



CONTENTIEUX CLIMATIQUES : TENDANCES ET PERSPECTIVES

Avvertissement : Cette note a pour objectif de donner un aperçu des tendances en matière de contentieux climatiques et des perspectives d'évolution en Europe et aux Etats-Unis essentiellement, elle n'a pas la prétention de l'exhaustivité sur ce sujet complexe et fera l'objet de mises à jour en fonction des évolutions législatives et jurisprudentielles à venir.

L'expression « *contentieux climatiques* » est relativement récente puisqu'elle remonte au début des années 2000 avec les premiers contentieux engagés contre des Etats et des collectivités territoriales aux Etats-Unis et en Europe par des ONG et des collectifs de citoyens avec pour objectif de sanctionner l'inaction des pouvoirs publics et de les contraindre à des actions en ce domaine. Cette expression s'est peu à peu élargie pour englober les contentieux contre des entreprises liés à leur impact sur le changement climatique, à la violation de règles RSE/CSR //ESG : *reporting* de durabilité, écoblanchiment principalement et du droit de l'environnement. Le dernier rapport *Global trends in climate change litigation* publié en juin 2023 par la London School of Economics¹ a recensé 2341 contentieux climatiques (tous défendeurs confondus) dont deux tiers initiés depuis 2015, date de l'Accord de Paris sur le climat et 81 dossiers d'écoblanchiment contre des entreprises. Et ce rapport confirme le développement à venir des contentieux dits climatiques et particulièrement des contentieux RSE/CSR//ESG.

C'est cette acception large qui sera retenue dans cette étude.

1. Les demandeurs :

Ce sont majoritairement des **ONG**, des associations de défense de l'environnement ou des droits humains, des collectivités territoriales, des citoyens : *ex : en août 2023, des juniors ont obtenu qu'un tribunal du Montana déclare contraire à la Constitution de l'Etat une loi qui interdisait à ce dernier de prendre en compte les émissions de gaz à effet de serre sur le climat lors de l'attribution des permis d'exploitation aux entreprises d'énergies fossiles et rappelons que depuis 2015 un groupe de jeunes a porté plainte contre les Etats-Unis (affaire Juliana et autres c.Etats-Unis) pour ne pas avoir lutté contre les effets du dérèglement climatique mais que l'affaire n'a toujours pas été instruite à ce jour, à citer également l'action de seniors suisses qui vient de donner lieu à une décision de la CEDH du 9 avril dernier qui a retenu la responsabilité de la Suisse pour inaction climatique)...également des actionnaires activistes, des agriculteurs (devant les juridictions allemandes : 2015 : actions d'un paysan péruvien contre l'énergéticien allemand RWE, toujours en cours, d'un paysan allemand contre Volkswagen, demande rejetée en février 2023, et belge : mars 2024, action d'un agriculteur belge contre TotalEnergies.)*

La coopération entre les ONG qui se partagent informations et argumentaires est notable en ce domaine.

¹ Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment

2. Les défendeurs :

Initialement essentiellement engagés contre des **Etats** (Etats-Unis, Pays-Bas, Norvège, France notamment) et des **collectivités locales** (Etats-Unis, France notamment) avec pour objectif : la sanction de l'inaction alléguée des pouvoirs publics, ces contentieux sont aujourd'hui de plus en plus souvent dirigés contre **des entreprises**.

Les principaux secteurs visés :

- **le secteur de l'énergie** en tête avec de nombreux contentieux engagés dans le monde contre les majors pétroliers et gaziers et les électriciens.
- **la chimie, l'agriculture et l'élevage intensifs** en Amazonie notamment.
- **le secteur financier pour le financement** des entreprises de ces secteurs².

Dans un article paru récemment dans la revue Science publiée par l'Université d'Oxford, Thom Wetzer alerte les banques, les compagnies d'assurance et les fonds de pension sur les énormes risques de pertes consécutives aux contentieux climatiques contre des sociétés dans lesquelles ils investissent, parlant même de « blind spot » pour l'industrie financière.

- **la grande distribution dans une moindre mesure.**

Il est probable si le développement des contentieux RSE/CSR/ESG (V. infra) se confirmait que l'ensemble des secteurs serait progressivement concerné.

Mais outre les entreprises, ces contentieux pourraient à l'avenir viser les dirigeants de ces entreprises.

Pour l'instant toutefois ces cas restent encore isolés et ne concernent pas la France : quatre cas identifiés par nous à ce jour :

- **un cas en Angleterre** contre les administrateurs d'une société pétrolière **sur la base du droit des sociétés** (*derivative action* rejetée par la *High Court of Justice of England and Wales* en mai, confirmée en juillet 2023 et devenue définitive en août, v. *infra*).
- **un cas particulièrement intéressant en Pologne** : en janvier 2024, les actionnaires d'une société du secteur de l'énergie ont donné leur accord à la direction de la société pour poursuivre en justice les anciens dirigeants et membres du conseil de surveillance pour violation de leur devoir de vigilance ainsi que la compagnie d'assurance. Il leur est reproché d'avoir investi dans une centrale électrique au charbon, l'abandon du projet, en raison de la hausse du prix de carbone, ayant coûté 160 millions de dollars.
- **deux plaintes collectives au pénal** en 2023 d'une part contre les dirigeants de l'aciérie Tata pour pollution de l'air au nom de 1200 personnes et d'un certain nombre de fondations et d'autre part contre les dirigeants de Chemours, une entreprise chimique, pour mise en décharge intentionnelle de déchets toxiques incluant des PFAS (*dits polluants éternels*) au nom de 2 000 personnes devant des juridictions néerlandaises (enquêtes en cours) plaintes doublées d'actions collectives en réparation au civil .V. *Infra* .

Derivative action contre les administrateurs de Shell pour mauvaise gestion de la stratégie climatique de l'entreprise, à la suite de la décision en mai 2021 de de la *District Court* de La Haye ordonnant à la société de respecter les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat. V. *infra*.

*Cette action visait à faire reconnaître **une faute des administrateurs** au motif que la politique d'adaptation du groupe au dérèglement climatique était inadéquate et à obtenir le prononcé d'une injonction d'adopter des mesures appropriées pour gérer le risque climatique et de se conformer à la décision du tribunal de La Haye. La motivation du rejet par la *High Court of Justice of England and Wales* de cette *derivative action* est très intéressante. Selon la Cour, l'ONG n'a pas été en mesure de prouver que le conseil d'administration n'a pas agi dans l'intérêt de la société et des actionnaires, les obligations prétendument bafouées étant vagues de surcroît.*

² A noter en France, le rejet par l'Assemblée nationale le 4 avril dernier d'une Proposition de loi visant à protéger les Français contre les risques climatiques et financiers associés aux investissements dans les énergies fossiles, n°2230, rapporteure Cyrielle Chatelain , Ecologistes , NUPES .Ce texte visait à interdire aux acteurs financiers privés (banques , fonds d'investissement) d'investir dans de nouveaux projets fossiles,sous peine de sanctions financières et à inscrire dans les exigences prudentielles prévues pour les banques les risques liés aux actifs et services financiers investis dans les énergies fossiles.

Et surtout la Cour a estimé qu'il n'appartenait pas aux actionnaires ni d'ailleurs au juge de se substituer aux administrateurs pour juger de ce qui est bon ou non pour l'entreprise. Enfin, la Cour a noté le soutien d'une majorité des actionnaires aux plans climatiques qui leur ont été soumis.

