

TERRITORIALITÉ DU DROIT

PROPOS INTRODUCTIFS

Le Conseil d'État, en partenariat avec la Société de législation comparée (SLC) et l'Institut français des sciences administratives (IFSA) a entrepris d'organiser, à compter du mois de mai 2015, un cycle de conférences sur le thème « Droit comparé et territorialité du droit ». L'objet de ce cycle, appelé à se prolonger jusqu'à la fin de l'année 2016, est de réfléchir et d'échanger sur les questions, au regard notamment de l'exercice du pouvoir juridictionnel et, plus largement, de l'élaboration et de l'application de la norme juridique, suscitées par les évolutions profondes que connaissent ces deux thématiques intimement liées entre elles. L'idée de territorialité ne rend en effet plus complètement compte de la manière dont le droit est élaboré dans un monde toujours plus globalisé : les États sont largement concurrencés, dans leur office de production de normes juridiques, tant par des entités privées que par des autorités publiques, mais supranationales auxquelles ils transfèrent une partie de leur souveraineté. Dans le même temps, l'intégration d'expériences étrangères dans le raisonnement juridique tend à devenir une composante à part entière des modes d'élaboration et d'interprétation de la règle de droit ; le juge, en particulier, recourt de manière croissante à l'approche comparatiste, que ce soit pour interpréter le droit supranational, ou pour étayer, voire façonner les solutions qu'il donne aux litiges qui lui sont soumis, croisant ainsi de manière toujours plus approfondie, non sans paradoxe, des approches issues de différentes cultures juridiques, à l'origine éminemment liée au territoire, mais pour en faire un droit différent, fruit d'une hybridation croissante entre ces cultures, dont l'élaboration, la définition et l'application ne sont plus seulement le fruit de l'État, mais aussi de nouveaux acteurs, globaux, en partie déterritorialisés.

La sixième conférence de ce cycle, au travers de l'exemple du droit de l'environnement, a eu pour objet de mettre en lumière deux des nouveaux acteurs juridiques de la globalisation, les entreprises et les associations, qui jouent désormais un rôle renforcé dans l'élaboration de la règle de droit à l'échelle mondiale. Elle était présidée par Christine Maugüe, présidente de chambre au Conseil d'État, et rassemblait Nicolas Loz de Coëtgourhant, chargé des relations avec le monde économique au WWF, François-Guy Trébulle, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Peter

Herbel, avocat au barreau de Spire, ancien directeur juridique du groupe Total.

L'article qui suit de Peter Herbel constitue un prolongement et un approfondissement particulièrement éclairant des idées qu'il a esquissées lors de l'intervention qu'il a prononcée au cours de cette conférence¹. Il présente de manière particulièrement éclairante les « tensions », ainsi qu'il les nomment, existant, dans un contexte multinational, entre « l'extérieur » normatif, certes complexe et mouvant, mais essentiellement territorialisé, dans lequel s'insère l'action des sociétés d'un groupe, des filiales notamment, et le nexus normatif « intérieur » que crée le groupe. Cet « intérieur », constitué par des standards, des politiques communes etc. bref des normes internes issues d'une « traduction », d'une appropriation de normes externes que diffuse la société mère, ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des sociétés du groupe, quelle que soient leur attache territoriale, et peuvent alors entrer en conflit avec les normes nationales. Cette dimension de conflit, de tension, est particulièrement bien étayée par la synthèse de décisions de justice qui finissent de conférer à l'analyse de Peter Herbel, cette double dimension essentielle à la science du droit comparé aujourd'hui, théorique et pratique.

Timothée PARIS
Maître des requêtes au Conseil d'État
Secrétaire général de la Société de législation comparée

¹ Ce texte ainsi que l'ensemble des actes du cycle « Droit comparé et territorialité du droit » feront l'objet d'une publication au Conseil d'État.

**GLOBALISATION DE L'ÉCONOMIE ET
TERRITORIALITÉ DU DROIT : L'ENTREPRISE EN
TANT QUE NOUVEL ACTEUR JURIDIQUE
LE CAS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT***

Peter HERBEL **

Cet article examine quelques aspects de la tension entre la globalisation économique et la territorialité juridique. Il prend comme point de départ la situation de l'entreprise multinationale faisant face à de multiples lois nationales du droit de l'environnement. Bien évidemment, l'entreprise est censée appliquer les lois environnementales et autres. Mais elle participe également à leur élaboration et elle fabrique elle-même des règles devant s'appliquer à l'intérieur de son organisation internationale et parfois à l'extérieur, par exemple dans les relations avec ses partenaires et fournisseurs.

L'impact de la globalisation sur l'application des normes environnementales par l'entreprise sera notre premier point d'examen suivi d'une analyse de quelques exemples de la participation de l'entreprise à l'élaboration du droit environnemental.

* Cet article s'inscrit dans le cadre d'une intervention de l'auteur dans le cycle de conférences 2015-2016 organisé par le Conseil d'État, intitulé « Droit comparé, territorialité du droit », et plus spécifiquement dans celui du colloque du 24 février 2016 ayant eu pour sujet « Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure de la globalisation : le cas du droit de l'environnement ». V. <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Le-Conseil-d-Etat-vous-ouvre-ses-portes/Les-colloques-en-videos/Les-nouveaux-acteurs-juridiques-a-l-heure-de-la-globalisation-le-cas-du-droit-de-l-environnement>.

** Avocat, ancien Directeur Juridique de Total. L'auteur tient à remercier chaleureusement Elodie HERBEL, avocate au barreau de New York et Senior Consultant chez Herbel Consulting, pour ses contributions à cet article.

I. APPLICATION DES NORMES ENVIRONNEMENTALES PAR L'ENTREPRISE MULTINATIONALE

Quelles normes ?

Descartes, un juriste qui s'ignorait, écrivit : « ... la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées »¹. 1637, il y a presque 400 ans !

D'autres, et non des moindres, ont exprimé plus récemment des vues convergentes concernant cette multitude des lois. Le Conseil d'État en 1991 déplorait la « logorrhée législative et réglementaire » ainsi que l'instabilité « incessante et parfois sans cause » des normes². En 2006, ce même Conseil d'État³ voyait dans cette inflation des lois un facteur « d'insécurité juridique »⁴. Le rapport 2006 fait état, pour la France, de plus de 10 000 lois et de plus de 120 000 décrets en vigueur, avec une « production » annuelle d'environ 70 lois et de 1 500 décrets⁵ supplémentaires.

Or, en prenant le cas d'entreprises multinationales opérant dans plusieurs pays, celles-ci font face aux lois de dizaines de pays, tous pratiquant plus ou moins cette inflation de lois nationales, auxquelles s'ajoutent des traités bilatéraux, multilatéraux et les normes fabriquées par des organismes supranationaux, au premier lieu, en ce qui nous concerne, par l'Union européenne, avec des centaines de règlements et directives par an⁶.

Est-ce que cet état des choses permet de donner des excuses aux entreprises en matière de respect des lois ? La réponse est non : chaque entreprise doit respecter les lois de son pays. Mais qu'en est-il des multinationales ? Comment intègrent-elles des normes foisonnantes dans leurs opérations globales ? Et celles ayant des cycles longs d'investissements, comment anticipent-elles l'évolution des concepts juridiques ?

¹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, seconde partie, version numérique par Jean-Marie TREMBLAY, 2002, p. 14 : http://classiques.uqac.ca/classiques/Descartes/discours_methode/Discours_methode.pdf.

² Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation française, 1991.

³ Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006, p. 10.

⁴ V. aussi *L'entreprise et la sécurité juridique*, B. FAUVARQUE-COSSON et J.-L. DEWOST (dir.), coll. « Colloques », vol. 25, Paris, Société de législation comparée, 2015, ainsi que l'étude de D. SOULAS de RUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC* n° 1-2003, pp. 85-103.

⁵ Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, préc., pp. 272-273.

⁶ V. <http://eur-lex.europa.eu/statistics/legislative-acts-statistics.html>.

A. – *Transposition des normes environnementales en interne*

Face à la terminologie parfois compliquée des normes environnementales, l'entreprise se doit de les rendre opérationnelles en les transposant en interne. Avant de les « traduire » en règles internes, elle tient compte, entre autres, de certains concepts classiques du droit, dont celui de la distinction entre la responsabilité de la société et celle des actionnaires (*corporate veil*), celui du droit souple, ne créant pas d'engagement justiciable (*soft law*), et celui de la territorialité des lois selon lequel les lois d'un État s'appliquent à des circonstances ayant un rattachement à son territoire national (*territorial principle*).

