reasonable » n'apparaît plus dans la décision *Vedanta v Lungowe* citée ci-dessus en note 81. Cette décision juge que « *the liability of parent companies in relation to the activities of their subsidiaries is not, in itself, a distinct category of liability in common law negligence* » (point 49 de la décision citée en note 81 ci-dessous).

3) Décision de la Supreme Court (Royaume Uni)

26. Le 12 février 2021, la *UK Supreme Court* prononce à son tour une décision défavorable à Shell et à sa filiale nigériane SPDC sur demande d'une autre communauté nigériane dirigée par son représentant, le sieur Okpabi. (79)

Les deux décisions rendues au degré inférieur avaient jugé que la configuration du groupe Shell, permettait à SPDC de fonctionner de façon apparemment autonome, en sorte que les requérants ne justifiaient pas d'une « proximité » suffisante (80) pour saisir les juridictions britanniques. Réformant ce jugement, la *UK Supreme Court* déclare que les demandeurs originaires Okpabi et autres sont en droit de demander réparation devant les juridictions britanniques au motif que Royal Dutch Shell Plc avait un « duty of care » à l'égard de leur communauté pour les actes de sa filiale nigériane.

27. La *UK Supreme Court* se fonde principalement sur le précédent *Lungowe v. Vedanta Ressources plc* (81).

Cette affaire concerne la mise en cause du « duty of care » d'une société mère Vedanta Ressources plc dont le siège social est à Londres et dont la filiale zambienne Konkolo Copper Mines plc exploite une mine de cuivre en Zambie. L'activité de cette filiale pollue l'environnement et porte atteinte à la santé de la communauté locale. Dans cette affaire, la *UK Supreme Court* constate notamment que la société mère Vedanta déclarait publiquement « its own assumption of responsibility for the maintenance of proper standards of environmental control over the activities of the subsidiaries, and in particular the operations of the Mines » (82). Cette déclaration supposait un degré d'intervention direct suffisant de Vedanta dans la gestion de la mine pour justifier la compétence des juridictions britanniques et connaître d'un éventuel manquement de Vedanta à son « duty of care » à l'égard de la communauté locale affectée par cette activité.

La *UK Supreme Court* prend cependant soin de préciser que « Direct or indirect ownership by one company of all or a majority of the shares of

(79) *Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents)* [2021] UKSC 3 – On appeal from [2018] EWCA Civ 191. Disponible sur <https://www.supremecourt.uk>.

(80) Le principe de proximité est une limitation à l'extension du *duty of care* qui ne bénéficie pas à tout tiers victime d'un dommage mais à un cercle de personnes (*neighbours*) dont il est prévisible qu'elles seront affectées par le manquement commis par l'auteur du dommage. Pour plus de détails, ci-dessus en note 17.

(81) *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v Lungowe and others (Respondents)* [2019] UKSC20. On appeal from : [2017] EWCA Civ 1528. Disponible sur <https://www.supremecourt.uk>.

(82) Arrêt cité en note 81, § 61.

another company (which is the irreducible essence of a parent/subsidiary relationship) may enable the parent to take control of the management of the operations of the business or of land owned by the subsidiary, but it does not impose any duty upon the parent to do so, whether owed to the subsidiary or, a fortiori, to anyone else. Everything depends on the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of the relevant operations (including land use) of the subsidiary » (§ 49). Selon la Cour, un groupe pourrait théoriquement laisser les mains libres à ses filiales et se contenter de voter chaque année à l'assemblée générale les comptes et la distribution des dividendes. À notre avis, il s'agit là d'une vue de l'esprit, incompatible par ailleurs avec l'organisation des groupes de sociétés intégrés (par opposition aux purs holding financiers), qui est d'augmenter leur pouvoir grâce à leur intégration parfaite.

28. La décision *Okpabi* du 12 février 2021 recherche en priorité s'il existe au sein du groupe Shell, un contrôle de la maison mère sur l'activité qui est à l'origine du dommage.

La *UK Supreme Court* relève d'abord que le seul fait qu'un groupe a une taille énorme n'exclut pas l'existence d'un contrôle centralisé (83).