Toutefois, les commentateurs considèrent que cette décision, si elle peut être jugée rassurante sur l'affirmation des rôles respectifs des actionnaires et des administrateurs, ne devrait pas être interprétée comme fermant définitivement la porte à une mise en cause des administrateurs, la gestion de ces derniers devant être appréciée sous l'angle des changements climatiques.

La mise en œuvre de stratégies pertinentes en ce domaine devra sans doute être désormais être intégrée dans la définition de ce qui est attendu d'un dirigeant normalement compétent. Si l'on s'en tient au droit français, la responsabilité des dirigeants ne devrait pas être engagée dès lors qu'ils démontreront qu'ils ont pris en compte les objectifs climatiques et RSE de la société et les intérêts des parties prenantes dans la définition de la stratégie de cette dernière.

En droit français, certains n'excluent pas toutefois dans l'avenir l'émergence d'un droit sociétal détaché du droit des sociétés jusqu'à présent très protecteur du dirigeant³.

Plus récemment on note : l'assignation par une ONG d'une autorité de marché : en Angleterre, ClientEarth a assigné la *Financial Conduct Authority* pour avoir approuvé le prospectus d'une société pétrolière et gazière lors de son introduction à la Bourse de Londres au motif que le régulateur n'aurait pas suffisamment insisté sur le risque climatique. ClientEarth a été déboutée de son action par la *High Court* en juin 2023.

A venir les cabinets d'avocats en défense ? Selon le directeur en charge du changement climatique et des contentieux stratégiques du *Children's Investment Fund Foundation* (CIFF) branche philanthropique du TCI *Fund Management* créée par Chris Hohn et selon certains actionnaires activistes « Follow this » et « Say on Climate », les cabinets d'avocats en défense seraient responsables au même degré que les financeurs des entreprises du secteur de l'énergie⁴. Ce point de vue est partagé par Danny Hoekzema du cabinet « *The New Paradigm* ».

Ils estiment que l'argument selon lequel toute personne a droit à un avocat est un écran de fumée qui leur permet d'éviter de s'interroger sur l'éthique de leur métier, les cabinets d'avocats auraient un devoir moral de refuser certains clients. Ils vont même encore plus loin en affirmant que tout avocat qui défend un client engagé dans des activités qui ne s'inscrivent pas dans le processus de transition énergétique agit de manière illégale et viole le code du barreau auquel il est rattaché.

Aux Etats-Unis, le cabinet de consultants McKinsey fait actuellement l'objet d'une plainte en tant que principal conseil de l'industrie pétrolière pour avoir conseillé ces sociétés dans leur stratégie visant à minimiser le lien entre les gaz à effet de serre et le changement climatique. (*V. infra*).

3. Les fondements juridiques de ces contentieux :

Ils sont très divers et peuvent être combinés :

- atteinte aux droits humains, crimes contre l'humanité,
- violation du devoir de vigilance,
- non-respect des objectifs de l'Accord de Paris sur le climat de 2015,
- violation de dispositions de droit spécial : droit de l'environnement, droit boursier : information durable, droit de la consommation : informations trompeuses (écoblanchiment) concurrence déloyale contraire aux règles et aux usages,
- loi anti-corruption et anti-fraude : loi *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* dite loi Rico de 1970 aux Etats-Unis, fraudes et corruption sur les marchés carbone libres,
- dispositions de droit pénal général ou spécial : blanchiment et recel de délits environnementaux, délit d'abstention de combattre un sinistre...

³ En ce sens, v. Alain Couret « L'irrésistible glissement du droit des sociétés vers un droit sociétal », in Bulletin Joly Sociétés, Mai 2022 p.1 et s.

⁴ Le CIFF finance notamment ClientEarth, Friends of the Earth et Extinction Rebellion.

Deux illustrations de l'invocation de l'Accord de Paris de 2015 contre une entreprise dont l'issue pourrait emporter des conséquences excédant les seuls cas en cause :

- En 2019, sept ONG et les branches néerlandaises des Amis de la terre et de Greenpeace rejointes par 17 000 co-requérants ont assigné la société **Shell** afin d'obtenir que cette société aligne ses objectifs sur ceux fixés par l'accord de PARIS pour 2030.

Le 26 mai 2021, la District Court de La Haye a ordonné à la société Shell de réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 45 % d'ici 2030.

Shell a formé appel de cette décision, considérant que ce sont les Etats qui sont tenus par l'Accord de Paris et non les entreprises.

La décision de la Cour d'appel d'Amsterdam attendue à l'automne 2024 (les auditions ont eu lieu du 2 au 12 avril) pourrait être déterminante dans le développement ou non de ces contentieux, une confirmation de la décision de 1ère instance pourrait constituer, en effet, un important appel d'air pour les ONG pour engager des contentieux de ce type contre d'autres grands groupes internationaux.

- Le 19 janvier 2024 Milieudefensie (*Friends of the Earth Netherlands*) a mis en demeure **ING**, principalement de se mettre en conformité avec l'objectif de l'Accord de Paris, de réduire ses émissions de gaz à effet de serre de moitié et de cesser de financer les sociétés qui n'ont pas un bon plan climatique et les entreprises pétrolières et gazières. La mise en demeure fait référence au dossier Shell.

Un cas sur la base du *Rocketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* américain de 1970 dite loi Rico :

En 2023, 16 collectivités territoriales porto-ricaines durement touchées par l'ouragan Maria en 2017 ont intenté une action **contre les majors pétroliers et gaziers** accusés **d'informations déceptives** sur la base du *Rocketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* de 1970 dite loi Rico déjà utilisée dans le passé pour sanctionner les entreprises multinationales du tabac. *Décision attendue en 2024.*

4. Des demandes aux objets variés :

Ces demandes visent classiquement à obtenir :

- une injonction de se mettre en conformité avec une obligation juridique positive
- la sanction de comportements illicites ou délictueux : informations trompeuses ou déceptives, pratiques d'écoblanchiment par exemple
- la réparation des dommages passés

Plus rarement :

- l'annulation de l'assemblée générale d'une société : un collectif d'actionnaires activistes estimant qu'en ne prenant pas en compte ses émissions de scope 3 dans ses états financiers, le groupe avait surévalué ses résultats financiers et avait de ce fait distribué des dividendes fictifs.

Et de manière plus intrusive pour les sociétés visées :

- la réduction des émissions des gaz à effet de serre en application de l'Accord de Paris de 2015
- l'arrêt de politiques ou de projets jugés nuisibles pour le climat, par exemple de nouveaux projets d'énergie fossile
- l'arrêt du financement ou de l'assurance de tels projets
- la demande de réparation de dommages futurs,

Ces différents objets pouvant se cumuler selon les cas.