1. *Les principaux concepts classiques du droit*

Un grand nombre de sociétés multinationales fonctionnent sur la base d'une holding établie dans un pays et détenant une participation financière dans des filiales établies ailleurs. Chacune des sociétés filiales doit respecter les lois de son pays. Et la société-mère ? Doit-elle, au-delà des lois de son pays d'origine, respecter ou faire respecter celles de chacun des pays dans lesquels elle détient une filiale ?

La plupart des droits de sociétés ne reconnaissent généralement pas une personnalité morale propre au groupe de société. Par ailleurs, peu de lois nationales établissent une responsabilité des sociétés-mères pour les actions de leurs filiales. En principe, la responsabilité d'un actionnaire est limitée au montant de son apport (par ex. art. L. 225-1 C. com.).

De nombreux droits nationaux, et plus particulièrement ceux du *common law*, appliquent le principe du *corporate veil*, c'est-à-dire qu'ils séparent la responsabilité de la personne morale de celle des actionnaires. Ces derniers ne sont pas tenus pour responsable des dettes et obligations de la société, sauf exceptions, principalement en matière de faillite. Les différentes filiales sont autant d'entités avec des personnalités juridiques séparées. Il appartient à chaque État de régler la responsabilité des sociétés établies sur son sol. L'actionnaire majoritaire, c'est-à-dire la société-mère, n'est normalement pas responsable des dettes de ses filiales⁷.

Cependant, la plupart des multinationales ont tendance à créer des structures centrales auxquelles elles donnent une autorité globale. Elles créent des départements qui peuvent avoir un pouvoir « extraterritorial », au-delà du pays de la holding, notamment dans le domaine du droit de l'environnement.

⁷ V. par ex. pour l'Angleterre la décision souvent citée *Salomon vs Salomon & Co Ltd.* [1896] UKHL 1 ; concernant le droit américain par ex. J. MACEY, *The three justifications for piercing the corporate veil*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/03/27/the-three-justifications-for-piercing-the-corporate-veil>.

Sur le plan de la gestion des risques juridiques, la société-mère intègre le concept que les lois s'appliquant à l'activité de sa filiale auront des effets limités au territoire de cet État et que ces lois ne s'appliqueront pas à des personnes se trouvant ailleurs, sauf exceptions prévues dans ces lois.

La société-mère aura tendance, à des degrés divers, à influencer sur le plan managérial la manière de la filiale de gérer ses affaires par des règles internes. Lorsqu'il s'agit d'un groupe industriel, il dispose, souvent, d'une direction « environnement, hygiène, santé » (EHS) ainsi que d'une direction juridique. Dans le domaine du droit de l'environnement ces deux directions sont amenées à étudier les lois de leur propre pays ainsi que les lois les plus importantes des pays dans lesquels leurs filiales se trouvent. Pourquoi ? Pour trois raisons : afin d'analyser les risques juridiques propres à ces entités, afin de les aider à prévenir l'occurrence de ces risques, mais aussi afin de protéger la société-mère d'éventuelles mises en cause liées à son investissement.

Souvent, ces deux directions constateront une assez grande disparité entre les exigences des diverses lois applicables aux sociétés de leur groupe. La direction de la société-mère peut décider soit de laisser chacune des filiales fonctionner selon ses lois nationales sans intervenir, soit de les aider en standardisant la gestion des risques par la mise en place de règles internes s'appliquant à plusieurs ou à toutes ses filiales dans le monde.

Comme les décisions de justice analysées ci-dessous le laissent entrevoir, la responsabilité exceptionnelle d'une société-mère pour les actes de ses filiales semble dépendre principalement du degré d'implication de la société-mère dans la gestion de la filiale. Plus la société-mère s'implique, plus elle augmente ses risques juridiques. Elle doit prendre en compte ce risque juridique avant de déterminer le degré d'influence souhaité sur le management des filiales.

2. « Traduction » des normes environnementales en les rendant opérationnelles

À l'intérieur du groupe

Néanmoins, la plupart des multinationales du secteur industriel ont mis en place une fonction EHS plus ou moins centralisée et chargée d'établir et de faire appliquer des standards et des politiques communes sur le plan mondial. Ces multinationales industrielles considèrent qu'il est de leur responsabilité morale de faire appliquer, partout dans leur groupe, des normes de haut niveau. Elles estiment par ailleurs que les bénéfices d'un centre d'expertise et de standards appliqués uniformément dépassent les risques de responsabilité juridique, puisque l'application de ces standards devrait éviter en bonne logique que le risque d'un accident se matérialise.

Dans ce processus interne, la direction juridique établira, parfois avec l'aide d'avocats ou de professeurs locaux, parfois avec l'aide d'associations d'entreprises, une analyse des lois les plus pertinentes par une approche s'apparentant à celle du droit comparé. Elle en fera une synthèse afin d'édicter, souvent en innovant, un corpus de normes internes immédiatement opérationnelles.

Les normes internes sont transmises aux filiales. Il appartient ensuite à chaque filiale, dans le respect des règles locales de décision, de les transposer dans son fonctionnement, en adoptant un texte similaire lorsqu'il s'agit de règles de sécurité les plus importantes, ou en les adaptant en tant que de besoin au contexte local pour les autres. La filiale doit, de plus, intégrer le respect des concepts des lois locales qui ne sont pas visés par les règles du groupe, lesquelles sont par essence parcellaires.

Un groupe de sociétés dispose souvent d'une pyramide de normes similaire à celle que nous connaissons d'un État de droit. La charte de l'entreprise peut, par exemple, ressembler à une constitution dans la mesure où elle édicte les valeurs fondamentales et les principes essentiels du fonctionnement de l'entreprise. Les règles internes à application stricte et universelle, parfois appelées les « directives », ressemblent à des lois, alors que des règles établies pour des métiers (par ex. le métier des ingénieurs environnement) peuvent se comparer à des décrets d'application. À côté de ces normes, les groupes multinationaux publient des guides pour aider les managers locaux à appréhender une situation à risque et à connaître les différentes alternatives préconisées pour les gérer.

Généralement, ces normes internes sont considérées comme étant du droit souple selon l'expression du Conseil d'État⁸, c'est-à-dire des règles internes dépourvues de force contraignante. Elles ont pour objectif d'influencer les comportements des salariés en leur indiquant de manière compréhensible les principes d'action à respecter. Mais l'entreprise ne doit pas être confondue avec un législateur ; elle n'a pas, non plus, un pouvoir de police. En cas de non-respect des normes internes par un des employés, l'entreprise doit utiliser les voies du droit du travail, prévues par son État. Avant d'être applicable, toute décision interne de sanction peut être soumise à l'examen de la justice. L'entreprise ne peut, et ne doit, agir à sa guise. Néanmoins, elle se doit de rendre opérationnelle la multitude des normes étatiques qui s'appliquent à elle.

En ce sens, la création de droit souple par une entreprise est une réponse à la complexification juridique d'un monde économiquement globalisé.

⁸ Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, *Le droit souple*, La Documentation française, 2013.

Dans la chaîne de fournisseurs

Une entreprise responsable prendra également soin de se soucier du fonctionnement de sa chaîne de fournisseurs, notamment en introduisant dans les contrats d'achats des clauses environnementales afin de garantir le respect d'un standard qualitatif dans la fabrication des produits qu'elle achète.

Les groupes industriels s'approvisionnent auprès de centaines, voire de milliers de fournisseurs et de partenaires. Dans les contrats avec ceux-ci, des clauses EHS doivent garantir que les normes de l'acheteur sont respectées dans la production locale et dans les produits fournis, mais aussi que cette production et ces produits sont exempts de danger pour la santé des employés du fournisseur et pour celle des utilisateurs de ces produits. Ces contrats prévoient parfois des droits pour l'acheteur à auditer les usines et le processus de fabrication du fournisseur. Ainsi, ces contrats, conclus par exemple par un acheteur français, véhiculent des concepts de droit français et européen de l'environnement, y compris avec des fournisseurs dans des pays qui se soucient peu des questions d'environnement⁹. En cas de manquements par le fournisseur aux obligations souscrites, l'acheteur pourra exiger leur respect, ou demander réparation, ou encore mettre fin au contrat¹⁰. De cette manière, les standards de droit souple créés à l'intérieur d'une entreprise peuvent devenir la loi dure d'un contrat, avec toutes les conséquences qui s'y attachent.