La Cour constate ensuite que « Whilst “formal binding decisions” are taken at corporate level, these are taken on the basis of prior advice and consent from the vertical Business or Functional line and organisational authority generally precedes corporate approval. Whilst the respondents suggested that RDS could only delegate responsibility for its own corporate governance and group-wide strategy functions, the RDS Control Framework shows that the CEO and the RDS ExCo have a wide range of responsibilities, including for “the safe condition and environmentally responsible operation of Shell’s facilities and assets”. » (84) La Cour estime qu'en l'espèce, le pouvoir réservé aux dirigeants de la société mère concernant la gestion des questions environnementales et de sécurité est tel que la société mère assume un « duty of care » à propos de ces activités.

(83) Arrêt cité en note 79, § 100. La Cour cite à cet égard la « *dissenting opinion* » d'un juge de degré inférieur : « *I do not think that the simple matter of the sheer size of the Shell Group can be an answer to the present claim : why should the parent of a large group escape liability just because of the size of the group, if the criteria for imposing a duty of care are satisfied for a number of companies in the group, while the parent of a smaller group (eg with one subsidiary) has a duty of care imposed on it when precisely the same criteria are satisfied in relation to its subsidiary?* ».

(84) *Id.*, § 157.

La *UK Supreme Court* conclut que « the majority of the Court of Appeal was wrong to decide that there was no real issue to be tried » et décide que la cause soulève bien matière à procès (« triable issues ») qui relèvent de la compétence au fond des juridictions britanniques.

4) Une jurisprudence pionnière

29. Ces décisions ouvrent une nouvelle ère de la jurisprudence qui se montre plus rigoureuse à l'égard des sociétés mères de groupes multinationaux. Elle s'appuie, sans s'y référer explicitement, sur les principes de droit souple (*soft law*) développés par l'ONU et par l'OCDE (*supra* n° 5 à 12). Les Principes directeurs de l'ONU et le Guide OCDE 2018 affirment la responsabilité (« responsibility ») de tels groupes à l'égard des communautés locales.

Selon les Principes directeurs de l'ONU et le Guide OCDE 2018, les groupes multinationaux ont le devoir de veiller, à leur plus haut niveau de direction, à une identification, une prévention, une atténuation et, le cas échéant, une réparation adéquate de l'impact négatif que leur activité provoque sur les droits humains (voir ci-dessus, n° 5 et 9).

30. Soulignons que ces décisions procèdent à un raisonnement inversé par rapport au devoir de diligence. Elles déclarent la responsabilité de la société mère établie dans la mesure où elles constatent que cette société s'immisce (« bemoeien » en néerlandais) effectivement dans la gestion de la filiale responsable pour identifier, prévenir et réparer le dommage. Si une telle intervention n'existait pas, il n'y aurait pas de responsabilité directe de la société mère. Le constat est frappant : c'est parce que le groupe se conforme aux normes de droit souple (*soft law*) que sa société mère se voit appliquer les normes de droit dur, en l'occurrence le « duty of care » qui relève du droit des *Torts*. Cette motivation rend la solution fragile. Il suffirait apparemment, pour échapper à cette responsabilité, qu'une société mère refuse simplement de se conformer aux normes de droit souple. Une telle attitude est en réalité impensable dans un groupe intégré.

Cette jurisprudence ne s'aventure pas dans des théories telles que la levée du voile de la personne morale ou la théorie du gestionnaire de fait. Elle adopte un raisonnement libéral classique. C'est parce qu'elles ont volontairement adhéré à des normes de droit souple (*soft law*) que les

sociétés mères de tels groupes sont passibles des sanctions de droit civil pour les actes fautifs et dommageables de leurs filiales.

La faiblesse d'une telle motivation ne sera plus à souligner quand une directive européenne imposera à des entreprises soigneusement définies des devoirs de diligence ou de vigilance obligatoires (ci-dessus, note de bas de page sous le n° 17).

D. Mort d'homme sur un chantier naval de démolition au Bangladesh

31. Le 10 mars 2021, la *Court of Appeal of England and Wales* (civil division)⁽⁸⁵⁾ prononce un arrêt retentissant par lequel elle déclare admissible l'action introduite par Mme Amina Begum contre la société de droit anglais Maran (UK) Limited (ci-après « Maran »). Cette action met en cause la responsabilité de Maran UK Ltd pour le décès de l'époux de Mme Begum le 30 mars 2018 sur le chantier de démolition naval de la firme Zuma Enterprise Yard (ci-après « Zuma ») au Bangladesh. Maran n'était pas l'employeur de l'époux de Mme Begum et Maran n'avait pas non plus de relation contractuelle directe avec Zuma.

