

RLDA 7353

## Les contentieux stratégiques, les entreprises doivent s'y préparer

L'objectif du présent article est de revenir sur les récents contentieux climatiques qui, forts de leur impact, ne concernent plus seulement les États mais visent désormais les personnes morales de droit privé, lesquelles peuvent alors être contraintes de modifier leurs comportements en interne afin de lutter contre les atteintes portées à l'environnement et le changement climatique, et ce faisant, vont s'inscrire comme de véritables acteurs de la compliance environnementale qui se dessine en filigrane.

La récente COP 26 qui s'est tenue à Glasgow du 31 octobre au 12 novembre 2021 a montré que malgré des progrès accomplis par les États depuis la signature de l'Accord de Paris en 2015, leurs engagements et la mise en œuvre de ceux-ci sont loin d'être suffisants pour limiter le réchauffement climatique en dessous des 1,5°C.

Face à cette inertie, la justice climatique s'impose comme un recours nécessaire. Présentée d'abord comme une utopie, puis critiquée en raison de sa lenteur compte tenu de l'urgence à laquelle nous sommes confrontés, elle est aujourd'hui un outil majeur permettant au justiciable de faire « bouger les lignes », et tend à se propager sur le terrain de la responsabilité des personnes morales.

Afin d'anticiper au mieux ce nouveau risque contentieux, les entreprises sont désormais contraintes d'identifier en interne les sources probables de ces risques et d'y remédier en amont, impulsant de fait un nouveau mouvement vers une compliance environnementale.

L'actualité judiciaire est en effet riche en contentieux climatiques dont la force contraignante et l'effet d'entraînement ne peuvent plus être ignorés.

C'est ainsi qu'en France, dans une affaire sans précédent compte tenu à la fois de ses enjeux et du soutien qu'elle a reçu de la société civile, le tribunal administratif de Paris a condamné l'État français pour son inaction en matière de changement climatique et l'a contraint à compenser le dépassement du plafond des émissions de gaz à effet de serre (GES) fixé par le premier bud-

get carbone (2015-2018) au 31 décembre 2022 au plus tard<sup>(1)</sup>.

Dans le même sens, le tribunal du district de La Haye, aux Pays-Bas, a condamné la société Shell le 26 mai 2021 pour son manquement à son *standard of care* et a enjoint la Royal Dutch Shell de réduire ses émissions de GES dans le monde de 45 % d'ici 2030 par rapport à 2019.

Ces décisions s'inscrivent dans un contexte juridique favorable à la justice climatique : depuis la décision de l'affaire dite *Urgenda* rendue aux Pays-Bas en 2015 qui a soumis l'État néerlandais à une injonction de revoir à la hausse son ambition de réduction des GES, les contentieux climatiques n'ont eu de cesse de se développer et de prospérer. Ainsi, aujourd'hui, plus de 1 500 actions qualifiées de climatiques ont lieu dans le monde<sup>(2)</sup>, et la France n'est pas en reste : l'affaire *Pollution de l'air* a conduit les juridictions administratives à prononcer une astreinte record contre l'État français en raison du non-respect de ses obligations de garantir un environnement sain<sup>(3)</sup> et, concomitamment à l'*Affaire du Siècle*, l'affaire *Commune de Grande Synthe* a permis de reconnaître l'existence des obligations de l'État français en matière de lutte contre



Emmanuel  
DAOUD

Avocat associé,  
Cabinet VIGO,  
Réseau GESICA



Aimée KLEIMAN

Avocat, Cabinet  
VIGO, Réseau  
GESICA

(1) TA Paris, 3 févr. 2021, et TA Paris, 14 oct. 2021, n° 1904967, 1904972, 1904976/4-1.

(2) Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School and Arnold Porter, *climatecasechart* ; L. Duthoit, « 33. Milieudéfense et autres c. Shell (2019) », in *Les grandes affaires climatiques*, éd. DICE, Confluences des droits, 2020.

(3) CE, 4 août 2021, n° 428409, *Pollution de l'air*.

le changement climatique<sup>(4)</sup>. Doit également être cité le contentieux engagé par des ONG contre la société Total pour manquement à ses obligations découlant de la loi sur le devoir de vigilance, sur lequel nous reviendrons.