Souvent, les entreprises multinationales ne se contentent pas d'édicter des normes internes, mais elles mettent en place des formations dans les différentes langues de leurs filiales et de leurs partenaires pour que ceux-ci les intègrent mieux.

Les systèmes de conformité

De plus, pour les risques stratégiques et juridiques les plus importants, ayant potentiellement les répercussions les plus dramatiques (par ex. explosions, pollutions, mais aussi droit de la concurrence, corruption, droits de l'homme), ces entreprises ont tendance à mettre volontairement en place un système mondial de *compliance* à l'américaine. Un tel système doit garantir que tous les employés connaissent bien les règles applicables et s'y conforment. Pour cela, l'entreprise suit différentes étapes : (1) transcrire les lois applicables en normes internes et rédiger les procédures d'application et de contrôle, (2) mettre en place une organisation interne capable de contrôler la bonne application des normes sur le plan mondial, (3) communiquer les normes aux employés et former ceux-ci, (4) vérifier et auditer la conformité

⁹ V. l'étude détaillée par B. FAUVARQUE-COSSON, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *D.* 2016, n° 6, pp. 324-330.

¹⁰ V. l'article précité de B. FAUVARQUE-COSSON, pp. 328-329.

aux normes, (5) assurer une application stricte et constante ainsi que sanctionner les violations des règles, (6) traiter de manière appropriée les incidents et prendre les mesures nécessaires afin d'éviter de nouveaux incidents.

Conformément à l'esprit derrière cette pratique américaine d'un système de *compliance*, l'entreprise doit assumer les rôles de législateur interne, de professeur, de policier, de procureur et de juge de ses propres employés, et elle doit même parfois les dénoncer et s'auto-incriminer auprès des autorités publiques lorsqu'une non-conformité significative est constatée.

Les multinationales françaises ont presque toutes, à des degrés divers, volontairement intégré ces systèmes de conformité dans leur fonctionnement. De plus, les entreprises françaises cotées en bourse simultanément à Paris et à New York sont quasiment obligées de le faire, à moins de vouloir courir le risque de la multiplication d'une amende qui serait prononcée selon les *Sentencing Guidelines*¹¹ en l'absence d'un système de *compliance*.

En matière du droit de l'environnement, la complexité extrême des régulations des divers pays concernant l'air, l'eau, le sol, les installations classées, les déchets, etc. a amené la création de logiciels permettant une meilleure gestion des données requises par les lois et par les normes internes édictées par l'entreprise. Ces logiciels viennent en appui à des systèmes de management et de conformité environnementale s'inspirant le plus souvent de la norme de droit souple ISO 14001¹².

Contrairement aux systèmes de *compliance* dans le domaine purement juridique, cette conformité environnementale permet à l'entreprise d'obtenir une certification par un organisme indépendant attestant le bon fonctionnement de son management environnemental. En englobant les exigences d'ISO 14001, la Commission européenne a développé un outil appelé EMAS (Eco-Management and Audit Scheme)¹³ qui fournit aux entreprises s'y engageant volontairement un cadre d'analyse, de gestion et d'amélioration de la performance environnementale pour le monde entier. Cet outil aide également les entreprises à cataloguer le droit applicable et à développer un audit de la conformité des opérations aux règles légales.

L'engagement volontaire de l'entreprise à mettre en œuvre du droit souple lui permet de mieux s'assurer de la conformité au droit dur environnemental.

Un autre élément-clé de l'application du droit par l'entreprise est l'anticipation de son évolution, notamment en examinant les décisions de

¹¹ <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2011/2011-8b21>.

¹² V. www.iso.org/iso/fr/iso14000 et le site internet de l'AFNOR : <http://www.afnor.org/profils/centre-d-interet/environnement-revision-iso-14001>.

¹³ www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/EMAS.pdf.

justice et les projets législatifs mettant en cause le concept de *corporate veil* et le caractère de droit souple des dispositions internes.

B. – *Anticipation de l'évolution des normes environnementales*

Une entreprise à cycles longs veillera à analyser les projets de lois ou de traités. Mais avant cela, elle anticipera l'évolution en scrutant la jurisprudence. Bien évidemment, une entreprise multinationale intègre également la réflexion que la globalisation économique amène une certaine dilution du principe de territorialité¹⁴.

1. *Évolution de la justice internationale*

Bien qu'il existe plus de 300 traités ou conventions dans ce domaine, et mise à part le secteur du transport maritime¹⁵, le droit international environnemental est caractérisé par de grandes difficultés d'application en l'absence de mécanismes de contrôle et de sanctions des États signataires, mais aussi en l'absence de juridictions internationales compétentes¹⁶. Sauf pour quelques rares exceptions, le droit dur international en matière d'environnement brille donc par son absence.

Néanmoins, beaucoup d'entreprises adhèrent à toute une série d'instruments de droit souple, tels que les normes ISO 14000, le Global Compact, les Principes Directeurs de l'OCDE, les Principes CERES, les Principes de l'Équateur, etc. Mais il n'y a pas, à ma connaissance, de décisions judiciaires attribuant à ces instruments un caractère de droit dur. Ces standards internationaux d'environnement sont principalement souscrits volontairement par des entreprises, mais dans une moindre mesure par des États, ce qui fait qu'on ne peut les assimiler à des expressions d'un droit international coutumier universellement reconnu par les États.

En matière de droit de l'environnement, seules quelques rares décisions de justice appliquent une loi nationale de manière extraterritoriale en mettant en cause les concepts de *corporate veil* ou de *soft law*.

¹⁴ V. par ex. en 2012 J.-M. SAUVÉ, *La territorialité du droit*, <http://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-interventions/la-territorialite-du-droit>.

¹⁵ Par ex. la Convention Marpol de 1973 et ses amendements (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*), et d'autres conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation maritime internationale (une cinquantaine), ainsi que les directives européennes au sujet de la double coque (Directive CE No 417/2002 et les directives ultérieures d'application de celle-ci).

¹⁶ V. le rapport « Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement – Devoirs des États, droit des individus » du Club des Juristes : <http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-renforcer-lefficacite-du-droit-international-de-lenvironnement-devoirs-des-etats-droits-des-individus>.

a) Pays-Bas

Akpan contre Shell

Dans trois affaires parallèles devant le Tribunal du District de La Haye¹⁷, quatre fermiers nigériens, dont M. Akpan, ainsi qu'une ONG néerlandaise, demandent réparation pour le dommage causé à leurs exploitations par le déversement de pétrole dans le delta du fleuve Niger. Ils mettent en cause la société-mère du groupe Shell, Royal Dutch Shell dont le siège juridique était à l'époque à Londres, et une société nigérienne, Shell Petroleum Development Company of Nigeria (ci-après Shell Nigéria).

Dans sa décision préliminaire sur certaines questions de principe, le tribunal affirme qu'il a compétence par rapport à ces deux sociétés, en appliquant, concernant la société anglaise, les principes du Règlement Bruxelles I¹⁸, selon lequel un plaignant peut se tourner vers les tribunaux du pays-membre dans lequel la société défenderesse a son siège ou dans lequel elle a son principal centre de décision. Le tribunal considère que le siège réel de Royal Dutch Shell se trouve à La Haye. Concernant la société nigérienne, le tribunal applique l'article 7 du Code de procédure civile néerlandais en argumentant que les revendications contre les deux sociétés sont inextricablement liées, que l'efficacité judiciaire justifie un procès commun (*forum necessitatis*), qu'il existe une tendance internationale en faveur d'une poursuite des sociétés-mères dans leurs propres pays pour les agissements de leurs filiales étrangères et qu'elle garderait sa juridiction sur Shell Nigéria même si ultérieurement le cas contre Royal Dutch Shell devait être rejeté.

Dans son jugement du 30 janvier 2013 dans lequel il applique la loi *loci delicti*, donc le droit nigérian, le Tribunal du District de La Haye décide sur le fond que Royal Dutch Shell n'était pas responsable de la pollution dans la mesure où conformément au droit nigérian une société-mère n'est pas tenue d'empêcher ses filiales d'infliger des dommages à des tiers. Par contre, le tribunal condamne Shell Nigéria à verser des dommages-intérêts à M. Akpan pour avoir violé par négligence sa *duty of care*, dans la mesure où la société n'aurait pas pris des mesures suffisantes pour empêcher le sabotage par des tiers de l'oléoduc près du village de M. Akpan. Concernant le montant des dommages-intérêts, le tribunal statuera ultérieurement.