Zuma exploite le chantier en question sur une vaste plage à Chattogram. Sur cette plage, des cargos sont échoués et ensuite démantelés dans des conditions sanitaires et de sécurité gravement insuffisantes. Le mari de Mme Begum, qui travaillait pour Zuma, fait une chute du pont de l'ancien pétrolier Maran Centaurus sur lequel il travaillait. Ce navire était la propriété d'une société de droit libérien CSME qui en avait confié la gestion et l'exploitation à une autre société de droit libérien MTM. Ces deux sociétés et Maran font partie du groupe Angelicoussis. Maran est intervenue comme agent maritime (« shipbroker ») pour assurer la vente du navire qui était hors d'usage. La décision relève que Maran « had complete control over the sale of the vessels, including who it was sold to and for what price » (§ 7). La vente a été conclue avec une société Hsejar Maritime Inc pour un prix jugé particulièrement élevé de USD 16 millions.⁽⁸⁶⁾ Si la

(85) *Begum v Maran (UK) Ltd* [2021] 3 WLUK 162. Cet arrêt confirme une décision de la High Court of Justice (Queen's Bench Division – The Honourable Mr Justice Jay) du 13 juillet 2020 [2020] EWHC 1846 (QB).

(86) Le prix de vente d'un navire qui ne peut plus naviguer est souvent inférieur au prix de sa ferraille en raison des nombreuses difficultés que présentent son démantèlement, notamment en raison de la présence d'amiante et de produits radioactifs.

vente avait eu lieu en vue de démanteler le navire sur un chantier sécurisé, le prix aurait été nettement inférieur, voire nul.

La Cour juge que Maran a, en vendant le navire dans ces conditions, créé un danger dont elle ne pouvait ignorer l'existence, de nombreuses publications internationales décrivant depuis des années les conditions de travail déplorables sur les chantiers navals de démolition au Bangladesh. (87) La Cour juge que « the vessel was to be broken up in Chattogram, where the working practices were so notoriously unsafe.... that death was not a mere possibility but a probability. » (§ 62)

La Cour constate que Maran aurait pu utiliser son influence pour que le navire soit démantelé dans des conditions de travail correctes, en reliant le paiement de tout ou partie du prix à la preuve que cette exigence était satisfaite. La Cour constate par ailleurs que le contrat entre Maran et Hsejar contenait une clause imposant à l'acheteur « to confirm that they would only sell to a yard that would perform the demolition in accordance with good health and safety working practices » (§ 68) – ce qui prouve que Maran disposait d'un pouvoir d'influence sur le lieu de démantèlement du navire – mais que cette clause n'était que « words on a piece of paper » (§ 69).

32. Cette décision consacre la possibilité, en droit anglais, de mettre en cause la responsabilité d'une société pour un manque de diligence dans le suivi de sa chaîne de valeur, y compris en aval de cette chaîne. Maran ne pouvait ignorer que son navire allait être démantelé dans un chantier qui ne respectait pas les normes minimales en matière de sécurité. Le fait qu'il n'existe pas de lien contractuel entre le responsable du chantier naval et la société qui a vendu le navire à une société intermédiaire, ni entre la victime et cette dernière société n'empêche pas le juge d'identifier une responsabilité basée sur le « duty to care » de cette société (88).

Comme dans l'affaire *Erika* (ci-dessus, n° 21), la décision relève que Maran s'était ménagé contractuellement la possibilité de s'ingérer dans le choix par l'acheteur du chantier auquel il revendrait le navire, ce chantier

(87) Notamment sur le site de l'ONG *Shipbreaking Platform* <https://shipbreakingplatform.org/>; voir également le site de l'OIT (https://www.ilo.org/safework/info/WCMS_110335/lang-en/index.htm?ssSourceSiteId=global).

(88) Pour une analyse de cette question sous l'angle de la responsabilité du fait d'autrui en droit anglais et des USA, V. ULFBECK et A. EHLERS, « Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries : The Concept of Vicarious Liability », *European Company Law*, vol. 13 (2016), pp. 170-173. En droit français, *de lege ferenda*, M. FABRE-MAGNAN, « La responsabilité du fait du cocontractant. Une figure juridique pour la RSE », *Liber Amicorum en l'honneur de Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, pp. 79-90.

devant être géré « in accordance with good health and safety working practices ». Cet élément révélait que cet acheteur, autant que le chantier sur lequel le navire serait démantelé, restait dans la sphère d'influence de Maran.

