

Clinique juridique de l'université de Nanterre EUCLID

Rapport sur le devoir de vigilance et la réparation du préjudice écologique

Bilan et perspectives

MOLLE Baptiste, ROY Maxime sous la direction de Mme
la Pr. A. Danis-Fatôme
2022-2023

INTRODUCTION : DEUX NOUVEAUX DISPOSITIFS LÉGAUX POUR PROTÉGER L'ENVIRONNEMENT	5
I. LA RECONNAISSANCE DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE.....	5
A. <i>Le naufrage de l'Erika : l'évènement déclencheur</i>	6
B. <i>La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'un préjudice écologique</i>	6
C. <i>Le législateur emboîte le pas à la Cour de cassation.....</i>	8
II. L'INSTAURATION D'UN DEVOIR DE VIGILANCE.....	9
A. <i>L'effondrement du Rana Plaza : l'évènement déclencheur.....</i>	9
B. <i>Le contenu du devoir de vigilance inscrit dans la loi.....</i>	11
PREMIÈRE PARTIE : UN ÉTAT DES LIEUX.....	13
SECTION 1 : UNE JURISPRUDENCE EN CONSTRUCTION.....	13
I. LES QUELQUES APPORTS DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX FRANÇAIS SUR LA NOTION DE PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE	14
A. <i>La possible extension des critères de recevabilité pour que plus d'associations puissent intenter une action en réparation du préjudice écologique</i>	14
B. <i>Le développement de critères ou techniques pour caractériser le lien de causalité</i>	16
II. LES MAIGRES APPORTS JURISPRUDENTIELS CONCERNANT LA LOI DU 27 MARS 2017	20
A. <i>Les apports de la jurisprudence sur la mise en œuvre de l'article L. 225-102-4 du code de commerce.....</i>	20
B. <i>Le désert jurisprudentiel : un silence révélateur.....</i>	23
SECTION 2 : UNE LOI SUJETTE À CRITIQUES POUR DE NOMBREUX ACTEURS.....	25
I. L'INTERPRÉTATION DU TEXTE DE LA LOI SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE ENTRAVÉE PAR L'INDÉTERMINATION DES TERMES.....	27
A. <i>Devoir de vigilance, notion antérieure et ambiguë par nature.....</i>	27
B. <i>Identification des parties prenantes et de leur participation ; et sociétés sous contrôle</i>	29
C. <i>Les (non)-particularités du régime de responsabilité du devoir de vigilance</i>	31
II. DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DES OBLIGATIONS DE LA LOI SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE	35
A. <i>Chaînes de valeurs : compréhension et mise en œuvre technique du plan de vigilance</i>	35
B. <i>Conséquences de la cartographie intense : l'immixtion des sociétés mères dans l'activité d'autres sociétés qui leur sont soumises – La question de la liberté d'entreprendre</i>	38
C. <i>Rassemblement des preuves par les parties</i>	39

III. L'ÉVOLUTION DU TEXTE PAR LES DÉBATS PARLEMENTAIRES	41
PARTIE II : LE FUTUR ET LES PISTES D'AMÉLIORATIONS POUR UNE MEILLEURE APPLICATION DE CES TEXTES.....	51
I. AGIR SUR LA LOI	52
A. <i>Obligations</i>	53
B. <i>Le seuil et la preuve</i>	54
C. <i>Sanction pénale</i>	56
D. <i>Nouveau mode de responsabilité</i>	58
II. AGIR SUR L'INSTITUTION JUDICIAIRE	60
A. <i>Agir sur le système judiciaire</i>	60
1. Les procédures	60
2. Les moyens d'application.....	68
3. Les moyens d'exécution	74
B. <i>Agir sur les magistrats/le nécessaire soutien au magistrat</i>	76
III. SENSIBILISER LE JUGE AU DROIT INTERNATIONAL	78
A. <i>Le juge français peut et doit se saisir du droit international</i>	78
B. <i>S'inspirer de la pratique internationale</i>	81
1. Des juridictions internes ambitieuses et audacieuses	81
2. Des juges internationaux dans une dynamique comparable.....	85
BIBLIOGRAPHIE :	87

INTRODUCTION : DEUX NOUVEAUX DISPOSITIFS LÉGAUX POUR PROTÉGER L'ENVIRONNEMENT

L'Histoire regorge d'exemples qui mettent en évidence le fait que les sociétés humaines se construisent et évoluent au gré des évènements sociaux et sociétaux auxquels elles font face. Au sein de ces réactions, l'une des réponses est de modifier le cadre législatif et réglementaire.

Un exemple récent et emblématique de cette dynamique est les attentats terroristes qui ont eu lieu le 11 septembre 2001 aux Etats-Unis d'Amérique, à New-York. À la suite de ces évènements traumatiques, qui ont fait 2.996 morts et 6.291 blessés, nombre d'États ont agi en conséquence pour lutter plus efficacement contre le terrorisme, notamment en signant des accords de coopération et en insérant des clauses anti-terrorisme dans les accords signés sur des thèmes aussi larges que la libre circulation des biens et des services¹.

En matière environnementale, alors même que le réchauffement climatique et les dommages environnementaux nécessitent des actions en prévention plutôt qu'en réparation, les sociétés humaines ne dérogent pourtant pas à cette dynamique. Dans ce domaine, deux évolutions ont marqué récemment le droit français : la reconnaissance du préjudice écologique aux articles 1246 et suivants du Code Civil (I.) et la consécration d'un devoir de vigilance environnemental incombant à certaines entreprises (II.).

I. La reconnaissance du préjudice écologique

La reconnaissance du préjudice écologique s'est faite en trois temps : il y a d'abord eu un évènement déclencheur qui a marqué l'opinion publique (A.), ce qui a donné lieu à une affaire judiciaire où le juge a pu reconnaître cette notion de préjudice écologique (B.), ouvrant ainsi la voie au législateur (C.).

¹ Berthelet P., « L'impact des évènements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice. Partie 2 », *Cultures & Conflits*, 46, 2022, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

A. Le naufrage de l'Erika : l'évènement déclencheur

Le premier de ces évènements est celui du naufrage du navire pétrolier *Erika*. *Erika* était un navire qui appartenait à un armateur italien, qui naviguait sous pavillon maltais, et qui était affrété par Total². Le 12 décembre 1999, *Erika* a fait naufrage près des côtes bretonnes, plus spécifiquement dans la zone économique exclusive française³. En conséquence, 20 000 tonnes de fioul lourd ont été libérées dans les eaux de la côte ouest française et 400 kilomètres de littoral ont été souillés⁴. Cette « catastrophe écologique »⁵ aurait tué entre 150 000 et 300 000 oiseaux et aurait causé un préjudice économique de près d'un milliard d'euros⁶.

B. La reconnaissance par la Cour de cassation de l'existence d'un préjudice écologique

À la suite de ce « désastre écologique »⁷, une action judiciaire a été initiée contre plusieurs personnes physiques et morales, dont le groupe TOTAL. L'affaire est allée jusque devant la Cour de cassation qui, le 25 septembre 2012, a rendu un arrêt ambitieux et innovant en matière de responsabilité environnementale⁸. En effet, alors même que les conventions internationales prévoyaient que la responsabilité était limitée, en cas de pollution maritime, à celle du propriétaire, du gérant ou du capitaine du navire, la Cour de cassation a confirmé le raisonnement des juridictions inférieures et a retenu la caractérisation d'une « faute d'imprudence » imputable à TOTAL. Cette faute a été caractérisée car TOTAL, l'affréteur, n'a pas tenu compte du fait que ce navire avait plus de vingt ans de service, qu'il était à la « limite

² Le Monde, « “Erika” : la Cour de cassation confirme la condamnation de Total », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

³ Le Monde, « “Erika” : la Cour de cassation confirme la condamnation de Total », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

⁴ Le Monde, « Il y a vingt ans, le naufrage du pétrolier “Erika” provoquait la catastrophe », 12 décembre 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022] ; L'Obs, « Comprendre le naufrage de l'Erika en 8 chiffres », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

⁵ Le Monde, « Il y a vingt ans, le naufrage du pétrolier “Erika” provoquait la catastrophe », 12 décembre 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

⁶ Le Monde, « Il y a vingt ans, le naufrage du pétrolier “Erika” provoquait la catastrophe », 12 décembre 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022] ; L'Obs, « Comprendre le naufrage de l'Erika en 8 chiffres », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

⁷ Ministère de la Justice, « Procès Erika », 6 juin 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

⁸ Cass. crim., 25 septembre 2012, 10-82.938, Publié au bulletin. V. not. : Neyret L., « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2673 ; Delebecque P., « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2711 ; Huglo C., « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA*, 2013, p. 667.

de l'obsolescence »⁹, et qu'il y avait une discontinuité dans sa gestion technique et son entretien¹⁰, raisons pour lesquelles le navire s'est échoué¹¹. En somme, TOTAL a été condamné à l'amende pénale maximale de 375 000 euros et à payer 200 millions d'euros de réparations civiles à l'État français et aux parties civiles, parmi lesquelles se trouvaient des associations de défense de l'environnement. Ces dernières se sont vu reconnaître le droit d'obtenir réparation du préjudice causé à l'environnement¹².

Cette jurisprudence est innovante à deux égards. Tout d'abord, cette décision de la Cour de cassation est révolutionnaire car c'est la première fois en France qu'est consacré la notion de « préjudice écologique », un préjudice objectif causé à la nature elle-même. Ce préjudice donne droit à des associations de se constituer parties civiles et de demander réparation, au même titre que certaines collectivités¹³. Ensuite, la Cour de cassation a été ambitieuse en rendant une décision contraire aux analyses du rapporteur, spécialiste du droit maritime, et de l'avocat général en décidant de se déclarant compétente, de retenir la responsabilité de TOTAL en tant qu'affrètement et d'indemniser le préjudice écologique¹⁴.

En somme, cette décision innovante et ambitieuse a été accueillie avec enthousiasme et a notamment été qualifiée par la ministre de l'écologie d'alors, Madame Delphine Batho, de « grand jour pour le droit de l'environnement »¹⁵.

⁹ Ministère de la Justice, « Procès Erika », 6 juin 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

¹⁰ Avocats Picovschi, « Affaire Erika : la prise en compte du préjudice écologique », 20 septembre 2021, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

¹¹ Ministère de la Justice, « Procès Erika », 6 juin 2019, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

¹² Trébulle F.-G., « Droit de l'environnement », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2557 ; Avocats Picovschi, « Affaire Erika : la prise en compte du préjudice écologique », 20 septembre 2021, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012] ; Le Monde, « "Erika" : la Cour de cassation confirme la condamnation de Total », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012].

¹³ Avocats Picovschi, « Affaire Erika : la prise en compte du préjudice écologique », 20 septembre 2021, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012] ; Robert J.-H. ; « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Revue des sociétés*, 2013, p. 110 ; Montas A., Roussel G., « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ pénal*, 2012, p. 574.

¹⁴ Cass. crim., 25 septembre 2012, 10-82.938, Publié au bulletin ; Le Monde, « "Erika" : la Cour de cassation confirme la condamnation de Total », 25 septembre 2012, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012] ; Avocats Picovschi, « Affaire Erika : la prise en compte du préjudice écologique », 20 septembre 2021, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2012] ; Robert J.-H. ; « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Revue des sociétés*, 2013, p. 110.

¹⁵ Neyret L., « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2673.

C. Le législateur emboîte le pas à la Cour de cassation

In fine, le naufrage est à l'origine de cette décision de la Cour de cassation qui est elle-même à l'origine de l'adoption de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, cette dernière ayant pour conséquence de consolider dans la loi la jurisprudence *Erika*¹⁶. Cette loi a introduit dans le sous-titre II du titre III du Code civil un chapitre III intitulé « La réparation du préjudice écologique »¹⁷. Ce chapitre recouvre les articles 1246 et suivants, articles qui consacrent le préjudice écologique et en définissent les modalités de réparation.

Le préjudice écologique est défini à l'article 1247 du Code civil de la manière suivante :

« Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. ».

Concernant cette définition, comme le soulève Laurent Neyret, spécialiste du droit de l'environnement, deux éléments majeurs sont à souligner¹⁸.

Tout d'abord, par l'expression « non négligeable », le législateur a entendu instaurer un seuil de gravité qui doit être atteint afin de pouvoir réparer ledit préjudice écologique et, ainsi, déroger au droit commun qui prévoit que tout préjudice est réparable¹⁹. Ce faisant, le législateur reprend les termes de l'arrêt rendu le 30 mars 2010 par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Erika*²⁰. Sur ce seuil, la question de son appréciation est centrale et le rôle du juge est considérable à cet égard. En effet, ce dernier peut choisir d'interpréter ce seuil de manière stricte, en n'acceptant de ne connaître que des préjudices qui auraient des impacts considérables, ou de manière souple, en décidant de voir à travers cette expression une simple traduction de l'adage *de minimis non curat praetor*²¹. À notre avis, les deux interprétations sont légalement soutenables, mais l'explicitation d'un seuil rend la première plus convaincante et crée un risque

¹⁶ M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

¹⁷ L. n°2016-1087, art. 4.

¹⁸ M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

¹⁹ M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²⁰ Paris, pôle 4, 11^e ch., 30 mars 2010, RG n° 08/02278.

²¹ M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

que certains juges soient réticents à fermer l'accès aux tribunaux à certains types de préjudices considérés comme trop légers.

Ensuite, si cette définition permet de réparer les préjudices collectifs qui sont causés aux personnes, elle a surtout pour avantage de consacrer les atteintes portées à l'environnement, pris en lui-même. Comme l'a bien souligné Monsieur le professeur Neyret : « Le préjudice réparable est alors un préjudice écologique objectif et non plus seulement un préjudice subjectif causé à "autrui" »²². Ainsi, depuis cette loi, sont potentiellement réparables sur le fondement de la responsabilité civile les destructions d'espèces ou les pollutions de courant d'eau²³. Le préjudice écologique sera réparé quel que soit le fondement qui sera utilisé pour engager la responsabilité civile de son auteur. L'un de ces fondements est précisément la loi devoir de vigilance.

II. L'instauration d'un devoir de vigilance

L'instauration du devoir de vigilance a une origine différente de celle du préjudice écologique. S'il a lui aussi nécessité un événement déclencheur (A.), il n'y a eu nul besoin d'affaire judiciaire pour que le législateur se décide à le consacrer légalement (B.).

A. L'effondrement du Rana Plaza : l'évènement déclencheur

Le second évènement qui est à l'origine d'une évolution majeure en droit de l'environnement français est ce qui est souvent désigné comme « Le drame du Rana Plaza »²⁴.

Le Rana Plaza était un immeuble situé dans la capitale du Bangladesh, à Dacca, dans lequel se trouvaient des milliers d'ouvriers qui travaillaient pour des marques de textiles telles que New Wave Style ou Canton Tech Apparel²⁵ et également pour des marques françaises telles que

²² M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²³ M. B., « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016, *Dalloz étudiant*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²⁴ Conseil général de l'économie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²⁵ Farid A., « At least 123 killed, 1,000 hurt in Bangladesh building collapse », 24 avril 2013, *CNN*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022] ; Hatchuel A., « Rana Plaza, la mort de l'industrie », 26 mai 2013, *Le Monde*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

Auchan, Carrefour ou Camaïeu²⁶. Cet immeuble s'est effondré le 24 avril 2013, causant plus de 1 100 morts et 2 000 blessés et alarmant l'opinion publique sur les effets néfastes de la mondialisation²⁷. À la suite de cet évènement, ont été mises en avant des critiques visant la pratique des grandes entreprises transnationales occidentales de délocalisation leurs productions dans des États qui sont moins respectueux des droits humains et de l'environnement²⁸. Par cette pratique, lesdites entreprises visaient à éviter de voir peser sur elles certaines obligations légales dans ces domaines, à éluder leur responsabilité sur ces divers fondements et à réduire leurs coûts. Si la question de la responsabilité des groupes internationaux sur leur chaîne de valeur ne date pas de cet évènement²⁹, elle a pris une nouvelle dimension sous la pression médiatique et populaire qui s'est développée à la suite de cet évènement³⁰.

Ainsi, les élus et associations militants pour l'instauration d'un devoir de vigilance incombant aux entreprises donneuses d'ordres se sont emparés de cette affaire pour servir leur objectif. Le 27 mars 2017, la loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, qui s'inspire largement de textes internationaux non-contraignants³¹ et qui insère dans le code de commerce les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5, a pu être adoptée³².

²⁶ Public Eye, « Bangladesh : effondrement du Rana Plaza » [[Lien](#)].

²⁷ Farid A., « At least 123 killed, 1,000 hurt in Bangladesh building collapse », 24 avril 2013, *CNN*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022] ; Hatchuel A., « Rana Plaza, la mort de l'industrie », 26 mai 2013, *Le Monde*, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022] ; Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²⁸ Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

²⁹ Voir par ex : Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises aux droits de l'Homme, 21 mars 2011 ; OCDE, Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 1976.

³⁰ Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

³¹ Danis-Fatôme. A., Viney. G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Recueil Dalloz, 2017, p. 1611.

³² Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 12 décembre 2022].

B. Le contenu du devoir de vigilance inscrit dans la loi

Concrètement, cette loi instaure un devoir de vigilance à l'égard de certaines entreprises afin de lutter contre l'irresponsabilité dont elles pouvaient bénéficier en recourant à des filiales ou sous-traitants installés dans des pays qui n'ont pas les mêmes standards en termes de droit humains ou d'obligations environnementales³³. Elle impose auxdites entreprises d'élaborer et de mettre en œuvre un plan de vigilance effectif conformément aux nouveaux articles qu'elle a insérés dans le code du commerce³⁴.

Tout d'abord, il convient de préciser quelles sont les entreprises qui sont concernées par les dispositions de cette loi. Conformément à l'article L. 225-102-4 du code de commerce, deux catégories de sociétés sont visées :

1/ Les sociétés anonymes dont le siège social est établi sur le territoire français et qui emploient, à la clôture de deux exercices successifs, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes.

2/ Les sociétés anonymes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger et qui emploient au moins 10 000 salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes.

À la lecture de ces critères, on constate que le droit français vient instaurer des critères assez stricts et restreints qui excluent beaucoup de sociétés de son champ d'application, surtout si on le compare à ce qui se fait ailleurs ou aux autres projets en cours. Par exemple, là où cette loi ne concerne qu'environ 300 sociétés, 17 000 sociétés sont potentiellement visées par le projet de directive européenne sur le devoir de vigilance³⁵. De même, le droit allemand est plus souple, ce dernier ne se contentant pas de viser les seules sociétés anonymes et retenant un seuil de 3 000 salariés, détachés inclus, seuil qui sera abaissé à 1 000 dès 2024³⁶.

Cependant, il est difficile pour le moment d'être enthousiaste et d'affirmer que la loi allemande sera d'une plus grande efficacité sur le volet judiciaire car aucune action n'existe à ce jour sur le fondement de cette loi. En effet, bien qu'adopté le 11 juin 2021 par le Bundestag, son entrée

³³ Danis-Fatôme. A., Viney. G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ Lecourt. B., « Prospective de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Revue des sociétés*, mai 2012, p. 312.

³⁶ *Ibidem.*

en vigueur n'a eu lieu que le 1^{er} janvier 2023³⁷. En outre, le législateur a confié à une autorité administrative le soin de contrôler la bonne application de cette loi³⁸ et n'a pas ouvert à toute personne ayant un intérêt à agir d'action en justice sur son fondement³⁹.

Par ailleurs, à l'instar du préjudice écologique, il est notable que le législateur a encore une fois tenu à instaurer un régime dérogeant au droit commun en définissant un seuil de gravité dans les atteintes qui sont visées par cette loi⁴⁰. En effet, il est inscrit dans l'article L. 225-102-4 du code de commerce que sont seules prises en comptes les « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »⁴¹. Ce faisant, on remarque là aussi une approche restrictive du droit français en matière de vigilance.

Au terme de cette introduction, il est entendu que le droit français a réagi face aux dommages causés à l'environnement et aux droits humains. À présent, il est nécessaire de dresser un premier bilan de l'application de ces lois par les tribunaux français et d'analyser les commentaires et critiques qu'elles ont suscités de la part de la doctrine et de la société civile depuis leur entrée en vigueur (PREMIERE PARTIE). Dans un second temps, nous explorerons des pistes de solution et d'amélioration concernant l'application et l'utilisation de ces lois par les praticiens du droit, ainsi que l'avenir de ces notions au sein du paysage juridique français (DEUXIEME PARTIE).

³⁷ Grabosch R., « La loi allemande sur le devoir de vigilance », *Friedrich Ebert Stiftung*, janvier 2022, p.2 [[Lien](#), consulté le 12 janvier 2023].

³⁸ Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, « Allemagne : adoption par le Bundestag d'une loi imposant le devoir de diligence aux entreprises dans leur chaîne d'approvisionnement », Juillet 2021, n° 4, act. 135 ; Parance B., « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! - . – Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 15, 14 avril 2022, 1153, p. 24.

³⁹ Deckert K., « La nouvelle obligation de diligence raisonnable des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement mondiales en Allemagne », *Lettre CREDA-sociétés*, 9 septembre 2021.

⁴⁰ Danis-Fatôme. A., Viney. G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, p. 1614.

⁴¹ L. n°2017-399.

PREMIÈRE PARTIE : UN ÉTAT DES LIEUX

Afin de dresser un bilan de l'impact qu'ont eu ces deux lois dans le paysage juridique, il est nécessaire de faire une étude des quelques jurisprudences pertinentes en la matière (Section 1) ainsi que d'analyser les commentaires de la doctrine et les rapports des institutions intéressées par l'application de ces lois (Section 2).

Section 1 : Une jurisprudence en construction

L'un des défis majeurs auxquels fait face notre démarche de dresser un bilan est que les deux textes de loi qui intéressent notre étude sont très récents.

D'une part, concernant la réparation du préjudice écologique, elle a été introduite dans le code civil par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Les dispositions transitoires de cette loi indiquent qu'elle ne s'applique qu'aux actions en justice introduites après le 1er octobre 2016⁴².

D'autre part, concernant le plan de vigilance, il a été instauré par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 et, en vertu de l'article 3 de ce texte, son entrée en vigueur s'étale sur deux années consécutives : le texte entre en vigueur en 2018 au titre de l'exercice 2017 pour le plan de vigilance et en 2019, au titre de l'exercice 2018 pour le compte-rendu qui est à publier par les entreprises concernées⁴³.

En somme, ces textes sont maniés et utilisés par les différents acteurs du monde juridique depuis moins d'une demi-douzaine d'années. Ainsi, si l'on trouve des applications jurisprudentielles et quelques apports, ces derniers restent faibles, aussi bien pour la loi de 2016 (I.) que pour la loi de 2017 (II.).

⁴² Cour d'appel de Versailles - ch. 03, 20 décembre 2018 / n° 17/00979.

⁴³ Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020, [[Lien](#), consulté le 19 décembre 2022].

I. Les quelques apports des décisions des tribunaux français sur la notion de préjudice écologique

Après lecture et analyse des quelques arrêts qui ont été rendus sur le fondement des articles 1246 et suivants du Code civil, il ressort que deux thèmes ont été partiellement abordés et développés par les tribunaux français :

- Quelles sont associations qui peuvent intenter une action en justice sur le fondement de ce préjudice ? (A.)
- Comment appréhender le lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice écologique ? (B.)