Cependant, en décembre 2015, la Cour de la Haye¹⁹ a partiellement infirmé la décision en première instance dans l'affaire Akpan. Elle a

¹⁷ District Court of The Hague, 30 Jan. 2013, *Akpan and Vereniging Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, (2013) LJN BY9854 (Netherlands).

¹⁸ Règlement du Conseil 44/2001, *JOCE* 2001 L12/1.

¹⁹ Gerechtshof Den Haag, décision du 18 décembre 2015 dans l'affaire No. 200.126.849-01 200.127.813-01 (ECLI :NL:GHDHA:2015:3586/3587), v. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/Dutch-Courts-have->

notamment décidé que contrairement à l'opinion du tribunal de première instance, Royal Dutch Shell pouvait sous certaines conditions être tenue pour responsable de l'éventuelle négligence de la société nigériane. Elle a ordonné à Royal Dutch Shell de donner accès à ses documents internes. Le procès en première instance continue sur cette base depuis mars 2016.

Cette affaire emblématique et son traitement judiciaire aux Pays-Bas touchent à un grand nombre de questions du droit international : la juridiction internationale du tribunal hollandais en cas de défenderesses ayant leurs sièges juridiques à l'étranger, ainsi qu'en cas de plaignants étrangers évoquant des faits qui se sont déroulés à l'étranger ; la notion du *forum necessitatis* ; le droit international privé et la détermination du droit applicable ; la responsabilité d'une société-mère pour les actions de la société étrangère qu'elle dirige ; etc.

Sur la base des décisions judiciaires au stade actuel de ce procès, il semblerait suffisant d'alléguer qu'une société-mère hollandaise pourrait être responsable d'un dommage causé à l'étranger à des étrangers par sa filiale étrangère conformément au droit étranger applicable, afin d'établir la juridiction des tribunaux hollandais pour l'ensemble de l'affaire, si les revendications sont connectées et qu'elles reposent au moins en partie sur le même fondement juridique. Cela représenterait un risque juridique non négligeable pour les multinationales hollandaises, et, au-delà, pour celles des multinationales européennes qui estiment que leur droit national pourrait permettre un cheminement judiciaire similaire.

Affaire Urgenda

Dans cette affaire la défenderesse n'est pas une entreprise, mais un État. La fondation Urgenda, regroupant environ 900 citoyens néerlandais, a fait condamner l'État néerlandais par une décision du Tribunal du District de La Haye du 24 juin 2015 à faire davantage d'efforts en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre²⁰. Il s'agit d'un procès au civil pour acte délictuel se fondant sur une disposition du droit hollandais similaire à l'article 1382 du Code civil français. La décision du tribunal établit une *duty of care* de l'État vis-à-vis de ses citoyens afin de les protéger des dommages environnementaux et de santé. Se fondant sur les études scientifiques du GIEC (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, créé par l'ONU) et sur des traités et conventions internationaux, le tribunal a estimé que la réduction par rapport à l'année 1990 devait être au moins de 25% (au lieu de 20% prévu par le gouvernement) d'ici à 2020 afin de pouvoir

jurisdiction-in-case-against-Shell-Nigeria-oil-spills.aspx et <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:3587>.

²⁰ Rechtbank Den Haag C/09/456689/HA ZA 13-1396 (English translation).

respecter l'objectif européen d'une baisse de 40% d'ici 2030, et il a assorti sa décision d'une exécution provisoire. Le gouvernement néerlandais a fait appel de cette décision, tout en la mettant en œuvre.

Pour les entreprises la question se pose si elles peuvent se contenter de fonder leurs stratégies environnementales sur des décisions gouvernementales, lorsqu'elles estiment ou devraient savoir que ces décisions et le cas échéant les lois nationales ne sont pas en mesure d'atteindre des objectifs internationaux acceptés par leur gouvernement. L'insécurité juridique ne proviendrait pas uniquement de lois en trop grand nombre et mal rédigées, mais pourrait également surgir d'erreurs de fond dans les instruments législatifs.

b) Royaume-Uni

Bodo Community contre Shell

Pour revenir au Nigéria, dans une affaire judiciaire parallèle à celle d'Akpan, mais se déroulant en Angleterre, plus de 15 000 pêcheurs de la communauté de Bodo ont introduit à Londres un procès en dommages-intérêts contre la société nigériane Shell Nigéria et, initialement, contre la société anglaise Royal Dutch Shell. Shell Nigéria s'était soumise à la juridiction anglaise en contrepartie du retrait de l'action contre Royal Dutch Shell. Eu égard aux questions préliminaires, la High Court de Londres a rendu une sentence le 20 juin 2014²¹ selon laquelle Shell Nigéria pouvait être tenue pour responsable de pollutions si la société n'avait pas pris les mesures raisonnables afin de protéger les oléoducs de dysfonctionnements ou de vols de pétrole. Peu de temps avant l'ouverture du procès au fond, Shell Nigéria et les plaignants ont annoncé le 7 janvier 2015 une transaction à hauteur de £55 millions²², dont £35 millions à payer individuellement aux plaignants (environ £2 300 pour chacun, une somme correspondant à trois fois le salaire minimum annuel au Nigéria) et £20 millions pour la communauté.

Chandler contre Cape

Une décision souvent citée au sujet du *corporate veil* est celle de la Court of Appeal of England and Wales de 2012 dans l'affaire *Chandler v. Cape plc*²³. Selon cet arrêt, la société-mère anglaise était tenue par une *duty of care* directe vis-à-vis d'un employé d'une de ces filiales anglaises (qui n'existait plus au moment du procès) afin de le protéger de maladies contractées sur son

²¹ High Court of Justice, *The Bodo Community and others v. The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited*, 20 juin 2014, à <http://www.hendersonchambers.co.uk/wp-content/uploads/2014/06/Bodo-jment-prelim-issues.pdf>.

²² V. l'article in *The Guardian*, « Shell announces £55m payout for Nigeria oil spills », 7 janvier 2015, à <http://www.theguardian.com/environment/2015/jan/07/shell-announces-55m-payout-for-nigeria-oil-spills>.

²³ Court of Appeal, *Chandler v. Cape plc* [2012] EWCA Civ 525.

lieu de travail. La Cour a pris soin de préciser qu'une telle obligation n'était pas automatique dans un groupe de sociétés et qu'il ne s'agissait pas d'un cas de *piercing the corporate veil*, mais qu'une telle responsabilité directe pouvait résulter de circonstances particulières²⁴.

Thompson contre Renwick

La même Court of Appeal a précisé ces circonstances particulières d'une *duty of care* dans la décision *Thompson v. The Renwick Group plc*²⁵ en 2014, dans laquelle elle n'a pas retenu une telle obligation pour une holding ayant des intérêts dans différentes industries, bien que cette maison-mère eût nommé un directeur pour l'hygiène et la santé de la filiale. La Cour estime que ce directeur exerçait sa fonction au sein de la filiale et qu'il ne représentait pas la société-mère²⁶. Elle a donc décidé que cette situation était *far removed* des circonstances particulières dans le cas de Chandler²⁷.

c) France

Affaire Erika

Dans l'affaire Erika, la Cour de cassation²⁸ a reconnu la compétence de la juridiction française pour des faits de déversement de pétrole survenus en dehors du territoire français lorsqu'un dommage grave en résultait sur son territoire. D'autre part, elle a statué que la société Total avait commis une imprudence en ne respectant pas les règles volontaires qu'elle s'était données en matière de *vetting*, donc de l'examen d'un bateau affrété par elle. Dans cette affaire, la justice a considéré que le non-respect de ses propres règles internes par une société pouvait engendrer une responsabilité juridique.

Affaire du tramway de Jérusalem

En octobre 2007, l'Association France Palestine Solidarité (AFPS) et l'Organisation de la Libération de la Palestine (l'OLP) ont intenté une action contre Alstom et Veolia devant le Tribunal de Grande Instance de Nanterre. Le procès avait pour objet le contrat signé avec le gouvernement israélien en juillet 2005 dans le cadre d'un consortium pour construire et exploiter une ligne de tramway à Jérusalem, contrat que les demanderesse estimaient être en contravention du droit international.

²⁴ *Ibid.* au paragraphe 69.

²⁵ Court of Appeal, *Thompson v. The Renwick Group plc* [2014] EWCA Civ 635.