Quelques illustrations de contentieux : On commence à voir des demandes de réparation pour des montants très importants voire pharamineux :

- **Novembre 2015** : Un **fermier péruvien** assigne **l'énergéticien RWE** devant une juridiction allemande afin de contraindre ce dernier à réparer les effets du changement climatiques dans les Andes (fonte d'un glacier), le demandeur estimant que RWE devrait contribuer à hauteur de 0,47% aux frais d'adaptation relatifs à la fonte du glacier en cause. *Affaire en cours.*

- **Mai 2022** : Une coalition d'ONG dont Greenpeace Italie et de citoyens assigne **la société italienne ENI** en indemnisation des dommages passés et futurs résultant du changement climatique auquel ENI aurait consciemment contribué de manière significative ces dernières années et en révision de sa stratégie climatique en conformité avec l'Accord de Paris de 2015. *Affaire en cours.*
- **Juillet 2022** : Une ONG suisse assigne **la société cimentière Holcim** devant le tribunal cantonal suisse de Zoug pour avoir contribué à la montée des eaux dans l'archipel indonésien, demande fondée sur la violation de droits personnels et visant à obtenir la réparation des dommages climatiques, la réduction par Holcim de ses émissions carbone et une participation au financement des mesures de protection contre les inondations. *Affaire en cours.*
- **Juin 2023** : Assignation de **majors pétroliers et gaziers** et du cabinet de conseil McKinsey (v. supra) par **un comté de l'Oregon** à la suite d'une vague extrême de chaleur (dôme de chaleur) en 2021 : 50 milliards de dollars pour les dommages passés, 1,5 milliard pour les dommages futurs et 50 milliards qui seraient affectés à un fonds de réduction des impacts afin de mettre à niveau les infrastructures du comté. *La procédure est au stade de l'appréciation de la compétence de la juridiction saisie.*
- **Août 2023** : **La fondation Frisse Air** en coopération avec Greenpeace, la branche néerlandaise de Friends of the Earth et Extinction Rebellion, lance **une action collective contre Tata** devant une juridiction néerlandaise en réparation des dommages matériels et immatériels pour pollution de l'air au nord d'Amsterdam, dommages évalués par les demandeurs à plusieurs centaines de millions d'euros. *Affaire en cours.*
- **Septembre 2023** : Assignation par l'Etat de Californie de **TotalEnergies et des autres majors pétroliers : Exxon Mobil, Shell, BP, Conoco Philips et Chevron** pour désinformation sur la dangerosité des énergies fossiles, en réparation des dommages causés par leur inaction et des dommages à venir. Cette action est présentée comme étant la plus importante jamais engagée contre les majors pétroliers et porterait sur des milliards de dollars, l'objectif est de créer un fonds pour couvrir les futurs dommages causés par le réchauffement climatiques. *La procédure est au stade de l'appréciation de la compétence de la juridiction saisie.*

D'autres Etats américains ont également introduit des procédures similaires.

- **Septembre 2023** : A la demande de quatre villes situées près de Dordrecht où se situait une usine chimique, la District Court de Rotterdam a déclaré **la société Chemours** responsable des dommages causés par des émissions de PFAS (polyfluoroalkylées), molécules qualifiées de polluants éternels, Des enquêtes sont en cours pour la période allant de 1984 à 1996 et des actions de groupe sont prévisibles au nom des habitants de ces agglomérations situées près de Rotterdam. (*V. Infra*).
- **Février 2024** : Assignation par **la ville de Chicago** devant la Cook County Circuit Court de **six majors pétroliers et gaziers : BP, Chevron, ConocoPhilips, Exxon Mobil, Philipps 66 et Shell et de leur association l'American Petroleum Institute** en réparation des dommages passés, actuels et futurs subis par la ville et ses habitants en invoquant : des informations trompeuses pour les consommateurs , des nuisances publiques, une omission d'avertir les populations concernées , un enrichissement sans cause .Sur cette base, la ville de Chicago réclame :
 - des dommages et intérêts compensatoires,
 - des dommages et intérêts pour perte de jouissance,
 - la restitution des bénéfices réalisés,
 - la cessation des agissements trompeurs,
 - une condamnation au titre des infractions commises.

A ce stade la ville de Chicago n'a pas chiffré le montant de sa demande mais demande de tenir ces sociétés pour responsables des coûts liés au changement climatique tant pour les propriétés privées que pour l'adaptation des infrastructures. La ville affirme avoir déjà dépensé 188 millions de dollars dans des projets concernant des communautés à bas revenus.

Les défenseurs contestent la compétence des tribunaux pour décider de la politique climatique, alors que le maire de la ville estime qu'il s'agit d'une question de responsabilité et non de politique climatique.

- **Mars 2024** : **Un agriculteur belge** assigne **TotalEnergies** devant le tribunal de Tournai en Belgique afin d'obtenir réparation des dommages causés à son exploitation : « *pertes de rendements, surcroît de travail et stress causé par un calendrier culturel déboussolé* » Le demandeur estime que les activités de cette entreprise premier raffineur et distributeur en Belgique « *contribuent au dérèglement climatique qui cause des dommages irréversibles sur les agriculteur-trices, et plus généralement sur les droits humains (droit à la vie, droit à l'alimentation , droit à la santé,*

droit à vivre dans un environnement sain). L'entreprise doit rendre des comptes . » Trois ONG : FIAN, Greenpeace et la Ligue des droits humains se sont jointes à cette action.

- **Mars 2024** : Assignation devant les tribunaux néerlandais de **deux sociétés minières BHP, société anglo-australienne et Vale, son partenaire brésilien par deux cabinets de *plaintiffs lawyers* britannique et néerlandais** au nom de 77 000 personnes physiques, de 1000 sociétés et de 7 municipalités brésiliennes en réparation des dommages causés par l'effondrement en 2015 d'un barrage qui a provoqué le décès de 19 personnes et la pollution de centaines de kilomètres de voies navigables ,pour un montant estimé à 3 milliards de livres sterling. Ces 77 000 personnes sont les victimes qui, selon le cabinet britannique, n'ont pu se joindre à l'action engagée devant les tribunaux anglais en 2018 qui devrait être examinée à partir d'octobre 2024.

Ces deux sociétés ont déjà conclu un accord avec les autorités brésiliennes pour alimenter un fonds d'indemnisation des dommages subis de 7 milliards de dollars US et une juridiction brésilienne les a également condamnées à payer 9,5 milliards de dollars US en réparation des dommages causés, les sociétés envisagent de faire appel de cette décision.

Sur le financement de ces actions, *v. infra*.

5. Des contentieux climatiques à l'issue incertaine et quelquefois secondaire pour ceux qui les engagent :

Ces contentieux soulèvent de nombreuses questions tenant à leur justiciabilité, à l'identification des responsables et vont vraisemblablement se heurter à la preuve du lien de causalité entre l'activité de ces entreprises et les phénomènes climatiques constatés, à la non-immédiateté du préjudice (demande de réparation de dommages futurs), à la répartition des responsabilités éventuelles entre les différentes sociétés mises en cause. Mais ces verrous risquent de sauter progressivement. (*V. infra*).

L'essentiel est pour certains, notamment dans les contentieux engagés contre des entreprises pétrolières et gazières ou des institutions financières, de sanctionner ce que les demandeurs considèrent comme étant l'inaction de ces entreprises en matière climatique en n'hésitant pas à porter atteinte à leur image dans le public par une communication agressive et parfois mensongère.

A noter : en France, les contentieux initiés sur le fondement de **la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordres** sont intéressants à cet égard. Rappelons que cette loi est une loi d'identification, de prévention et d'extinction des risques, qu'elle n'emporte qu'une obligation de moyens pour les entreprises qui y sont soumises, qu'elle ne comporte ni dispositions pénales ni sanctions de nature administrative assimilables à des sanctions pénales⁵ et qu'elle renvoie au droit commun de la responsabilité civile. Rappelons également que les demandeurs doivent au préalable mettre en demeure la société visée de respecter ces obligations de vigilance et que ce n'est qu'en cas de non-respect de ces obligations dans un délai de trois mois à compter de cette mise en demeure que la juridiction compétente peut enjoindre à cette société, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, de les respecter, éventuellement sous astreinte.

Pour des raisons qui tiennent essentiellement à l'objet de la loi et à la procédure qui viennent d'être rappelés, la loi devoir de vigilance s'est révélée être un fondement décevant pour les ONG et les associations demanderessees en général et plus particulièrement pour celles d'entre elles qui l'ont invoquée dans le cadre de leur action en faveur de la lutte contre le changement climatique.