Dans la mesure où une clause contractuelle donne pouvoir au vendeur d'imposer à l'acheteur un certain comportement, (89) on peut soutenir qu'il agit en tant que « donneur d'ordre », ce qui a pour conséquence qu'il doit veiller au respect des engagements contractuels imposés à son acheteur. Situation peu satisfaisante en fin de compte, puisqu'il suffirait que le vendeur n'impose aucune clause lui permettant d'intervenir pour qu'il échappe à la responsabilité qui en découle. La décision commentée ne retient d'ailleurs pas cette circonstance comme motif décisif. Elle retient d'une part la connaissance par Maran du danger d'un impact négatif grave en aval de la chaîne de valeur (en l'espèce la valorisation de la carcasse du navire en vue de son démantèlement) et d'autre part la possibilité *en fait*, pour Maran, de contrôler les conditions du démantèlement en convenant qu'une partie du prix serait payée pour autant que ce démantèlement se réalise conformément aux normes de sécurité généralement admises (§ 68).

E. Shell condamnée à réduire les émissions de CO₂ dans toute sa chaîne de valeur

33. Le 12 décembre 2019, dans l'affaire *Urgenda*, la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*) confirme la décision des deux décisions précédentes (en 2015 et 2018) condamnant l'État néerlandais à réduire le niveau de CO₂ émis par les Pays-Bas d'au moins 25 % d'ici la fin 2020, conformément à ses obligations internationales, car son attitude portait atteinte à la santé et au bien-être de ses concitoyens, en violation notamment des articles 2 et 8 de la CEDH (90).

(89) Certains auteurs qualifient à juste titre ce type de contrat de « contrat durable » : A. LAUNAY et Y. QUEINNEC, « De la prévention à la réparation des impacts ESG : Le contrat durable, outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable », in K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016, pp. 469-484. Le seul fait qu'un contrat contienne ce type de clause crée entre les parties une « relation commerciale établie » car il crée dans le chef de la contrepartie l'« attente légitime d'une poursuite de la relation » (*id.*, p. 473).

(90) Hoge Raad, 20 december 2019, Zaaknummer : 19/00135, ECLI :NL :PHR :2019:887. Les commentaires sont nombreux. En langue française, A. ADAM, « La décision *Urgenda* de la Cour suprême des Pays-Bas : la science du climat au service des droits humains », *J.L.M.B.*, 2020, p 1014.

Il faut également mentionner, parce que sa motivation et sa portée sont extrêmement importantes, la décision de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) publiée le 29 avril 2021 qui

34. Sur la lancée des deux décisions de fond dans l'affaire *Urgenda*, le 5 avril 2019, diverses ONG (91) citent Shell devant le tribunal de La Haye. À titre principal, elles demandent au tribunal de juger que les efforts de Shell sont insuffisants pour se conformer aux objectifs d'un réchauffement climatique limité à 1,5 °C par rapport au début de l'ère industrielle et que cette insuffisance cause un dommage aux personnes dont elles défendent les intérêts. Elles demandent que ce dommage soit réparé par l'adoption de mesures qui permettent d'ici à 2030 la réduction de 45 % de ses émissions de CO₂ par rapport à 2019. À titre subsidiaire, ces ONG demandent qu'il soit ordonné à Shell de réduire de 45 % de ses émissions de CO₂ par rapport à 2019. Toutes les émissions dont le groupe Shell est, directement ou indirectement, la cause, sont visées (scope 1 à 3) (92).

Par un jugement du 26 mai 2021 (93), le tribunal de La Haye fait droit à la demande subsidiaire des ONG. En ce qui concerne la demande principale, il considère, contrairement à ce qui était avancé par les demandeurs, que le dommage allégué n'est pas encore réalisé mais que ce dommage est suffisamment certain et imminent pour que Shell soit condamnée à en prévenir la réalisation dans la mesure de ses moyens. Le tribunal fonde son jugement sur le « ongeschreven zorgvuldigheidsplicht van artikel 6 :612 BW ». Le tribunal s'appuie principalement sur les « zorgvuldigheidsnormen » que constituent les Principes directeurs de l'ONU (94) et, dans une moindre mesure, sur les objectifs de développement durable de l'ONU (95).

condamne l'État allemand à préciser son effort pour satisfaire aux objectifs de l'Accord de Paris au-delà de 2030 en raison du dommage irréparable qu'un manque de prévision pourrait impliquer pour les générations futures (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>).

(91) Vereniging Milieudefensie, Stichting Greenpeace Nederland, Stichting ter bevordering fossielvrijbeweging, Landelijke vereniging ten behoud van de Waddenzee, Stichting Both Ends, Jongeren Milieu Actief, Stichting Actionaid.