²⁶ *Ibid.* aux paragraphes 24 et 26a.

²⁷ *Ibid.* aux paragraphes 36 et 40.

²⁸ Arrêt de la Cour de cassation, Cass. Crim. 26 sept. 2012, n° 3439, n° de pourvoi : 10-82938, *Bulletin criminel* 2012, n° 198, à : https://www.courdecassation.fr/IMG///Crim_arret3439_20120925.pdf.

Le Tribunal de Nanterre a rejeté en mai 2011 les arguments des demanderessees. Sur appel de l'AFPS et de l'OLP, la Cour d'Appel de Versailles a conclu le 22 mars 2013 que le droit international créait des obligations entre les États, mais ne pouvait être invoqué contre des sociétés privées. La Cour précise qu'en exécutant les contrats du tramway de Jérusalem, Alstom et Veolia n'avaient pas violé la loi internationale, ni le droit humanitaire, ni les engagements pris dans le cadre du Pacte Mondial des Nations Unies, ce dernier étant volontaire et ne créant pas d'obligations juridiques dont des tiers pouvaient se prévaloir²⁹.

d) États-Unis

Au sujet de l'application extraterritoriale du droit américain, une évolution récente de la jurisprudence dans les domaines de la responsabilité délictuelle et du droit boursier pourrait également s'appliquer au droit de l'environnement.

Kiobel contre Royal Dutch Petroleum

Dans l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*³⁰ la Cour Suprême des États-Unis a statué en 2013 qu'il existait une présomption contre l'extraterritorialité des lois fédérales et que cette présomption s'appliquait à la loi fédérale *Alien Tort Statute*³¹. Selon l'*Alien Tort Statute*, les tribunaux fédéraux ont la compétence pour toute action civile intentée par un étranger en matière d'actes délictuels en violation de la *law of nations* ou d'un traité ratifié par les États-Unis. Dans ce cas précis³², la Cour Suprême a estimé que l'*Alien Tort Statute* ne s'appliquait pas à une violation alléguée des droits de l'homme, commise à l'étranger par des étrangers envers un étranger. Les magistrats et la doctrine appellent ce genre de cas des *foreign cubed cases*, des cas sans liens avec le territoire de la juridiction saisie³³.

Morrison contre National Australia Bank

Avant l'affaire *Kiobel*, dans un autre *foreign cubed case*, la Cour Suprême avait déjà limité l'extraterritorialité des lois américaines dans une

²⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, R.G. No. 11/05331, p. 29.

³⁰ *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. ____ (2013), (slip op. No. 10-1491), 133 S.Ct. 1659

³¹ 28 USC §1350.

³² V. le commentaire de cette affaire par John Ruggie, ancien Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour les droits de l'homme (2005-2011) et auteur des Principes directeurs sur les droits de l'homme et les entreprises de l'ONU à [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL_AND_CORPORATE_SOCIAL_RESPONSIBILITY%20\(3\).pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL_AND_CORPORATE_SOCIAL_RESPONSIBILITY%20(3).pdf).

³³ V. <http://www.scotusblog.com/2013/04/kiobel-commentary-the-door-remains-open-to-foreign-squared-cases/> et <https://corpgov.law.harvard.edu/2010/06/25/u-s-supreme-court-rejects-foreign-cubed-class-actions/>.

décision de 2010 dans l'affaire *Morrison v. National Australia Bank (NAB)*³⁴. Dans cette affaire, la Cour a décidé que certaines règles du droit boursier américain ne pouvaient s'appliquer à des valeurs mobilières cotées à l'étranger et vendues à l'étranger, bien qu'une filiale de NAB aux États-Unis eût pris part au schéma frauduleux allégué.

Doe contre Nestlé USA

Dans cette affaire délictuelle, d'anciens enfants-esclaves dans des plantations de cacao en Côte d'Ivoire ont introduit un procès contre Nestlé en Californie sous l'*Alien Tort Statute*. Il s'agit d'un *foreign squared case*, c'est-à-dire d'une violation de droits d'étrangers à l'étranger commise par une société américaine. Les plaignants alléguaient que Nestlé USA, acheteur du cacao, était informé des conditions de travail et avait aidé et encouragé à le perpétrer. Dans un arrêt du 4 septembre 2014, la Court of Appeals for the Ninth Circuit a décidé que les plaignants avaient qualité pour agir et pouvait invoquer l'*Alien Tort Statute*, ainsi qu'elle était compétente pour statuer sur le litige³⁵. Les entreprises peuvent être assujetties au *Alien Tort Statute* pour autant que la présomption contre l'application extraterritoriale était surmontée, dit-elle dans son arrêt. En conséquence, les plaignants ont eu le droit d'amender leur demande afin de réviser leurs allégations sous l'*Alien Tort Statute*. La Cour Suprême des États-Unis a décidé le 11 janvier 2016 qu'elle n'allait pas entendre cette affaire³⁶.

Les principes dégagés dans ces trois affaires sur l'extraterritorialité semblent indiquer qu'une affaire similaire à celle de Bodo Community (v. ci-dessus I.B.1.b) ne pourrait pas prospérer aux États-Unis parce qu'il s'agirait d'un *foreign cubed case*. La question se poserait différemment dans une affaire similaire à celle d'Akpan, une *foreign squared case*, lorsque la responsabilité d'une défenderesse américaine serait recherchée pour des négligences environnementales commises par elle à l'étranger envers des étrangers.

Affaire du champ pétrolier Lago Agrio

Dans le domaine du droit de l'environnement, l'affaire du champ pétrolier Lago Agrio en Équateur pourrait servir de base à une thèse d'agrégation sur la globalisation, la territorialité, le droit comparé et

³⁴ *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010).

³⁵ *John Doe I, et al. v. Nestlé, USA et al.*, D.C. No. 2:05-CV-05133-SVW-JTL (9th Cir. 2014) ("Corporations may be liable under ATS so long as presumption against extraterritorial application is overcome" ... "The prohibition against slavery is universal and may be asserted against the corporate defendants in this case").

³⁶ <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/nestle-u-s-a-inc-v-doe>.

l'imbrication de nombreuses procédures judiciaires en parallèle sur le fond de la même affaire.

Des citoyens équatoriens réclament des dommages-intérêts à Chevron (ayant acquis Texaco en 2001) pour des pollutions pétrolières attribuées à Texaco entre 1964 et 1992 dans la forêt amazonienne et qui auraient générées de graves problèmes de santé aux plaignants.

En résumé, une cour américaine s'était déclarée incompétente en 2002 sur la base du concept *forum non conveniens*. Les plaignants ont eu gain de cause devant la justice équatorienne qui a condamné Chevron en 2013 à payer des dommages-intérêts d'un montant de \$9 milliards de dollars. Plusieurs autres procédures parallèles sont en cours aux États-Unis, au Canada, en Argentine, ainsi que des arbitrages, la plupart initiés par Chevron pour s'opposer à d'éventuelles saisies d'actifs.

e) Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

La Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas un droit à un environnement sain en tant que tel. Néanmoins, la CEDH a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de traiter de la violation de droits reconnus par la Convention suite à des problèmes environnementaux. Elle a, par exemple, considéré que des gouvernements n'avaient pas mis en place des normes appropriées et les mesures pratiques nécessaires qui auraient empêché des violations du droit à la vie (art. 2 de la Convention) et du droit au respect de la vie privée (art. 8) par des explosions ou des émanations toxiques de déchetteries³⁷. Cependant, les arrêts de la CEDH s'adressent aux États qui, lorsqu'ils sont condamnés, sont censés réparer les torts ou légiférer. Les entreprises ne sont qu'indirectement concernées, sauf en tant que requérantes.

Ces quelques décisions de justice montrent que l'entreprise doit tenir compte de la possibilité d'une mise en cause de la société-mère pour les agissements d'une filiale étrangère. Elles appellent également à la prudence concernant la qualité de droit souple des normes internes volontaires. Néanmoins, il semble prématuré de conclure à une tendance avérée de la justice à méconnaître ces deux concepts classiques du droit.

2. Évolution législative

Par ailleurs, l'entreprise tente d'anticiper des initiatives législatives qui pourraient amener une extension de sa responsabilité. Parmi les nombreuses initiatives, citons deux exemples récents qui vont dans cette direction.