A. La possible extension des critères de recevabilité pour que plus d'associations puissent intenter une action en réparation du préjudice écologique

Le nouvel article 1248 du Code Civil dispose :

« L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement. »

Le Tribunal administratif de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la recevabilité des actions intentées par plusieurs associations. Ces décisions comportent quelques apports.

Principalement, il ressort de l'arrêt rendu le 3 février 2021 par le Tribunal administratif de Paris (n° 1904967, n° 1904968 et autres) que les conditions restrictives posées par l'article 1248 peuvent être contournées par l'article L. 142-1 du code de l'environnement.

En effet, l'article 1248 du Code civil pose deux conditions alternatives pour qu'une association ait qualité pour introduire une action en réparation du préjudice écologique : l'association doit soit être agréée, soit avoir été créée au moins cinq ans avant la date d'introduction d'instance. Cependant, l'article L. 142-1 du code de l'environnement, aussi créé par la loi du 8 août 2016, dispose que : « Toute association ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement peut engager des instances devant les juridictions administratives pour tout grief se rapportant à celle-ci. ». À la lecture de cet article, on constate que pour qu'elle puisse

agir pour protéger la nature et l'environnement, seul importe l'objet de l'association, peu importe sa date de création ou son agrément.

Ainsi, en se fondant sur les articles 1246, 1247 et 1248 du code civil, et sur l'article L. 142-1 du code de l'environnement, le Tribunal administratif de Paris tire la conclusion suivante : « les associations, agréées ou non, qui ont pour objet statutaire la protection de la nature et la défense de l'environnement ont qualité pour introduire devant la juridiction administrative un recours tendant à la réparation du préjudice écologique ». Par cette phrase, le Tribunal exclut explicitement l'obligation d'être une association agréée et remet en question, implicitement, la condition de durée posée à l'article 1248 du Code civil.

Toutefois, on peut s'interroger sur la question de savoir si le Tribunal administratif de Paris n'a pas simplement jugé inutile de préciser cette condition de durée dans la mesure où chaque association respectait cette condition. Le doute sur cette condition de durée d'existence est permis étant donné qu'un autre tribunal administratif, dans une autre affaire, a écarté la demande d'une association, la jugeant irrecevable en se fondant sur cet unique critère :

« l'association HELIOS, dès lors qu'elle a été créée moins de cinq ans avant l'introduction de l'instance devant le tribunal administratif d'Orléans, n'avait pas, alors même que son objet social est la protection animale, qualité pour engager une action en réparation du préjudice écologique causé par la présence de l'autoroute A71. »⁴⁴.

Par ailleurs, dans l'analyse association par association qu'effectue le Tribunal administratif de Paris, on peut tirer quelques éléments d'analyse sur ce qu'il apprécie pour déclarer une association recevable ou non. En effet, si conformément aux articles susmentionnés l'objet de chaque association est une constante dans la recevabilité de son action⁴⁵, le Tribunal énonce d'autres éléments qu'il prend en considération dans son appréciation. Ainsi, il prend en compte le fait que l'association ait pu faire des actions « en faveur de la lutte contre le dérèglement climatique »⁴⁶ ou des actions « en faveur de la sensibilisation à la lutte contre le changement climatique »⁴⁷. De plus, s'il semble s'être libéré de la condition tenant à la date de création posée à l'article 1248, le Tribunal administratif de Paris relève tout de même « l'ancienneté »

⁴⁴ Cour administrative d'appel de Nantes - 3ème chambre - 21 mai 2021 / n° 19NT03599, para. 3.

⁴⁵ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 12-15.

⁴⁶ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 12.

⁴⁷ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 13.

des associations ainsi que la « multiplicité des actions menées en faveur de la protection de l'environnement » par celles-ci⁴⁸.

En somme, il apparaît que les juridictions administratives respectent sans équivoque la condition de l'objet statutaire, mais il y a peut-être une ouverture concernant les critères formalistes de l'agrégation ou de la date de création. En effet, à la lecture de l'arrêt rendu par le Tribunal administratif de Paris, on semble constater un détournement des conditions posées par l'article 1248 du code civil *via* l'article L. 142-1 du code de l'environnement pour agrandir les associations concernées. Ce faisant, cette juridiction a semblé s'attacher plutôt à faire un réel examen en substance et *in concreto* de chaque association pour vérifier si elles ont bien pour objet la protection de l'environnement et si elles entreprennent concrètement des actions en ce sens⁴⁹.

B. Le développement de critères ou techniques pour caractériser le lien de causalité

Il est établi en droit que pour engager la responsabilité civile, il faut établir trois éléments : un fait générateur, un préjudice, un lien de causalité entre ce fait générateur et ce préjudice. Dans ce triptyque, la question du lien de causalité est souvent celle qui pose le plus de difficulté et la matière environnementale ne déroge pas à ce constat. Si les juges ont abordé la question et la difficulté de manières différentes, on retrouve cependant des éléments de convergence.

Dans un premier temps, car c'est probablement la décision la plus importante pour l'heure en la matière, mettons en lumière comment le Tribunal administratif de Paris a affronté cette difficulté dans sa décision du 3 février 2021. Dans cette décision, les associations soutiennent que l'État a contribué à l'aggravation du préjudice écologique de deux façons :

1/ L'État n'a pas adopté les mesures suffisantes pour assurer l'application du cadre législatif et réglementaire qu'il s'est pourtant lui-même fixé pour lutter contre le changement climatique en matière :

- d'amélioration de l'efficacité énergétique ;
- d'augmentation de la part des énergies produites à partir de sources renouvelables ; et

⁴⁸ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 14-15.

⁴⁹ Voir aussi en ce sens : TA de Nancy - Chambre 1 - 3 novembre 2022 - n°2101336, para. 4-8.

- de réduction des émissions de GES.

2/ L'État s'est doté d'objectifs en matière de réduction des émissions de GES qui ne permettent pas de limiter l'élévation de la température moyenne globale de l'atmosphère à 1,5°C⁵⁰.

Sur le premier de ces points, on constate qu'il se divise en trois parties.

Concernant l'amélioration de l'efficacité énergétique, quand bien même le tribunal constate que l'État n'a pas respecté les objectifs qu'il s'est fixé en la matière et que ce non-respect a contribué à ce que l'objectif de réduction des émissions de GES ne soit pas atteint, le tribunal écarte les demandes de l'association sur ce point en soutenant que « l'amélioration de l'efficacité énergétique n'est qu'une des politiques sectorielles mobilisables en ce domaine »⁵¹ et que cela « ne peut être regardé comme ayant contribué directement à l'aggravation du préjudice écologique »⁵².

Concernant l'augmentation de la part des énergies renouvelables, le tribunal use de la même argumentation pour écarter le lien de causalité⁵³.

Enfin, concernant l'objectif de réduction des émissions de GES, le tribunal examine avec attention les engagements pris par la France et ses comportement subséquents. En l'occurrence, le tribunal va surtout se concentrer sur le respect par la France du budget carbone qu'elle s'est elle-même assignée. En cela, le tribunal observe que la France a « substantiellement dépassé de 3,5% le premier budget carbone qu'elle s'était assignée »⁵⁴ alors même que l'État avait reconnu que ces mesures étaient susceptibles de réduire les émissions de GES⁵⁵.

Sur le deuxième de ces points, le tribunal rejette les conclusions des associations en se contentant de dire que la France a pris un objectif ambitieux pour limiter le réchauffement et que les associations ne démontrent ni que ces engagements sont insuffisants, ni qu'ils seraient directement à l'origine du préjudice écologique invoqué⁵⁶.

En somme, il nous semble qu'on peut dégager ici deux critères utilisés par le juge administratif pour retenir un lien de causalité dans une matière aussi compliquée que l'environnement :

⁵⁰ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 17.

⁵¹ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 25.

⁵² Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 25.

⁵³ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 28.

⁵⁴ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 30.

⁵⁵ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 30.

⁵⁶ Tribunal administratif de Paris - 1ère chambre - 3 février 2021 - n° 1904967, n° 1904968 et autres, para. 32.

- la reconnaissance par une entité que des mesures permettent d’empêcher un préjudice écologique ou de réduire son aggravation ;
- le non-respect de ces mesures par cette même entité.

Ainsi, dans une démarche prospective, on peut imaginer une articulation entre la loi du 8 août 2016 et celle du 27 mars 2017 pour palier la difficulté d’apporter la preuve du lien de causalité. En effet, on peut supposer que lorsqu’une entreprise indiquera dans son plan de vigilance prendre certaines mesures environnementales, il sera possible de fonder l’existence du lien de causalité sur le fait qu’elle s’était engagée sur des mesures spécifiques et qu’elle ne les a pas respectées par la suite.

Dans un second temps, il faut également relever la décision d’un juge qui a été perçue comme audacieuse, voire courageuse par certains⁵⁷ : la décision rendue par le juge Jean-Pierre Boucher, juge du Tribunal judiciaire de Pau, le 22 juin 2020 dans son ordonnance statuant sur l’action civile⁵⁸. Dans cette affaire, étaient opposées une entreprise, la Sobegi, qui était tenue de respecter des prescriptions relatives à des rejets atmosphériques (particules fines), conformément à un arrêté préfectoral⁵⁹, et une association agréée pour la protection de l’environnement, Sepanso 64, qui a porté plainte contre la Sobegi en soutenant que cette dernière ne respectait pas les seuils fixés par l’arrêté et en se fondant sur l’article 1246 du Code civil⁶⁰. La Sobegi va donc soutenir, en se fondant notamment sur un rapport de la Direction régionale de l’environnement, de l’Aménagement et du Logement (DREAL), qu’il n’existe pas de lien de causalité entre ses rejets dans l’atmosphère et les nuisances ressenties par la population, en l’occurrence des symptômes irritatifs⁶¹. Et, de fait, le juge se retrouve dans l’impossibilité d’établir un lien de causalité entre lesdits rejets et les effets constatés sur l’environnement. Cependant, le juge va outrepasser cette difficulté et condamner la société en réparation du préjudice écologique sur le fondement du principe de précaution. Pour justifier son choix, le juge procède en deux temps. D’abord, il explique qu’il est avéré que la science ne

⁵⁷ Helle-Nicholson J., “Sobegi c/ Sepanso 64 - Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020”, Notre Affaire à Tous, [[Lien](#), consulté le 20 décembre 2022].

⁵⁸ Ordonnance statuant sur l’action civile, Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020.

⁵⁹ Helle-Nicholson J., “Sobegi c/ Sepanso 64 - Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020”, Notre Affaire à Tous, [[Lien](#), consulté le 20 décembre 2022].

⁶⁰ Helle-Nicholson J., “Sobegi c/ Sepanso 64 - Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020”, Notre Affaire à Tous, [[Lien](#), consulté le 20 décembre 2022].

⁶¹ Helle-Nicholson J., “Sobegi c/ Sepanso 64 - Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020”, Notre Affaire à Tous, [[Lien](#), consulté le 20 décembre 2022].

peut expliquer qu'*a posteriori* le lien de causalité entre une action et ses conséquences sur l'environnement :

« Certes les données actuelles de la science et les moyens d'analyse utilisés ne semblent pas avoir établi de lien certain entre ce dysfonctionnement et les effets délétères ressentis par les riverains et qui ne relèvent pas de la fiction mais de nombreuses catastrophes naturelles nous ont appris que la science ne pouvait expliquer, souvent qu'*a posteriori*, les atteintes massives à la santé humaine et animale et la toxicité de certains produits présentés comme sans effets négatifs pendant de nombreuses années »⁶².

Puis, il poursuit en affirmant que raisonner de manière autre, *i.e.* devoir établir un lien de causalité fort alors même qu'une norme a été fixé par les pouvoirs publics et que cette norme a été dépassée, revient à vider la loi sur le préjudice écologique de sa substance :

« Prétendre que le non-respect des normes environnementales fixées par les pouvoirs publics afin de protéger ce patrimoine commun qu'est l'environnement qui a trouvé sa place dans la Constitution n'aurait aucune conséquence si une analyse précise ne permettait pas de rattacher tel manquement à une telle atteinte reviendrait à interdire toute réparation de ce préjudice »⁶³.

En somme, on retrouve ici une logique similaire à celle qui est utilisée par le Tribunal administratif de Paris : face à la difficulté d'établir un lien de causalité direct et certain, le juge va se rattacher à une norme fixée par les pouvoirs publics pour affirmer que si cette norme est dépassée par une entité, alors il y a un lien de causalité entre l'activité de cette entité et les effets constatés sur l'environnement ; ou, tout du moins, il y a responsabilité de ladite entité sur le fondement du préjudice écologique.

⁶² Ordonnance statuant sur l'action civile, Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020, p. 3.

⁶³ Ordonnance statuant sur l'action civile, Tribunal judiciaire de Pau, 22 juin 2020, p. 3.

II. Les maigres apports jurisprudentiels concernant la loi du 27 mars 2017

La jurisprudence relative à l'article L. 225-102-4 du code de commerce, introduit par la loi du 27 mars 2017, n'est pas maigre : elle est famélique. Cependant, il est possible de mettre en lumière deux éléments à la lueur du contenu (A.) et de l'état (B.) de la jurisprudence.

A. Les apports de la jurisprudence sur la mise en œuvre de l'article L. 225-102-4 du code de commerce

Cinq apports principaux sont à noter.

Le premier de ces apports est relatif à la nature du plan de vigilance et à l'impact que cela a sur la compétence des tribunaux. En effet, la jurisprudence s'est principalement bornée jusqu'ici à examiner des questions de compétence. À cet égard, il a été affirmé par plusieurs tribunaux que le plan de vigilance prévu à l'article L. 225-102-4 du code de commerce n'est pas un acte de commerce⁶⁴. La conséquence sur la compétence est que le demandeur avait le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal judiciaire pour intenter une action sur le fondement de L. 225-102-4⁶⁵. Le requérant disposait donc d'une certaine flexibilité, d'une option, sur différentes juridictions au moment d'introduire son action en justice. Cette question de compétence a été définitivement réglée par le législateur : la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021 (n°2021-1729) a choisi d'attribuer une compétence exclusive au tribunal judiciaire de Paris.

Le deuxième de ces apports est qu'il a été jugé par la Cour d'appel de Versailles que le fait pour un groupe d'agir en tant qu'actionnaire minoritaire de deux sociétés et le fait d'être présent dans le conseil d'administration de ces mêmes deux sociétés ne constituent pas des indices tendant à prouver l'existence d'une relation commerciale établie avec des sous-traitants ou fournisseurs au sens de L. 225-102-4⁶⁶. Ici, on constate donc une limite posée par le juge à l'application de ce texte sur la base de la notion de « relation commerciales établies ». Cela soulève une question

⁶⁴ Tribunal judiciaire de Nanterre, ordonnance, 11 février 2021, n° 20/00915 ; Cour de cassation - Chambre commerciale, 15 décembre 2021 / n° 21-11.882, n° 21-11.957 ; Cour de cassation - Chambre commerciale, 15 décembre 2021 / n° 21-11.883, n° 21-11.959.

⁶⁵ Tribunal judiciaire de Nanterre, ordonnance, 11 février 2021, n° 20/00915 ; Cour de cassation - Chambre commerciale, 15 décembre 2021 / n° 21-11.882, n° 21-11.957 ; Cour de cassation - Chambre commerciale, 15 décembre 2021 / n° 21-11.883, n° 21-11.959.

⁶⁶ Cour d'appel de Versailles - 14e chambre - 1 décembre 2022 - n° 22/00643.

générale qui sera examinée au sein de ce rapport qui est celle de savoir si certaines limitations sont dues aux mots du texte, et donc imputables au législateur, que ce soit en raison de sa volonté ou d'une mauvaise rédaction, ou à l'interprétation du juge, dont on pourrait se demander s'il pourrait se montrer plus audacieux.

Les trois derniers apports principaux sont à trouver dans les deux jugements rendus le 28 février 2023 dans le cadre de l'affaire Total par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris statuant en référé par lesquelles il déclare irrecevables les demandes des associations en expliquant en détails sa motivation⁶⁷.

Tout d'abord, il y a un apport à tirer concernant l'obligation de mise en demeure. Comme le rappelle le juge dans ses ordonnances, il ressort expressément du texte de la loi que le législateur a pour volonté que le plan de vigilance soit élaboré dans un processus de collaboration entre l'entreprise et les parties prenantes de la société⁶⁸. De cette volonté découle une obligation incombant aux parties prenantes de mettre en demeure l'entreprise de corriger les manquements de son plan de vigilance avant de saisir le juge. Partant, le juge en a déduit une obligation procédurale conséquente en ce qu'il a affirmé que les demandeurs devaient impérativement mettre en demeure l'entreprise sur les nouveaux plans de vigilance qu'elle était amenée à publier chaque année pour que leurs griefs relatifs au devoir de vigilance de l'entreprise ainsi que les pièces y relatifs, qui sont susceptibles d'évoluer au cours de la procédure, notamment étant donné sa durée, soit recevables⁶⁹. En dépit des difficultés supplémentaires que cela implique pour les demandeurs⁷⁰, le fait est que pour le juge, « faute de mise en demeure, ce n'est que l'irrecevabilité qui peut être prononcée »⁷¹. Il faut noter que cette décision de la part du juge de donner une telle place et importance à l'obligation de mise en demeure a engendré

⁶⁷ Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 ; Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/52943 ; Voir not. : Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023 ; Hélaïne C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023 ; Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

⁶⁸ Code de commerce, Art. L. 225-102-4, I ; Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023] ; Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.

⁶⁹ Hélaïne C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023 ; Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

⁷⁰ Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.

⁷¹ Hélaïne C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023.

de nombreuses critiques de la part de plusieurs auteurs et autrices⁷², critiques qui trouvent leur meilleure expression dans les mots de M. Baptiste Delmas qui affirme que « [s]ubordonner la recevabilité d'une action en justice à la mise en demeure de chaque plan annuel conduit, de facto, à ne jamais obtenir de jugement, ce qui ne correspond ni à l'esprit de la loi du 27 mars 2017 ni à sa lettre »⁷³.

Ensuite, il y a un apport concernant le pouvoir du juge des référés. En effet, le juge a précisé à titre surabondant dans ces jugements que le litige qui lui était soumis ne relevait pas de sa compétence, ce dernier nécessitant « un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir du seul du juge du fond »⁷⁴, alors même que l'article L. 225-102-4 du code de commerce dispose que le président du tribunal compétent, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins que la juridiction compétente⁷⁵. Cette décision concernant la compétence du juge des référés en la matière semble diviser la doctrine, certains estimant que cette décision n'est « ni surprenante, ni contestable »⁷⁶, d'autres affirmant que « la compétence du juge des référés tend à se réduire comme une peau de chagrin » et sous-entendant que, à la vue de ces ordonnances, il semble que le juge des référés ne pourrait jamais être compétent⁷⁷.

Enfin, il y a un dernier enseignement à tirer concernant l'appel du juge vers le législateur et qui est fondamental. Au sein de ces ordonnances, le juge a été explicite sur les difficultés qu'il rencontrait en raison du fait que le caractère raisonnable des mesures de vigilances qui doivent être comprise dans le plan de vigilance est une notion « imprécise, floue, et souple » et que le texte ne renvoie à aucun principe directeur ou norme internationale préétablie⁷⁸. En raison de cet état de fait, le juge a fait un choix fort en procédant à ce que M. Baptiste Delmas qualifie de « sous-interprétation de l'obligation de vigilance »⁷⁹. En effet, au lieu de se saisir de la marge de manœuvre que lui laissait la lettre du texte et des textes internationaux sur lesquels est fondé la loi du 27 mars 2017 relatif au devoir de vigilance pour prendre une décision audacieuse,

⁷² Voir not. : Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023 ; Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.

⁷³ Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.

⁷⁴ Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, p. 21.

⁷⁵ Code de commerce, Art. L. 225-102-4, II.

⁷⁶ Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.

⁷⁷ Hélaine C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023 ; Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

⁷⁸ Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942, p. 18.

⁷⁹ Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.

quand bien même il a contestablement affirmé que le texte ne renvoyait pas explicitement à des textes internationaux⁸⁰, ce dernier a préféré se réfugier derrière le flou du texte pour au contraire ne pas avoir à prendre de décisions et plutôt appeler à une précision du texte et de ses obligations. Cette question de la mesure complémentaire divise la doctrine comme les praticiens que nous avons pu interroger. Comme le souligne M. Baptiste Delmas, la mesure complémentaire pourrait certes préciser le contenu des obligations à respecter, comme par exemple la définition de ce que constitue une atteinte grave à l'environnement, ce qui apporterait une certaine sécurité juridique et pourrait faciliter l'argumentation des parties, mais une telle mesure pourrait surtout avoir pour conséquence une réduction de la portée du devoir de vigilance alors même que le pouvoir judiciaire est capable d'interpréter les notions contenues en l'état actuel dans le texte⁸¹. En somme, ce dernier apport et son analyse mettent en lumière la difficulté centrale du travail qui nous incombe : les outils sont déjà à disposition du juge pour prendre des décisions en faveur de l'environnement, le principal obstacle est politique⁸².

B. Le désert jurisprudentiel : un silence révélateur

Hors du texte des décisions, il est possible de tirer des enseignements du silence jurisprudentiel en la matière. Pour reprendre les termes de Christophe Clerc, avocat à la cour, ce silence jurisprudentiel semble révéler un « échec retentissant » de la loi de 2017⁸³. Il met cela en évidence à travers le test suivant :

« Supposons qu'avant l'adoption, en 2017, de la loi sur le devoir de vigilance, les grandes sociétés s'assuraient mal du respect des droits humains et des libertés fondamentales, de la santé et la sécurité des personnes ainsi que de l'environnement chez leurs innombrables sous-traitants et fournisseurs. Il n'est pas possible qu'elles aient toutes réussi à respecter parfaitement les obligations de la loi dès son entrée en vigueur. Il devrait donc exister de nombreuses procédures en indemnisation. Or, il n'en est rien. Le bilan n'est pas faible, il est quasiment nul. L'échec est retentissant. »⁸⁴.

⁸⁰ Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.

⁸¹ Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6. ; v. aussi A. Danis-Fatôme, « La sanction par la responsabilité civile », in *La société vigilante, Actes du colloque de la Faculté d'Aix-Marseille, mars 2023, à paraître au JCP G*.

⁸² Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6 ; Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

⁸³ Clerc C., « Devoir de vigilance : la compliance, de l'incomplétude à l'exonomie », *Revue de droit du travail*, juin 2022, p. 357.

⁸⁴ Clerc C., « Devoir de vigilance : la compliance, de l'incomplétude à l'exonomie », *Revue de droit du travail*, juin 2022, p. 357.

Si ce propos est sans doute à nuancer dans la mesure où la loi vigilance n'a que cinq ans et que les procédures sur le fondement de cette loi commencent à se multiplier⁸⁵, ce manque de jurisprudence met en lumière le fait que ce texte de loi présente des défauts.

Un de ces défauts, par exemple, concerne le fait qu'elle exclut un certain nombre d'entreprises de son champ d'application. C'est ainsi que la Cour d'appel de Versailles n'a pas pu examiner la responsabilité de la société Compagnie du Cambodge, car cette dernière n'atteignait pas le seuil d'employés requis⁸⁶.