(92) Pour la notion de « scope », voy. ci-dessus, 19.

(93) Rechtbank Den Haag, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (-5339 version anglaise), www.rechtspraak.nl

(94) Le tribunal estime que les Principes directeurs de l'ONU constituent un fil conducteur « *leidraad... bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Vanwege de internationaal algemeen aanvaard inhoud van de UNGP [Principes directeurs], doet het niet ter zake of [Shell] – die op haar website vermeldt de UNGP te ondersteunen ("to support") (...) – zich al dan niet heeft verbonden of geëngageerd aan de UNGP.* » (décision citée en note 93, point 4.4.11). Le jugement expose l'application de ces principes, et notamment l'obligation de diligence raisonnable concernant les activités du groupe (scope 1 à 3), aux points 4.4.11 jusque 4.4.21.

(95) Décision citée en note 93, point 4.4.41 : « *De rechtbank betreft de UNSDG in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, aangezien deze VN resolutie de weerslag vormt van een internationaal breed geaccepteerde consensus.* »

35. Le tribunal déclare l'action des ONG recevable uniquement en ce qu'elle concerne les intérêts des générations présentes et futures des habitants des Pays-Bas et de la région des îles de Frise (*Waddeneilanden*). L'action est déclarée irrecevable en ce qu'elle concernerait l'intégralité de la population mondiale et en ce qui concerne les (17 000) individus qui se sont joints à l'action (points 4.2.1-4.2.7).

Se basant sur l'article 7 du Règlement de Rome II, le tribunal déclare le droit des Pays-Bas applicable en considérant que le fait générateur du dommage se situe au siège de la société mère, à La Haye où la politique climatique du groupe Shell est décidée (point 4.3.5-4.3.6).

36. Faisant une très large application des Principes directeurs de l'ONU, le tribunal constate d'abord que la société mère, Shell, décide souverainement de la politique générale du groupe, tandis que les filiales ont la responsabilité de sa mise en œuvre (point 4.4.4). Il constate aussi que Shell dispose d'un pouvoir sur l'émission de CO₂ qui est supérieur à celui de certains États (point 4.4.5 et 4.4.37)(96).

Conformément aux Principes directeurs de l'ONU, si les États doivent protéger leurs citoyens contre les atteintes aux droits de l'homme, les entreprises ne peuvent pas se contenter d'attendre que les États mettent en place les politiques nécessaires pour atteindre les objectifs climatiques : les entreprises doivent assumer, sans attendre, leur responsabilité et veiller, indépendamment de l'attitude des États, au respect des droits de l'homme dans toute leur chaîne de valeur telle que définie dans les Principes, c'est-à-dire y compris les utilisateurs finaux de leurs produits (point 4.4.17). L'inclusion, dans l'industrie pétrolière, des utilisateurs finaux dans la chaîne de valeur est en outre confirmée par un rapport de l'Université d'Oxford de 2020 (point 4.4.18).

Le tribunal conclut que la responsabilité de Shell de réduire son empreinte carbone est considérée comme portant sur les trois niveaux : scopes 1 à 3 (point 4.4.19).

Selon le tribunal, Shell est tenue par une obligation de résultat concernant les émissions dans le scope 1 (la société mère et ses filiales). En revanche, il considère que Shell a seulement le devoir (« plicht ») de mettre

(96) Dans le même sens, Ph. DE WOOT constatait aussi que « *les grandes entreprises et leurs dirigeants détiennent, de fait, un pouvoir de nature quasi politique et qu'il est, par conséquent, de leur devoir de l'exercer en conformité avec des principes de justice au-delà du seul critère de la profitabilité monétaire à court terme* », relaté par X. DIEUX, *Le marché bien tempéré*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, coll. L'Académie en poche, 2014, p. 48.

en œuvre des moyens importants (« *zwaarwegende inspanningsverplichtingen* ») pour ce qui concerne les scopes 2 (fournisseurs, sous-traitants) et 3 (consommateurs finaux et autres relations d'affaires) (point 4.4.25).