³⁷ V. la fiche thématique « Environnement et CEDH », http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_FRA.pdf et par exemple les décisions *Öneriyıldız c. Turquie* (p. 1) et *Giacomelli c. Italie* (p. 12).

a) *France : Proposition de loi « vigilance »*

L'Assemblée nationale a adopté le 30 mars 2015 en première lecture à l'unanimité une proposition de loi relative à la création d'un devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre³⁸. Cette proposition a été rejetée le 18 novembre 2015 par le Sénat. Le 23 mars 2016 l'Assemblée nationale a adopté une version modifiée de cette proposition de loi qui sera de nouveau débattue au Sénat, avant de retourner à l'Assemblée nationale.

La proposition vise à mettre en place un régime de responsabilité délictuelle (art. 2) pour les grandes sociétés en France en exigeant d'elles d'établir et de mettre en œuvre un « plan de vigilance » pour la société-mère et pour toutes les sociétés qu'elle contrôle, ainsi que pour tous les fournisseurs avec lesquels elle entretient une « relation commerciale établie »³⁹. Ce plan devra comporter les mesures « propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques ... environnementaux graves ... » (art. 1^{er}). En cas de dommage environnemental intervenu dans une des sociétés filiales ou chez l'un des fournisseurs, toute personne justifiant d'un intérêt à agir pourra engager la responsabilité de la société française donneuse d'ordre devant les juridictions civiles et commerciales en France.

Si la proposition de loi sur la vigilance entrait en vigueur en France, les entreprises concernées auraient un risque juridique supplémentaire à gérer. Or, le risque juridique est pris en compte dans les décisions stratégiques de l'entreprise. Le risque juridique qui résulterait de cette proposition de loi semble difficile à gérer dans une chaîne de milliers de fournisseurs. Elle nécessiterait la mise en œuvre de moyens humains et financiers très importants que les concurrents étrangers n'auront d'ailleurs pas à supporter. Les sociétés françaises donneuses d'ordre se heurteront également à la résistance de certains fournisseurs qui ne voudront pas qu'elles s'immiscent dans leur gestion et à la résistance de certains États qui s'opposeront à un audit d'une société établie dans leurs pays. En anticipant ces risques, les sociétés françaises pourraient vouloir réduire sensiblement le nombre de fournisseurs situés dans des pays n'ayant pas les structures requises ou même se retirer de certains pays.

Il n'est donc pas surprenant que les associations d'entreprises comme le Medef se préparent à faire entendre leurs soucis au moment de la rédaction du décret d'application.

³⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0501.asp>.

³⁹ V. art. L. 442-6 du Code de commerce.

b) Directive européenne sur le reporting non-financier

L'Union européenne exigera à partir de 2017 que les entreprises de plus de 500 salariés ajoutent dans leurs rapports des informations non-financières, notamment sur leurs politiques dans le domaine de l'environnement et sur les principaux risques de leurs activités mondiales⁴⁰. Cette directive laisse aux entreprises une assez grande liberté concernant le choix des informations et la manière de les publier, y compris par exemple dans un rapport distinct du rapport annuel. Elles sont encouragées à utiliser des standards volontaires, tels que ceux des Principes Directeurs de l'OCDE, de la norme ISO 26 000 ou du Pacte Mondial des Nations Unies.

Conformément à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, les grandes entreprises françaises sont tenues, depuis plusieurs années, de mettre des informations sur leur politique environnementale dans le document de référence. Bien que le décret d'application de cette loi précise les informations à renseigner, la Commission européenne a l'intention de publier vers la fin de cette année un guide non contraignant sur la méthodologie que les entreprises devraient suivre afin de se conformer pleinement à la nouvelle réglementation européenne.

En dehors de ces deux exemples à court terme, les entreprises sont appelées dès maintenant à anticiper les futures lois qui devront être mises en place dans le cadre des accords sur le changement climatique. La transcription législative de l'objectif consistant à limiter le réchauffement climatique à 1,5°C aura forcément des impacts sur le modèle économique de la plupart des entreprises⁴¹.

Au-delà de sa démarche interne d'application des normes, l'entreprise participe également à l'élaboration du droit environnemental, notamment par des associations. De même, l'entreprise est confrontée à l'élaboration de normes environnementales par d'autres entreprises ou organismes.

⁴⁰ Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 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, *JO L 330/1* du 15/11/2014.

⁴¹ Accord de Paris du 12 décembre 2015, FCCC/CP/2015/L.9 : <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/fre/109f.pdf>.

II. ÉLABORATION ACTIVE DE NORMES PAR L'ENTREPRISE & CONFRONTATION AUX NORMES ÉMISES PAR D'AUTRES ENTREPRISES OU ORGANISMES

Compte tenu du nombre important d'initiatives législatives, quelques exemples serviront le propos.

A. – *Participation par l'entreprise à l'élaboration*

Une entreprise peut participer elle-même ou à travers ses associations professionnelles à l'élaboration de normes.

1. *Coopération avec des organismes étatiques français*

À côté des projets et des propositions de lois rédigés par le gouvernement ou par des parlementaires, d'autres modes de création de normes apparaissent.

Grenelle

Dans le domaine de l'environnement, le processus appelé le « Grenelle de l'environnement » associe 5 collèges de parties prenantes à l'élaboration de normes, à savoir des représentants de l'État, des collectivités locales, des salariés, des ONG et des entreprises⁴². Ce processus permet à l'État d'organiser une véritable concertation avec les principales parties prenantes des futures normes et de s'appuyer sur leurs expertises environnementales. Ce processus a engendré deux lois (2009 Grenelle I et 2010 Grenelle II)⁴³ et a largement participé à la préparation de la COP 21 à Paris en novembre/décembre 2015.

CNDP

Parmi les nouveaux acteurs, la Conférence nationale des débats publics (CNDP), une autorité administrative indépendante a pour mission d'informer les citoyens et de faire en sorte que leur point de vue soit pris en compte dans le processus de décision, le tout dans un souci de démocratiser et légitimer les décisions relatives aux grands projets d'aménagement et d'équipement d'intérêt national⁴⁴. Beaucoup de ces projets suscitent des interrogations

⁴² Je remercie Jean-Louis Dewost d'avoir attiré mon attention sur ce point ainsi que sur la CNDP.

⁴³ V. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020949548&categorieLien=id> et <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022470434&categorieLien=id>.

⁴⁴ C. LEYRIT, « Débats publics : démocratiser et légitimer les décisions », *Responsabilité et environnement*, janv. 2016, n° 81, p. 23.

en matière d'impact sur l'environnement. En parallèle à la CNDP, l'État français a créé d'autres organismes de débat et de concertation dans le domaine environnemental, par exemple la Commission spécialisée sur la démocratisation du dialogue environnemental.

L'entreprise peut, également, avoir une influence sur l'élaboration de normes environnementales dans le cadre des organisations de normalisation.

AFNOR

L'Association française de normalisation (AFNOR) est placée sous la tutelle de l'État (Ministère de l'industrie), mais elle compte plus de 3 000 entreprises adhérentes. L'AFNOR élabore les référentiels techniques nécessaires pour la mise en œuvre des lois et décrets, en adaptant le droit dur aux différents secteurs de l'économie. Dans le domaine de l'environnement, cette association est assez prolifique en matière de construction de bâtiments et d'urbanisme. Elle fournit une information sur les normes applicables et sur leur application concrète. La normalisation complète le droit dur en le rendant opérationnel pour les entreprises concernées.

En vertu du Décret n° 2009-697, article 17 al. 2 et par arrêté ministériel, certaines des normes AFNOR peuvent devenir d'application obligatoire, en matière environnementale par exemple plusieurs normes sur les produits et les installations pétrolières. En cas de non-respect d'une norme obligatoire la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise peut bien évidemment être recherchée. Mais le respect d'une norme n'est pas, non plus, un fait exonérateur automatique, notamment en cas de responsabilité du fait des choses conformément à l'article 1384 du Code civil⁴⁵.

Au-delà de la sphère gouvernementale nationale, les entreprises participent aux côtés d'acteurs supranationaux à l'élaboration de normes, la plupart du temps, de droit souple.

2. Coopération avec des organismes supranationaux

L'approche classique considère qu'une entreprise n'est pas un sujet de droit international. Il n'y a que les États ou leurs émanations qui sont directement visés par les traités internationaux, sauf lorsqu'un État a transposé leurs principes en droit national. Mais dans ce cas, c'est le droit national qui s'applique à une entreprise et non pas le droit international.