Un autre de ces défauts, comme exposé ci-dessus, est les termes restrictifs du texte ou du moins l'interprétation restrictive faite par les juges de ce texte, notamment sur la notion de « relation commerciale établie ».

En somme, pour surmonter ces difficultés, il faudrait soit prôner une modification du texte pour élargir son champ d'application, ce qui arrivera sans doute avec l'arrivée de la directive européenne, soit inciter les juges à user de techniques interprétatives adéquates.

⁸⁵ Voir par ex. : Mandard S., « Pollution plastique : Danone assigné en justice pour non-respect de la loi sur le devoir de vigilance », *Le Monde*, 9 janvier 2023 [[Lien](#), consulté le 10 janvier 2023] ; Heilmann M., « Climat : BNP Paribas assigné en justice au titre de la loi sur le devoir de vigilance », *Les Échos*, 23 février 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

⁸⁶ Cour d'appel de Versailles - 14e chambre - 1 décembre 2022 - n° 22/00643.

Section 2 : Une loi sujette à critiques pour de nombreux acteurs

Lors de son élaboration, et au cours des années qui ont suivi sa promulgation, la loi sur le devoir de vigilance a été la cible d'éloges comme de critiques. Les premiers vantant son ambition et son caractère innovant ; les secondes relevant les limites de son effectivité.

Il sera question ici de se concentrer sur les limites de la loi car force est de constater l'inadéquation entre la volonté initiale d'avoir une loi révolutionnaire et les effets particulièrement décevants de la jurisprudence. Du fait de la multiplicité des acteurs engagés dans la mise en œuvre de la loi, entreprises contraintes, juges devant l'appliquer, parties potentiellement lésées par l'ineffectivité de la loi, ces limites peuvent s'exprimer en différents endroits.

Les sources des critiques sont nombreuses, et celles issues de l'analyse de la jurisprudence ont déjà été exposées ci-dessus. De la sorte, il s'agit dans cette partie, de compiler les critiques émises par la doctrine juridique, les rapports des ONG et ceux des autorités publiques, notamment commandés par l'Assemblée nationale et le Sénat, et les ministères. Ceux-ci mettent en lumière le fait que le manque d'effectivité de la loi trouve en particulier son origine dans les difficultés rencontrées par les acteurs.

Ces derniers, cependant, ne partagent pas nécessairement les mêmes difficultés. En effet, ils interviennent en des moments distincts de la mise en œuvre de la loi : l'exécution de l'obligation, le constat d'un manquement ou d'un préjudice potentiel, la mise en cause devant le tribunal, par exemple.

Lors de ces phases de la mise en œuvre, les enjeux varient profondément. De la sorte, la société cible des obligations de la loi doit respecter les règles qui lui incombent. Elle devra pour ce faire être accompagnée de juristes. C'est l'entreprise qui supporte les obstacles rencontrés lors de la mise en place du plan de vigilance. Pour autant, est-ce à dire que les possibles complexités n'ont aucune force sur l'action ultérieure des juristes, parties, ou juges ?

L'on peut classer les difficultés rencontrées par les entreprises en au moins deux catégories, au stade de la mise en œuvre du plan de vigilance : celles liées à l'application technique (organisation de réunions, déblocage de fonds, réflexion sur l'éthique de la société, élaboration de textes) afin de correspondre aux attentes de la loi ; puis, celles qui relèvent de la compréhension de la loi, de ses objectifs, c'est-à-dire, autrement, les difficultés liées à l'interprétation du texte normatif.

Or, il est clair que si la signification de la loi est obscure, si la société n'est pas certaine de ce qu'elle doit faire, cette confusion a de forte chance d'en provoquer de nouvelles, par une sorte de réaction en chaîne. La société, d'ailleurs, ne vit pas abstraitement : des employés, dont des juristes, lui permettent d'atteindre ses objectifs d'entreprise, de se conformer à sa stratégie commerciale, etc. Ces juristes, qui sont chargés d'interpréter les textes normatifs afin d'en tirer la signification la plus probablement valide, sont ceux qui vont guider la société dans son action. Les problèmes d'interprétation qui se posent à ces juristes, sont aussi ceux que doivent résoudre les acteurs qui cherchent à obtenir une signification du texte de la loi.

Ainsi, les difficultés relatives à la manière dont la société doit se conformer au devoir de vigilance ne concernent que la société en question, elles lui sont propre ; en revanche, celles qui découlent de l'activité d'interprétation des énoncés normatifs de la loi concernent l'ensemble des acteurs qui, en l'absence de décisions de justice, manquent de point de référence pour comprendre les possibles zones d'ombre du devoir de vigilance.

Selon ce même modèle, généralisé aux autres personnes considérées, deux difficultés seront envisagées : les interprétations complexes (I.) qui s'étendent à tous les acteurs ; et les contraintes qui pèsent sur le travail des différents acteurs (II.). En outre, les critiques recueillies⁸⁷ ont également souligné l'insuffisance ou l'inadéquation des zones claires de la loi : quant aux dispositions dont le sens fait consensus, certaines comme l'amende prévue (avant censure par le Conseil Constitutionnel) ou le seuil du nombre d'employés requis pour être obligé par le texte, ont soulevé de nombreux débats. Débats que l'on exposera ici (III.), sans les détailler puisqu'ils s'accompagnent nécessairement de pistes d'amélioration pour le devoir de vigilance, objet de la seconde partie de ce document.

La compréhension du bilan mitigé de l'application du devoir de vigilance ne peut se faire sans considérer les difficultés rencontrées par l'ensemble des acteurs car elles affectent la capacité

⁸⁷ Voir à ce titre notamment :

1. Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, chapitres 2 et 3, ;
2. Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, enregistré le 24 février 2022 à l'Assemblée nationale, Partie II, chapitre II à IV
3. SHERPA et le CCFD-Terre Solidaire, Bommier S. et Chatelain L., Rapport méthodologique du Radar du devoir de vigilance, juin 2019, <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2019-06-26-Radar-DDV-16-pages-Web.pdf> [lien consulté le 15 avril 2023] ;
4. Débats parlementaires : par exemple amendement n°1 présenté en première lecture le 25 mars 2015 sur le texte n°2628 ; ou les amendement n°7 et 24 présenté en première lecture du 26 mars 2015 sur le texte n°2628.

des entreprises à se conformer aux obligations, celle des parties demandeuses à développer un argumentaire étoffé, et celle des juges à rendre une décision juste.

L'idée est de dresser un tableau de zones d'ombres sans pour autant viser à l'exhaustivité.

I. L'interprétation du texte de la loi sur le devoir de vigilance entravée par l'indétermination des termes

Il n'est pas dans notre rôle de prescrire une méthode d'interprétation ou une signification particulière pour les notions controversées présents dans le texte de la loi. Néanmoins, nous pouvons, dans le présent cadre, tenter d'éclaircir les points d'accroc qui parsèment le texte. Ce afin, notamment, de faciliter l'œuvre des interprètes intéressés. L'occasion est aussi celle de montrer l'ampleur des ambiguïtés et de plaider, dans la seconde partie, en faveur d'une prompte clarification judiciaire ou législative. Dès lors les aspects qui retiendront notre attention sont : la notion de devoir de vigilance (A.), l'identité des acteurs concernés par le texte de la loi (B.), le régime de responsabilité (C.)

A. Devoir de vigilance, notion antérieure et ambiguë par nature

Le devoir de vigilance trouve ses premières occurrences juridiques en dehors de la France. On trouve des mobilisations de la locution en 1962 par exemple, invoquée devant la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁸⁸ ou en 1982 devant la même cour⁸⁹.

Dans ces deux affaires cependant, la notion est utilisée par les requérants et ne trouve pas racine dans une obligation particulière à un devoir de vigilance. En réalité, il s'agit simplement de remplacer par une locution substantive l'obligation de « veiller » à quelque chose. Un simple tour linguistique en somme.

Néanmoins, à la fin du XXe siècle, la pression augmente sur les entreprises pour qu'elles adoptent des comportements plus respectueux de l'environnement et des droits de l'homme. Outre la commission chargée d'étudier l'impact des sociétés transnationale, notamment quant

⁸⁸ Cour de justice des Communautés européennes 14 décembre 1962 / n° C-33/59.

⁸⁹ Cour de justice des communautés européennes 6 juillet 1982 188 ;190/80 République française c/ Commission des Communautés européennes.

au respect des droits de l'homme, des discussions sont lancées en 1998 pour établir ce qui devient, en 2011, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des nations unies. La même année, l'OCDE adopte des principes similaires.

Les normes ISO 26000 établies en 2010, 2014 et rééditées régulièrement ont repris à leur compte la locution « devoir de vigilance » qu'elles définissent comme une « démarche globale et proactive d'identification, visant à éviter ou atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation »⁹⁰

Ainsi, on peut distinguer différents usages :

- L'usage locutoire, par pur effet de style ou de syntaxe pour renvoyer à l'idée de veille, de surveillance, d'attention particulière : la locution ne renvoie à rien d'autre que la notion initiale qu'elle traduit
- L'usage principiel que l'on retrouve au niveau international (principes onusiens, de l'OCDE, normes ISO) : ces termes, par essence diplomatiques, qui cherchent à agréger l'accord d'un maximum de parties, ne peuvent qu'être confus, volontairement. Ce qui ne signifie pas qu'ils sont inutilisables, simplement qu'il est nécessaire, pour en faire usage, de reconnaître leur force, et de leur donner la force du sens par une interprétation faisant autorité. Ces conditions sont difficiles à réunir dans le cadre de principes qui ont vocation à guider plus qu'à contraindre.
- Enfin l'usage législatif, plus concret et pratique qui se retrouve dans des textes normatifs dont l'objectif est d'être concrètement appliqués. Ceux-là ne sont pas de simples déclarations. Cependant, l'usage et leur but ne suffisent pas à leur donner un sens concret. Or, en l'occurrence, il n'en est rien, au regard de l'ineffectivité de la loi.

Est-ce à dire que les différents usages sont parfaitement indéterminés ? Non. Ils partagent une même cible : les entreprises ; et une même philosophie : le respect de l'environnement et des droits de l'homme.

Le problème réside dans le fait que le devoir de vigilance ne contient, en lui-même, aucune obligation identifiable, seulement des valeurs et de grands principes. En somme, sans précision supplémentaire des interprètes « authentiques » (ceux qui sont en mesure d'imposer pleinement

⁹⁰ ISO 26000 :2010, 7.3.1.

une signification spécifique) de la loi, le devoir de vigilance demeure une notion de « soft law »⁹¹.

Toutefois, ceci ne vaut que pour le principe lui-même, et non pour les obligations consacrées par la loi qu'il justifie. Les détails que lui ont donnés les débats parlementaires et la forme finale de la loi inscrivent un certain « droit dur » dans le principe. De l'obligation de cartographier les risques à celle de les inscrire dans un plan effectivement respecté, le devoir de vigilance tel qu'entendu par la loi de 2017 se dégage quelque peu de ses homonymes antérieurs. Il reste néanmoins, que ces obligations posent d'importantes difficultés de compréhension et d'application aux acteurs.

B. Identification des parties prenantes et de leur participation ; et sociétés sous contrôle

Le texte de la loi sur le devoir de vigilance renvoie à un certain nombre de personnes physiques ou morales. Faire la part des choses n'est pas toujours aisé tant les formulations s'entre-mêlent. De surcroît, les termes eux-mêmes sont incertains et profondément nuancés.

La loi s'intéresse ainsi aux sociétés mères et donneuses d'ordre, aux sociétés, à leurs filiales directes et indirectes, à leurs parties prenantes, à leurs fournisseurs, leurs sous-traitants, ainsi que les sociétés contrôlées et les organisations syndicales.

En somme, qui veut entendre la globalité du texte doit se pencher sur les définitions de chacun de ces termes :

- Quant aux « filiales directes et indirectes », l'expression est abondamment utilisée dans le Code de commerce⁹² dans cette grande section L.225 consacrée aux sociétés anonymes. Or, lorsqu'on s'intéresse aux définitions de filiales et de sociétés contrôlées, il apparaît qu'elles sont voisines. Si l'on se réfère au Dalloz référence sur les Contrats d'affaires, au chapitre 33 paragraphe 12 consacré aux définitions relatives aux personnes liées aux contractants⁹³ :
- « Filiale signifie toute société ou autre personne morale (l'entité) se trouvant directement ou indirectement sous le contrôle d'une Partie. Par contrôle au sens

⁹¹ Voir *Contra A. Danis-Fatôme et G. Viney, article préc.*

⁹² Articles L.225-71-1 ; L.225-23 ; L.225-79-2 ; L.225-27-1 ;

⁹³ Testu F. -X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, chapitre 33, section 2, « bibliothèque de définitions », 33.12, Dalloz, 2010

du présent paragraphe il y a lieu d'entendre : (i) la détention directe ou indirecte d'au moins cinquante pour cent des actions émises ou autres droits de vote liés à des titres comprenant la faculté de participer à l'élection des administrateurs de l'entité considérée, ou (ii) la détention, quelle qu'en soit la forme, du pouvoir de diriger ou de déterminer la politique de l'entité ou du pouvoir d'élire ou nommer la moitié au moins des membres dirigeants de l'entité. »⁹⁴

- « Par Société Contrôlée, il y a lieu d'entendre toute société dans laquelle la Société X : (i) détiendrait de manière directe ou indirecte la majorité des droits de vote, ou (ii) aurait le pouvoir de désigner la majorité des membres des organes d'administration de ladite société, ou (iii) disposerait de manière incontestable de la faculté d'exercer une influence dominante sur le destin de ladite société. »⁹⁵

Il ressort de ces définitions que les deux notions sont très proches. La principale différence semble provenir du dernier moyen de contrôle envisagé qui correspond à la capacité à influencer de manière déterminante le destin de la société considérée. Or, c'est là cette notion de sphère d'influence qui est évoquée en creux.

Sortir de critères techniques objectifs : nombre d'employés, nombre de votes détenus, etc, pour se satisfaire de critères subjectifs tel que le contrôle, la sphère d'influence, etc, revient à préférer conférer au juge le rôle de l'interprète « authentique » ; le législateur se délestant de cette responsabilité.

C'est bien cet état d'esprit qui ressort des multiples parties de la loi.

- Quant aux « parties prenantes », ce terme renvoie à une multitude de sujets de droit et d'organes des sociétés. L'article 225-102-4-I du code de commerce, instauré par le premier article de la loi sur le devoir de vigilance, en son quatrième alinéa oblige les sociétés mère à établir le plan de vigilance en « association avec les parties prenantes ». Or, se pose ici la question de l'identité des parties prenantes et de la manière dont elles peuvent s'impliquer dans le plan. Dans son article de 2017, paru dans la revue *Droit Social*, Marie-Caroline Caillet commente ainsi :
 - « Les entreprises doivent ainsi élaborer leur plan en associant diverses parties prenantes, internes comme externes. Leurs partenaires commerciaux devraient à cet égard être tout autant consultés que les collaborateurs. De nombreuses

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

questions restent en suspens concernant l'association des organisations représentatives du personnel à l'élaboration de ces plans, à l'exception des mécanismes d'alerte pour lesquels la loi prévoit qu'ils devront être établis en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société. Il apparaît malgré tout évident qu'elles devraient *a minima* participer à leur élaboration, notamment concernant les risques sociaux »⁹⁶.

Il n'y a pas consensus sur l'identité de ceux qui devraient s'impliquer et de la manière dont ils pourraient le faire. L'on peut considérer que les parties les plus investies dans le contrôle et la ligne de conduite de la société devraient participer (gestionnaires, conseil d'administration, organisations syndicales). Mais rien n'est dit de la manière préconisée. Suffit-il de consulter généralement par un questionnaire les parties prenantes ? Doivent-elles intervenir en conseil d'administration ? Faut-il que le plan ait recueilli leur approbation ? La formulation du texte laisse ces questions irrésolues et il n'est pas clair qu'une manière d'impliquer les parties prenantes puisse être considérée insuffisante par le juge et mener à un manquement de la part de la société mère.

De la sorte, il apparaît que les sujets du plan sont incertains, et que des conceptions larges comme restreintes sont possibles, chacune porteuse de ses conséquences propres. Une considération large ferait peser sur l'entreprise un poids encore plus grand, là où une considération restreinte, leur permettrait d'agir plus vite et plus efficacement avec moins de moyens. Il reste à déterminer le poids que doivent avoir chacun des sujets dans l'élaboration et l'application du plan laquelle, semble également particulièrement indéterminée.

C. Les (non)-particularités du régime de responsabilité du devoir de vigilance

La loi, ou Loi, disons, le droit, est pensé généralement, en France, comme un système de normes appliquant à une obligation non remplie (de faire, de ne pas faire) une sanction (amende, rappel à la loi, peine de prison, responsabilité civile, etc). La loi sur le devoir de vigilance n'échappe pas à cette conception. Il sera ici question de la manière dont le régime de sanctions de cette loi est conçu. Deux particularités apparaissent.

⁹⁶ Caillet M.-C., *Revue Droit Social*, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », p. 819 sq., 2017.

D'abord, revenant sur un état antérieur de la proposition de la loi, l'on constate que le produit final a été allégé d'une amende potentielle de dix millions d'euros. Dans sa rédaction initiale, la proposition de loi prévoyait de disposer de la sorte en son article 1^{er} :

II. – Toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut demander à la juridiction civile ou commerciale compétente, d'enjoindre à la société, le cas échéant sous astreinte, d'établir le plan de vigilance, d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre conformément au I de cet article.

Le Président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins.

Toute association reconnue d'utilité publique, toute association agréée ou régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts mentionnés au I, peut exercer cette action.

III. – Toute personne mentionnée au II peut demander au juge de prononcer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros.

La proposition prévoyait, dans son article 2, d'ajouter une action en responsabilité aux sanctions potentielles :

Art. 225-102-5. – Le non-respect des obligations définies à l'article L. 225-102-4 engage la responsabilité de son auteur sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil.

L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne ou toute association mentionnée au II de l'article L. 225-102-4.

Outre la réparation du préjudice causé, le juge peut prononcer une amende civile définie au III de l'article L. 225-102-4.

Ainsi, la loi a été pensée selon une répartition bipartite : une obligation d'établir et de respecter un plan de vigilance afin de prévenir les dommages potentiellement causés aux libertés fondamentales et à l'environnement ; puis une obligation de réparation des préjudices via une action en responsabilité.

L'amende a été supprimée par une censure du Conseil constitutionnel qui a jugé les termes de la loi trop flous pour se conformer au principe de légalité des délits et des peines (principe qui s'applique à toute sanction ayant la forme d'une peine). Depuis, la loi ne contient plus qu'une injonction préventive d'établir et de respecter le plan de vigilance, si nécessaire, sous astreinte ; ainsi qu'un volet réparateur via une action en responsabilité.

C'est ce second point qui nous intéressera dans cette partie. Dans sa rédaction actuelle, la loi dispose ainsi :

Art. 225-102-5. – Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

Il ressort immédiatement et sans ambiguïté que le régime considéré est celui de la responsabilité civile générale. Il n'a donc pas été fait le choix de bâtir un régime spécial, mais bien plutôt de favoriser la réparation d'un préjudice le plus large possible de préjudices.

Une première limite émerge du fait du champ restreint de la protection visée par le plan de vigilance. En effet, celui-ci entend « prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». De la sorte, il apparaît qu'une atteinte « non grave » à l'un de ces domaines ne puisse être comptée comme due au non-respect du plan de vigilance. Ceci éloignant dès lors du régime de responsabilité toutes ces atteintes dont le caractère non grave reste à évaluer casuistiquement.

En somme, il ne s'agit pas tout-à-fait d'un régime général en cela qu'il exclut d'office un certain nombre de préjudices.

Une autre question est celle de la délimitation précise des domaines évoqués notamment pour ce qui est de l'environnement. Ce qui est compris sous cette appellation n'est pas précisé davantage dans la loi elle-même, toutefois, le terme et sa connotation dans un régime de responsabilité font nécessairement écho à la notion, très récente également (2016⁹⁷), de préjudice écologique. Notion initialement jurisprudentielle, apparue en 2012 dans un arrêt de la Cour de cassation⁹⁸, définie par une « atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement » et « sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais affectant un intérêt collectif légitime » et « non négligeable »⁹⁹.

Le législateur est venu, en 2016, consacrer la notion jurisprudentielle et, en cela, a reconnu l'existence du préjudice écologique et surtout sa réparabilité via une action en responsabilité. Il ne s'est pas agi de la création d'un nouveau régime de responsabilité mais plutôt de la reconnaissance, c'est-à-dire de l'aveu de la préexistence, d'un préjudice autrefois ignoré ou

⁹⁷ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

⁹⁸ Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

⁹⁹ Décision précitée, considérant 204 et suivants.

écarté à tort. L'idée est donc de donner de la force à une notion récemment conceptualisée, afin de garantir et de favoriser son application par l'ensemble des juridictions.

En ce sens, le préjudice écologique, qui couvre les dommages causés à l'environnement et à l'intérêt collectif de sa préservation, fait partie intégrant des préjudices que peut réparer le régime de responsabilité civile extracontractuelle.

Il n'est pas en dehors, et moins encore un fondement juridique séparé, il est l'un des éléments susceptibles de permettre la mobilisation de la responsabilité civile. C'est ici que se trouve l'articulation entre devoir de vigilance et préjudice écologique. Le premier, peut donner lieu à une action en responsabilité, laquelle peut servir à voir réparer un préjudice écologique afin de requérir des réparations à la partie défenderesse.

Toutefois, la formulation de la loi, et son organisation en deux volets, l'un préventif et l'autre réparateur, laisse entendre que le préjudice écologique (tel qu'entendu par l'article 1246 du Code civil) ne peut être mobilisé que par le volet réparateur. L'action préventive visant à faire exister et respecter un plan de vigilance, ne saurait se prévaloir, *a priori*, d'un préjudice potentiel, ou éventuel, mais seulement d'un risque de dommage (pouvant donner lieu à un préjudice). De la sorte, il n'est pas impossible de caractériser le risque d'un dommage environnemental et donc d'un risque de préjudice écologique mais cela revient simplement à évaluer l'efficacité du plan de vigilance, et ne donne pas lieu à une action en responsabilité.

Ainsi, il semble que le préjudice écologique puisse être utilement invoqué pour justifier la nécessité d'une réparation lors d'une action en responsabilité [le préjudice est un des éléments essentiels de la responsabilité civile (fait générateur → lien de causalité → dommage/préjudice)], mais seul son risque peut venir justifier l'insuffisance du plan de vigilance et l'action préventive.

II. Difficultés de mise en œuvre pratique des obligations de la loi sur le devoir de vigilance

Ces questions, qui portent sur des notions fondamentales de la loi rendent éminemment complexe sa compréhension par les acteurs concernés. Comment s'attendre à ce qu'un texte soit correctement appliqué s'il est impossible de savoir ce qui correspond à une application correcte ? Bien que ces imprécisions puissent servir d'écran de fumée aux acteurs de mauvaise foi ou incertains, c'est là un problème qui n'est pas nouveau et qu'il est primordial de régler. Persister dans l'indécision, c'est contourner le droit pour les sociétés, commettre un déni de justice pour les magistrats.