À l'exception d'une seule décision rendue au fond, ceci s'est traduit par des décisions d'irrecevabilité qui font pour la plupart l'objet d'un recours., plusieurs décisions de la Cour d'appel de Paris (dans les affaires EDF, TotalEnergies et Suez) sont attendues le 8 juin 2024. Des médiations ont été proposées assez systématiquement mais pas toujours acceptées.

À retenir de ces décisions d'irrecevabilité :

- le nécessaire respect des formalités prévues par la loi et plus particulièrement l'importance de la mise en demeure : irrecevabilité faute de mise en demeure valable⁶ pour contournement de cette étape nécessaire⁷.

⁵ V. la décision 2017/750 du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017

⁶ V. Tribunal judiciaire de Paris, jugement rendu en état de référé, 28 février 2023

⁷ V. Tribunal judiciaire de Paris : juge de la mise en état, 6 juillet 2023

- la mise en demeure « *a pour objectif d'instituer une phase obligatoire de dialogue et d'échange amiable* »⁸, alors que la loi dispose que « *le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société* »⁹. On peut noter que cette approche anticipe ce que la proposition de directive précitée devrait imposer si elle était adoptée.
- l'assignation doit correspondre exactement à la mise en demeure.

Le tribunal judiciaire de Paris a rappelé¹⁰ que le juge des référés est le juge de l'évidence, ce qui limite son rôle en l'espèce à l'absence de plan ou au caractère trop sommaire des rubriques confinant à une inexistence du plan. Il n'appartient qu'au juge du fond de dire si les griefs reprochés à la société sont caractérisés.

Dans la seule décision rendue au fond à ce jour, dans l'affaire Sud PTT c SA La Poste, le Tribunal judiciaire de Paris, dans un jugement en date du 5 décembre 2023, a considéré que le défendeur avait manqué à son devoir de vigilance pour :

- manque de précision de sa cartographie des risques,
- insuffisance du processus d'évaluation de ses sous-traitants
- absence de procédure de signalement des alertes.

Et lui a enjoint, en conséquence, de :

- compléter son plan de vigilance par une cartographie des risques,
- mettre en place une procédure d'alerte,
- publier un réel dispositif de suivi des mesures de vigilance.

Mais le tribunal judiciaire a précisé que si « *la loi instaure ainsi un contrôle judiciaire sur l'intégration au plan de mesures concrètes, adéquates et efficaces en cohérence avec la cartographie des risques [...] (Elle) ne saurait conduire le juge à se substituer à la société et aux parties prenantes pour exiger d'elles l'instauration de mesures précises et détaillées.* »

Enfin il n'a pas assorti sa décision d'une astreinte financière, estimant que le défendeur s'était inscrit dans un processus d'amélioration de son plan de vigilance.

Appel a été formé contre cette décision.

L'impact potentiel sur les contentieux de la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité :

Au terme d'âpres discussions en COREPER entre les ambassadeurs des Etats membres sur l'adoption de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, un accord a finalement été trouvé le 15 mars dernier, accord validé par le comité JURI du Parlement européen le 19 mars et la directive vient d'être adoptée définitivement le 24 avril lors de la dernière plénière avant les élections, pour une publication au JOUE et une entrée en vigueur estimées cet été.

Sous réserve de l'adoption du texte définitif et d'une analyse approfondie de ce texte, il est d'ores et déjà possible de mentionner les principales dispositions de la proposition de directive destinées à assurer l'effectivité des dispositions relatives à la vigilance, en garantissant un droit d'accès à la justice aux victimes de dommages causés dans la chaîne d'activité tant sur le plan répressif que sur le plan civil.

- Sur le plan répressif¹¹, les Etats membres devront désigner une autorité publique nationale en charge de la supervision de l'application de la directive, et dotée de pouvoirs d'enquête et de sanction. Les autorités nationales ainsi désignées seront constituées en un réseau européen.

Les Etats devront prévoir des sanctions dissuasives, proportionnées et effectives en cas de non-respect des dispositions de la directive, sanctions qui devront nécessairement comporter outre des mesures provisoires des sanctions pécuniaires (dont le plafond ne pourra être inférieur à 5 % du CA net mondial).

La transposition de ce dispositif en droit français pourrait soulever un problème de constitutionnalité faute d'une définition claire et précise des obligations sanctionnées, ces sanctions ayant le caractère d'une punition et étant, selon le Conseil

⁸ V. la décision du 28 janvier 2023 précitée

⁹ Art. L225-102-3 du code de commerce

¹⁰ V. la décision du 28 janvier 2023 précitée

¹¹ Article 17 et suivants

constitutionnel, soumises aux dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui s'appliquent à toute sanction ayant le caractère d'une punition¹². Ceci méritera un examen approfondi des instruments internationaux relatifs aux droits humains et à l'environnement mentionnés dans l'Annexe, I et II. (V. sur ce sujet le Considérant (25) de la directive qui indique, en outre, que les entreprises peuvent prendre en compte des standards complémentaires.)

- **Sur le plan civil**¹³, la directive, comme la loi vigilance précitée, prévoit une responsabilité spéciale pour faute personnelle intentionnelle ou de négligence et exclut donc une responsabilité civile du fait d'autrui. Une société ne peut être tenue pour responsable lorsque le dommage a été causé du seul fait de l'activité des membres de la chaîne d'activité. Mais la responsabilité de la société n'exclut pas celle de ses filiales ou de ses partenaires commerciaux dans la chaîne d'activité, responsabilité qui peut être solidaire si le dommage a été causé par la société et sa filiale et /ou un partenaire commercial.

Le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice mais pas au-delà, ce qui exclut les dommages et intérêts punitifs et autres dispositifs qui pourrait conduire à aller delà de ce principe.

Les Etats membres devront prévoir des conditions *raisonnables* permettant à un syndicat, à une ONG de mettre en œuvre les droits de la partie ayant subi un dommage.

Les dispositions de la directive s'appliquent sans préjudice des règles de droit national sur la responsabilité civile en cas d'atteintes aux droits de l'homme ou à l'environnement¹⁴.

Les dispositions initiales sur la responsabilité des administrateurs et sur le renversement de la charge de la preuve n'ont pas été retenues.

A noter que si la directive prévoit que les entreprises visées devront également adopter **un plan de transition climatique** compatible avec l'Accord de Paris de 2015 limitant le réchauffement climatique à 1,5 degré et avec l'objectif de neutralité climatique, il s'agit d'une obligation de moyens, et non d'une obligation de résultat non sanctionnée par une disposition de la directive. Par ailleurs, dès lors que le contenu du plan devra être en ligne avec les obligations de *reporting* imposées par la directive CSRD 2013/34/EU, les sociétés tenues d'établir un plan au titre de cette directive seront censées répondre à la nouvelle obligation et être conformes à la directive CSDD. (V ; *Considérant 51*).

6. Des risques environnementaux majeurs à venir :

La multiplication des plaintes pour utilisation de **polluants dits éternels - PFAS** - est présentée par certains comme un scandale équivalent à celui de l'amiante. Ces plaintes ont déjà donné lieu à des contentieux civils et pénaux aux Etats-Unis, le montant total des actions en responsabilité du fait des PFAS y avoisinerait les 30 milliards de dollars et en Europe (v. supra). *Un grand groupe français fait l'objet d'une cinquantaine de contentieux sur cette base*¹⁵.

Par ailleurs, une organisation philanthropique australienne estime que les risques en responsabilité civile pour **pollution plastique** pourraient atteindre 20 milliards de dollars d'ici 2030.