En permettant l'essor de la justice climatique, ces contentieux climatiques s'inscrivent et retranscrivent le contexte social et politique du moment, lequel est marqué par la Convention citoyenne pour le climat, les sirènes d'alarme tirées par les experts scientifiques du GIEC, ou encore les rapports étayés, objectifs et malheureusement implacables du Haut conseil pour le climat. En se présentant comme le bras armé judiciaire des acteurs à l'origine de ces procédures, les contentieux climatiques doivent être considérés comme de véritables contentieux stratégiques dont la vocation est de modifier le droit existant et les comportements actuels si bien que, nous l'avons évoqué, leur impact ne s'arrête pas aux instances étatiques mais vise également les personnes morales de droit privé.

## Les contentieux stratégiques, sources d'une évolution juridique indispensable

Il est aujourd'hui indéniable que ces contentieux stratégiques vont façonner la sphère juridique de demain. Pour s'en convaincre, il suffit de se pencher sur l'exemple de la lutte contre la corruption qui, par bien des aspects, présente des similitudes avec le tournant opéré par la justice climatique.

### Le droit pénal et la compliance au service d'évolutions sociétales nécessaires : l'exemple de la lutte contre la corruption, ou la *success story* de l'alliance de la prévention et de la répression

Les contentieux stratégiques, en faisant évoluer le droit positif, s'inscrivent directement dans la continuité de la mutation du droit de la responsabilité observée depuis plusieurs dizaines d'années dont les révolutions d'hier sont aujourd'hui considérées comme acquises et nécessaires. Parmi celles-ci, la lutte contre la corruption mérite d'être citée comme exemple de la modification des comportements individuels et collectifs.

En effet, en France, la déduction fiscale des pots-de-vin était admise jusqu'à l'adoption de la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997<sup>(5)</sup>. C'est donc à la suite d'une prise de conscience de la communauté internationale des maux liés à ces pratiques que de nombreux mécanismes de lutte

contre ce fléau ont été mis en place tant à l'échelle internationale que nationale.

Ainsi, l'Agence française anticorruption<sup>(6)</sup> (AFA) traque depuis 2017 les manquements aux bonnes pratiques de lutte contre les atteintes à la probité qu'elle a édictées et n'hésite pas à proposer des sanctions importantes à l'égard des contrevenants<sup>(7)</sup>.

En outre, la jurisprudence récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite plus à reconnaître la responsabilité pénale des groupes de sociétés et à assouplir par conséquent les conditions d'engagement de leur responsabilité pénale<sup>(8)</sup> et à appréhender la lutte contre la corruption sous le prisme de la protection des droits de l'Homme<sup>(9)</sup>.

Dès lors, les entreprises ne peuvent plus ignorer les comportements internes, au sein des sociétés mères ou des filiales, et doivent tout mettre en œuvre afin de prévenir les faits de corruption en mettant en place des programmes de conformité adaptés afin d'anticiper, prévenir et au besoin gérer le risque pénal et réputationnel qui résulterait de comportements frauduleux liés aux activités de la société<sup>(10)</sup>.

Il ressort de ce qui précède que la France a su, après une impulsion internationale, se doter de moyens importants, tant au stade de la prévention que de la répression (évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation). Compte tenu de ce succès, il est tentant de dresser un parallèle avec la justice climatique, laquelle était perçue comme une simple branche du droit de la responsabilité et gagne aujourd'hui non seulement en visibilité mais surtout en autonomie et en efficacité.

### La justice climatique comme outil de modification du droit et des comportements

La justice climatique a pour objectif de répondre aux enjeux actuels de lutte contre le réchauffement climatique et le déclin de la biodiversité, et en cela elle vise à assurer la protection de l'environnement d'une manière plus générale.

(4) CE, 19 nov. 2021, n° 427301, *Commune de Grande-Synthe*.

(5) F. Wehtle, La corruption sur les marchés étrangers : pratiques et nouvel arsenal répressif, in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2003-2004*, éd. 2003-2004, p. 279 – 288.

(6) Créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(7) Rapport annuel d'activité 2020, disponible à l'adresse suivante : [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA\\_AFA\\_2020\\_V2\\_WEB.pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/RA_AFA_2020_V2_WEB.pdf).

(8) Voir en ce sens la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 novembre 2020, n° 18-86.955, qui pose désormais le principe de la responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis antérieurement à la fusion de la société absorbée.