De la sorte, de multiples problèmes émergent lors de l'application du texte par les acteurs. Les entreprises, premières à devoir mettre en œuvre le texte sont confrontées à des difficultés de cartographie (A.), de métamorphose de leur activité (B.), tandis que les juges subissent le plus fortement l'imprécision législative et que les parties demandeuses affrontent des colosses tentaculaires et doivent apporter la preuve de préjudices ou de manquements quasi indéterminables (C.)

A. Chaînes de valeurs : compréhension et mise en œuvre technique du plan de vigilance

Ainsi que nous l'avons évoqué dans la partie qui précède, l'obscurité voile des pans entiers de la loi sur le devoir de vigilance. Cela entrave grandement toute application des obligations par l'ensemble des acteurs, notamment les entreprises qui se trouvent en première ligne. Le cœur du fonctionnement des obligations de la loi réside dans la conception et la mise en œuvre d'un plan de vigilance. Ce plan doit être constitué de divers éléments :

Tout d'abord, il y a le rappel initial des objectifs du plans :

« Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. ».

Puis, la loi précise explicitement que le plan doit impérativement comprendre ces parties :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

« 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

« 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

« 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;

« 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

« Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102. ».

Enfin, elle indique également quels acteurs doivent participer à l'élaboration du plan :

« Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes : ».

De la sorte, trois éléments se manifestent : les acteurs devant produire le plan, et s'y soumettre ; le contenu du plan ; les objectifs servis par le contenu. Ce sont ici le contenu du plan de vigilance et la manière dont les acteurs y prennent part qui nous intéresseront.

Nous avons dit l'imprécision des termes de la loi et le plan n'y échappe pas. Cependant, l'obscurité réside davantage dans l'établissement des méthodes que dans les buts à atteindre¹⁰⁰.

Marie-Caroline Caillet, docteure en droit et directrice conseil droit et RSE chez Greenflex explique ainsi dans son article précité que l'objet des plans de vigilance repose sur une multitude de principes et de règles plus ou moins dispersées, puisant leur source en partie dans les normes de RSE. Les textes adoptés selon ces normes inciteraient « les entreprises à exercer un **devoir** de vigilance à l'égard de leurs partenaires commerciaux »¹⁰¹. Cette injonction se retrouve ainsi dans les principes directeurs des Nations Unies ou de l'OCDE déjà évoqués. En ce sens, c'est une injonction à la surveillance qui est créée pour l'entreprise qui doit superviser, ou du moins être particulièrement attentive, à toutes ses relations commerciales.

¹⁰⁰ Caillet M.-C., *Revue Droit Social*, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », I. A., 2017 : « En effet, si la loi relative au devoir de vigilance est explicite quant au contenu des plans, elle n'apporte pas de précisions quant aux méthodes et aux indicateurs à suivre pour leur mise en œuvre »

¹⁰¹ *Ibidem*.

Du fait de la mondialisation et de la dispersion globale des moyens de productions et des acteurs commerciaux, la communication requise par les procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, le mécanisme d'alerte, ou la vocation collaborative de l'élaboration du plan, est soumise à rude épreuve. L'entreprise transnationale doit innover afin de maintenir un réseau communicant fiable et dynamique.

Selon cette vision, les parties prenantes et les acteurs à superviser sont alors légion. L'entreprise sujette au devoir de vigilance doit donc trouver le moyen de cartographier les risques qu'elle et ses relations commerciales font peser sur l'environnement et les droits humains. L'ampleur des réseaux relationnels des entreprises sujettes peut-être colossal au vu du double-seuil fixé par la loi de cinq ou dix mille employés. La cartographie devient alors un enjeu majeur de la gestion de l'entreprise et trouver des méthodes efficaces pour la réaliser pour s'avérer complexe.

À cela s'ajoute le fait que l'entreprise doit déterminer ses propres méthodes pour identifier les risques à surveiller. En effet, hormis une précision sur le caractère grave des atteintes qui doivent être prévenues, la loi ne dit rien de la méthode utile pour déterminer une typographie des risques. Ceci est d'autant plus difficile que la notion même de risque est mobile et change avec les années¹⁰². En ce sens, un certain nombre d'outils peuvent aider les entreprises à identifier les risques à surveiller.

Le développement des études d'impact par exemple, ou la mise en place de questionnaires réguliers auprès des partenaires commerciaux (comme c'est le cas dans le cadre des RSE) permettent de pallier le manque de clarté de la loi.

En définitive, l'entreprise reste l'unique sujet des obligations de la loi et sans précision légale, en peut qu'agir en risquant sans cesse de ne pas faire suffisamment aux yeux du juge ; bien qu'une telle hypothèse ne se soit pas encore présentée.

L'importante modification du modèle commercial qui peut être requise par la confection et la mise en œuvre du plan de vigilance, affecte trop fortement la liberté d'entreprendre pour certains acteurs commerciaux.

¹⁰² G. Motet, Le concept de risque et son évolution, Annales des Mines - Responsabilité et environnement 2010/1, n°57, pp. 32-37

B. Conséquences de la cartographie intense : l'immixtion des sociétés mères dans l'activité d'autres sociétés qui leur sont soumises – La question de la liberté d'entreprendre

En obligeant les entreprises à adopter certains comportements, de nombreux auteurs relèvent ce qui correspond pour eux à une réduction de la capacité d'entreprendre. À vrai dire, cette contestation est aussi portée devant les juridictions dans les rares affaires en cours. Les sociétés affirmant que respecter un plan de vigilance trop intense, selon les conditions qu'elles pensent être celles des parties demandeuses, nuirait à leur liberté d'entreprendre en restreignant par trop leur capacité d'adaptation aux enjeux commerciaux et économiques.

Néanmoins, il n'existe pas de système parfaitement libertarien dans le monde. Dès lors, toute entreprise est limitée, en partie dans ses actions. La question est donc celle de la proportion.

L'atteinte à la liberté d'entreprendre est une rengaine commune lorsqu'il s'agit de faire adopter un comportement par les sociétés. Les débats parlementaires n'ont pas échappé à la problématique. Le premier amendement déposé en séance publique relève ainsi que la proposition de loi, dans sa première rédaction, nuit à la liberté d'entreprendre en mettant un trop grand poids sur l'activité de l'entreprise et en l'exposant à une concurrence accrue du fait de l'établissement d'un plan de vigilance public. Les sociétés françaises particulièrement se trouveraient ainsi désavantagées face à leurs concurrentes étrangères, moins susceptibles d'être obligées par la loi.

L'atteinte cependant a fini par être jugée proportionnée par les législateurs qui ont ainsi adopté la loi, sans amende civile certes du fait de la censure du Conseil Constitutionnel, mais sans attacher de réelle importance aux objections liées à la concurrence. Nous y reviendrons dans le cadre de l'examen des objections et critiques parlementaires.

En l'état, la loi oblige les sociétés à planifier voire adapter leur comportement, ce qui peut induire, pour certaines (Total, Orano, etc) des modifications potentiellement drastiques (cessation des déforestations, des activités massivement polluantes, etc).

Or, il s'agit, en tout cas de l'avis des sociétés lorsqu'elles présentent à cet argument, d'un poids qui pourrait fondamentalement remettre en cause la pérennité de l'activité de l'entreprise.

En révélant d'importantes parties de la stratégie commerciale de l'entreprise, celle-ci se mettrait en position de faiblesse face à ses concurrents. En effet, trois choses entrent en jeu : le plan de vigilance doit être rendu public, les sociétés étrangères, non soumises au droit commercial français, ne sont pas affectées par cette obligation, la concurrence entre sociétés se joue

notamment sur le front de la guerre d'intelligence, d'espionnage, etc : mieux on connaît son adversaire, mieux on est à même de le contrer.

Dès lors, en donnant à la publicité des pans entiers de leurs activités, les entreprises soumises au devoir de vigilance agiraient contre leur propre bien, ce qu'elles doivent légalement éviter.

Néanmoins, cette conception est tronquée et repose sur divers présupposés :

- D'abord, le plan de vigilance constituerait un exposé de morceaux de la stratégie commerciale de l'entreprise, et donc un élément vital de son fonctionnement ; or les notions de stratégie commerciale et d'intérêt vital ne se recoupent pas forcément, et sont empreintes d'ambiguïté
- D'autre part, la limitation de la liberté d'entreprendre par la contrainte des modalités des activités commerciales, ou par la mise en concurrence accrue serait intolérable ; toutefois, dans nos modèles de sociétés non libertariennes, aucune liberté autre que la liberté de conscience n'est parfaitement absolue. Toutes ont subi et subissent quotidiennement des restrictions, des réévaluations à l'aune du principe de proportionnalité, par exemple. L'arbitrage entre deux libertés fondamentales est devenu banal et relève de la vision politique : si la vision politique est de restreindre la liberté d'entreprendre alors, il est juste de la combattre politiquement, mais sa restriction n'est pas, en soi, porteuse d'illicéité.

En somme, il est clair que la question de la liberté d'entreprendre pose un problème qui est d'ordre politique, mais celui-ci a été résolu lorsque les législateurs, et après eux, le Conseil Constitutionnel, ayant pris parfaitement en compte son existence, ont décidé, de passer outre en adoptant la loi malgré ces critiques.

C. Rassemblement des preuves par les parties

Les preuves des manquements, celles des préjudices, relèvent de l'action des parties demandeuses. Celles-ci, des ONG pour l'essentiel, doivent donc trouver le moyen de rassembler un maximum d'informations sur l'activité des entreprises.

Le rassemblement des preuves est peut-être la tâche la plus ardue des procès relatifs au devoir de vigilance. Leur présentation, elle aussi difficile, dépend de cette première étape.

Ainsi que nous l'avons détaillé, la mise en œuvre de la loi fait intervenir de nombreux acteurs différents. Notamment, pour une même entreprise, il faut parfois compter sur l'implication de milliers d'individus, de dizaines d'organes d'entreprise, de centaines de filiales et fournisseurs différents. La tâche demandée aux sociétés sujettes est déjà formidable, mais deux situations sont envisageables et dépendent de l'attitude des sociétés.

D'une part, on trouve des sociétés « de bonne foi », qui font leur possible pour se conformer au devoir de vigilance : celles dont les ONG (Sherpa notamment, les Amis de la Terre également) estiment qu'elles s'investissent mieux que les autres dans l'élaboration du plan de vigilance. Elles offrent à la publicité leur activité, leur philosophie, leurs partenaires commerciaux, etc, de sorte qu'il est (relativement) aisé d'évaluer la complexité de leur situation. Les différents acteurs (juges, ONG, parties demandeuses essentiellement) disposeraient ainsi de plans détaillés, régulièrement mis-à-jour, d'un contact plus facile avec ces entreprises qu'avec d'autres, avec une cartographie des risques à la fois précise et plus ou moins exhaustive. Selon le rapport de Sherpa et du CCFD-Terre Solidaire de 2021¹⁰³, 17% des entreprises que ces ONG ont identifiées comme assujetties au devoir de vigilance n'ont pas encore produit le moindre plan de vigilance. Ce, contre 27% en 2020. Quoi qu'il en soit, les ONG estiment que la grande majorité des entreprises ne produisent pas des plans d'une qualité satisfaisante, même si certaines se démarquent en proposant des plans et des analyses plus en ligne avec la loi¹⁰⁴

De la sorte, d'autre part, il y a les sociétés de « mauvaise foi », ou celles qui sont perdues dans l'application de la loi, ou encore celles qui n'ont pas conscience d'y être assujetties. En somme, celles qui sciemment ou non sont en défaut vis-à-vis des obligations de la loi. Dans ces cas-là, il arrive même que les sociétés rendent impossible la vie aux ONG via des menaces, des mises sous pression, l'occultation de leur activité et de leur étendue, etc.

Les ONG disposent nécessairement de moyens limités et aucune ne peut lutter à armes égales contre les services juridiques d'entreprises comme Total ou la Société Générale. De la sorte, il est déjà extrêmement compliqué pour les ONG d'avoir un recul global sur la société qui est dans leur viseur, mais, en outre, elles doivent rassembler des preuves suffisantes.

¹⁰³ Sherpa et le CCFD-Terre Solidaire, Bommier S., Chatelain L. et Loyer C., Rapport du radar du devoir de vigilance, 2021, <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/2021-07-05-Radar-DDV-Rapport-2021.pdf> [lien consulté le 15 avril 2023]

¹⁰⁴ Les Amis de la Terre et autres, Renaud J., Elluin A., Gagnier S, Quairel F., Burlet C., Bommier S, Ajaltouni N., Rapport sur la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, rubrique « notre constat », p. 12, 2019, <https://www.amisdelaeterre.org/wp-content/uploads/2019/02/2019-etude-interasso-devoir-de-vigilance.pdf> [lien consulté le 15 avril 2023]

Or, en matière environnementale, la preuve est le principal ennemi des parties demandeuses. Les dommages liés à l'écologie, à l'état de l'environnement, relèvent pour la plupart d'innovations et d'évaluations scientifiques. L'on découvre chaque semaine que des produits utilisés depuis des décennies produisent des effets néfastes sur la santé humaine. Toutefois, ces études sont souvent contestées et contrecarrées par des études commandées par les sociétés. Dès lors, les parties, pour obtenir des preuves, sont quasi contraintes de faire appel à leurs propres experts, tout en étant limitées par leur finances propres.

Lorsqu'il s'agit d'évaluer la suffisance du plan et de sa mise en œuvre notamment, il s'agit de prouver l'insuffisance d'une prévention. Dès lors, il n'est pas possible de se référer à un fait passé, mais il faut envisager les faits qui pourraient arriver du fait du manque de prévention. Tâche éminemment plus difficile et, qui plus est, soumise à une forte interprétation.

Enfin, une fois les preuves rassemblées, vient l'heure de les présenter en un mémoire, au juge. Cette présentation, très procédurale, d'éléments factuels déjà complexes, pourrait entraver la compréhension par le juge de la situation. En effet, si les preuves sont mal amenées, ou trop difficiles à comprendre par leur caractère trop technique, le juge qui manque déjà de temps, aura plus de mal à faire la part des choses. Cela contribuerait à l'ineffectivité de la loi en favorisant des dispositifs motivés par l'insuffisance des preuves dans des situations qui auraient pu voir la condamnation d'une entreprise.

III. L'évolution du texte par les débats parlementaires

Ci-dessous, un tracé visuel des changements ayant eu lieu dans le texte de la loi à la faveur des débats parlementaires. En noir, des éléments neutres ; en **bleu**, des éléments inchangés ; en **vert**, des éléments modifiés tout ou partie ; en **jaune**, des éléments ajoutés, et en **rouge**, de précédents éléments supprimés dont nous restaurons la formulation initiale afin, également, de voir ce qui n'est plus dans le texte.

Objectifs de la loi :

L'objectif de cette proposition de loi est d'instaurer une obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises domesuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Il s'agit de responsabiliser ainsi les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement.

Article 1er

§ 1 Inchangé

Après l'article L. 225-102-3 du code de commerce, il est inséré un article L. 225-102-4 ainsi rédigé :

« Art. L. 225-102-4. – I. – Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

§ 2 Nouveau

« Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou so-

Alinéa inséré par les amendement N°17 et 22 sur le texte N°4242, le 25/11/2016 :

« Le présent amendement apporte une précision nécessaire à la bonne mise en œuvre du plan de vigilance.

Il indique que, lorsqu'une société dont la taille est suffisante pour que soit exigé de sa part l'établissement d'un plan de vigilance est contrôlée par une société elle-même soumise à la même obligation, **il suffit que la société-mère exécute l'obligation pour que la filiale soit réputée y satisfaire.** Cette « remontée » de l'obligation vers la société-mère est rédigée sur le modèle retenu par l'Assemblée nationale à l'article 17 de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », actuellement en cours d'examen par le Conseil constitutionnel. »

§ 3 Partiellement modifié

« Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, **la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement**, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au **sens du II de l'article L. 233-16**, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs **avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation**.

La notion de « relation commerciale établie » est intégrée par les amendements N°CL51, CL48, CD39 et CE18 sur le texte N°2578, le 10/03/2015 en substitution de celle « d'influence déterminante » :

La proposition de loi fait obligation d'intégrer au plan de vigilance les sous-traitants et fournisseurs sur lesquels la société donneuse d'ordres exerce une influence déterminante. Cette précision n'apparaît pas pertinente. Le cas du Rana Plaza est éclairant : si le sous-traitant est sollicité par une pluralité de groupes internationaux, aucun ne pourra être considéré comme exerçant une influence déterminante.

Le présent amendement propose de substituer à cette notion celle de « **relation commerciale établie** » figurant à l'article L. 442-6 du code de commerce. **La jurisprudence définit la relation commerciale établie comme une relation durable dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir. Les contractants occasionnels ne sont donc pas concernés. En revanche, une succession de contrats ponctuels suffit à caractériser la relation commerciale établie.** (Amendement CE18)

A la notion de « cadre » est substituée celle de « rattachement » par les amendements N°1 et 24 sur le texte N°4242 du 25/11/2016 :

Le présent amendement propose de substituer à l'expression « entrer dans le cadre » celle de « rattachement ». En effet, la notion de rattachement suppose l'établissement d'un rapport de dépendance entre deux éléments. Elle caractérise donc parfaitement la réalité des rapports écono-

Inséré par l'amendement N°CL47 sur le texte N° 2578, le 10/03/2015 :

« La notion de filiale est définie à l'article L. 233-1 du code de commerce. Celui-ci dispose que « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée (...) comme filiale de la première. »

Simple, cette disposition apparaît également limitée. **Il est relativement aisé, pour une firme multinationale, de déterminer la marche d'une autre entreprise sans contrôler plus de la moitié de son capital.** Le législateur en a d'ailleurs pris acte puisque l'article L. 233-16 du code de commerce exige que les comptes consolidés des sociétés commerciales s'étendent, bien au-delà des filiales, aux entreprises qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe ou sur lesquelles elles exercent une influence notable. » (Amendement CL47)

Déplacé devant « directement ou indirectement » par l'amendement N°76 sur le texte N°2628, le 26/03/2015 pour « éviter de réduire le péri-

Formulation légèrement revue par l'amendement majeur N° CL10 de la commission des lois sur le texte N°4133, le 21/11/2016 (voir supra §5)

§ 3bis Supprimé

Encart précédent (fin du paragraphe de la proposition de loi) :

Les mesures du plan visent également à prévenir les comportements de corruption active ou passive au sein de la société et des sociétés qu'elle contrôle.

Supprimé par l'amendement majeur CL10 de la commission des lois sur le texte N°4133, le 21/11/2016 (voir infra §5)

§ 4 Modifié

« **Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluri-partites au sein de filières ou à l'échelle terri-**

Les amendements N°35, 38 et 39 sur le texte N°4242, le 29/11/2016, modifie le texte préalablement inséré par un autre amendement (voir §5 ci-dessous) :

« Une démarche RSE couronnée de succès ne peut être menée de façon solitaire. **Pour une bonne cartographie des risques et pour la définition d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements efficace, il est particulièrement souhaitable que la conception du plan de vigilance associe les parties prenantes** à la définition des risques, à la conception des actions menées pour leur atténuation et à la définition des mécanismes d'alerte. **Toutefois, la loi ne peut édicter d'obligation en la matière : la rédaction retenue se borne donc à affirmer la vocation consensuelle du plan de vigilance.** »

« La rédaction proposée **conserve la possibilité d'élaborer les mesures du plan de vigilance dans le cadre d'initiatives pluri-partites au sein de filières ou à l'échelle territoriale**, comme l'avait souhaité l'Assemblée nationale en première lecture. » (Amendements 35, 38)

« En effet, si les démarches effectuées pour renforcer la responsabilité sociétale des entreprises **une démarche RSE sont menés de façon solitaire, elles prennent le risque d'être condamnées à l'échec.**

La conception du plan de vigilance doit donc associer les parties prenantes au bon fonctionnement de l'entreprise afin d'améliorer la cartographie des risques et la définition d'un mécanisme

§ 5 Nouveau

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;

« 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;

« 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

« 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation

Cette liste procède d'un vaste remaniement de l'article 1er de la proposition de loi par la commission des lois par le biais d'un amendement N° CL10, sur le texte N°4133, le 21/11/2016.

Par cet amendement, la commission a affecté un grand nombre de points du texte. Dans son rapport la commission souligne l'importance qu'a joué la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE dans l'élaboration de cette nouvelle version. De cette façon, la commission a décidé d'insister sur la reddition de compte afin de responsabiliser les entreprises.

En outre, la commission précise que :

« Le présent amendement rétablit la philosophie de l'article premier de la proposition qui était celle de l'Assemblée nationale, à savoir l'affirmation d'une obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres envers leurs filiales, fournisseurs et sous-traitants. **Il rompt avec la volonté du Sénat d'inscrire le dispositif dans le cadre connu et limité du repor-**

Le point 5 est inséré par les amendements N°2, 15 et 25 sur le texte N°4242, le 25/11/2016 :

« Le présent amendement propose que, **comme dans la loi « Sapin 2 » en matière de corruption, le plan établi par les sociétés concernées par l'obligation de vigilance comporte un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.** Ce processus itératif permettra de renforcer continuellement la pertinence des actions de prévention des atteintes graves et d'atténuation des risques. » (Amendement 2)

« La rédaction proposée conserve la possibilité de **diligenter ce suivi dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale**, comme l'avait souhaité l'Assemblée

§ 6 Partiellement modifié

« Le plan de vigilance et **le compte rendu de sa mise en œuvre effective** sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article

Modifié par l'amendement majeur CL10 de la commission des lois sur le texte N°4133, le 21/11/2016 (voir supra §5)

§ 7 Modifié

« Un décret en Conseil d'État peut **compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut** préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle ter-

La première phrase du paragraphe est modifiée par les amendements N°3 et 26 sur le texte N° 4242, le 25/11/2016 :

« Le présent amendement indique que le décret d'application prévu par le proposition de loi, s'il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, peut également compléter le contenu du plan de vigilance déterminé aux 1° à 5° de l'article premier.

En effet, les rédactions retenues dans la loi sont suffisamment précises pour permettre une appréhension immédiate de ce que doit comprendre un plan de vigilance. Mais on ne peut exclure que de nouveaux risques émergent, que de nouveaux enjeux se fassent jour, qui nécessiteraient des actions complémentaires. La situation des grandes entreprises présentes dans des territoires devenus des théâtres d'opérations terroristes, ce que personne n'aurait anticipé il y a quelques années, et qui doivent de ce fait adopter une politique strictes dans leurs relations avec les acteurs économiques locaux, pose ainsi question. Il aurait été utile que le Gouvernement dispose, alors,

§ 8 Partiellement modifié

« II. – Lorsqu'une société **mise en demeure** de respecter **les obligations prévues au I** n'y satisfait pas dans **un délai de trois mois à compter de la mise en demeure**, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter.

Modifié par l'amendement majeur N°CL10 de la commission des lois sur le texte N°4133, le 21/11/2016 (voir supra §5)

§ 8bis Supprimé

Encart précédent, rédaction de la proposition de loi :

[...] la juridiction compétente **civile ou commerciale** [...]