Néanmoins, en matière d'environnement comme dans d'autres matières stratégiques, certaines entreprises s'obligent individuellement ou collectivement à faire davantage que ce qu'exige le droit dur. Par exemple, dans le cadre du Pacte mondial de l'ONU, plus de 10 000 entreprises

⁴⁵ Cass. civ. 8 juin 1994, *D.* 1994, inf. rapp. 181.

multinationales ont pris l'engagement d'améliorer, tous les ans, leurs pratiques concernant la gestion de l'environnement au-delà des exigences des lois et de participer aux actions onusiennes contre le changement climatique⁴⁶.

Les exigences du Pacte mondial, comme d'ailleurs la plupart des instruments « public/privé » mis en place par l'ONU constituent du droit souple selon la terminologie du Conseil d'État⁴⁷. Il s'agit souvent d'initiatives de l'ONU auxquelles les entreprises et d'autres organisations souscrivent en s'engageant volontairement à faire leurs meilleurs efforts afin d'atteindre des objectifs d'amélioration.

Le principal bénéfice résultant des échanges et des communications au sein du Pacte mondial se situe au niveau des normes internes des entreprises participantes. En effet, l'analyse des communications écrites d'autres entreprises permet à une entreprise de repérer de meilleures pratiques dans le domaine environnemental et de les assimiler dans sa propre démarche. Différentes études tendent à démontrer que les entreprises ayant une présence assidue au Pacte mondial améliorent leurs performances environnementales et économiques⁴⁸. Bien que, apparemment, la structure des coûts directs de l'entreprise ne s'en trouve pas améliorée ni détériorée, il paraît évident que les entreprises engagées dans cette démarche volontaire évitent des coûts importants de réparation de dommages qui ne se produisent plus ou plus rarement.

Au sujet du Pacte mondial, la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt déjà évoqué du 22 mars 2013 dans l'affaire dite du tramway de Jérusalem, a statué que l'adhésion au Pacte mondial exprime seulement des valeurs que les sociétés souhaitent voir appliquer par leur personnel sans créer d'obligations ni d'engagements au bénéfice de tiers pouvant en solliciter le respect⁴⁹. Cet arrêt indique au sujet du code éthique de l'entreprise qu'il « émane d'une démarche personnelle » et qu'il « ne peut être considéré comme un acte valant engagement dont les tiers peuvent se prévaloir »⁵⁰.

Néanmoins, ces engagements volontaires peuvent avoir des effets considérables sur la situation financière et économique d'une entreprise, au

⁴⁶ V. mon article, « L'évolution du Pacte mondial des Nations Unies relatif à la responsabilité sociétale des entreprises dans la dimension environnementale », à paraître prochainement dans le volume 19 de la collection du « Centre français de droit comparé » publiée par la Société de législation comparée : *La responsabilité sociétale des entreprises. Approche environnementale*.

⁴⁷ Conseil d'État, Étude annuelle 2013 : *Le droit souple*, La Documentation française, 2013, p. 45.

⁴⁸ V. par ex. D. CETINDAMAR, « Corporate Social Responsibility Practices and Environmentally Responsible Behavior: The Case of the United Nations Global Compact », *Journal of Business Ethics*, 2007, vol. 76, Issue 2, pp. 163-176.

⁴⁹ Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013, RG n. 11/05331 opposant l'Association France-Palestine Solidarité et l'OLP à Alstom et Veolia, p. 29 de l'arrêt.

⁵⁰ *Ibid.* p. 28.

point d'avoir autant d'impact que le droit dur, thème que nous abordons ci-dessous⁵¹.

L'entreprise multinationale ne travaille pas seulement en interne, mais aussi avec d'autres entreprises en vue de mieux appréhender les diverses lois nationales sur l'environnement.

3. *Coopération dans le cadre d'associations d'entreprises*

Dans le domaine de l'industrie extractive par exemple, 36 sociétés pétrolières et gazières (dont toutes les majors et, pour la France, EDF et Total) et 16 associations ont créé en 1974 l'association IPIECA (*International Petroleum Industry Environmental Conservation Association*), à la suite de la création du « Programme des Nations Unies pour l'Environnement » (PNUE). L'objectif de l'IPIECA est l'étude des questions environnementales et sociales du secteur pétrolier. L'IPIECA a pour principale mission d'élaborer et de promouvoir le respect des lois applicables et de partager de bonnes pratiques afin d'améliorer la performance environnementale et sociétale de ses membres. Elle collabore avec de nombreuses parties prenantes de la société civile et avec les experts de l'ONU. L'IPIECA couvre à travers ses membres plus de la moitié de la production mondiale de pétrole et de gaz. Elle a par exemple joué un rôle déterminant dans l'élimination de l'essence au plomb dans la plupart des pays, et elle a préparé en coopération avec l'Organisation Maritime Internationale les plans d'urgence en cas de déversement pétrolier accidentel. Concernant le changement climatique, l'IPIECA recommande à ses membres de suivre son guide détaillé afin de faire des rapports transparents sur les émissions de gaz à effet de serre⁵².

Au sein de l'IPIECA divers groupes de travail échangent sur les législations applicables et communiquent aux entreprises leurs synthèses et leurs recommandations en matière de management des obligations légales et des bonnes pratiques des membres allant au-delà du strict respect du droit dur et tenant compte des attentes de la Société. Ces groupes de travail produisent entre autres des modules de formation que les entreprises intègrent dans leurs programmes internes pour leurs ingénieurs et leurs juristes. De cette manière, les juristes dans les divers pays n'ont pas besoin de dupliquer le travail, mais simplement, d'adapter ces enseignements aux particularités locales.

D'autres secteurs industriels, tel le textile, disposent d'associations similaires.

⁵¹ V. chap. II.B.2. ci-dessous.

⁵² <http://www.ipieca.org/publication/ipieca-climate-change-reporting-framework-pilot-guidance-document-oil-and-gas-industry>.

B. – Normes de droit souple élaborées par d'autres et ayant un effet contraignant

Comme j'ai pu le dire au sujet des droits de l'homme, le « mou » juridique peut devenir du « dur » économique⁵³. On peut observer le même phénomène en droit de l'environnement, notamment du fait des exigences du secteur financier.

1. Normes en provenance du secteur financier

La Banque Mondiale et sa filiale International Finance Corporation exigent des entreprises sollicitant un financement de projet la mise en œuvre d'une procédure d'étude d'impacts environnementaux (et sociétaux) quel que soit le pays d'investissement⁵⁴. Les prêteurs privés, à savoir plus de 80 banques couvrant plus de 70% du marché de financement de projets, ont adopté des principes quasiment identiques à travers les Principes de l'Équateur⁵⁵. Afin d'obtenir le financement de projets d'investissements dans les pays en développement, une entreprise doit fournir un rapport détaillé sur les impacts environnementaux, les conditions de travail et d'hygiène, les plans de gestion des ressources naturelles, les plans de prévention de pollution, l'acquisition des terrains, les questions de déplacement éventuel des populations locales, etc. L'entreprise doit également démontrer qu'elle a consulté les riverains potentiellement affectés par son projet et elle doit permettre aux experts indépendants des banques de vérifier la conformité des démarches de l'entreprise avec les Principes de l'Équateur.

Une entreprise qui ne se conforme pas à ces principes de droit souple n'aura pas de financements pour ses projets, une conséquence aussi dure économiquement que celle pouvant découler du non-respect du droit dur.

Un certain nombre de fonds d'investissement ainsi que des *proxy providers* (des entreprises fournissant aux actionnaires des analyses au sujet des résolutions proposées pour les assemblées générales et recommandant des votes) soumettent également les entreprises à leurs normes internes en matière éthique et exigent des réponses (rapides) à des questionnaires sur la performance environnementale et sociétale de l'entreprise, soit sous la menace d'un retrait de son capital en le faisant savoir, soit sous la menace de faire voter les actionnaires institutionnels (les banques et les fonds

⁵³ P. HERBEL, « Droits de l'homme et entreprises : les nouveaux "Principes Directeurs" de l'ONU », *JCP E* 2013, pp. 5-6.

⁵⁴ IFC Environmental and Social Performance Standards (2012), http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES.

⁵⁵ Principes de l'Équateur, http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_french_2013.pdf.

d'investissement) contre les résolutions prévues pour l'assemblée générale ou encore en exigeant de mettre au vote de l'assemblée générale des résolutions réclamant du Directeur général un rapport détaillé sur ces questions, par exemple récemment au sujet du changement climatique et de son impact sur le *business model* de l'entreprise.