(9) E. Daoud et D. Boudjelal, La construction jurisprudentielle de la responsabilité pénale des personnes morales, RLDA 2021/174, n° 7302.

(10) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, préc.

Il en résulte une multiplication des procès environnementaux et, en raison de la diversité inhérente à ce domaine du droit, toutes les juridictions sont concernées : si historiquement les juridictions administratives étaient principalement saisies de ces questions, la matière dépasse désormais ce cadre et concerne directement les juridictions civiles et pénales, mais également les instances européennes.

Les juridictions ont ainsi à connaître des litiges nationaux (c'est le cas du contentieux climatique initié contre Total) et internationaux (l'on pense par exemple au contentieux initié contre le groupe Casino) qui soulèvent de nombreuses difficultés telle que la responsabilité des personnes morales en droit international, voire des questions novatrices et inédites ainsi que soulevées dans l'affaire *Grande Synthe* et dans l'*Affaire du Siècle*. Ces affaires répondent ainsi aux objectifs de ces contentieux, à savoir durcir le droit et non uniquement obtenir réparation, et faire en sorte que les décisions obtenues dépassent le cas d'espèce<sup>(11)</sup>.

Si la mise en place d'une autorité administrative environnementale dotée de pouvoirs d'enquêtes importants n'est encore qu'au stade de proposition<sup>(12)</sup>, il convient toutefois de noter que des juridictions spécialisées ont été mises en place par la loi dite « Parquet européen »<sup>(13)</sup>, ce qui laisse à penser que les contentieux environnementaux vont se développer.

En outre, en cherchant à contraindre les différents acteurs de la vie économique, notamment les États et les pouvoirs publics, mais également, et de plus en plus, les personnes morales de droit privé, à réduire l'impact environnemental de leurs activités, à modifier les comportements en interne afin de lutter contre les atteintes portées à l'environnement et le changement climatique, la justice climatique s'ancre durablement dans le paysage judiciaire et ne peut plus être ignorée des entreprises.

### Les différents acteurs ciblés par les contentieux stratégiques

Ces récents contentieux, initiés contre les États, mais également contre des personnes morales, permettent d'affiner la jurisprudence en la matière et de voir s'étendre de nouvelles obligations à un nombre croissant d'acteurs économiques.

(11) C. Cournil, Les prémisses de révolutions juridiques ? Récents contentieux climatiques européens, RFDA, 2021, p. 957.

(12) Voir en ce sens les propositions de la Convention citoyenne pour le Climat, et notamment la proposition SN7.1.2.1, Les propositions de la Convention citoyenne pour le climat, version corrigée 29 janvier 2021, p. 408.

(13) Loi n° 2020-1672 du 2 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

### Les contentieux initiés contre les États

À l'occasion de l'affaire dite *Commune de Grande Synthe* et de l'*Affaire du Siècle*, le Conseil d'État et le tribunal administratif de Paris ont confronté l'État à sa signature des Accords de Paris de 2015 qui visent à contenir « l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels (tout) en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels ».

Dans l'affaire *Grande-Synthe*, le Conseil d'État a reconnu le caractère contraignant des objectifs de réduction de 40 % des gaz à effet de serre d'ici 2030 et de neutralité carbone d'ici 2050 inscrits dans la loi<sup>(14)</sup>, objectifs qui découlent eux-mêmes des Accords de Paris et de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

*La justice climatique s'ancre durablement dans le paysage judiciaire et ne peut plus être ignorée des entreprises*

Dans l'*Affaire du Siècle*, recours en responsabilité contre l'État devant le tribunal administratif de Paris, il s'agissait pour le tribunal administratif de constater le préjudice résultant des écarts constatés afin d'enjoindre à la réparation de ce préjudice écologique existant.

Dans un premier jugement en date du 3 février 2021, le tribunal administratif de Paris a, pour la première fois, reconnu que l'État français n'avait pas respecté ses engagements du fait notamment du dépassement du premier budget carbone (qui est le cadre qui détermine combien d'émissions la France doit respecter pour s'engager dans une trajectoire d'émission en baisse afin de limiter le réchauffement climatique à 1,5°C). La responsabilité de l'État a ainsi été engagée sur le principe au regard du préjudice écologique lié au réchauffement climatique à hauteur de la différence entre ce que l'État s'était engagé à faire et ce qu'il a effectivement réalisé.