[...] sous astreinte d'établir le plan de vigilance, **d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre conformément au I de cet article**

Supprimé par l'amendement n°CL34, CL40, CL52, CD31, CD26 et CE22 sur le texte N°2578, le 10/03/2015 :

« Il n'est pas nécessaire de préciser quelles sont les juridictions compétentes, et d'exclure ainsi d'autres juridictions potentiellement compétentes selon les cas particuliers. » (Amendement CL34)

« Il ne semble pas opportun de prévoir par cette proposition de loi une disposition dérogatoire aux règles de compétence juridictionnelle de droit commun. La requête devra être présentée devant le tribunal normalement compétent. » (Amendement CL40 et CE22)

Supprimé par l'amendement majeur N°CL10 de la commission des lois sur le texte N°4133, le 21/11/2016 (voir supra §5)

§ 9 Supprimé

2e alinéa, paragraphe 3 de la proposition de loi :

« Toute association reconnue d'utilité publique, toute association agréée ou régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts mentionnés au I, peut exercer cette ac-

2e alinéa, paragraphe 3 de la proposition de loi
Supprimé par l'amendement N°65 sur le texte N°2628, le 26/03/2015 dans un souci d'éviter les complexités d'interprétation et la limitation du nombre de requérants potentiels :

« **L'intérêt à agir en justice** pour solliciter la conception, la publication et la reddition de comptes sur la mise en œuvre du plan de vigilance est déjà défini à l'alinéa 6 de l'article 1^{er} de la manière la plus large qui soit.

Par conséquent, il n'est guère opportun de maintenir à l'alinéa 8 une disposition bavarde, réaffirmant la capacité d'action de certaines associations (et non de certaines autres) : cette

§ 10 Nouveau

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitu-

La disposition censurée était rédigée comme suit :

« III. – Toute personne mentionnée au II peut demander au juge de prononcer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros. »

Le Conseil Constitutionnel a motivé sa censure par le flou des obligations dont l'irrespect serait susceptible d'engager ainsi la responsabilité des personnes mises en causes. En effet, selon le Conseil, l'amende initialement prévue s'apparentait à

Article 2

§ 11 Partiellement modifié

Après le même article L. 225-102-3, il est inséré un article L. 225-102-5 ainsi rédigé :

« Art. 225-102-5. – Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et **l'oblige à réparer le**

Remanié par les amendements CL1 (Rect) et CL2 (Rect) de la commission mixte paritaire, sur le texte N°4133, les 17 et 18 novembre 2016 :

« Cet amendement vise à rétablir l'article 2 tel qu'il a été voté par notre assemblée en première lecture.

C'est une disposition angulaire supprimée au Sénat, rompant ainsi l'équilibre du texte. En effet, cet article crée un mécanisme de responsabilité civile permettant la réparation du préjudice causé et le prononcé d'une amende par le juge.

Il est primordial, afin qu'elles puissent se reconstruire, que les victimes d'un défaut de vigilance d'une société mère ou d'une entreprise donneuse d'ordre dans les modalités figurant à l'article 1 de la présente proposition de loi, puissent être considérées comme telles grâce à l'activation de la responsabilité de l'auteur du défaut de vigilance et grâce à une compensation financière rapide permise par le prononcé de l'exécution de la décision sous astreinte par le juge. » (Amendement CL1)

« L'article 2 de la proposition de loi concerne la

§ 12 Nouveau

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel no 2017-750 DC du 23 mars 2017.]

Pareillement à la censure précédente, ce paragraphe concernant originellement l'amende, il a été censuré en même temps que la disposition

§ 13 Partiellement modifié

« L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin.

Rapidement mis en ordre par les amendements de la commission des lois, notamment les N° CL54 et CL55 à fins de cohérence :

Suppression des mots « civile ou commerciale » pour les raisons déjà évoquées à l'article 1 et « ou toute association » car « les associations,

§ 14 Inchangé

« La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

Article 3

§ 15 Nouveau

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel no 2017-750 DC du 23 mars 2017.]

Pareillement à la censure précédente, cet article étant originellement une précision de la monnaie dans laquelle l'amende pouvait être prononcée.

Rédaction dans la proposition de loi :

L'article L. 225-102-4 du code de commerce est applicable dans les îles de Wallis et Futuna.

Rédaction dans le texte définitivement adopté, avant son examen par le Conseil Constitutionnel :

L'article L. 952-3 du même code est ainsi rétabli :

Article 4

§ 16 Nouveau

Les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce s'appliquent à compter du rapport mentionné à l'article L. 225-102 du même code portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la présente loi.

Par dérogation au premier alinéa du présent article, pour l'exercice au cours duquel la présente loi a été publiée, le I de l'article L. 225-102-4

Le second paragraphe est inséré par l'amendement N°36 sur le texte N°4242, il s'agit d'un amendement réglant la temporalité de l'entrée en vigueur :

« Amendement permettant une **publication anticipée du plan de vigilance**, tout en **maintenant l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la responsabilité à la date retenue par la com-**

PARTIE II : LE FUTUR ET LES PISTES D'AMÉLIORATIONS POUR UNE MEILLEURE APPLICATION DE CES TEXTES

L'objectif de cette deuxième partie est de tirer les leçons du bilan que nous avons dressé au cours de la première partie et de faire des propositions afin de renforcer la bonne applicabilité de ces textes et leur pertinence pour affronter les défis environnementaux et les contentieux y afférents qui ne vont *a priori* cesser d'augmenter.

Dans cette optique, nous avons dégagé trois axes principaux qui permettent d'apporter des éléments de réponse. Sans être nécessairement exhaustifs, ces trois axes nous semblent être les plus pertinents et prioritaires à aborder pour répondre efficacement et de manière globale à notre objectif.

Nous avons intitulé le premier de ces axes « Agir sur la loi ». En effet, comme souligné au cours de la première partie, le texte même de la loi relative au devoir de vigilance est lacunaire à certains égards, notamment au regard de ce qu'elle aurait pu être initialement ou encore au regard d'autres textes similaires étrangers. Ainsi, nos propositions sur ce point visent à faire évoluer la lettre de la loi dans un sens qui permettent non seulement de faire disparaître le flou qui existe autour d'elle, mais aussi de permettre son application concrète (I.).

Le deuxième axe est intitulé « Agir sur l'institution judiciaire ». Au cours de nos recherches et de nos entretiens, nous avons pu constater que l'institution judiciaire, dans son fonctionnement, n'était pas armée de manière adéquate pour répondre aux enjeux impliqués par la loi relative au devoir de vigilance. Ainsi, nous développerons cet axe en mettant en lumière les difficultés rencontrées par l'institution judiciaire puis nous proposerons des pistes d'améliorations qui permettraient que les enjeux environnementaux soient mieux appréhendés et traités par la justice française (II.).

Le troisième de ces axes consiste à développer une argumentation encourageant le juge français à se servir des outils du droit international, à l'instar d'autres juges étatiques et internationaux, pour justifier une éventuelle condamnation et sanction sur le fondement de cette loi relative au devoir de vigilance. Les juges étatiques étrangers, et plus largement les acteurs du droit international, sont des sources d'inspiration et de droit qui peuvent inspirer le juge à franchir le pas et surtout l'aider à renforcer son argumentation sur une décision qui, le cas échéant, serait nécessairement perçue comme audacieuse par les commentateurs (III.).

I. Agir sur la loi

Ainsi que cela a été évoqué en première partie, la loi est la cible de nombreuses critiques qui tiennent à son imprécision et/ou son insuffisance. La loi se découpe de la sorte : l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance ainsi qu'un compte-rendu de sa mise en œuvre ; une sanction en cas de manquement à l'une des obligations ; un engagement de la responsabilité civile si un préjudice intervient qui aurait pu être évité par un plan suffisant. En outre, le domaine d'application de cette loi est réduit : seules les sociétés dépassant le seuil prévu y sont assujetties.

Sur ces quatre points, la loi est empreinte d'incertitude. La sécurité juridique commande une loi suffisamment claire. Or il s'avère qu'au vu des difficultés à mettre en œuvre la loi et à l'interpréter, l'on ne peut que conclure qu'elle n'est pas suffisamment compréhensible.

Un remaniement urgent de la loi semble nécessaire au vu de son importance. Cependant, il ne s'agit pas de s'y prendre par n'importe quelle méthode. En effet, la proposition de loi prévoyait initialement qu'un décret en Conseil d'État viendrait préciser les modalités de mise en œuvre du plan de vigilance. Cependant, au fil des débats parlementaires, les assemblées se sont saisies de cette tâche et ont clarifié les attentes du plan, laissant à l'exécutif la possibilité de venir apporter des indications supplémentaires. Aucun décret n'a été adopté à ce jour.

Il ressort de nos entretiens que les acteurs sont partagés. Les ONG notamment semblent craindre pour partie qu'un décret ne nuise à la portée de la loi en restreignant les obligations des sociétés. Dès lors, d'aucuns préféreraient que l'exécutif s'abstienne et que la loi conserve son flou.

Dès lors que notre objectif est également de fournir un plaidoyer en faveur d'une plus grande protection, notamment de l'environnement, il s'agit d'envisager une réforme législative capable de produire de l'effectivité pour la loi sur le devoir de vigilance tout en augmentant, ou du moins, en ne limitant pas, sa portée.

Reprenant les éléments cités plus haut, voyons successivement des propositions de changements pour les obligations des sociétés (A), le nombre et la nature des sociétés assujetties (B), le type de sanctions envisagé (C), le mode de responsabilité choisi (D).

A. Obligations

Nous avons pu constater, notamment par nos entretiens, que les obligations contenues dans la loi semblent convenir aux acteurs qui souhaitent que les obligations soient respectées. Le principal reproche qui est fait à la loi se trouve dans son effectivité. C'est cela qui ressort des textes, des discours, des débats : l'on craint de ne pas toucher assez d'entreprises, que les termes de la loi soient trop complexes à comprendre car trop confus, l'on constate enfin que l'application de la loi ne donne lieu à aucune sanction.

Pourtant, le caractère « révolutionnaire » des obligations n'a pas disparu, c'est l'effectivité moribonde de leur contrainte qui empêche une pleine satisfaction des acteurs.

Il est dès lors nécessaire de se demander, en supposant que les obligations elles-mêmes entravent l'effectivité de la loi, si d'autres obligations pourraient améliorer cette situation. Deux cas peuvent être envisagés : un renforcement ou un affaiblissement des contraintes.

Agir sur les obligations en les renforçant pourrait être contre-productif, en poussant les entreprises à s'en détacher si elles deviennent trop contraignantes. Il ne s'agit pas d'une règle stricte à une époque où les entreprises sont particulièrement sensibles à leur image juridique notamment en matières sociale et environnementale. À ce titre, en témoigne notamment le développement des RSE. Cependant, pour une entreprise, une règle contraignante, dont le respect nécessite d'importants moyens humains et financier, est une règle potentiellement décourageante.

À l'inverse, réduire les obligations ne permettrait une meilleure effectivité qu'au prix d'une moins bonne protection de l'environnement et des droits de l'homme. Il appartient au législateur, et par lui, à la société civile, de peser les avantages des choix de cette alternative.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile de s'interroger sur la pertinence d'autres formes d'obligations.

L'établissement d'un plan présente l'avantage de sensibiliser l'entreprise à ses actions, de donner une lisibilité publique de celles-ci, d'agir en amont du préjudice en développant la prévention : il n'est pas certain que d'autres obligations puissent remplir ces critères.

Une idée pourrait être de chercher des comportements qui sont naturellement respectueux de l'environnement et des droits de l'homme, tout en permettant une activité commerciale fructueuse : les sociétés ayant une activité sociale, prenant part au commerce équitable, à la

préservation ou la restauration de l'environnement pourraient-être de bons points de départ pour identifier des comportements clefs.

De même, plutôt qu'une obligation de faire, la loi pourrait porter une obligation de ne pas faire, en condamnant des comportements jugés par essence destructeurs : déforestation, pollution des eaux, etc (...).

De la sorte, des solutions existent, qui nécessitent plus ou moins de moyens, de la part de l'État ou des entreprises. Le choix qui a été fait est d'appuyer sur la capacité des entreprises à s'auto-réguler, via un système de reddition de compte¹⁰⁵. Le législateur a souhaité s'éloigner du pur « reporting » souhaité par le Sénat, en trouvant une solution qui mêle reporting et responsabilité civile. Cette dernière présente de nombreux avantages et il semble que ce soit ailleurs qu'il faille chercher l'amélioration.

B. Le seuil et la preuve

Les obligations de la loi sur le devoir de vigilance ont des sujets spécifiques, déterminés par le premier article du texte législatif.

L'une des difficultés premières relevées par les ONG¹⁰⁶ est constituée par le nombre d'entreprises concernées par la loi. En outre, les acteurs qui militent pour une plus grande effectivité de la loi mettent régulièrement en lumière le nombre d'entreprises théoriquement assujetties qui n'ont pas publié de plan de vigilance, ou l'insuffisance ou l'obscurité des seuils choisis par le législateur.

Dans le premier cas, seule une action en justice peut contraindre une entreprise à se plier aux exigences de la loi. En revanche, si l'ineffectivité est dû à une incompréhension des critères d'assujettissement par les entreprises, il peut être envisageable de les raffiner. En effet le seuil ou les critères qui permettent d'identifier les sujets des obligations d'une norme, sont déterminants pour l'effectivité d'une loi.

D'abord, le seuil agit sur le nombre de sujets d'obligation. Pour une même loi, plus le nombre de sujets est grand, plus il est difficile de rendre effective la bonne mise en œuvre des

¹⁰⁵ Voir en ce sens l'infographie plus haut, notamment quant aux arguments qui ont motivé le remaniement du texte par la commission des lois en 2016.

¹⁰⁶ Rapports SHERPA et Amis de la Terre précités.

obligations, et inversement (du fait de la multiplication des cas, des procédures, et donc du temps nécessaire à l'ensemble des parties pour faire respecter le texte).

Toutefois, une loi avec de très nombreux sujets peut être simple à rendre effective, et une loi avec peu de sujets peut être ardue à rendre effective. La complexité des critères d'assujettissement est primordiale ici. Il est aisé de déterminer les sujets d'une loi générale qui affecte l'ensemble des êtres humains. Il est beaucoup plus complexe de déterminer les sujets d'une loi qui ne viserait que les individus ayant exercé un métier particulier dans un État spécifique, sur une période donnée. Voilà pourquoi il s'agit de comparer deux seuils pour une même loi, et non deux seuils différents sur deux lois distinctes.

En l'occurrence, c'est surtout selon le second cas que nous devons examiner la loi sur le devoir de vigilance.

Comme énoncé en première partie, le critère de seuil choisi nécessite de compter les salariés de la société mère, mais aussi de ses filiales directes ou indirectes, et d'estimer leur présence sur le territoire national ou à l'étranger. Le flou qui entoure les notions de filiales directes et indirectes rend éminemment compliqué de déterminer si une entreprise est, ou non, sujette à la loi. Ce, même si le législateur a défini ces notions dans le code de commerce¹⁰⁷. Ce sont d'ailleurs explicitement ces définitions qui sont visées par la loi, avec quelques réserves s'il l'on se fie à l'amendement à l'origine de la citation de l'article dans le texte législatif¹⁰⁸.

En outre, hors de ces seuils, des entreprises peuvent tout-à-fait se rendre responsables de préjudices gravissimes : il suffit d'une personne pour organiser un réseau de trafic humain, ou

¹⁰⁷ Article L. 233-16 en vigueur de 2003 à 2016 du code de commerce, désormais notamment dans la section des articles L. 225 et suivants du même code.

¹⁰⁸ Voir l'exposé sommaire de l'amendement N°CE17 sur le texte N°2578, le 10/03/2015, qui évoque l'ancien article L. 233-16 du code de commerce :

« Ainsi que le prévoit l'article L. 233-16, « le contrôle exclusif par une société résulte :

[soit] de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

[soit] de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

[soit] du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. »

En revanche, il n'est pas opportun d'étendre l'obligation de vigilance aux sociétés conjointement contrôlées et à celles sur laquelle la firme dispose d'une « influence notable », celle-ci étant présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote. Plusieurs influences notables peuvent en effet s'exercer sur une même entreprise dans des objectifs contraires, ce qui semble devoir exclure l'engagement d'une responsabilité juridique. ».

pour mettre le feu à une forêt. Admettons que la proportion entre la plausibilité des risques et le poids que fait peser l'établissement d'un plan de vigilance dans une société soit importante, il paraît effectivement judicieux d'établir un critère de taille d'entreprise.

D'autres seuils ont ainsi été proposés – et rejetés¹⁰⁹ –, notamment financiers, permettant de trier les entreprises en fonction de leur budget potentiel, et donc de leurs capacités à encaisser un remaniement de leurs méthodes. Des seuils de nombre d'employés inférieurs ont également été proposés mais n'ont pas été retenus.

Plus originalement l'on peut également imaginer un critère qui relèverait du type d'activité d'une entreprise. Par exemple, un critère qui assujettirait à l'obligation du plan de vigilance toute entreprise ayant une activité qui affecte l'environnement ou de grande masses humaines d'une certaine façon (dépassement d'un seuil d'émission annuelle de CO2, activités d'élevage, de déforestation, accaparement de données personnelles, etc...).

C. Sanction pénale

La sanction est le troisième aspect de la loi sur lequel il est possible d'agir, outre les obligations et leurs sujets. Celle-ci est revenue lors des débats parlementaires, notamment vis-à-vis du régime de responsabilité à choisir. Le Sénat souhaitant se rapprocher davantage d'un système de *reporting*, et l'Assemblée nationale d'un régime de responsabilité civile générale.

Différentes amendes ont été proposées, selon différents modes d'établissement, par exemple une amende « proportionnelle à la gravité de la réalisation du risque d'atteinte aux droits et libertés fondamentales réalisés »¹¹⁰

Dépassant les rejets d'amendements effectués par les parlementaires, le Conseil Constitutionnel a censuré les dispositions de la loi relatives à l'amende civile, laissant les sociétés irrespectueuses de leurs obligations sous la seule menace d'une injonction sous astreinte de

¹⁰⁹ Voir par exemple l'amendement CL1 sur le texte N°3239, le 11/03/2016, qui prévoyait de rédiger l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi sur le devoir de vigilance tel que :

« Art. L. 225-102-4. - I. - Toute société dont le total du bilan dépasse 20 millions d'euros ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 40 millions d'euros et dont le nombre de salariés permanents employés au cours de l'exercice est supérieur à 500 établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. ».

¹¹⁰ Amendement N°CL8 sur le texte 4133, le 18/11/2016.

mettre en œuvre un plan de vigilance, et la réparation d'un préjudice causé par la méconnaissance des obligations de vigilance.

Or, les juges n'ont pas condamné (en dernier ressort) les entreprises dans les différentes affaires qui ont été portées devant eux.

Différents facteurs peuvent l'expliquer, notamment le risque d'affaiblir une grande entreprise nationale pour faire respecter une obligation de vigilance préventive ; serait-il préférable de ne pas affaiblir une telle société en rendant les mesures contraignantes de la loi ineffectives ?

L'idée d'une responsabilisation pénale ou quasi pénale des gérants des sociétés a par exemple été avancée lors de nos entretiens afin d'inciter les entreprises à respecter les obligations de la loi de 2017. Un risque de sanction pénale aurait effectivement l'avantage de faire peser la responsabilité sur un ou plusieurs individus, remplaçables donc, plutôt que sur les finances de la société. Allégeant le risque financier par rapport à la fameuse amende civile imposée à la société elle-même.

Cela ne règle pas pour autant la question de la volonté des juges à s'immiscer dans l'organisation de l'activité commerciale de la société. La conséquence d'une condamnation pénale, ou civile, resterait assujettie à une insuffisance du respect des obligations de vigilance et donc à la nécessité de modifier tout ou partie de l'activité de l'entreprise.

En somme, à un moment ou un autre, les sociétés devront se conformer à la loi, et trouver des manières de s'adapter sans faire faillite.

En ce sens, il pourrait être intéressant de développer des systèmes d'accompagnement des entreprises dans leurs transitions « vigilanciennes » (voir *infra*, moyens d'exécution) ou d'appuyer sur une pratique déjà existante chez les avocats, cabinets de conseil et juristes d'entreprise. Disposant d'une confiance renforcée dans la pérennité de l'entreprise, les acteurs seraient moins réticents à prendre en main l'adaptation de l'activité commerciale aux enjeux environnementaux.

D. Nouveau mode de responsabilité

Enfin, dans le cadre d'une réflexion sur la sanction prévue par la loi sur le devoir de vigilance, il faut revenir sur le mode de responsabilité particulier¹¹¹ qui a été développé.

Il y a deux volets à la loi sur le devoir de vigilance, le premier, préventif, le second responsabilisant. Lors de l'établissement de la proposition de loi, certaines discussions ont tourné autour de l'incompatibilité du mode de responsabilité envisagé avec celui du droit commun de la responsabilité civile.

Plutôt que de choisir une nouvelle sorte de responsabilité, spéciale, le législateur est resté sur l'idée d'une responsabilité civile générale sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil. Cette responsabilité se rapproche d'une responsabilité pour négligence fautive : est responsable l'auteur d'un manquement à une obligation de vigilance, laquelle, si elle avait été respectée, aurait évité le préjudice. Ainsi, il s'agit d'établir le lien de causalité entre un manquement à une obligation et un dommage, non pas entre une action et un dommage.

Or, il est beaucoup plus complexe de prouver qu'un dommage est arrivé parce qu'on est responsable d'une omission plutôt que si l'on a fait une action.

Cela demande donc aux parties demanderessees d'apporter la preuve que ce dommage est le résultat d'un plan de vigilance insuffisant : en somme qu'il était prévisible et que la protection efficace de l'environnement et des droits de l'homme l'aurait empêché. Cela demande donc de prouver la prévisibilité du dommage.

Dispose-t-on d'une autre solution qui soit, de surcroît, plus pertinente ? L'objectif de la loi est de forcer les entreprises à adopter des comportements plus respectueux des droits humains et de l'environnement. L'une des possibilités est donc de les condamner civilement si elles n'effectuent pas ces obligations. Or, condamner l'auteur d'un dommage parce qu'il ne l'a pas prévu nécessite forcément de prouver qu'il aurait dû savoir que le dommage allait arriver s'il ne changeait pas de comportement, et donc que le dommage était prévisible.

Il s'agit d'une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité civile des sociétés. Pour autant, est-il nécessaire d'engager leur responsabilité pour les contraindre ?

¹¹¹ Cf supra Partie 1, Section 2, I, C., Les (non-)particularités du régime de responsabilité du devoir de vigilance.

Ce qui importe, c'est que les obligations soient respectées. En ce sens, conférer au juge des moyens effectifs de contraintes, comme un contrôle immédiat sur l'activité et la gestion de l'entreprise, mettre en place un système de surveillance, rendre l'astreinte insoutenable, sont autant de méthodes de contrainte.

Toutefois, ce serait oublier que l'un des fondements de cette loi est de prendre en compte les préjudices existants, et les dommages causés, pas seulement leur risque. En ce sens, la loi envisage qu'il puisse y avoir des victimes à soulager. Cela passe notamment par l'indemnisation des dommages. Or, dépourvue de son amende, il ne reste à la loi que son régime de responsabilité pour offrir aux victimes une juste indemnisation. L'en priver, c'est vider la loi d'un de ses principaux objectifs.