Lorsque les entreprises se montrent récalcitrantes face à ces exigences de droit souple, il se peut que les autorités boursières soutiennent la demande d'actionnaires de mettre des résolutions au vote. Ainsi, l'autorité boursière américaine, la *Securities and Exchange Commission*, a-t-elle récemment exigé des sociétés pétrolières Exxon et Chevron de permettre le vote sur des résolutions proposées par des fonds visant à analyser l'impact financier à moyen terme des normes que les États vont devoir édicter afin de se conformer aux accords de la COP 21 du 12 décembre 2015 de Paris⁵⁶.

Concernant le changement climatique, un mouvement bancaire est en cours contre le financement de nouveaux projets dans l'industrie du charbon. Aux États-Unis, trois des entreprises de ce secteur ont déjà fait faillite à cause de ce refus de financement et la quatrième, Peabody, vient de se mettre en faillite pour la même raison.

Dans un monde globalisé sans gouvernance globalisée, le secteur financier global est en vérité le principal régulateur des marchés. Ses exigences vis-à-vis des entreprises dans lesquelles il investit se font souvent sous la forme de droit souple. Elles ont un impact similaire à celui du droit dur sans en avoir la légitimité. Certaines ONG l'ont compris lorsqu'elles utilisent leur propre pouvoir (principalement médiatique) sur le secteur financier afin de s'en servir comme un levier permettant d'influencer le comportement des entreprises. Par exemple en matière de droits de l'homme, l'ONG Shift Project a réussi à mobiliser des institutions du secteur financier représentant des investissements supérieurs à \$4000 milliards et qui plaident en faveur de l'adoption par les entreprises des Principes Directeurs de l'ONU en matière d'entreprises et des droits de l'homme et de leur cadre de reporting (*Reporting Framework*)⁵⁷.

2. Normes en provenance d'organisations gouvernementales internationales

Plus de 40 États représentant environ 80% de l'investissement direct étranger dans le monde sont membres de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (l'OCDE), une organisation au caractère,

⁵⁶ L. STACK, *New York Times*, S.E.C. Orders Exxon Mobil Shareholder Vote on Climate Data, 24 mars 2016, p. B6.

⁵⁷ V. le site de Shift : www.shiftproject.org, *First comprehensive guidance for companies on human rights reporting launches in London*.

certaines, consultatif, mais qui a une influence réelle sur le comportement des entreprises. Ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales⁵⁸ ont été adoptés par les États membres. Le chapitre 6 de ces Principes directeurs concerne l'environnement et il recommande de manière détaillée les mesures à prendre afin de se conformer à un standard d'entreprise responsable, à savoir assumant ses responsabilités en cohérence avec les attentes de la Société.

Les États adhérents ont mis en place des « Points de contact nationaux » (PCN) qui, entre autres, recueillent les griefs des parties prenantes lorsque celles-ci allèguent qu'une entreprise a contrevenu aux Principes directeurs, en France ou ailleurs⁵⁹.

D'après le gouvernement français, les Principes Directeurs « sont la plus ancienne norme intergouvernementale définissant des principes de responsabilité sociale pour les entreprises ... Ils définissent des principes destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement les plus reconnues »⁶⁰. Concernant notre sujet, on peut regretter que ce site gouvernemental n'énumère pas les normes internationales auxquelles il fait référence. Mais il précise bien qu'il s'agit de recommandations, donc de droit souple.

CONCLUSION

Bien que cela mérite une étude approfondie sur le plan juridique et économique, il me semble que, souvent, ces instruments du droit souple sont plus efficaces pour la Société que les efforts législatifs nationaux des États ou les efforts de la justice, notamment pénale, ne statuant que rarement et souvent tardivement dans ces domaines.

La mondialisation économique, d'une part, et la croissance exponentielle de la population sur ce globe, d'autre part, semblent imposer des mutations

⁵⁸ V. <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> et <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/focus-l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/les-referentiels-internationaux-et-la-participation-de-la-france-a-leur/article/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises>.

⁵⁹ Sans être une juridiction, le PCN français a traité une vingtaine de saisines depuis 2001 : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/focus-l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/les-referentiels-internationaux-et-la-participation-de-la-france-a-leur/article/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises>. Certaines de ces saisines concernaient des sujets d'environnement ; v. la liste complète, http://www.tresor.economie.gouv.fr/5731_les-communiqués-du-pcn.

⁶⁰ *Ibid.*

juridiques, nécessitant de revisiter certains concepts classiques, même par exemple le droit de la propriété⁶¹. Pour ce qui est du droit de l'environnement et plus spécifiquement du sujet du réchauffement climatique, il y aura probablement lieu de dépasser « le cadre étroit de la vieille souveraineté étatique »⁶² pour aller vers une nouvelle forme de solidarité entre peuples et leurs États. La souveraineté du Brésil, par exemple, et son souci du développement économique de la forêt amazonienne se heurte au souci d'autres États de conserver ce poumon de la terre dans l'intérêt de leurs peuples⁶³. Comment trouver une solution à ce choc de souverainetés ?

Contrairement au droit de la concurrence dont l'efficacité globale repose largement sur l'existence de régulateurs *antitrust* dans beaucoup de pays de ce monde, le droit de l'environnement ne dispose pas d'agences gouvernementales indépendantes et puissantes, sauf pour les États-Unis où l'*Environmental Protection Agency (EPA)* dispose non seulement de pouvoirs réglementaires, mais également de pouvoirs de contrôle et de sanctions. L'ADEME en France, l'agence environnementale allemande (*Umweltbundesamt*) et l'Agence Européenne pour l'Environnement se focalisent sur la collecte et la production d'informations dans le domaine environnemental, plus particulièrement afin d'aider les décideurs politiques.

Les organisations supranationales au niveau de l'ONU (CCNUCC, PNUE...) n'ont pas, non plus, de pouvoirs contraignants, ni vis-à-vis des États, ni vis-à-vis des entreprises.

Les avancées en matière d'environnement dépendent donc largement de démarches volontaires. Les engagements pris à New York par 175 gouvernements dans le cadre de la COP 21 ne sont pas contraignants, contrairement à ce qui a été dit, puisque ce pacte ne contient pas de mécanisme de sanction des États qui ne respecteraient pas leurs promesses. Les États-Unis le démontrent déjà dans la mesure où le règlement émis par l'*EPA* afin de mettre en œuvre les promesses que le gouvernement américain avait faites aux autres États vient d'être suspendu par décision de la Cour Suprême⁶⁴ jusqu'à l'issue d'un procès intenté par 27 des États américains devant le DC Circuit Court. Compte tenu de la longueur des procédures américaines, les décisions politiques et le cadre réglementaire nécessaire à la mise en œuvre des engagements des États-Unis du 12 décembre 2015 devront probablement attendre plusieurs années, si jamais elles étaient prises.

⁶¹ V. par exemple les contributions dans l'ouvrage publié sous la direction de B. PARANCE et de J. de SAINT VICTOR, *Repenser les biens communs*, CNRS Editions 2014.

⁶² B. PARANCE et de J. de SAINT VICTOR, *ibid.*, p. 26.

⁶³ B. PARANCE et de J. de SAINT VICTOR, *ibid.*

⁶⁴ V. http://www.nytimes.com/2016/02/10/us/politics/supreme-court-blocks-obama-epa-coal-emissions-regulations.html?_r=1, v. aussi, par ex., http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/020916zr_21p3.pdf.

Compte tenu de ces blocages aux niveaux étatiques, des démarches volontaires me semblent des instruments appropriés pour prendre des initiatives qui, petit à petit, contribueront à minorer les défis du réchauffement climatique global. Mais il faut probablement se garder de judiciairiser ces démarches volontaires, bien que des mécanismes d'apparence juridique soient mis en œuvre. Nous sommes dans le domaine du droit souple qui est particulièrement efficace là où il y a absence d'actions étatiques, en comblant des lacunes dans un monde globalisé sans gouvernance. Pour les entreprises occidentales, davantage soumises au questionnement par la société civile, l'avenir semble être dans une construction commune de solutions, avec tous les acteurs, plutôt que dans le raidissement juridique.

Il existe, heureusement, une multitude d'initiatives privées et public/privées et d'autres verront le jour qui peuvent, petit à petit, contribuer à un environnement meilleur dans un monde globalisé.