¹² V. supra la décision du Conseil constitutionnel précitée

¹³ Article 22

¹⁴ Pour une analyse détaillée, voir le rapport sur Le régime de responsabilité civile envisagé par la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance, Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, 8 octobre 2023. *Ce rapport ne porte pas sur la version définitive de la directive*

¹⁵ En France, une proposition de loi n°2229 visant à protéger la population des risques liés aux substances per-et polyfluoroalkylées a été adoptée en première lecture le 4 avril 2024 par l'Assemblée nationale. Ce texte vise à réduire l'exposition de la population aux PFAS en interdisant la fabrication, l'importation, l'exportation et la mise sur le marché des produits contenant des PFAS, en appliquant le principe pollueur-payeur à l'effort de dépollution et en créant une contribution additionnelle sur les bénéfices générés par les industries rejetant des PFAS dans l'environnement. Les débats ont conduit toutefois à exclure les ustensiles de cuisine du champ de la loi, amendement « SEB ».

Par ailleurs, une réglementation européenne pourrait aboutir au plus tôt à l'horizon 2027/2028. Enfin, la métropole de Lyon vient d'assigner, en référé, le 19 mars les sociétés Arkema et Daikin devant le tribunal judiciaire de Lyon afin de demander une expertise judiciaire visant à « *objectiver scientifiquement la pollution de l'eau aux PFAS* ». Et plusieurs communes et des fédérations de pêcheurs de la région ont également déposé plainte au pénal pour mise en danger de la vie d'autrui et écocide.

7. Un contentieux amené à croître : le contentieux RSE/CSR//ESG :

Les cas d'invocation de mauvaise information et d'information trompeuse voire mensongère sont sans conteste en augmentation et devraient croître encore, le rapport précité de la LSE parle même d'explosion de ces contentieux¹⁶. L'entrée en vigueur le 1er janvier 2024 pour certaines sociétés de la directive CSRD et de l'intégralité des textes d'application et des textes sur la taxinomie complexes et pas toujours faciles à comprendre va sans doute contribuer à ce mouvement de même que l'adoption éventuelle de la CSDD. L'on ne peut exclure, en outre, que des activistes invoquent de tels manquements lors des campagnes qu'ils pourront engager contre les directions et les conseils de sociétés cotées.

A noter : Une directive (UE) 2024/825 du 28 février 2024 visant à donner aux consommateurs le moyen d'agir en faveur de la transition verte grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et grâce à une meilleure information vient d'être publiée le 6 mars au JOUE. *Ce texte modifie les directives 2005/29/CE sur les pratiques commerciales trompeuses et 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.* Les mentions environnementales et autres arguments commerciaux trompeurs seront interdits. Les allégations vertes uniquement fondées sur la compensation carbone resteront interdites. Seules les mentions de durabilité fondées sur une certification établie et approuvée par les autorités publiques et évaluées par un tiers expert seront autorisées. Toutefois les allégations les plus simples et les plus courantes pourront faire l'objet d'une vérification plus facile ou plus rapide.

Cette directive devrait être complétée par une directive sur les allégations écologiques qui définira le type d'informations que les entreprises devront fournir pour justifier leurs allégations de marketing environnemental, la procédure de vérification de ces allégations par des vérificateurs agréés ainsi que les sanctions en cas de non-respect de cette procédure : exclusion des marchés publics, confiscation des revenus, amende d'un montant de 4% du CA annuel. Son examen devrait se poursuivre après les élections au Parlement européen de juin prochain et le dossier devra faire l'objet d'un suivi par le nouveau Parlement.

En France, afin de lutter contre ces mauvaises pratiques, la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets du 22 août 2021 a renvoyé en matière d'informations trompeuses sur l'impact environnemental ou sur les engagements d'un annonceur en matière environnementale, aux dispositions du code de la consommation sur les pratiques commerciales trompeuses (Art. L 121-2) et à ses dispositions pénales (Art L132-2).

Ces infractions sont ainsi sanctionnées par une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté à 80 % du chiffre d'affaires moyen annuel dans le cas d'informations trompeuses sur l'impact environnemental ou sur les engagements d'un annonceur en matière environnementale contre 10 % dans les autres cas.

Le Parquet national financier, l'Autorité des marchés financiers et la Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes ont récemment lancé des enquêtes sur cette base dans de grandes sociétés.

Rappelons deux actions **en cours** pour écoblanchiment :

- celle introduite en 2021 contre Nespresso par la CLCV : la Cour d'appel de Paris vient, le 20 mars dernier, d'admettre la recevabilité de cette action jugée prescrite par le juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Paris, considérant que le Code de la consommation ne prévoyant pas de régime de prescription spécifique pour les actions fondées sur le délit de pratiques commerciales trompeuses, c'est le droit commun de la prescription qui s'appliquait.

- celle introduite en 2022 contre TotalEnergies par Notre Affaire à Tous, Greenpeace France et Les Amis de la Terre pour pratiques commerciales trompeuses, ces ONG estimant que la campagne publicitaire lancée par Total à la suite de son changement de nom en TotalEnergies constituait de l'écoblanchiment relevant de l'interdiction des pratiques commerciale trompeuses. Affaire jugée recevable par le Tribunal judiciaire de Paris.

Par ailleurs, si une fausse information ou une information trompeuse a un impact sur le cours de bourse d'une société cotée, la responsabilité de l'émetteur pourra être engagée sur le fondement des textes sur les abus de marché.

¹⁶ V. également en ce sens le Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Juillet 2022.

Quelques illustrations en droit comparé :

En Allemagne, on dénombre une dizaine de décisions de cours régionales en droit financier (v. également la poursuite en cours par le Parquet de Francfort, la Bafin et la SEC de DWS, filiale de Deutsche Bank, pour fraude à l'investissement par écoblanchiment) et en droit de la consommation dont une de la Cour régionale de Düsseldorf retenant la responsabilité d'une filiale marketing du groupe Total Energies pour écoblanchiment en avril 2023.

En Angleterre, la **British Advertising Standards Authority (ASA)** a interdit les publicités jugées trompeuses sur le climat et l'environnement des sociétés Shell, Repsol, Malaysian Petronas, HSBC, Lufthansa et Tesco.

En Espagne : en février 2024, **Iberdrola**, première entreprise espagnole productrice d'électricité a intenté une action en justice contre **Repsol**, première entreprise espagnole productrice de pétrole devant le Tribunal de commerce de Santander pour concurrence déloyale et publicité mensongère estimant que Repsol s'est livrée à de l'écoblanchiment sur son engagement environnemental dans ses campagnes publicitaires. Iberdrola demande au tribunal d'enjoindre Repsol de cesser ses actes de concurrence déloyale et de rendre publique la décision de condamnation. *Il est intéressant de noter qu'il s'agit d'un contentieux entre deux entreprises.*

Aux Pays-Bas : dans une décision Fossil Free contre KLM/Royal Airline rendue le 20 mars 2024, la District Court d'Amsterdam a estimé que les allégations environnementales de KLM dans sa publicité « *Fly Responsibly* » étaient trompeuses et violaient les dispositions légales issues de la directive 2005/29//CE qui vient d'être modifiée par la directive 2024/825(UE) du 28 février 2024 (v. *supra*). Il s'agit de la première action collective pour écoblanchiment contre une compagnie aérienne lancée en juillet 2022. *V. infra la plainte déposée auprès de la Commission européenne par le BEUC et 23 associations de consommateurs contre 17 compagnies aériennes sur les mêmes motifs dans le cadre du mécanisme d'alerte externe de la Commission européenne.*

Aux Etats-Unis, la SEC a mis en place une *enforcement task force* dédiée aux questions climatiques et ESG.