Dès lors, il est clair que ces quatre aspects de la loi sont inextricables et que l'un d'eux ne peut être affecté sans conséquence sur les autres. Il est nécessaire de penser le texte comme un système à part entière, lequel suit des objectifs clairs : réduire le nombre des dommages potentiels et réels aux droits humains et à l'environnement, et réparer ceux qui sont advenus ; par des moyens confus et complexes à mettre en œuvre.

Hors du texte législatif, il reste de nombreuses pistes d'amélioration sur le système judiciaire et ses acteurs.

II. Agir sur l'institution judiciaire

Agir sur l'institution judiciaire en tant que telle nous paraît être essentiel, voire inévitable, tant elle semble manifestement dans l'incapacité de répondre efficacement aux enjeux environnementaux auxquels elle doit faire face *via* les contentieux d'ordre climatiques, et notamment ceux fondés sur le devoir de vigilance, qui lui sont soumis.

Les actions que nous préconisons se regroupent en deux catégories. Ainsi, si la première catégorie de propositions vise à agir sur le système judiciaire, la deuxième concerne principalement l'action de plaider qui doit être faite à l'attention des magistrats.

A. Agir sur le système judiciaire

Dans l'optique d'agir sur le système de l'institution judiciaire, trois volets sont à aborder : les procédures (1.), les moyens d'application (2.) et les moyens d'exécution (3.).

1. *Les procédures*

Plusieurs éléments sont à soulever sur le sujet des procédures et, en conséquence, plusieurs pistes d'améliorations sont à mettre en lumière.

La lacune primaire qui sous-tend l'ensemble des problématiques liées au thème des procédures est celle du temps que prennent les procédures liées à la loi relative au devoir de vigilance. Celle initiée en 2019 contre TotalEnergies par six associations (Survie, Navoda, CRED, Les amis de la Terre France, Nape et Afiego) illustre parfaitement cette problématique. En effet, si les associations ont saisi le juge des référés le 29 octobre 2019, il aura fallu attendre le 28 février 2023 pour obtenir une décision sur le fond de la part du juge des référés du tribunal judiciaire de Paris qui ne fait que déclarer les demandes des associations irrecevables¹¹². En somme, il aura fallu **plus de trois ans** pour obtenir une décision d'irrecevabilité de la part du juge de l'urgence. Certes, il y a eu des ralentissements procéduraux causés par la contestation sur la

¹¹² Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 ; Tribunal judiciaire de Paris, 28 février, n° 22/53943 ; Hélaïne C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023.

compétence du juge mais, même après l’ordonnance rendu le 11 février 2021 par le tribunal judiciaire de Nanterre qui reconnaît la compétence du tribunal judiciaire de Paris¹¹³, et même après la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire qui donne la compétence exclusive au tribunal judiciaire de Paris pour connaître des actions relatives au devoir de vigilance tel que prévu par la loi du 27 mars 2017¹¹⁴, il aura tout de même fallu **entre 14 et 24 mois** pour obtenir une décision du juge de l’urgence du tribunal judiciaire de Paris.

Ces délais paraissent manifestement excessifs¹¹⁵, d’autant plus en considérant les chiffres publiés en 2022 par la Commission européenne pour l’efficacité de la justice (CEPEJ). En effet, au regard de ces chiffres, la durée de la procédure devant ce juge est comparable, voir supérieure, au délai d’écoulement nécessaire pour qu’une affaire pendante soit résolue devant un tribunal civil de première instance, et largement supérieur à celui nécessaire pour qu’une affaire soit résolue devant un tribunal administratif ou pénal¹¹⁶. Surtout, ils soulignent le fait que les tribunaux mettent de plus en plus de temps à résoudre les affaires qui leur sont soumises¹¹⁷, alors même que les affaires climatiques nécessitent justement, presque plus que les autres types d’affaires, une réponse dans un délai raisonnable.

Plusieurs éléments permettent d’expliquer cette situation de fait et il existe plusieurs pistes d’améliorations. Sans être exhaustif, en nous basant sur nos entretiens et nos recherches, nous avons décidé de mettre en avant deux catégories de pistes qui nous semblent être les plus pertinentes pour progresser dans la bonne direction.

¹¹³ Tribunal judiciaire de Nanterre, 1^{ère} chambre, 11 février 2021, n° 20/00915.

¹¹⁴ L. n° 2021-1729, 22 décembre 2021, art. 56.

¹¹⁵ Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.

¹¹⁶ Conseil de l’Europe, *Systèmes judiciaires européens, Rapport d’évaluation de la CEPEJ*, Partie 2, Fiche Pays, Septembre 2022, p.54 [[Lien vers le rapport](#), consulté le 5 mars 2023].

¹¹⁷ Conseil de l’Europe, *Systèmes judiciaires européens, Rapport d’évaluation de la CEPEJ*, Partie 2, Fiche Pays, Septembre 2022, p.54 [[Lien vers le rapport](#), consulté le 5 mars 2023].

i. Le nécessaire renforcement de l'enseignement et de la formation des magistrats aux enjeux environnementaux

La première piste d'amélioration est celle de la formation des magistrats. Si la CEPEJ a énoncé de manière générale qu' « un enseignement et une formation pertinente est nécessaire pour tous les professionnels de la justice et le personnel de tribunaux afin d'appliquer un programme de réduction des délais »¹¹⁸, cela est particulièrement vrai en matière environnementale. En effet, les enjeux sont complexes, globaux, et nécessitent une formation pour pouvoir mieux les appréhender.

Cet enjeu relatif à la formation et l'enseignement se joue à deux niveaux.

1/ Tout d'abord, il se joue à l'École Nationale de la Magistrature (ENM), lieu de formation des futurs magistrats. L'ENM a déjà compris dans une certaine mesure l'importance de former les magistrats de demain aux enjeux environnementaux en créant un cycle de formation approfondi consacré à la justice environnementale (CAJE)¹¹⁹. La deuxième édition de ce cycle ayant eu lieu en 2023, il est trop tôt pour commenter ou calculer l'impact de cette formation spécialisée. Toutefois, cette initiative ne peut qu'être saluée, tant pour sa durée (5 modules répartis en 15 jours) que pour le panel des intervenants¹²⁰. Ainsi, il serait pertinent d'encourager le développement du CAJE en proposant notamment un module spécifique au devoir de vigilance et au préjudice écologique, ces deux thèmes étant centraux dans les affaires climatiques d'aujourd'hui et de demain, et nécessitant une compréhension de l'équilibre des enjeux économiques, ou encore en essayant de peser sur le choix des participants.

2/ Ensuite, cet enjeu se joue au niveau de l'institution judiciaire elle-même, pour les magistrats déjà en exercice. Sur ce point, deux éléments sont à mettre en lumière.

Le premier de ces éléments est relatif au fait que, comme énoncé précédemment, le renforcement de l'enseignement et de la formation des magistrats aux enjeux environnementaux et aux problématiques liées aux lois relatives au devoir de vigilance et au préjudice écologique permettrait de raccourcir les délais de justice. En effet, les enjeux sont complexes et globaux, il y a de nombreuses intrications et les éléments de preuves peuvent également être difficiles à

¹¹⁸ Groupe de travail n°2 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Rapport de réunion, Annexe III « Projet de lignes directrices concernant la durée des procédures judiciaires », 2-3 octobre 2003.

¹¹⁹ École nationale de la magistrature, *Former les magistrats à la justice environnementale*, 7 février 2023 [[Lien vers l'article, consulté le 23 février 2023](#)].

¹²⁰ On peut notamment penser à Mme Valérie Masson-Delmotte, paléoclimatologue et membre du GIEC.

appréhender. Ainsi, plus le juge est formé à ces enjeux, moins il sera désemparé face à un dossier de ce type et plus la procédure pourra se dérouler de manière sereine. Les acteurs du monde judiciaire ne sont pas sourds à cette nécessité, comme le révèle François Molins, procureur général près la Cour de cassation, qui préconise la formation des magistrats en la matière, notamment aux côtés des autres acteurs¹²¹.

Le deuxième de ces éléments concernant l'enseignement et la formation des magistrats est relatif aux éclaircissements que ces derniers peuvent être amenés à demander au cours d'un litige. Ainsi, au-delà des formations que peuvent suivre les magistrats en amont, nous avons décidé de nous intéresser à la procédure des *amici curiae*, notamment en raison de l'influence perceptible que ces derniers peuvent avoir dans la décision finale¹²². Procédure utilisée par les magistrats pour être éclairés par des experts sur un sujet spécifique lié avec le litige qu'ils doivent trancher, elle l'a notamment été dans l'affaire Total en Ouganda relative au devoir de vigilance.

Toutefois, le choix de ces *amici curiae* a pu interroger, voir être critiqué¹²³, pour son orientation « pro-entreprise ». Au-delà de l'interprétation possible consistant à y voir un choix politique de la part du juge afin de se réfugier derrière l'argumentaire d'*amici curiae*, d'experts défendant une position non-disruptive politiquement, il est certain que la possibilité même de constituer un tel panel contribue à créer un déséquilibre dans les intérêts des différentes parties au litige.

Ainsi, nous pensons qu'il est nécessaire de revoir la procédure de nomination des *amici curiae* pour deux raisons. La première de ces raisons est qu'il faut réinstaurer un climat de confiance et d'écoute entre les différents acteurs de la justice : les magistrats, les entreprises, les avocats, les associations. La deuxième raison découle de la première : la réinstauration d'un tel climat permettra un meilleur dialogue, un meilleur exposé des intérêts et des enjeux, et permettra ainsi au magistrat notamment de prendre une décision plus rapidement, ce dernier étant mieux éclairé et accompagné dans sa prise de décision. Ainsi, nous proposons de réformer la procédure de

¹²¹ Molins F., « Droit pénal de l'environnement, quelles pistes pour une mise en place concrète des ambitions affichées ? – Questions à François Molins, procureur général près la Cour de cassation », *Revue Lexbase de droit public*, 699, 16 mars 2023 [[Lien](#)].

¹²² Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023 ; Hélaïne C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023 ; Delmas B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.

¹²³ Voir par exemple : Correia M., Lindgaard J., « Total en Ouganda : le profil des experts choisis par la justice française interrogé », *Mediapart*, 21 octobre 2022 [[Lien vers l'article, consulté le 4 mars 2023](#)]

nomination des *amici curiae* dans les contentieux climatiques, ou *a minima* ceux relatifs au devoir de vigilance, en prenant comme inspiration l'arbitrage. L'idée est la suivante :

- Dès qu'un magistrat souhaite solliciter l'intervention d'experts sur un point précis, il en informe les parties au litige.
- Chaque partie au litige pourra nommer l'*amicus curiae* de son choix dans un délai de 30 jours suivant la demande du juge.
- Chaque partie peut contester la qualité d'expert de l'*amicus curiae* choisi par l'autre partie dans un délai de 15 jours après la notification par l'autre partie de son choix d'*amicus curiae*. Le juge saisi de l'affaire devra trancher dans un délai de 15 jours la contestation soulevée devant lui. Il devra motiver sa décision seulement en cas de refus de l'expert (présomption de la qualité d'expert et de bonne foi des parties au litige). En cas de rejet de l'expert par le juge, la partie qui aura vu son *amicus curiae* rejeté disposera d'un délai de 15 jours pour en nommer un autre.
- Une fois ces deux *amici curiae* choisis, ces derniers auront le devoir de s'entendre sur la nomination d'un troisième *amicus curiae* dans un délai de 30 jours également. À défaut d'accord entre les deux *amici curiae*, le magistrat nommera lui-même le troisième *amicus curiae* sur la base d'une liste qui lui aura été communiqué par les deux parties au litige, liste dans laquelle les deux parties auront inscrit le nom de trois *amici curiae* chacun, avec un bref descriptif des qualifications de chaque personne.

L'instauration d'une telle procédure présente plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permettrait à chaque partie d'avoir la certitude que le juge aura entendu l'avis d'experts ne partageant pas nécessairement la même vision, la même opinion sur un sujet précis, et cela permettrait en conséquence de renforcer la confiance des parties en l'institution judiciaire. De plus, dans la même lignée, une telle procédure garde les caractéristiques de l'impartialité et de l'indépendance, propre à la procédure de l'appel aux *amici curiae*, car, de la même manière que les arbitres ne représentent pas les intérêts des parties dans un arbitrage, les *amici curiae* ne seraient pas des lobbyistes avec pour mission de représenter les intérêts des parties les ayant nommés, mais simplement des individus choisis pour leur expertise et, bien entendu, leur vision sur un sujet précis.

ii. Le besoin de prendre en compte la spécificité de ces contentieux par des procédures et des moyens adéquats

Précédemment, nous avons mis en lumière les spécificités de ce type de contentieux, que ça soit par rapport à la réponse urgente qu'ils nécessitent ou encore à la compréhension d'enjeux globaux et d'intérêts divers. Ainsi, pour répondre à ces spécificités, deux pistes d'amélioration doivent être abordées : la mise en place de procédures d'urgence spécifiques permettant de juger les affaires dans des délais plus courts et l'augmentation des moyens financiers et humains alloués à la justice à cette fin.

Si le juge français a estimé dans son jugement du 28 février 2023 que les affaires relatives au devoir de vigilance étaient trop complexes pour pouvoir être traitées par le juge des référés¹²⁴, il est toutefois ressorti de nos entretiens qu'il y a une véritable nécessité quant à l'instauration de procédures d'urgence pour répondre dans des délais raisonnables, mais surtout adéquats, aux besoins et enjeux posés par ces contentieux. Ainsi, étant donné la réticence du juge des référés, cela implique la création d'une procédure d'urgence spécifique à ces contentieux.

La mise en place d'une telle procédure ou non relève principalement d'un choix politique. À titre d'illustration, pour répondre aux besoins judiciaires lors de l'épisode des « Gilets Jaunes », des moyens exceptionnels ont été déployés pour répondre rapidement et efficacement à la multiplication des contentieux car il y avait une réelle volonté d'apporter une solution rapide sur ce sujet préoccupant l'ordre public. Ainsi, il serait bénéfique de profiter de la réforme de la procédure civile en cours pour convaincre les pouvoirs publics de la nécessité d'instaurer des procédures spéciales pour les contentieux climatiques afin d'accorder à ces affaires l'importance qu'elles méritent et surtout d'apporter une réponse rapide, sans qu'elle soit expéditive. Sur ce point, François Molins, procureur général près la Cour de cassation, affirme en effet qu'il est nécessaire que « les magistrats en charge de ce contentieux très spécifique [...] puissent s'y consacrer plus pleinement »¹²⁵.

Cela amène à questionner d'abord le cas des pôles régionaux de l'environnement qui ont été créés par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice

¹²⁴ Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, N° 22/53942, p. 21, p.23.

¹²⁵ Molins F., « Droit pénal de l'environnement, quelles pistes pour une mise en place concrète des ambitions affichées ? – Questions à François Molins, procureur général près la Cour de cassation », *op. cit.*

environnementale et à la justice pénale spécialisée¹²⁶. Créées pour connaître des affaires les plus complexes en matière d'environnement, ces institutions ne semblent pas répondre aux attentes initialement placées en elles, notamment en raison du fait, comme l'explique François Molins dans une interview, qu'elles se trouvent confrontées au manque de moyens, de procureurs, de juges, d'audiences et à des délais de traitements dégradés¹²⁷. Ce que révèle cette inefficacité des pôles régionaux, ce n'est pas nécessairement un mauvais choix de structuration de l'organisation judiciaire : c'est avant tout une question de moyens alloués à ces contentieux et donc une question de décision et de choix politique. En effet, la création de tels pôles ne pouvait à elle seule résoudre le problème du traitement des contentieux environnementaux et climatiques. Le besoin est d'avoir une réponse prompte, adéquate et efficace de la part de l'institution judiciaire, et ce besoin, étant donné la nature complexe des problématiques posées, ne peut être satisfait que par une augmentation des moyens alloués afin de pouvoir mener correctement des enquêtes approfondies et d'avoir des juges véritablement spécialisés sur ces questions¹²⁸. Ainsi, l'enjeu principal est de faire une action de plaidoyer auprès des pouvoirs politiques en faveur de l'augmentation des moyens alloués à la justice environnemental en se fondant sur le fort intérêt de l'opinion publique pour les questions environnementales¹²⁹.

À cette fin, il convient de rappeler que la France ne consacre que 0,21% de son PIB au système judiciaire, ce qui est inférieur à la médiane des États membres du Conseil de l'Europe (0,30%)¹³⁰, et qu'il est ainsi nécessaire de le relever. Relever ce budget permettra sans doute de pouvoir embaucher plus de juges, et plus largement de personnels judiciaires, ces derniers étant en nombre manifestement insuffisants en France. Ce manque de personnel crée une charge de travail trop importante et cela contribue en conséquence à une justice moins qualitative et plus expéditive¹³¹.

¹²⁶ Loi n° 2020-1672 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée (1), 24 décembre 2020 [[Accéder à la loi](#)].

¹²⁷ Radisson L., « Droit pénal de l'environnement : on a une immense marge de progression », *Actu environnement*, 16 décembre 2022 [[Lien](#)].

¹²⁸ Radisson L., « Droit pénal de l'environnement : on a une immense marge de progression », *op. cit.*

¹²⁹ Commissariat général au développement durable, « Modes de vie et pratiques environnementales des français », *Ministère de la transition écologique et solidaire*, avril 2018, p. 9-22 [[Lien vers le rapport](#), consulté le 3 mars 2023].

¹³⁰ Conseil de l'Europe, *Systèmes judiciaires européens, Rapport d'évaluation de la CEPEJ*, Partie 2, Fiche Pays, Septembre 2022, p.52 [[Lien vers le rapport](#), consulté le 5 mars 2023].

¹³¹ Audouin C., « Les magistrats français surmenés : « un juge trop fatigué, humainement épuisé, c'est dangereux » », *France Inter*, 3 juin 2019 [[Lien vers l'article](#), consulté le 2 avril 2023] ; Montagne D., « Grève des magistrats : manque de temps, surcharge de travail... La désillusion des jeunes recrues », *Europe 1*, 22 novembre 2022 [[Lien vers l'article](#), consulté le 2 avril 2023] ; Coustet T., « La souffrance au travail des juges », *Dalloz actualité*, 18 juin 2019 [[Lien vers l'article](#), consulté le 2 avril 2023].

Les chiffres produits par la CEPEJ en 2022 confirment l'existence d'un effectif judiciaire manifestement réduit¹³² :

- En 2020, il y avait 11,16 juges pour 100 000 habitants, alors que la médiane du Conseil de l'Europe est de 17,60 ;
- En 2020, il y avait 35,70 personnels non-juges pour 100 000 habitants, alors que la médiane du Conseil de l'Europe est de 56,13 ;
- En 2020, il y avait 3,19 procureurs pour 100 000 habitants, alors que la médiane du Conseil de l'Europe est de 11,10.

En somme, il y a manifestement un déficit de personnel dans le système judiciaire qui empêche la production d'une justice qualitative.

Ce déficit se traduit concrètement dans la tenue des audiences qui diffèrent de manière substantielle avec les autres États. Par exemple, là où le procès *Shell* aux Pays-Bas a consacré deux jours aux débats, les plaidoiries étaient limitées à une heure trente dans le cas du procès Total en France. De plus, le juge étant surchargé de travail, il sera plus à même de rendre une décision de rejet qui est plus facile à motiver et moins sujet à polémique.

En somme, on ne peut que constater que l'insuffisante importance accordée par la justice aux contentieux climatiques est probablement liée au manque de moyens et de personnels qui frappent l'institution judiciaire.

L'instauration de ces procédures d'urgence spécifique, qu'elles soient au sein ou non des pôles régionaux, s'il est vrai qu'elles nécessitent une augmentation des moyens financiers et humains, ne peut qu'être bénéfique pour l'institution judiciaire pour trois raisons.

1/ Tout d'abord, elles permettront d'améliorer la qualité des débats sur ces sujets complexes et, ainsi, elles permettront aux juges de mieux appréhender le contentieux qui leur sera soumis. Cela est primordial dans la mesure où les enjeux sont globaux et où les décisions peuvent être lourdes de conséquences.

2/ Ensuite, elles permettront aux parties, notamment demanderesse, de sentir que l'institution judiciaire accorde l'importance nécessaire à ces affaires et cela permettra ainsi de rétablir une relation de confiance aujourd'hui endommagée.

¹³² Conseil de l'Europe, *Systèmes judiciaires européens, Rapport d'évaluation de la CEPEJ*, Partie 2, Fiche Pays, Septembre 2022, p.53 [[Lien vers le rapport](#), consulté le 5 mars 2023].

3/ Enfin, cela permettra de raccourcir les délais de traitement et, par voie de conséquence, de réduire la surcharge des tribunaux à terme. Surtout, cela permettra d'être en adéquation avec la célérité qui est exigée dans la résolution de ces contentieux étant donné la nature même des enjeux.

Enfin, et surtout, l'instauration d'une telle procédure d'urgence spécialisée, avec les services d'enquêtes appropriés et des juges experts sur ces questions, paraît indispensable pour pouvoir prendre une décision audacieuse en la matière. En effet, étant donné la réticence du juge du référé sur les questions environnementales¹³³, il apparaît fondamental de créer cette procédure adéquate pour créer les conditions idéales permettant de donner la légitimité nécessaire à l'institution pour prendre une décision innovante et courageuse.

2. Les moyens d'application

Le système judiciaire, pour fonctionner, nécessite, on l'a vu, le concours d'acteurs très différents. Ce qui se joue dans la procédure, c'est la réalisation d'un ensemble d'objectifs liés à l'idée de « bonne justice » : vitesse, impartialité, justesse. Pour autant, ces objectifs ne sont pas faits que de procédure, ou plutôt, la procédure ne s'accomplit pas seule. Elle requiert en effet des moyens humains, et donc financiers, et donc politiques, pour sa bonne réalisation. Sans revenir trop longuement sur l'éternel poncif des manques de moyens de la justice française (i.), nous nous attarderons davantage sur un point crucial du contentieux lié au devoir de vigilance et aux questions environnementales plus largement : l'indétermination de la preuve (ii.).

¹³³ Voir not. : Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942 ; Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/52943.

i. Le manque abyssal de moyens alloués à la justice

Certains éléments ont été égrenés au fil de ce document (voir notamment *supra* Partie II, II., A., 1, ii.) et reviennent lancinamment. Ainsi, on sait que la France dépense une moindre part de son PIB que ses voisins pour son système judiciaire, que les prisons sont pleines, que les juges manquent et sont surmenés¹³⁴.

Le constat est sans appel et apartisan. À l'exception de rares voix marginales, tous s'accordent sur l'insuffisance navrant des allocations de ressources au système judiciaire. Elles dissonent toutefois lorsque, plus précisément, l'on s'intéresse à la cible des augmentations de moyens espérées. D'aucuns peuvent estimer que ce sont les forces de coercition qui doivent en bénéficier (forces de l'ordre, injonctions du juge de l'exécution, etc) ; d'autres s'inquiète du manque de personnel général qui paralyse, plus ou moins, le tissu judiciaire.

En somme, on ne s'extrait pas de ces questions sans une considération de la politique à suivre en matière de justice. Quels sont les objectifs à atteindre pour les institutions juridiques en France ? Quelles valeurs sont attachées à notre système ? Ces questions n'ont rien d'évident car, à y regarder de plus près, et à vrai dire, dès lors qu'il s'agit de grands principes, rien n'indique clairement les objectifs et les valeurs portés par la justice française.