37. Après avoir fait un exposé des risques identifiés par le GIEC dans ses rapports successifs et en se concentrant ensuite sur le rapport spécial de 2018 (SR-15) relatif aux impacts d'un réchauffement climatique limité à 1,5 °C, le tribunal constate que ce chiffre de 1,5 °C est un objectif qui recueille un large consensus international (points 2.3.1.-2.4.4). Il relève que même l'Agence Internationale de l'Énergie(97), dans son dernier « World Energy Outlook » (2020) constate, comme le GIEC dans le rapport spécial précité, que « Decisions over the next decade will play a critical role in determining the pathway to 2050. For this reason, we examine what the NZE2050 [Net Zero Emissions by 2050] would mean for the years through to 2030. Total CO₂ emissions would need to fall by around 45 % from 2010 levels by 2030, meaning that energy sector and industrial process CO₂ emissions would need to be around 20.1 Gt, or 6.6 Gt lower than in the SDS in 2030. » (points 2.4.11 et 4.4.29). Ce texte consacre la nécessité impérieuse de réduire, par rapport à 2010 et d'ici 2030, l'émission de CO₂ dans l'atmosphère.

Cependant, alors que le GIEC et l'Agence Internationale de l'Energie prennent comme année de référence 2010, le tribunal retient comme date de référence de la réduction à réaliser 2019, date de la citation (point 4.4.32).

38. Le tribunal constate que le système européen d'échange de quotas d'émission (« ETS-System »)(98) a un effet compensatoire (« *vrijwarende effect* »), en sorte qu'il ne faut pas inclure dans la réduction à atteindre les quotités concernées par ce système (points 4.4.44 et 4.4.45).

39. Le tribunal condamne dès lors Shell « directement ainsi qu'à travers les sociétés qui sont reprises dans ses comptes consolidés et avec lesquelles elle constitue le groupe Shell, à réduire le volume des émissions annuelles de CO₂ dans l'atmosphère résultant de toutes les activités de l'entreprise et des produits énergétiques vendus par le groupe Shell en

(97) <https://www.iea.org/>

(98) Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, dont une nouvelle réforme aura lieu dans le cadre du « Green Deal » européen.

telle sorte de limiter ce volume soit réduit de 45 % d'ici à la fin de l'année 2030, par rapport au niveau de l'année 2019 »(99).

Le jugement est déclaré exécutoire par provision.

40. Cette décision constitue une première. Elle restera une décision de référence même si elle est désavouée ultérieurement par des juridictions supérieures. Bien qu'elle ne soit pas assortie d'astreintes ou d'une sanction précise en cas de non-respect, sa portée est profonde(100).

Comme l'indique un commentateur à propos du procès « climat » contre Total, si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout, cela signifie que les sociétés pétrolières sont « piégées par leur propre activité », dans la mesure où « leur raison d'être réside dans les émissions de gaz à effet de serre »(101).

Un juge sensible aux arguments des entreprises fondés sur la compétitivité et la concurrence dans un monde globalisé pourrait, en se retranchant derrière le critère du « raisonnable », être tenté d'« écarter toute mesure rendant impossible la continuation d'une activité économique viable »(102). De fait, l'industrie du tabac et l'industrie de l'alcool prospèrent encore malgré leur coût humain et social énorme.

Le risque de faire prévaloir les impératifs économiques et financiers à court terme sur le risque climatique existe mais il paraît cependant de plus en plus réduit. Nous sommes devenus conscients de l'urgence climatique que des recherches scientifiques convergentes rendent de plus en plus crédible. Une prise de conscience est nécessaire mais elle n'est pas suffisante. Une politique rigoureuse doit être mise en place et exploiter les solutions qui se profilent pour assurer la satisfaction de nos besoins par d'autres moyens que l'exploitation des sources carbonées d'énergie. Les solutions du futur impliqueront en toute hypothèse une forme de sobriété, si possible désirable, qui apaise les pulsions de consommation

(99) Traduction libre du point 5.3 : « *beveelt RDS zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij tezamen de Shell-groep vormt, het gezamenlijk jaarlijks volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO2-emissies naar de atmosfeer (Scope 1, 2 en 3) zodanig te beperken of doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45 % in vergelijking met het niveau van het jaar 2019* ».

(100) Pour une analyse fine de la décision et les révolutions juridiques qu'elle apporte, C. LEPAGE, « Victoire du climat : fronde des actionnaires d'Exxon Mobil et condamnation de Shell aux Pays-Bas », <https://www.huglo-lepage.com/26-mai-2021-victoire-du-climat-fronde-des-actionnaires-dexxon-mobil-et-condamnation-de-shell-aux-pays-bas-actu-environnement-par-corinne-lepage/a-la-une/68371/>.