Début 2023, deux plaintes ont été déposées devant la SEC, l'une par Mighty Earth contre le géant brésilien de la viande pour émissions d'obligations vertes trompeuses et frauduleuses pour un montant de 3,3 milliards de dollars et l'autre par New Global Witness contre Shell pour informations trompeuses sur ses investissements dans les énergies renouvelables : 12% annoncés contre 1,5 % réalisés.

Et précédemment, la SEC a prononcé à l'encontre de Goldman Sachs Assets Management une sanction de 4 millions de dollars pour défaillance en matière de recherche ESG : absence de procédure décrivant le mode de sélection des titres et d'envoi de questionnaires ESG aux entreprises.

En Australie, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) a consulté fin 2023 sur un projet de guide de bonnes pratiques à destination des entreprises afin de prévenir l'écoblanchiment.

Les contentieux pour information durable trompeuse ou pour écoblanchiment sont considérés par les activistes comme faciles « *à monter* ». Ils portent sur la contestation des engagements climatiques avec ou sans plans adéquats, sur la qualité déceptive des produits, sur le gonflement des investissements en matière climatique, sur le fait de dissimuler ces risques.

Le mécanisme d'alerte externe de la Commission européenne :

En juin 2023, sur la base d'une étude du BEUC, l'UFC/Que choisir ? la CLCV et vingt et une autres associations de consommateurs de dix-neuf Etats membres ont porté plainte auprès de la Commission européenne, via le mécanisme d'alerte externe, contre dix-sept compagnies aériennes dont Air France pour écoblanchiment et pratiques commerciales trompeuses tant par les compagnies que par le secteur dans son ensemble. Ce mécanisme suppose que soit lancée une enquête européenne sur les pratiques de ces compagnies et du secteur dans son ensemble et que soit interdite toute allégation visant à faire croire que prendre l'avion est une pratique respectueuse de l'environnement et que les consommateurs se voient rembourser les frais induit par les compagnies aériennes.

A noter le rôle des Points de contact nationaux pour la conduite responsable des entreprises-PCN-qui assurent la promotion des **Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales**. Un PCN peut être saisi en cas d'allégation de non-respect de ces Principes directeurs. Il s'agit d'une instance non juridictionnelle de règlement des différends qui offre aux parties une plateforme de dialogue en vue de contribuer à résoudre leurs différends sur l'effectivité des principes directeurs. A ce stade, la saisine

d'un PCN représente un risque plus réputationnel que juridique car les PNC ne peuvent émettre que des avis. Toutefois, on ne peut exclure une évolution du dispositif, les principes directeurs intégrant peu à peu du droit dur.

Une illustration récente de saisine d'un PCN : le 11 mars 2024, Greenpeace Luxembourg a saisi le PCN luxembourgeois de la politique d'investissement du Fonds de compensation de la Sécurité sociale, SICAV FIS (FDG SICA) qualifiée de fonds souverain, estimant que cette politique ne respectait pas les principes directeurs précités .L'ONG demande au fonds de mettre en place une politique d'investissement conforme à ces principes , de faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement afin de remédier à tout impact négatif lié à ses investissements et d'instituer un mécanisme de réclamation permettant aux parties prenantes de signaler les problèmes liés à la durabilité .

Les contentieux engagés contre des sociétés qui ont un engagement important en matière d'ESG jugé par certains contraire aux intérêts des actionnaires ou des retraités pensionnés, le boycott de ces entreprises (BNP Paribas au Texas par exemple) et le dépôt et l'adoption de projets de lois anti-ESG se développent aux Etats-Unis.

Rappelons qu'en 2023, les Procureurs d'un certain nombre d'Etats républicains avaient écrit en ce sens à Larry Finck, BlackRock et que certains Etats ont retiré les fonds confiés à des gestionnaires d'actifs pour non-respect de leur devoir fiduciaire. Des contentieux sont en cours sur cette base.

Une illustration récente de cette tendance, en décembre 2023, l'Etat (républicain) du Tennessee a assigné en justice le fonds d'investissement BlackRock pour violation des lois de protection des consommateurs du fait d'une utilisation à mauvais escient des critères ESG dans sa stratégie d'investissement. L'Etat du Tennessee reproche notamment à BlackRock son adhésion aux coalitions climatiques telles que NZAM (Net Zero Asset Managers Initiative) et Climate Action 100+. Il faut noter que Larry Fink, son Directeur général a déclaré récemment avoir renoncé à l'appellation ESG devenue, selon lui, trop politique. (Les Echos du 20 décembre 2023).

D'autres recours se fondent sur la loi Antitrust, sont notamment visées les alliances pour la neutralité carbone. Les décisions suivantes ne sont sans doute pas étrangères à ce mouvement. JPMorgan Assets Management a décidé au début de l'année 2024 de sortir de la coalition Climate Action 100+ estimant être en mesure de gérer directement ses investissements durables. De même dans le secteur de l'assurance, l'Alliance des assureurs pour la neutralité carbone Net-Zero Insurance Allianz (NZIA) ne comptait plus en mai 2023 que onze membres contre une trentaine lors de sa création.

On dénombre une quinzaine de projets de lois anti-ESG et une dizaine de lois textes adoptées visant notamment à interdire aux investisseurs, aux assureurs de se référer à des critères ESG. Mais au New-Hampshire en janvier 2024, un projet de loi qui prévoyait d'introduire une peine de prison de 20 ans pour *felony* contre des gestionnaires d'actifs qui investiraient en violation de leurs devoirs fiduciaires n'a pas été adopté.

A noter qu'à l'inverse en Angleterre dans l'affaire Butler-Sloss v. the Charity Commission, la High Court of England and Wales, saisie par deux trusts caritatifs qui souhaitaient savoir s'ils pouvaient exclure de leur politique d'investissement les investissements contraires à l'Accord de Paris sans violer leurs *fiduciary duties*, a répondu, en juillet 2022, qu'ils avaient toute latitude pour le faire.

8. Un risque de contentieux accru du fait de l'intervention de fonds de financement des contentieux ?

Le fait que les fonds de financement de contentieux - **Third Party Litigation Funding** - considèrent que le marché européen représente un marché d'avenir avec un gros potentiel est un signe non négligeable de ce risque accru de contentieux. Cette « *industrie du financement des contentieux par des tiers* » se développe rapidement : on en compte 70 au Royaume-Uni contre 16 en 2016 et 47 aux Pays-Bas contre 28 en septembre 2022.

Si cette évolution se confirmait, cela se traduirait probablement par une augmentation des actions collectives.

Sur son blog « ESG ligation against directors », Quinn Emmanuel, Quinn Emmanuel Urquhart Sullivan, constatant l'échec de la derivative action contre les administrateurs de la Shell recherche des voies alternatives pour faire prospérer ces contentieux ESG, ne sous-estime pas toutefois la difficulté de prouver le lien de causalité et indique vouloir s'appuyer sur la section 90A du Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) sur les informations trompeuses. V Infra.

A noter l'organisation à Londres de 9 novembre 2023 par Legal ESG d'un Greenwashing Event avec la participation d'un important cabinet de plaintiffs lawyers.

Enfin le Nivallion Legal Finance Summit qui se présente comme le leader des forums internationaux réunissant juristes et financiers a consacré sa dernière conférence qui s'est tenue le 27 septembre 2023 à ce sujet « *Through the Looking Glass. The rise of ESG risks* ». La voie pénale a également été évoquée.