On retrouve, bien sûr, dans des textes essentiels, certaines lignes directrices. Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, faisant partie du bloc de constitutionnalité, garantit l'accès égal au juge, impartial et indépendant. Cela, en consacrant également le libéralisme du système judiciaire (pénal en particulier) qui consiste à considérer autorisé tout ce qui n'est pas interdit. Ça et là viennent donc s'ajouter de grands principes ou des ambitions que la justice est censée respecter.

Toutefois, au bout, les pouvoirs exécutifs et législatifs sont seuls maîtres de « l'orientation » de la justice. En ce sens, l'on constate par exemple, depuis 2015, un intense virage pro-sécuritaire et liberticide, amplement documenté et critiqué, de la justice en France, en particulier en ce qui concerne les dérives de l'état d'urgence, terroriste puis sanitaire¹³⁵, virage répressif amorcé dès

¹³⁴ Le Monde, Tribune, Collectif, 23/11/2021 « L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : « Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout ».

¹³⁵ V. Champeil-Desplats, « D'un état d'urgence à l'autre : La rhétorique de la (justification) de l'exception », RDLF 2020 ; S. Slama, « État d'urgence « loi de 1955 » versus état d'urgence sanitaire, une contamination des libertés par la logique d'exception ? », RDLF 2020 ; S. Hennette-Vaucher, « La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque le pouvoir n'arrête pas le pouvoir », Cultures & Conflits 01/2019, n°113.

les attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis et dans les démocraties libérales¹³⁶. Les moyens alloués à la lutte antiterroriste et à la répression de l'opposition politique manifestée se multiplient alors que d'autres secteurs moins politisés mais d'une plus grande ampleur (en termes de victimes notamment) voient leur traitement délaissé, sans les moyens qu'ils requerraient.

En fin de compte, la question des moyens de la justice n'est et ne peut qu'être une question politique majeure qui touche chaque membre de la société. Le droit cependant, constitue en partie l'art de rendre effective la volonté politique et, en ce sens, il est possible de s'appuyer sur le contenu du droit pour déterminer les inclinations actuelles du système juridique français. Celles-ci déterminées, il est ainsi possible de traiter leur accomplissement ou, en l'occurrence, leur non-accomplissement.

C'est bien plutôt vers ce constat que s'accordent les juristes, les analystes ou les individus sondés¹³⁷, et il suffit de quelques clics sur internet pour trouver une myriade d'articles de presse ou universitaires qui traitent du sujet. Ce n'est pas qu'une affaire de perception. Les chiffres montrent avec la force de l'évidence, la lenteur des juridictions, l'insatisfaction des victimes, les défauts du système pénitentiaire, etc...

Les sondages précités en bas de page (notamment IFOP 14/02/2011) montrent en creux une chose : les réformes du système judiciaire ne suffisent pas toujours à rétablir la confiance. Ainsi, entre 2011 et 2022, avec une importante réforme Taubira promulguée en 2014, le sentiment d'incapacité de la justice à remplir ses fonctions demeurent. Sous le ministère d'Éric Dupont-Moretti, une nouvelle réforme a été adoptée en février 2019. Son déploiement a été effectué sur la période 2018-2022 et ses effets réels prendront du temps à être évalués.

¹³⁶ D. Lacorne, « Inflexion sécuritaire ou spirale répressive ? », Politéa 2018, n°130, p. 150

¹³⁷ Sur l'opinion publique en particulier, plusieurs sondages IFOP montrent une tendance nette dans la perception du fonctionnement de la justice :

- Sondage IFOP, 7/11/2022, Le Regard des Français sur le fonctionnement des services publics : 77% des personnes interrogées estiment que la justice fonctionne mal ou très mal. Constat qui traverse l'ensemble du spectre politique. Ainsi, les personnes interrogées ayant une proximité politique avec le parti au pouvoir (Renaissance) sont 57% à estimer que la justice fonctionne mal ; elles sont 90% lorsqu'elles ont une proximité politique avec le Rassemblement National, et 73% lorsqu'il s'agit d'une proximité politique avec la France Insoumise. Pour autant, ces courants idéologiques n'ont pas tous les mêmes attentes et revendications ; pour ce qui est de LFI et du RN ce sont deux modèles opposés qui s'affrontent, lesquels ressortent clairement des débats politiques, tant la question de la justice est prégnante aujourd'hui.
- Sondage IFOP 25/07/2022, Le Rapport des Français à la justice et à Éric Dupont-Moretti : pareillement, 73% des sondés estiment que la justice fonctionne mal
- Enfin, plus tôt, sondage IFOP 14/02/2011, Les français et la justice : 72% estiment que la justice fonctionne mal. Surtout, 77% estiment que la justice manque de moyen.

Le site du gouvernement reprend et détaille les ambitions de cette réforme¹³⁸. En l'état, la réforme poursuivait des objectifs de simplification des procédures civiles et pénales, et d'accroissement de l'efficacité de l'organisation judiciaire et des juridictions. Dans le cas qui nous concerne ici, à savoir le devoir de vigilance en matière environnementale, et plus généralement la question du traitement de la problématique environnementale par le système juridique, rien n'est dit explicitement. Le devoir de vigilance tombe pour partie sous le régime de la responsabilité civile générale, et pour partie sous la compétence du juge commercial pour des aspects contractuels notamment¹³⁹ : deux aspects qui demeurent globalement inchangés par la réforme. Au contraire, celle-ci semble suivre une voie uniformisante en fusionnant les juridictions et les moyens de recours, en étendant les modes de règlements amiables pour désengorger les juridictions, etc.

Il nous semble au contraire, comme cela a déjà été évoqué, et reviendra plus avant, que le contentieux environnemental, et spécifiquement celui lié au devoir de vigilance nécessite un investissement humain et financier intense, spécifique et approprié, ce que n'apporte pas cette réforme.

Le ministère de la justice via le nouveau projet de loi d'orientation et de programmation 2023-2027 entend embaucher dix mille nouveaux agents, dont mille cinq cents magistrats. Ce chiffre correspond à celui qui, en 2022, avait été calculé grâce à un nouvel outil « sans doute perfectible »¹⁴⁰ par la conférence des présidents de tribunaux judiciaires (CNPTJ).

De la sorte, il y a une avancée certaine dans le développement de moyens qui sont requis depuis des années ; mais les effets de celle-ci ne pourront être mesurés que dans le temps. De nouveaux agents dans les juridictions, permettront assurément de réduire les délais, et d'améliorer la qualité du traitement des affaires tout en facilitant l'application de la loi sur le devoir de vigilance. Toutefois, tel que relevé dans la première partie de ce document, l'un des principaux obstacles à l'application de la loi sur le devoir de vigilance réside dans le complexe établissement de la preuve.

¹³⁸ <https://www.gouvernement.fr/action/reforme-de-la-justice>

¹³⁹ Les clauses « de vigilance » qui seront imposés par les sociétés donneuses d'ordre à leurs sous-traitants pourront ainsi donner lieu à un contentieux qui sera traité par les juridictions commerciales.

¹⁴⁰ Propos rapportés de Benjamin Deparis, président de la CNPTJ, par les médias en février 2022 ; Voir par exemple : France info, « Justice : « A minima, il faut près de 2 200 magistrats pour les besoins urgents », chiffre Benjamin Deparis de la Conférence des présidents de tribunaux judiciaires », 16 décembre 2022 [[Lien](#), consulté le 15 juin 2023].

ii. Dispositifs d'instructions spécialisés

En matière civile, le juge est lié par les preuves apportées par les parties. Or l'établissement des preuves dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance est une entrave majeure à son effectivité (voir *supra* partie 1, Section 2 notamment)

Dès lors, puisque les preuves et leur établissement sont un problème : proposons des moyens de le régler.

L'urgence climatique exigeant, à notre sens, des moyens à la hauteur du danger qu'elle pose, l'on pourrait imaginer un service d'instruction spécial, chargé de mener une enquête pour établir les parties prenantes, les sociétés participant à la chaîne de production de l'entreprise concernée, et autres acteurs pertinents dans le cadre de l'application de la loi sur le devoir de vigilance. Ce service pourrait analyser les activités des entreprises et s'appuyer sur un réseau d'experts pour produire de la littérature scientifique à haut niveau de certitude. Il est primordial de faciliter la preuve en matière environnementale, et l'un des moyens d'y parvenir est de renforcer la confiance du juge dans les preuves apportées. Ce, en travaillant sur leur qualité, leur scientificité, leur abondance, et leur facilité d'accès.

À défaut, il pourrait être envisagé, par le législateur, de fixer des critères de preuves suffisant à engager la responsabilité des auteurs. Ces critères se forment en général avec le temps, par un raffinement successif de la pertinence des pièces présentées. Cependant, car l'urgence est maximale et que les entreprises restent les premières sources de pollution et de dommages environnementaux¹⁴¹, il semble important d'accélérer le processus.

Le législateur, le juge et le gouvernement sont par exemple déjà intervenus dans le cas des vaccins contre l'hépatite B pour permettre d'engager la responsabilité des auteurs, même sans preuve scientifique de la nocivité des vaccins en question.

En l'espèce notamment, les premières demandes d'indemnisations ont été infructueuses du fait de l'impossible preuve scientifique.

¹⁴¹ Citons utilement en ce sens l'ensemble des rapports du GIEC, et le consensus scientifique.

Devant la multiplication des demandes et l'absence de réparations effectives, le gouvernement a ainsi indemnisé certains professionnels de santé entre 1993 et 1998, avant de mettre fin à la campagne de vaccination des préadolescents en milieu scolaire¹⁴².

Enfin, passer à un mode de responsabilité pénale sur le fondement d'infractions ad hoc (le code de l'environnement s'est récemment vu amendé d'un article L173-3-1 qui vise à faire condamner l'exposition de la faune de la flore ou de la qualité de l'eau à un risque immédiat d'atteinte grave et durable sous certaines conditions limitées¹⁴³), permettrait l'engagement de l'action publique, les plaintes, et les enquêtes menées par les services d'instruction. Permettant d'user de moyens existants pour enquêter, avec les moyens de polices, plus efficaces que l'enquête des seules ONG. Ce, à la manière du parquet national financier par exemple ou du très récent parquet national antiterroriste¹⁴⁴.

Cette mesure ne s'envisage pas seule, elle est dépendante de l'augmentation drastique des moyens de la justice requise pour protéger effectivement l'environnement¹⁴⁵. Le premier volet entend renforcer les moyens existants, celui-ci vise à développer une spécificité du contentieux environnemental qui, par sa complexité et sa preuve sans cesse insatisfaisante, avance à pas très lents.

¹⁴² *Courrier juridique des affaires sociales*, n°80, janvier-février 2010, « L'indemnisation des dommages imputables à la vaccination contre l'hépatite B : la science, le droit, et le lien de causalité ».

¹⁴³ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, article 279 ; en somme, le droit est de moins en moins étranger à la notion de risque pour l'environnement, et par suite, pour les êtres-vivants qui l'habitent, mais les infractions pénales existantes restent très restreintes.

¹⁴⁴ Ce dernier, instauré par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, disposera de 26 magistrats spécialisés consacrés à plein temps aux affaires de terrorisme en France. Il est difficile d'imaginer qu'on ne puisse faire autant pour le devoir de vigilance, et plus généralement, l'environnement.

¹⁴⁵ Voir supra, Partie II, II., A., 2., i. Le manque abyssal de moyens alloués à la justice.

3. *Les moyens d'exécution*

Ainsi que cela a été évoqué plus haut lorsqu'il s'agissait des moyens de faire respecter les obligations du devoir de vigilance, il peut être envisagé d'agir sur les moyens dont dispose le système judiciaire pour contraindre les sujets d'obligations.

Il s'agit donc de contourner l'argument persistant des sociétés qui affirment être mises en danger par les plans de vigilance. Il s'agit également de miser sur autre chose que le renforcement des peines et de la responsabilité.

Nous soutenons qu'il est possible de modifier l'activité d'une entreprise, fût-ce sur des années, afin qu'elle soit respectueuse des enjeux de notre temps.

Plutôt que de laisser les entreprises uniques maîtresses de leur destinée en faisant peser sur elles seules la confection d'un plan adapté aux risques pour les droits humains et pour l'environnement, il peut être utile de les accompagner. De cette manière, la création d'un système d'accompagnement des entreprises, avec experts financiers, économiques indépendants, chargé de construire avec les entreprises de nouveaux modes d'activité pourrait être une solution. En plus de rassérer les acteurs commerciaux dans leur transition « vigilancielle », l'accompagnement présente le double avantage de conférer un certain contrôle à l'autorité judiciaire, plus à même d'assurer l'effectivité de la loi ; et de créer un corpus général de pratiques entrepreneuriales respectueuses du devoir de vigilance, permettant aux nouveaux acteurs de s'y conformer plus facilement.

On se retrouve ici dans un modèle qui se rapproche de l'accompagnement des États par les comités onusiens lorsqu'ils constatent un manquement à des obligations internationales régies par ces comités. De même, cela se rapproche de systèmes internationaux comme les normes ISO pour les entreprises ou les contrats-type UNIDROIT qui visent à faciliter l'activité des entreprises par un environnement harmonisé.

Une façon évidente de régir cette « harmonisation » serait l'investissement d'une autorité administrative indépendante chargée d'accompagner les sociétés en « redressement vigilanciel ». L'AAI verrait ainsi ses responsabilités aller de la communication avec les gérants de l'entreprise à l'établissement de modèles d'activité personnalisés pour les sociétés condamnées pour manquement au devoir de vigilance. L'AAI pourrait également développer un échange plus global avec l'ensemble des sociétés assujetties pour les sensibiliser, en leur

faisant saisir que le respect de l'environnement et des droits de l'homme est un gain à long terme dans un monde qui se dirige vers une réglementation de plus en plus sévère.

L'État français, et les AAI existantes ne voient pas toujours d'un bon œil la multiplication des acteurs indépendants et des potentielles superpositions de compétence. Dès lors, et même dans un objectif d'efficacité budgétaire, plutôt que de créer une nouvelle AAI, pourquoi pas renforcer l'une de celles qui existent ? Le Conseil économique social et environnemental (CESE), qui dispose déjà d'une expertise dans les domaines concernés (économie, droits de l'homme, environnement) semble être un candidat idéal à la supervision de la transition vigilancielle des entreprises.

Le CESE, depuis la réforme de 2021, ne compte plus que 175 membres, sur les 233 qui le composaient auparavant. Il mêle salariés, employeurs, membres d'associations familiales, à vocation sociale, ou d'aide à la santé (on y trouve par exemple un représentant du Collectif handicaps, un autre de la Croix-Rouge, un encore de France victimes, etc...). Finalement, ceux dont la catégorie est la moins nombreuse est celle des représentants « au titre de la protection de la nature et de l'environnement ». Ces derniers sont 26, contre 52 représentants salariés, 52 représentants employeurs et professions libérales, agriculteurs, etc..., et 45 représentants « au titre de la cohésion sociale et territoriale et de la vie associative »¹⁴⁶.

De la sorte, le CESE pourrait gagner à élargir le nombre des représentants issus des ONG liées à la protection de l'environnement et à faciliter le dialogue entre l'ensemble des acteurs. Notamment entre ces ONG et les employeurs : de ces discussions pourraient sortir des modèles économiques et commerciaux respectueux de l'environnement et des intérêts des entreprises.

Des commissions, ou groupes de travail internes au CESE, pourraient superviser la transition vigilancielle des entreprises condamnées au titre de l'obligation sur le devoir de vigilance.

¹⁴⁶ Voir en cela le décret n° 2021-309 du 24 mars 2021 fixant la répartition et les conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental, articles 2 à 5.

B. Agir sur les magistrats/le nécessaire soutien au magistrat

Au-delà de la mise en place de procédures spécifiques, du raccourcissement des délais, ou d'autres modifications procédurales, l'évolution majeure ne peut passer que par l'audace du juge.

Comme nous l'avons souligné précédemment, le juge a théoriquement tous les outils à sa disposition pour interpréter les textes de manière à ne pas rendre lettre morte une loi aussi innovante et utile que celle du devoir de vigilance. Pourtant, les chiffres donnés par le journal « The Conversation » sont étonnants à ce sujet en ce qu'il est indiqué que « sur une cinquantaine de litiges [climatiques] dans le monde, seul un a emporté la conviction des juges (en première instance) »¹⁴⁷ : l'affaire *Milieudéfensie c. Shell*¹⁴⁸. Au regard de la doctrine, des commentateurs et des professionnels que nous avons pu interroger sur le sujet sont en majorité d'accord sur la raison des faibles réussites de ces litiges : le problème n'est pas principalement juridique mais politique.

En effet, il ne peut être nié que cette loi pose de multiples questions et problèmes d'un point de vue économique et politique. Sans être exhaustif, cela pose un problème d'intervention du juge dans la gestion des sociétés¹⁴⁹, de « transformation de la gouvernance des grandes entreprises et de leur modèle économique »¹⁵⁰, et même un problème vis-à-vis du fait de pénaliser potentiellement des entreprises françaises florissantes économiquement alors même que d'autres États ne seraient pas à même de le faire face à leurs entreprises.

Car nous sommes conscients que, dans le cadre de ce travail, nous ne pouvons avoir d'impact sérieux sur les problèmes politiques majeurs qui sont soulevés par la loi, nous avons choisi de nous intéresser à la question de savoir comment mieux entourer et accompagner les magistrats afin qu'ils soient plus à même d'être à l'aise de prendre une décision audacieuse en matière d'environnement.

¹⁴⁷ The Conversation, « Procès climatiques : attaquer les multinationales en justice, est-ce vraiment utile ? », 23 mars 2023.

¹⁴⁸ Voir ci-dessous, Deuxième Partie, III.

¹⁴⁹ Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023 [[Lien](#), consulté le 16 avril 2023].

¹⁵⁰ Ilcheva A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.

Tout d'abord, étant donné les problèmes politiques que nous évoquions précédemment, comme nous l'ont confirmé certains interlocuteurs, l'un des freins identifiés par les magistrats est relatif à la pression d'une telle décision et aux critiques populaires et professionnels qu'elle pourrait susciter. Sur ce point, il convient tout de même de faire une action de plaidoyer en rappelant que ces considérations peuvent toutefois être contrebalancées par le fait qu'une décision audacieuse en la matière serait probablement accueillie favorablement par la population française, cette dernière étant majoritairement consciente des enjeux climatiques et même prête à accepter des changements importants dans leurs mode de vie¹⁵¹. De même, bien que le contexte politique y soit différent, il convient de souligner que les Pays-Bas ne se sont pas effondrés économiquement à la suite de la décision *Milieudefensie c. Shell*¹⁵².

Ensuite, dans la lignée des objectifs poursuivis par la plus grande formation des juges ou encore par l'augmentation du budget alloué à ces affaires, il convient d'assurer que chaque affaire en rapport avec ces matières soit soumise à la collégialité. Cela aurait un double avantage : rassurer le juge dans sa prise de décision et renforcer l'autorité de ladite décision. Certes, même les décisions collégiales prises jusqu'ici n'ont pas été audacieuses, mais c'est une condition minime essentielle à maintenir pour rendre propice l'audace judiciaire à terme.

Enfin, dans le cadre d'une action de plaidoyer dirigé vers les magistrats, il est essentiel de leur rappeler que le droit international est un outil essentiel qui est à leur disposition pour faire preuve d'activisme judiciaire en matière environnementale. En effet, en utilisant ce droit et ses spécificités, et en s'inspirant de la pratique des juridictions internes étrangères, le juge français peut trouver là une source conséquente d'inspiration pour motiver richement des décisions en faveur de l'environnement.

Ce dernier point nous semble particulièrement important et c'est la raison pour laquelle il fait l'objet de notre dernier point de développement.

¹⁵¹ Voir not. : Focus2023, « Les français.es et le climat en amont de la COP26 », 27 octobre 2021 ; Focus2030, « Les français.es veulent plus d'efforts du gouvernement pour lutter contre le changement climatique », 22 octobre 2021 ; Libération, « Le réchauffement climatique, un enjeu prioritaire pour 47% des Français interrogés », 5 février 2022.

¹⁵² OCDE, « Perspectives Économiques de l'OCDE – Note pays : Pays-Bas », novembre 2022 [[Lien](#), consulté le 17 avril 2023].

III. Sensibiliser le juge au droit international

C'est un présupposé connu du monde universitaire et professionnel qui nous a été confirmé par plusieurs des intervenants avec qui nous avons la chance d'échanger : les magistrats ne sont pas assez familiers avec le droit international, ses outils, son application, son intérêt.

Or, dans le cadre de ces contentieux qui impliquent des problématiques transnationales, qui sont fondés sur une loi s'inspirant de textes internationaux, et qui voient les parties mobiliser le droit international dans leurs argumentaires et fonder une partie de leur plaidoirie dessus¹⁵³, le magistrat français a tout intérêt à renforcer sa connaissance en la matière, aussi bien pour se saisir des textes invoqués (A.) que pour étudier la pratique des autres juridictions internes ou internationales face aux contentieux climatiques (B.).

A. Le juge français peut et doit se saisir du droit international

Nous affirmons qu'il est nécessaire d'insister auprès des juges sur la perméabilité qui existe, et qui leur appartient de faire exister, entre le droit international et les contentieux internes.

À cette fin, il convient de déconstruire l'argumentaire relatif aux théories juridiques que sont le monisme et le dualisme qui seraient des obstacles à l'application du droit international dans le système interne français. Si l'on s'intéresse à la théorie juridique, la France serait à l'origine, au moins depuis la Vème République et l'article 55 de la Constitution de 1958, un État moniste, *i.e.* un État dans lequel les traités s'appliquent directement, sans avoir besoin de transposition¹⁵⁴. Cela s'oppose au dualisme, théorie qui implique que l'ordre interne et international sont séparés, distincts, et que les normes de chacun de ces ordres n'ont de valeur dans l'autre ordre que celle que ledit ordre veut bien lui accorder¹⁵⁵.

¹⁵³ Voir par ex. : l'assignation devant le tribunal judiciaire de Paris de 2023 à la demande de Notre Affaire à tous, Les Amis de la Terre France et Oxfam France (avocats : Me François de CAMBIAIRE et Me Sébastien MABILE) et ayant pour destinataire la société BNP Paribas S.A. [[Lien vers l'assignation](#)] [ci-après « L'assignation BNP »] ; L'assignation devant le tribunal judiciaire de Nanterre de 2020 à la demande notamment de Notre Affaire à tous et SHERPA (avocats Me François de CAMBIAIRE et Me Sébastien MABILE) et ayant pour destinataire la société TOTAL S.A. [[Lien vers l'assignation](#)] (ci-après « L'assignation TOTAL »).

¹⁵⁴ Pfersmann O., « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 18, dossier : Constitution et Europe, Juillet 2005 [[Lien vers l'article](#), consulté le 12 mars 2023].

¹⁵⁵ Dhommeaux J., « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'Homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1995, pp. 447-468.