(101) M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *op. cit.*, p. 100.

(102) *Ibid.*

et donc réduise aussi la demande d'énergie quelle qu'en soit la source. Le tribunal de La Haye relève que dans la balance des intérêts, l'intérêt général (incluant celui des générations futures) prime sur l'intérêt économique de Shell(103).

La principale leçon de cette décision pourrait être la suivante. Toute entreprise responsable dont l'activité implique une émission significative de CO₂ à un point où l'autre de sa chaîne de valeur est tenue d'identifier et de surveiller régulièrement cet impact négatif (devoir de vigilance) et d'adapter son comportement en vue d'assurer que les objectifs de l'Accord de Paris puissent être atteints.

V. RÉFLEXIONS FINALES : DES BONNES INTENTIONS AUX OBLIGATIONS JURIDIQUEMENT CONTRAIGNANTES

41. Une première conclusion semble banale tellement elle s'impose avec force : la responsabilité sociétale des entreprises subit une mutation fondamentale. Elle se transforme en responsabilité juridique. La terminologie anglaise marque clairement le passage : de la *Corporate Social Responsibility* à la *Corporate Social Liability*.

Les entreprises sont, dans une certaine mesure, prises au piège d'un discours autorégulateur qui leur échappe. Le passage des bonnes intentions aux obligations juridiquement contraignantes s'appuie sur des normes douces – principes directeurs, engagements volontaires, codes de bonne conduite etc. – que les entreprises ont, elles-mêmes, contribué à former. Ce n'est pas suffisant : le passage au droit s'opère selon un processus complexe où interagissent l'autorégulation, la réglementation étatique ou internationale et le contrôle judiciaire. Entendue au sens large, la régulation juridique emprunte des formes diverses qui peuvent se renforcer ou se contredire.

Les normativités qui animent ce mouvement ont un tempo différent et variable fait d'accélération et de stabilité apparente. La jurisprudence semble, dans ce cas précis, prendre le législateur de vitesse, grâce notamment à des normes floues, à texture ouverte, qui relèvent du droit positif :

(103) Extrait du point 4.4.53 du jugement : « *De reductieverplichting vraagt om een koerswijziging, waarbij het energiepakket van de Shell-groep zal moeten worden aangepast (zie rov. 4.4.25). Dit stelt mogelijk grenzen aan de groei die de Shell-groep kan doormaken. Het met de reductieverplichting gediende belang legt echter meer gewicht in de schaal dan de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep* ».

bon père de famille, *duty of care*, *ongeschreven zorgvuldigheidsplicht* ou, plus récemment, devoir de vigilance, *due diligence*.

Comme Hart le souligne lumineusement, nous sommes des hommes et pas des dieux : le législateur ne peut connaître, anticiper et régler de façon détaillée toutes les combinaisons possibles de situations qui se produiront dans le futur(104). Des notions floues sont indispensables à l'ordre juridique positif. Elles lui confèrent une certaine porosité aux défis du temps présent. En l'espèce, elles permettent aux juges de réintégrer dans leur motivation « une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »(105). La liste peut être complétée avec les instruments de droit souple qui caractérisent le droit contemporain : Principes directeurs de l'ONU, Guide OCDE (2018) ou encore rapports du GIEC. La décision *Shell* ne s'en prive pas. La juridicité du droit souple, parfois incertaine *a priori*, est finalement consacrée ou rejetée par le juge pour trancher le cas qui lui est soumis(106).

42. Le juge est un acteur important. Ceci ressort de l'analyse des décisions récentes (partie IV). Il ne faut pas pour autant perdre de vue que la RSE est aussi l'objet d'une activité législative notable et récente : en droit français, la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; en droit européen, la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 obligeant de grandes entreprises à publier des « informations non financières ». Il ne s'agit pas de droit souple. Ces textes, âprement négociés, relèvent du droit positif au sens traditionnel. Le droit dur, le « vrai droit », celui dont le caractère obligatoire est d'emblée reconnu et dont la violation est clairement sanctionnée, retrouve une place qu'il semblait avoir perdue. Ce phénomène est perceptible dans le domaine de la responsabilité sociétale et dans des domaines connexes. Le Parlement européen a, le 20 mai 2021, voté une résolution demandant un renforcement de la directive du 21 avril 2004

(104) H. HART, *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 128.