A titre illustration, le hedge fonds Gramercy, leader du contentieux environnemental, a annoncé début octobre 2023 qu'il voulait financer des actions collectives à fort potentiel contre des sociétés minières (BHP et Vale) V. Supra et contre des constructeurs automobiles : « *We feel like we are coming into a sweet spot of litigation funding* ». Il vient de financer le cabinet de plaintiffs lawyers Pogust Goodhead à hauteur de 552,5 millions de dollars et est lui-même financé en partie par des fonds souverains. Et le CEO d'Aristata Capital a déclaré à Bloomberg Law que les « *investors view ESG litigation as an incredible opportunity to generate impact and some significant returns* ». On parle de retours sur investissement pouvant aller jusqu'à 25 %.

A noter toutefois que la Cour de district de La Haye vient de rejeter en octobre 2023, une class action en matière financière intentée contre Airbus, à la suite de la CGIP conclue par Airbus pour des faits de corruption, estimant que si les actionnaires avaient connu l'existence de ces faits, ils n'auraient pas acquis des actions au prix auquel ils les avaient acquises. La Cour a jugé que les fondations ad hoc constituées pour engager cette action n'étaient pas suffisamment indépendantes des fonds de financement.

9. Un développement potentiel des contentieux pénaux :

En France, outre les sanctions rappelées ci-dessus pour pratiques commerciales trompeuses, le législateur a récemment renforcé le volet pénal du droit de l'environnement par la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets : durcissement de l'échelle des peines existantes, assouplissement des conditions de la récidive, création de nouveaux délits (de mise en danger de l'environnement, de pollution des milieux naturels et d'écocide).

Illustrations récentes de sanctions pénales : Greenpeace vient d'obtenir la condamnation le 9 septembre 2023 par le tribunal correctionnel de Châteauroux d'une entreprise à 20 000 euros d'amende pour délit de mise sur le marché illégale de bois importé et le 11 septembre 2023 par le tribunal correctionnel de Rennes d'une autre entreprise pour commission du même délit à une amende de 100 000 euros.

Ce renforcement de la pénalisation du droit se traduit également au niveau européen avec l'adoption le 27 février par le Parlement européen et le 26 mars par le Conseil de **la directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal** (*publication à venir*) révisant une directive de 2008 qui s'est, révélée peu efficace selon les ONG.

Le texte prévoit notamment :

- La création de nouveaux délits incluant la pollution par des navires, l'importation et l'utilisation de mercure, le commerce illégal du bois et l'épuisement des ressources en eau,
- Des peines de prison pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et même 8 ans pour les infractions qualifiées et 10 ans en cas de décès d'une personne pour les personnes physiques
- Des amendes équivalant à 3/% ou 5 % du chiffre d'affaires mondial ou à un montant forfaitaire de 24/ 40 millions d'euros selon le type d'infraction pour les personnes morales
- Des obligations de remise en état
- Des retraits d'autorisation d'exploitation
- L'exclusion de tout financement public.
- Une protection renforcée des lanceurs d'alerte
- Une invitation à organiser des formations spécialisées pour les forces de l'ordre, les juges et les procureurs en matière de délits environnementaux.

L'obligation imposée par la directive de prévoir des sanctions pénales ne devrait pas dispenser les Etats membres de prévoir des sanctions administratives et d'autres mesures dans le droit national en ce qui concerne les violations du droit environnemental de l'Union.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques qui sont les auteurs, les instigateurs ou les complices des infractions considérées.

Il est intéressant également de noter l'enregistrement à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 janvier 2024 d'une **Proposition de résolution européenne visant à étendre les compétences du Parquet européen aux infractions à l'environnement** n°2048, présentée par Naïma Moutchou, députée Renaissance et renvoyée à la commission des affaires européennes qui l'a nommée rapporteure et examinera cette proposition le 27 mars.

Dans ce contexte de pénalisation du droit, il convient de rappeler l'extension du champ d'application de la convention judiciaire d'intérêt public – CJIP – aux délits environnementaux et aux délits annexes¹⁷. Quatorze ont été conclues à ce jour selon le site du ministère de la justice mais pas toutes validées. 9 de ces CJIP concernent des cas de rejets dans les eaux (police de l'eau). Le montant des amendes est relativement faible à ce stade, très loin de celui prononcé dans certaines CGIP dites économiques. Mais les dernières CGIP conclues témoignent d'une évolution à la hausse des amendes et d'une sophistication des mesures de mise en conformité¹⁸. Malgré ses avantages au premier rang desquels l'absence de reconnaissance de culpabilité, la CGIP s'avère toutefois difficile à mettre en œuvre dans les grandes affaires de pollution qui constituent souvent des infractions mixtes : avec par exemple le délit de mise en danger.

Certaines actions sont également fondées sur les dispositions du droit pénal général :

Le fait que plusieurs ONG aient assigné **TotalEnergies** au pénal le 22 septembre 2023 principalement pour « *abstention de combattre un sinistre* » (en l'espèce le changement climatique) et « *homicide involontaire* », constitue un signal inquiétant puisque, selon l'avocat des demandeurs « *la seule chose qui les [les grands patrons] embarrasse, c'est le risque d'une mise en examen, d'un procès public, d'une sanction pénale et, in fine, d'une atteinte à leur image* ».

Le choix de la voie pénale, « *peu importe les textes invoqués* », participe donc de cette volonté de déstabilisation. Et le 8 novembre dernier, Sherpa, soutenue par Harvest, le Center for Climate Crime Analysis, Reporter Brasil et Transparency International a déposé une plainte simple auprès du Parquet national financier contre **BNP Paribas, Crédit Agricole, BPCE et AXA**.

Sherpa demande l'ouverture d'une enquête sur le fondement des délits de blanchiment et recel en raison du soutien financier des banques aux principales entreprises brésiliennes de viande bovine qui contribuent à la déforestation illégale en Amazonie. (Source : le site de **SHERPA**).

Toutefois, ces contentieux « médiatiques » ne devraient pas prospérer, les dispositions pénales invoquées ne paraissant pas constituer un fondement juridique solide.

10. Des juges qui commencent à prendre en compte les spécificités de ces contentieux, n'hésitent pas à innover et à s'organiser en conséquence, l'exemple français :

Dans l'ordre administratif, quelques décisions marquantes méritent d'être citées : la décision rendue par le Conseil d'Etat le 19 novembre 2020 dans l'affaire dite « commune de Grande Synthe » ainsi que celles rendues par l'Assemblée du contentieux le 10 juillet 2020 sur la requête des Amis de la Terre et par le tribunal administratif de Paris en février 2021 dans l'Affaire du Siècle¹⁹. Selon les termes, de Bruno Lasserre vice-président du Conseil d'Etat en 2021 la décision « commune de Grande Synthe » signale l'ouverture du prétoire du Conseil d'Etat au contentieux climatique. La deuxième avancée concerne la portée juridique conférée d'une part à l'Accord écologique de Paris auquel les juridictions administratives ont reconnu une force interprétative et d'autre part aux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre inscrits dans le droit de l'Union et la loi nationale d'autre part parce que le juge administratif franchit un pas décisif en jugeant que ces objectifs ne

¹⁷ V. la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée et la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces de politique pénale, en matière de justice pénale environnementale en date du 9 octobre 2023

¹⁸ V. le colloque qui s'est tenu le 20 novembre dernier à la Cour de cassation sur ce sujet. (Vidéo en ligne sur le site de la Cour de cassation, Colloques/Environnement).