Un supplément d'instruction a été ordonné afin de déterminer les mesures nécessaires pour réparer, en nature, le préjudice écologique constaté. Le juge administratif a alors prononcé, dans un jugement du 14 octobre 2021, que le préjudice écologique perdurait du fait de l'insuffisance de l'action environnementale et a enjoint l'État de prendre « les mesures utiles de nature à réparer le préjudice écologique et prévenir l'aggravation des dommages à hauteur de la part non compensée d'émissions de gaz à effet de

(14) Article 100-4 du code de l'énergie.

serre au titre du premier budget carbone » au 31 décembre 2022 au plus tard.

Au-delà du levier juridique que cette décision représente afin d'obtenir rapidement des mesures politiques concrètes, la période électorale est propice à la prise en considération de l'importance climatique ; celle-ci a permis de nombreuses avancées juridiques.

L'on peut ainsi citer la reconnaissance du préjudice écologique devant les juridictions administratives sous la forme d'émissions de GES et de son invocabilité devant les juridictions administratives, ou encore la dispense d'agrément environnemental pour solliciter la réparation du préjudice écologique - l'intérêt à agir des associations a été reconnu largement, ce qui représente une avancée dans l'accès à la justice environnementale.

Ces succès participent à l'amplification d'un mouvement international de justice climatique. On peut ainsi citer le recours initié par de jeunes portugais devant la CEDH qui, face à la hausse des températures de l'ordre de 3°C prévue par les pronostics scientifiques, demandent à la Cour que soient retenues les responsabilités de 33 États parties à la CEDH sur le fondement des articles 2, 8 et 4 de la CEDH en raison de leur manquement à respecter leurs engagements de réduction des émissions de GES<sup>(15)</sup>, ou encore l'assignation par un citoyen autrichien souffrant de sclérose en plaques de son État d'origine en manquement à ses obligations de réduction de ses émissions de GES, cause principale du réchauffement climatique lequel lui porte directement préjudice en raison de l'aggravation de sa maladie due à la hausse des températures<sup>(16)</sup>.

Toutefois, les États ne sont plus les seuls à être visés par ces contentieux et les entreprises sont désormais une cible privilégiée des ONG.

### Les contentieux initiés contre les personnes morales de droit privé

Le contentieux Shell, particulièrement novateur en ce qu'il concerne une personne morale de droit privé, a eu un impact considérable auprès des entreprises, de leurs conseils et de leurs bailleurs de fonds et assureurs.

Cette affaire menée aux Pays-Bas a été initiée par la fondation Milieudéfense, soutenue par la société civile et six ONG<sup>(17)</sup>, qui a assigné la société Shell le 5 avril 2019 pour méconnaissance de son *standard of care* résultant de son refus d'établir une stratégie de baisse des émissions

de GES, conformément à l'objectif des Accords de Paris, manquement pour lequel la société a été condamnée le 26 mai 2021 à diminuer d'au moins 45 % net ses GES avant 2030 par rapport au niveau de 2019<sup>(18)</sup>.

Ce *standard of care* est une norme issue du droit délictuel néerlandais, laquelle est non écrite, analysée en fonction du contexte social sur la base d'éléments juridiques, et peut s'apparenter au devoir de prudence, au standard de la personne raisonnable ou de bon père de famille<sup>(19)</sup>, voire au standard de « *vigilance raisonnable* » de l'article L. 225-1024, I du code de commerce créé par la loi sur le devoir de vigilance<sup>(20)</sup>.

Toutefois, en droit français, ce dernier devait servir à identifier les risques dans le but de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement. Or, aucun élément du texte ne propose de définition de ce qui doit être considéré comme étant « *raisonnable* » et nous ne pouvons que souhaiter que la jurisprudence française s'empare de cette notion pour en préciser les contours.

Tel pourrait être le cas à l'occasion du contentieux climatique concernant la société Total. Dans le cadre de ce contentieux, quatorze collectivités et cinq ONG ont mis la société Total en demeure de se conformer à ses obligations en matière de publication de son plan de vigilance<sup>(21)</sup>. Après une période de discussions avec les instances dirigeantes de la société n'ayant pas abouti à une solution satisfaisante, les requérantes ont assigné Total le 28 janvier 2020 devant le tribunal judiciaire de Nanterre, notamment au motif que son plan de vigilance, et notamment le chapitre concernant l'identification des risques, serait non-conforme et ne prendrait pas en compte « *les risques liés à un réchauffement planétaire au-delà du seuil de 1,5°C* »<sup>(22)</sup>.