(105) Extrait de la définition de la faute civile de J. DABIN et A LAGASSE « Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle » (C. civ., art. 1382 et s.), *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

(106) La nature exacte de la règle est en question. À ce sujet, F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *R.T.D. civ.*, 1995, pp. 509 et s.

sur la responsabilité environnementale et de la directive du 19 novembre 2008 sur la criminalité environnementale (107).

Ce retour du droit positif affecte la gouvernance d'entreprise : obligation de publier des informations non financières, plan de vigilance, plan climat, le tout soumis au contrôle des parties prenantes, notamment des associations environnementales. Dans bien des cas en effet, les associations environnementales jouent un rôle de lanceurs d'alerte et d'auxiliaires des pouvoirs publics.

L'affaire Total (n° 19) est emblématique : une question de compétence du tribunal judiciaire de Nanterre provoque une réflexion fondamentale sur le plan vigilance Total (108). Ce plan est en lien direct avec la gestion de Total mais, ajoute le tribunal, « le plan de vigilance d'une telle entreprise touche directement la Société en son ensemble, impact qui constitue sa raison d'être, et relève de la responsabilité sociale de la SE Total ». Comment mieux souligner le changement radical dans la façon de concevoir le lien entre la Société dans son ensemble et une société comme Total ? La responsabilité d'une multinationale de cette taille s'évalue à raison du pouvoir quasi politique qu'elle détient dans son État d'origine et, sur le plan mondial, dans le domaine climatique.

43. En matière climatique, le contrôle judiciaire joue un rôle d'autant plus crucial que le législateur national mais surtout international fait défaut. Si l'Accord de Paris sur le changement climatique acquiert une certaine effectivité, ce n'est pas parce qu'il impose des obligations strictes aux États mais parce que l'objectif qu'il proclame est invoqué de façon répétée (109) dans les prétoires par les ONG environnementales et parce que les juges acceptent de l'intégrer dans la norme de bon comportement requise du défendeur en responsabilité. Le défendeur en responsabilité peut être un État, comme le montre notamment la décision *Urgenda* condamnant le gouvernement des Pays-Bas pour inertie dans la lutte contre le changement climatique. Dans les décisions passées en revue et notamment la

(107) Résolution du Parlement européen du 20 mai 2021 sur la responsabilité des entreprises dans les dommages causés à l'environnement (2020/2027(INI) P9_TA(2021)0259.

(108) Pour une analyse de la nature du plan vigilance, F. BLANC, « Focus – Total », *Droit administratif*, Paris, Lexisnexis, 2021, p. 5 ; P. ABADIE, « Les enseignements de la procédure sur la nature du devoir de vigilance », *D.*, 2021, p. 614 point II.

(109) Ce phénomène mériterait une analyse linguistique approfondie. Ce type d'analyse est éclairant. Voy. Th. BERNIS et G. JEANMART, « Le rapport comme réponse de l'entreprise responsable : promesse ou aveu (à partir d'Austin et Foucault) », *Dissensus, Revue de philosophie politique de l'Ulg*, n° 3, février 2010, pp. 117-137.

décision *Shell* (110), le juge condamne une entreprise multinationale pour le même motif.

Dans le premier cas, les juges redessinent le principe de la séparation des pouvoirs, quand les pouvoirs législatif et exécutif font manifestement défaut, comme c'est le cas en matière climatique. Dans le second cas, qui, à certains égards, est plus complexe à cause de la dimension internationale du litige, les juges n'hésitent pas, en cas de contrôle significatif de la société mère sur ses filiales, à écarter le principe de la séparation des patrimoines. Ils contraignent les entreprises à se soucier de l'impact de leur action dans leur sphère d'influence, au-delà du cercle étriqué de leur production propre ou du contrat conclu avec un sous-traitant.

Certains vont déplorer cette régulation judiciaire et s'inquiéter du gouvernement des juges. L'urgence est là et le défi est vital. Le droit international est d'autant plus bavard que son impuissance est criante. Dans ces conditions, le juge n'a-t-il pas pour mission et pour devoir de sonder toutes les possibilités du droit en vigueur et d'exploiter les normes à texture ouverte ? Il actualise ainsi une délégation implicite du pouvoir que le législateur lui concède pour construire des décisions rigoureuses et innovantes, à la hauteur des risques sociaux, économiques et environnementaux qui mettent en péril l'avenir des sociétés contemporaines.

(110) Qualifiée, à juste titre, de révolution juridique par C. LEPAGE, « Victoire du climat : fronde des actionnaires d'Exxon Mobil et condamnation de Shell aux Pays-Bas » précitée en note 100.