¹⁹ Toutefois dans un jugement en date du 22 décembre 2023, le tribunal administratif de Paris a rejeté la demande d'astreinte présentée par trois associations requérantes pour assurer l'exécution du jugement du 14 octobre 2021, considérant que si l'Etat n'a pas complètement réparé le préjudice résultant du dépassement du budget carbone pour la période 2015-2018, le rythme de réduction des émissions de gaz à effet de serre constaté en 2023 ne rend pas nécessaire le prononcé d'une mesure d'exécution supplémentaire.

sont pas simplement programmatiques mais bien contraignants. Enfin le Conseil d'Etat s'est adapté au temps de la lutte contre le changement climatique en inaugurant un nouveau type de contrôle, « *le contrôle de trajectoire* » qui s'apparente à un contrôle de la conformité par anticipation en amenant le juge à s'assurer, à la date à laquelle il statue, non pas que les objectifs ont été atteints mais qu'ils pourront l'être, qu'ils sont en voie d'être atteints, qu'ils s'inscrivent dans une trajectoire crédible et vérifiable²⁰.

Cela se traduit également particulièrement dans l'ordre judiciaire par :

- **L'engagement de certains hauts magistrats** : lors de la conférence précitée, Chantal Arens, première Présidente de la Cour de cassation, qualifiait le droit de l'environnement de droit audacieux, innovant car investi par les citoyens et qui conduit le juge à rendre des décisions historiques, sur le préjudice écologique notamment (affaire Erika), à repenser l'office du juge et évoquait la possibilité d'une responsabilité civile du fait d'autrui.
- **La création en juin 2021 de l'Association française des magistrats pour la justice environnementale - AFMJE** - qui vise une plus grande effectivité du droit de l'environnement dont la complexité rend l'application mal aisée. Selon ses fondateurs. « *La mise en route de la justice environnementale ne doit pas être cantonnée à la répression pénale mais doit aussi envisager les régimes de responsabilité institués en matière civile, les contentieux liés à la responsabilité sociale et environnementale ou les litiges en droit immobilier, en droit commercial, notamment celui des sols pollués ou en droit social* » le développement de mesures alternatives à la sanction pénale.²¹
- **L'annonce par la cour d'appel de Paris**, lors de son audience solennelle de rentrée le 15 janvier 2024, de la mise en place, au sein de son pôle économique, d'**une chambre dédiée aux contentieux émergents en charge des litiges sur le devoir de vigilance et la responsabilité écologique**. Elle sera compétente pour statuer en appel sur les décisions rendues par le tribunal judiciaire dans les litiges relatifs au devoir de vigilance ainsi que sur les litiges portant sur la publication en matière de durabilité par les entreprises.

11. Des entreprises qui commencent à réagir en utilisant la voie du contentieux contre des ONG, des associations ou des fonds : quatre cas identifiés à ce jour :

- **En septembre 2023**, ENI en réaction à l'action intentée contre elle par des ONG (*V. supra*) intente une action en diffamation contre les membres de la coalition qui qualifient cette procédure de procédure bâillon ! c'est-à-dire de procédure visant à entraver le cours de la justice en empêchant l'une des parties de faire prévaloir ses droits²².
- **En octobre 2023** : TotalEnergies a assigné Greenpeace et d'autres associations de défense de l'environnement au civil devant le tribunal judiciaire de Paris pour informations fausses et trompeuses, procédure visant à demander à Greenpeace de retirer son rapport sur le bilan carbone de TotalEnergies de son site et de cesser d'en parler.

Greenpeace a qualifié cette procédure de procédure bâillon et a demandé la nullité de l'assignation et la condamnation de TotalEnergies pour procédure abusive devant ce même tribunal.

Le 28 mars dernier, le juge de la mise en état a prononcé la nullité pour vice de forme de l'assignation délivrée par TotalEnergies contre Greenpeace, jugeant que le défaut de précision des informations visées et des supports de diffusion de celles-ci causait nécessairement grief aux parties assignées qui ne pouvaient se

²⁰ In « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » Mai 2021, (*Vidéo en ligne sur le site de la Cour de cassation, Colloques/Environnement*).

²¹ L'AFMJE a organisé le 9 décembre 2023 une conférence inaugurale sur le thème : « Le climat : la justice pour quoi faire ? ». Ont notamment été soulignés l'illisibilité du droit pénal de l'environnement, la difficulté de prouver les éléments constitutifs de l'infraction, l'absence de référence normative pour les contentieux climatiques au sens étroit du terme, le manque de moyens de la Justice et le nouvel essor que les contentieux RSE/ESG va donner aux actions en concurrence déloyale.

²² Le Conseil vient d'adopter définitivement le 19 mars 2024 une directive sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives (procédures stratégiques altérant le débat public, dites procédures bâillons) (*Strategic Law Suits Against Public Participation - SLAAPs*)

défendre utilement sur le fond. En revanche, le tribunal n'a pas condamné TotalEnergies pour procédure abusive.

- **En novembre 2023 : Shell** a assigné **Greenpeace** devant les tribunaux anglais en responsabilité civile pour avoir occupé une plate-forme mobile pendant 13 jours et sur 4000 kms et réclame à l'ONG 8,6 millions de dollars en réparation du préjudice causé. Greenpeace a refusé l'offre de Shell de réduire le montant de sa demande à 1,4 million de dollars (la production de pétrole ayant dû être arrêtée) à la condition que l'ONG renonce à manifester sur les plateformes et sur les installations portuaires. L'ONG a répondu qu'elle ne cessera de manifester que lorsque Shell arrêtera de détruire le climat.
- **En janvier 2024 : Exxon Mobil** a saisi un tribunal américain en vue de bloquer le dépôt d'une résolution sur le climat par *Follow This*, un collectif d'actionnaires et *Arjuna Capital* un fonds d'investissement ESG lors de son assemblée générale le 29 mai prochain.
- **En février 2024**, une coalition de **dix entreprises du secteur des combustibles fossiles** (notamment BP, Chevron, Shell, Exxon Mobil, ConocoPhillips, Sunoco et Aloha Petroleum) a demandé à la Cour suprême des Etats-Unis d'annuler une décision de la Cour suprême d'Hawaï d'octobre 2023 déclarant recevable une action en justice prétendant que ces entreprises ont trompé le public sur le changement climatique et ses dangers, action intentée par la ville d'Honolulu en 2020, estimant que ce contentieux relevait de la compétence fédérale.

Authors



Joelle Simon

Senior Consultant

T +33 1 44 56 34 08

E joelle.simon-gays@freshfields.com



Dimitri Lecat

Partner

T +33 1 44 56 55 14

E dimitri.lecat@freshfields.com



Anne-Laure Vincent

Partner

T +33 1 44 56 29 42

E anne-laure.vincent@freshfields.com



Hervé Pisani

Partner

T +33 1 44 56 33 36

E herve.pisani@freshfields.com



Ludovic Malgrain

Partner

T +33 1 73 04 29 18

E ludovic.malgrain@freshfields.com

freshfields.com

This material is provided by the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (a limited liability partnership organised under the laws of England and Wales authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA no. 484861)) and associated entities and undertakings carrying on business under, or including, the name Freshfields Bruckhaus Deringer in a number of jurisdictions, together referred to in the material as 'Freshfields'. For further regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legal-notice.

Freshfields Bruckhaus Deringer has offices in Austria, Bahrain, Belgium, China, England, France, Germany, Hong Kong, Ireland, Italy, Japan, the Netherlands, Singapore, Spain, the United Arab Emirates, the United States and Vietnam.

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2024 | DS190080