Cette affaire, qui n'a pour l'heure pas été tranchée sur le fond, a soulevé une question procédurale, la défenderesse contestant la compétence juridictionnelle du tribunal judiciaire. Cette question a depuis été tranchée par la commission mixte paritaire du 21 octobre 2021 qui a décidé

(15) Aff. *Claudia Duarte Agotinho et autres c. le Portugal et 32 autres États*, req. N° 39371/20.

(16) Requête disponible à l'adresse suivante : [https://www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/austrian\\_climate\\_lawsuite\\_ecthr\\_excerpt.pdf](https://www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/austrian_climate_lawsuite_ecthr_excerpt.pdf).

(17) ActionAid NL, Both ENDS, Fossilvrij NL, Greenpeace NL, Young Friends of the Earth NL, Waddenvereniging.

(18) Tribunal de la Haye, *Milieudéfense et al. c. Shell*, 26 mai 2021.

(19) C. Cournil, *sup.*

(20) Article L. 225-1024, I, al. 3 du code de commerce : « *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 au sens du II de l'article L. 233-16, 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* ».

(21) Tel qu'imposé par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

(22) Assignation de Notre Affaire A Tous et autres v. Total, publiée et disponible via le site internet [notreaffaireatous.org](http://notreaffaireatous.org).

que le tribunal judiciaire serait bien compétent pour entendre les litiges portant sur le devoir de vigilance<sup>(23)</sup>. En anticipation du texte législatif à venir, la cour d'appel de Versailles a confirmé le 18 novembre 2021 la compétence des tribunaux judiciaires<sup>(24)</sup>.

Enfin, un second point du contentieux Shell mérite l'attention : il s'agit de la prise en compte par le juge du fond du respect des droits humains dans le contexte particulier de l'urgence climatique. Le juge retient en effet que « *le respect des droits humains ne doit pas être réalisé de façon abstraite en mettant à la charge des entreprises une responsabilité "passive"* » mais exige une action « proactive » de la part de celles-ci<sup>(25)</sup> et déclare que chaque entreprise doit faire sa part et respecter les droits humains<sup>(26)</sup>.

Ce jugement, bien que frappé d'appel par la défenderesse, jette ainsi les bases de la « *contribution à l'effort climatique des acteurs privés* »<sup>(27)</sup>.

Dès lors, si les entreprises sont de plus en plus nombreuses à avoir saisi l'importance des enjeux – en attestent notamment les prises de positions des grands groupes lors

du CEO Summit organisé à l'occasion du Congrès mondial pour la nature de 2021, celles qui ne sont pas encore convaincues de la nécessité de modifier leurs comportements auraient tort de refuser de tirer les enseignements qui s'imposent non seulement compte tenu de l'augmentation des obligations en matière environnementale, mais également en raison de ces contentieux climatiques.

D'autant que les entreprises concernées, afin d'éviter d'avoir un rôle passif inadapté aux enjeux actuels de réduction des émissions de GES qui serait susceptible de leur être reproché ultérieurement, pourraient intégrer dès aujourd'hui les mesures nécessaires afin de se conformer au mieux aux obligations existantes, en mettant en place des mesures en interne telle qu'une coopération efficace entre leurs différents départements (on pense notamment aux fonctions directement concernées par ces problématiques : fonctions juridiques, compliance ressources humaines, risque, audit interne), voire envisager la création d'un département dédié à la compliance environnementale. ■

(23) L'article 34 du projet de loi propose d'intégrer au code de l'organisation judiciaire l'article suivant : « Art. L. 211-21. - *Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce.* » ; ce projet de loi est consultable sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/leg/pjl21-084.html>.

(24) CA Versailles, 14<sup>e</sup> chambre, 18 nov. 2021, n° 21/01661.

(25) C. Cournil, sup ; jugement par. 4.4.15.

(26) P. Mougeolle, La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France, *La Revue des droits de l'homme*, 2021 ; jugement par. 4.4.49-50.

(27) C. Cournil, sup.

Wolters Kluwer

LAMY REVUE

BDEI Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel

La transition énergétique

La référence en droit de l'environnement industriel

www.wkf.fr

N°Cristal 09 69 39 58 58

APPEL NON BOUTAXE