Cependant, comme le souligne une partie de la doctrine, la pratique est plus nuancée et aucune de ces théories ne s'appliquent à l'état pur¹⁵⁶. À cet égard, on peut notamment penser à Saida El Boudouhi qui distingue le dualisme et le monisme formel et matériel : il y a ce que la forme juridique et les textes de l'État prévoient originellement et comment la pratique et les institutions judiciaires ont évolués et appréhendent le droit international au sein de leur ordre¹⁵⁷. À titre d'illustration, selon elle, au regard de la pratique, le Royaume-Uni serait un État formellement dualiste mais matériellement moniste, car une fois que le texte international est retranscrit dans la loi le juge britannique va se servir de tous les ressorts qu'offre le droit international, et la France serait au contraire un État formellement moniste mais matériellement dualiste car le juge français demeure hésitant par exemple sur les règles d'interprétation des traités ou encore conservateur sur les critères de l'application de l'effet direct.

Pour pousser plus loin cette réflexion, la diversité des points de vue sur ces théories révèle que ces théories ne sont plus pertinentes pour décrire la pratique. Or, pour appréhender cela autrement, il n'y a pas encore de théorie qui permette d'expliquer la pratique de manière certaine et cohérente.

Par conséquent, face à ce vide théorique, il existe une grande liberté laissée au juge, à son appréciation, à son interprétation, concernant la place à donner au droit international dans les contentieux internes. De plus, l'étude de la pratique du juge interne français vis-à-vis du droit international semble confirmer le renforcement du rôle du juge interne comme véritable acteur du droit international. Voici quelques exemples permettant d'appuyer ce point :

- Les arrêts *Jacques Vabre*¹⁵⁸ et *Nicolo*¹⁵⁹ : ces arrêts célèbres rendus respectivement par la Cour de cassation et le Conseil d'État mettent en lumière le fait que les juges redéfinissent constamment leur habilitation à juger vis-à-vis des normes internationales. En l'espèce, dans ces deux arrêts, les plus hautes juridictions judiciaire et administrative se sont estimées habilitées à vérifier si une loi peut être conforme à un traité, alors même qu'elles se déniaient un tel pouvoir jusqu'alors.
- Chambre civile, 10 décembre 1995¹⁶⁰ ; CE, *GISTI*, 1990¹⁶¹ ; CEDH, *Chevrol*, 2013¹⁶² : ces arrêts permettent de mettre en lumière le renforcement de l'indépendance du juge dans son interprétation du droit international. En effet, ces arrêts ont acté le fait que le

¹⁵⁶ Dhommeaux J., « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 450.

¹⁵⁷ El Boudouhi S., « Le juge interne, juge de droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne », *Revue française de droit administratif*, 2014, pp. 371.

¹⁵⁸ Cour de Cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, 73-13.556.

¹⁵⁹ Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, *Nicolo*, 108243.

¹⁶⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 19 décembre 1995, 94-10.478, Publié au bulletin ;

¹⁶¹ Conseil d'État, Assemblée, 29 juin 1990, *GISTI*, 78519, Publié au recueil Lebon.

¹⁶² CEDH, 3 février 2003, *Chevrol contre France*, req. N°49636.

juge français, judiciaire comme administratif, n'est plus dépendant de l'interprétation du Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères dans l'action d'interpréter le droit international, notamment quand il s'agit d'interpréter des traités.

- CEDH, H.F. c. France, 2022¹⁶³ : Cet arrêt de la CEDH est particulièrement intéressant selon nous car il permet de souligner le fait que le juge français ne peut pas se cacher impunément derrière le pouvoir politique. En l'espèce, le juge français avait refusé de juger les actions de la France en invoquant la théorie de l'acte de gouvernement. Les contrôles internationaux forcent les juges internes à faire face à leur responsabilité et à se détacher du poids politiques que peuvent impliquer leurs décisions. À cet égard, cela est dans la continuité du point que nous avons développé au point juste au-dessus. Ce qu'il faut retirer ici est que le juge interne français, dont la censure postérieure peut être un frein dans la rédaction de ses décisions, doit se voir conforter dans ses compétences en ce que le juge international, dont le contrôle intervient postérieurement à celui des juridictions internes les plus hautes, lui confirme que faire l'inverse est susceptible de déboucher sur une condamnation.

En somme, ces exemples permettent de mettre en avant la liberté appartenant au juge interne concernant l'application du droit international dans l'ordre et surtout la liberté qu'il doit avoir par rapport aux conséquences politiques que peuvent avoir ces décisions. Cela n'est d'autant pas anodin dans un système juridique français dont le caractère indépendant est souvent critiqué¹⁶⁴.

Cette liberté est d'autant plus renforcée que les parties utilisent abondamment le droit international, aussi bien les arrêts des juridictions internes et internationales que les conventions internationales pertinentes¹⁶⁵, et que, conformément aux règles du procès civil, cela permet ainsi au juge de s'en saisir.

Par conséquent, il convient d'insister auprès des magistrats sur la libre application qui doit être la leur des différents textes et arrêts internationaux invoqués par les parties lors des contentieux auxquels ils font face. Dans l'optique d'une application favorable aux intérêts climatiques, il est intéressant de s'inspirer de la pratique des juridictions internes des autres États ainsi que des juridictions internationales.

¹⁶³ CEDH, gr. Ch., 14 septembre 2022, n° 24384/19, n° 44234/20.

¹⁶⁴ Voir par exemple : <https://transparency-france.org/actu/independance-justice-pour-une-reforme-ambitieuse/#.ZChTuXZBw2w>

¹⁶⁵ Voir par ex. : L'assignation BNP, *op cit.* ; L'assignation TOTAL, *op. cit.* Par exemple, L'assignation BNP comprend, entre autres, les arrêts *Milieudéfensie*, *Urgenda* et *ASBL Klimaatzaak* qui sont présentés ci-dessous.

B. S'inspirer de la pratique internationale

Étant donné l'existence des liens et des influences à caractère international, et étant donné l'accroissement de ces contentieux impliquant des enjeux internationaux, il est pertinent d'étudier la pratique internationale en la matière, aussi bien au niveau des juridictions internes (1.) qu'internationales (2.)

1. *Des juridictions internes ambitieuses et audacieuses*

Dans l'objectif de mettre en avant des juges internes d'autres États qui ont usé de techniques et d'outils juridiques ambitieuses voire complètement novatrices pour condamner des États, voire des entreprises, notamment sur le terrain du contentieux climatiques, nous avons décidé de mettre en avant la pratique des États suivants : les Pays-Bas, la Belgique et la Colombie.

i. **Les Pays-Bas : un juge interne « activiste »**

Dans le cadre d'une étude de la pratique des juridictions internes des autres États favorables aux intérêts climatiques, les Pays-Bas constituent un État incontournable. Deux arrêts permettent de l'illustrer parfaitement.

Le premier de ces arrêts est l'arrêt *Urgenda* rendu par la Cour Suprême des Pays-Bas le 20 décembre 2019. Deux éléments sont principalement à mettre en lumière.

1/ Tout d'abord, au lieu d'aller directement chercher la condamnation sur le fondement de textes climatiques internationaux dont la portée et l'autorité peuvent être sujet à critique, le juge néerlandais se réfugie derrière la CEDH, dont l'application et l'autorité est bien établie, pour affirmer que l'inaction de l'État porte atteinte aux droits humains. Cette technique consistant à recadrer le contentieux climatique sur le terrain des droits de l'Homme est intéressant car les obligations des entreprises vis-à-vis des droits de l'Homme sont mieux définis et moins sujette à débat que celles leur incombant au niveau environnemental. Ainsi, cela permet de créer une perméabilité entre les différences obligations imposées par la loi devoir de vigilance du 27 mars 2017. En effet, une conséquence de cette argumentation est qu'il serait possible théoriquement pour le juge de se réfugier derrière le contentieux des droits de l'Homme pour prendre une

décision audacieuse sur le terrain de l'environnement. Cela a notamment été le cas dans un autre arrêt rendu par le juge néerlandais que l'on abordera ci-dessous.

2/ Ensuite, le juge néerlandais a fait preuve d'une audace, voire d'un véritable activisme, en se fondant sur les rapports du GIEC pour connaître la substance des engagements de l'État alors même que ce n'est pas un traité, ni une résolution, mais un rapport d'expert, donc pas une source du droit international. Quand bien même tous les juges ne s'accordent pas sur le bien-fondé et l'utilisation de cette technique¹⁶⁶, par un processus de fertilisation croisée, le juge français pourrait se fonder sur cette décision pour lui aussi être ambitieux dans l'utilisation des outils techniques à sa disposition.

Le deuxième de ces arrêts est l'arrêt *Milieudefensie c. Shell*, aussi connu sous l'intitulé « arrêt Shell », rendu par le tribunal d'arrondissement de la Haye le 26 mai 2021. Cet arrêt est célèbre en raison du fait que le tribunal a conclu que, étant donné que les entreprises doivent respecter les DH, ces dernières ont pour obligation d'adopter des mesures de réduction des émissions pour éviter violations DH, et ces obligations valent pour l'ensemble de la chaîne de valeur. De plus, ici encore, le tribunal se fonde sur le rapport du GIEC pour fixer les objectifs de réduction incombant à Shell.

Cet arrêt doit constituer une inspiration majeure pour le juge interne français dans l'application des lois relatifs au devoir de vigilance et préjudice écologique. En effet, trois apports sont intéressants dans cette optique de « fertilisation croisée » :

1/ Le juge néerlandais a condamné une entreprise à respecter des obligations environnementales sur le fondement des droits de l'Homme.

2/ Le juge s'est de nouveau fondé sur les rapports du GIEC, donc pas une source de droit international, pour fixer des objectifs chiffrés de réduction des GES.

3/ Le tribunal s'est fondé non pas sur la CEDH ou sur le PIDCP, mais sur les principes de Ruggie, texte écrit en 2011 par celui qui était alors le rapporteur spécial du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU en charge de la question des droits de l'Homme et des entreprises. Ces principes ont été adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'Homme. C'est donc de la

¹⁶⁶ Cf. Tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, 17 juin 2021, *ASBL Klimaatzaak* : le juge belge refuse explicitement de se fonder sur rapport GIEC.

soft law, mais le tribunal a affirmé que c'était de la *soft law* qui fait autorité, ce qui est ambitieux de la part du juge néerlandais.

Ce dernier point permet de souligner le fait que le juge interne peut décider de ce qui fait autorité au sein de son cadre juridique, il peut décider de donner une valeur obligatoire à un texte théoriquement non contraignant. À cet égard, on peut notamment penser à l'Espagne dont la Cour Suprême a décidé de reconnaître un effet obligatoire aux décisions du comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes alors même que ces décisions relèvent par principe de la *soft law*¹⁶⁷.

S'inspirer de cet arrêt présente deux intérêts. Tout d'abord, cet arrêt permet de constater une application des raisonnements et les techniques juridiques utilisés que nous avons présenté jusqu'ici. Ensuite, et surtout, cet arrêt pourrait être utilisé pour permettre de légitimer une possible future décision du juge français condamnant les entreprises sur des fondements similaires. En effet, le juge néerlandais offre indirectement l'opportunité aux autres juges nationaux de rendre des arrêts similaires. En renvoyant à cet arrêt et en s'appuyant sur des textes interprétés d'une façon large en faveur de l'environnement, les arrêts du juges nationaux seront plus à même d'être acceptés, ou *a minima* moins sujets aux critiques, et donc aux pressions que pourraient ressentir un juge au moment de rendre une telle décision.

ii. La Belgique : le cas d'un État inspiré dans la mesure par le juge néerlandais

Avec l'arrêt *ASBL Klimaatzaak* rendu le 17 juin 2021, le tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles a agi, sur le plan des techniques juridiques, d'une manière qui doit faire office de source d'inspiration pour le juge français dans l'objectif de prendre des décisions ambitieuses en matière climatique, sans nécessairement aller aussi loin que le juge néerlandais dans la novation et l'audace juridique.

En effet, lors de cette décision, le juge belge s'est fondé sur la décision *Urgenda* susmentionnée pour également condamner son État en se fondant sur le fait qu'il existe une obligation positive d'adopter des mesures nécessaires pour lutter contre les changements climatiques car, à défaut, cela porte atteinte aux articles 2 et 8 de la CEDH. Toutefois, le juge belge se distingue du

¹⁶⁷ Cour Suprême d'Espagne, *Ángela González Carreño*, décision 1263/2018.

néerlandais car il refuse explicitement de se fonder sur le rapport du GIEC car il affirme que ce n'est pas une source de droit international. À la place, il se fonde sur le Protocole de Kyoto et les règlements européens pertinents en la matière pour servir son raisonnement juridique.

Comme nous l'affirmions précédemment, on voit l'inspiration mesurée mais concrète que les juges nationaux peuvent tirer du juge interne néerlandais. En conséquence, il appartient au juge français de faire de même avec la décision *Shell* en se fondant sur les lois de 2016¹⁶⁸ et 2017¹⁶⁹, ainsi que sur les textes internationaux pertinents.

iii. Le juge colombien : un activisme certain à l'influence encore incertaine

Avant même le juge néerlandais et l'arrêt *Urgenda*, le juge colombien avait déjà fait preuve d'un activisme judiciaire certain.

Dans l'arrêt *25 jeunes c. Colombie* rendu le 5 avril 2018 par la Cour Suprême de Colombie, il était question de requérants contestant l'inaction des gouvernements locaux de Colombie face à la déforestation. *In fine*, le juge colombien a affirmé que la Colombie violait les droits fondamentaux des générations futures et a fait en conséquence une injonction pour que les gouvernements adoptent des plans contre la déforestation.

Là où le juge colombien se distingue particulièrement, c'est dans le raisonnement juridique qu'il a utilisé. En effet, pour arriver à cette conclusion, le juge colombien a reconnu les éléments suivants :

- Il a reconnu les droits fondamentaux des générations futures
- Il a reconnu que l'Amazonie est un sujet de droit
- Surtout, il a proclamé l'existence d'un Ordre Public écologique mondial qui serait fondé notamment sur :
 - Le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels
 - Les Déclarations de Stockholm et de Rio
 - Les conventions de droit international humanitaire qui protègent l'environnement

¹⁶⁸ L. n°2016-1087.

¹⁶⁹ L. n°2017-399.

- L'Accord de Paris, à qui le juge donne le statut d'accord contraignant.

Si l'ambition et l'« activisme » du juge colombien est similaire à celui du juge néerlandais, contrairement à ce dernier, il n'a pas encore été mobilisé par d'autres juges et il n'est donc pas encore possible de mesurer l'influence de cet arrêt, ni même de véritablement conseiller sur son utilisation.

Toutefois, on percevra sans doute bientôt son influence car il existe un recours pendant contre la cour péruvienne qui reprend cet arrêt. L'utilisation de cet arrêt par un autre juge interne, s'il se révèle être en accord avec le juge colombien, pourrait avoir, *via* la fertilisation croisée, des conséquences outre-Atlantique.

2. *Des juges internationaux dans une dynamique comparable*

Au-delà des juges internes, les juges internationaux ont également pu faire preuve d'activisme judiciaire, ou au moins d'audace, dans leur appréciation du droit vis-à-vis des enjeux climatiques, et ceci dans différentes parties du monde.

Systeme interaméricain : la Commission interaméricaine des droits de l'Homme a rendu un avis faisant date le 15 novembre 2017¹⁷⁰. Dans cet avis, l'un des organes principaux de l'Organisation des États Américains a fait preuve d'activisme juridique en reconnaissant trois éléments qui faisaient débat et étaient sujet à controverses :

- La Commission a affirmé que tous les droits de l'Homme pouvaient être affectés par les dommages environnementaux.
- La Commission s'est prononcée sur l'extraterritorialité, sujet délicat en droit de l'Homme et *a fortiori* en droit de l'environnement, en reconnaissant que l'État à l'origine de dommages environnementaux à l'extérieur de ses frontières exerce sa juridiction sur les personnes affectées, s'il existe un lien de causalité entre l'acte qui trouve son origine sur son territoire et la violation des droits de l'Homme en dehors de son territoire.
- En conséquence, la Commission a conclu que les États Parties à la Convention interaméricaine des droits de l'Homme ont l'obligation de prévenir les dommages

¹⁷⁰ CIADH, avis OC-23/17, 15 novembre 2017, Environnements et DH.

environnementaux transfrontières qui pourraient affecter les droits de l'Homme des personnes situées en dehors de leurs territoires.

Système européen : du côté de l'Europe, si la CEDH s'est également saisie des questions environnementales sous le prisme des droits de l'Homme¹⁷¹, la situation est toutefois un peu moins développée, un peu certaine, car beaucoup d'affaires sont pendantes.

L'affaire pendante la plus attendue est sans doute celle de *Duarte Agostinho*¹⁷². Dans cette affaire, les requérants estiment que les changements climatiques causent des incendies importants et que cela porte atteinte à leurs droits de l'Homme. En conséquence, ils ont attiré 33 États devant la CEDH pour que cette dernière constate leur responsabilité dans ces dommages environnementaux, posant ainsi au niveau de l'Europe la question de l'extraterritorialité. Les questions sont nombreuses et importantes dans cette affaire, et c'est pour cela que la Grande Chambre a été saisie directement. Parmi les questions en suspens, la plus importante est celle de savoir si la CEDH va confirmer le mouvement tendant vers la protection des intérêts environnementaux et, ainsi, suivre l'avis de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme.

En somme, l'intérêt de cette partie était non seulement de faire tomber les obstacles théoriques à l'utilisation du droit international et aussi et surtout de mettre en lumière qu'il existe un mouvement tendant à l'« activisme » judiciaire et à l'audace juridique, dans les techniques et outils utilisés par les juges, afin de mieux prendre en compte les spécificités des contentieux climatiques et de condamner les personnes portant atteinte à l'environnement à travers leurs actions ou leur inaction, et ceci aussi bien au niveau interne qu'international.

Il appartient dorénavant au juge français de se saisir de cette dynamique, de ce cadre, et de s'inspirer de ses homologues étrangers pour utiliser au mieux les outils à sa disposition pour appliquer concrètement et efficacement les lois de 2016 et 2017 aux entreprises multinationales qu'il sera amené à juger.

¹⁷¹ Voir par exemple : CEDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, requête n° 16798/90 ; CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002, requête n° 48939/99.

¹⁷² CEDH, *Duarte Agostinho et al. C. Portugal et 32 autres États*.

Bibliographie :

I. DOCTRINE

- BERTHELET P., « L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité, et de justice. Partie 2 », *Cultures & Conflits*, 46, 2022.
- CLERC C., « Devoir de vigilance : la compliance, de l'incomplétude à l'exonomie », *Revue de droit du travail*, juin 2022, p. 357.
- DANIS-FATÔME. A., VINEY. G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1611.
- DECKERT K., « La nouvelle obligation de diligence raisonnable des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement mondiales en Allemagne », *Lettre CREDA-sociétés*, 9 septembre 2021.
- DELEBECQUE P., « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2711.
- DELMAS B., « De la vigilance à la compliance ? », *Bulletin Joly Travail*, n° 4, 1 avril 2023, p.6.
- GRABOSCH R., « La loi allemande sur le devoir de vigilance », *Friedrich Ebert Stiftung*, janvier 2022, p.2.
- HÉLAINE C., « Devoir de vigilance : irrecevabilité des demandes des associations contre Total », *Dalloz actualité*, 7 mars 2023.
- HUGLO C., « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », *AJDA*, 2013, p. 667.
- ILCHEVA A.-M., « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », *Dalloz Actualité*, 13 avril 2023.
- LECOURT. B., « Prospective de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Revue des sociétés*, mai 2012, p. 312.
- MONTAS A., ROUSSEL G., « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika* », *AJ pénal*, 2012, p. 574.
- MOTET G., « Le concept de risque et son évolution », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement* 2010/1, n°57, pp. 32-37

- NEYRET L., « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2673.
- PARANCE B., « L’ambition européenne d’un devoir de vigilance, une belle avancée !
- . – Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 15, 14 avril 2022, 1153, p. 24.
- RADISSON L., « Droit pénal de l’environnement : on a une immense marge de progression », *Actu environnement*, 16 décembre 2022.
- ROBERT J.-H. ; « L’épave de l’Erika est juridiquement stabilisée », *Revue des sociétés*, 2013, p. 110.
- TRÉBULLE F.-G., « Droit de l’environnement », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2557.

II. TEXTES

- LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (1), JORF n°0184 du 9 août 2016.
- LOI n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre (1), JORF n°0074 du 28 mars 2017.
- LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée (1), JORF n°0312 du 26 décembre 2020.
- LOI n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (1), JORF n°0196 du 24 août 2021.
- LOI n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire (1), JORF n°0298 du 23 décembre 2021.

III. RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

- Commissariat général au développement durable, *Modes de vie et pratiques environnementales des français*, Ministère de la transition écologique et solidaire, avril 2018.
- BOMMIER S. et CHATELAIN L., *Rapport méthodologique du Radar du devoir de vigilance*, SHERPA et le CCFD-Terre Solidaire, juin 2019.

- RENAUD J., ELLUIN A., GAGNIER S, QUAIREL F., BURLET C., BOMMIER S, AJALTOUNI N., *Rapport sur la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, Les Amis de la Terre et autres, 2019.
- Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, janvier 2020.
- BOMMIER S., CHATELAIN L. et LOYER C., *Rapport du radar du devoir de vigilance*, Sherpa et le CCFD-Terre Solidaire, 2021.
- Assemblée nationale, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, 24 février 2022.
- Conseil de l'Europe, *Systèmes judiciaires européens, Rapport d'évaluation de la CEPEJ*, Septembre 2022.

IV. JURISPRUDENCE

A. TRIBUNAUX FRANÇAIS

- Cour d'appel de Paris, 30 mars 2010, pôle 4, chambre 11^E des appels correctionnels, dossier n° 08/02278.
- Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, 10-82.938.
- Cour d'appel de Versailles, 3^e ch., 20 décembre 2018, n° 17/00979.
- Tribunal administratif de Paris, 1^e ch., 3 février 2021, n° 1904967, n° 1904968 et autres.
- Tribunal judiciaire de Nanterre, 1^e ch., 11 février 2021, n° 20/00915.
- Cour administrative d'appel de Nantes, 3^e ch., 21 mai 2021, n° 19NT03599.
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 décembre 2021, n° 21-11.882, n° 21-11.957.
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 décembre 2021, n° 21-11.883, n° 21-11.959.
- Tribunal administratif de Nancy, 1^e ch., 3 novembre 2022, n° 2101336.
- Cour d'appel de Versailles, 14^e ch., 1 décembre 2022, n° 22/00643.
- Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53942.
- Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/52943.

B. TRIBUNAUX ETRANGERS

- Cour Suprême de Colombie, *Jeunes v. Colombie*, 5 avril 2018.
- Cour Suprême des Pays-Bas, *Urgenda*, 20 décembre 2019.
- Tribunal d'arrondissement de la Haye, *Milieudéfensie c. Shell*, 26 mai 2021.
- Tribunal de 1^{ère} instance francophone de Bruxelles, *ASBL Klimaatzaak*, 17 juin 2021.

V. **SITES INTERNET**

- Avocats Picovschi, « Affaire Erika : la prise en compte du préjudice écologique », 20 septembre 2021.
- COUSTET T., « La souffrance au travail des juges », *Dalloz actualité*, 18 juin 2019.
- CNN, « At least 123 killed, 1,000 hurt in Bangladesh building collapse », 24 avril 2013.
- Dalloz étudiant, « La reconnaissance législative du préjudice écologique », 20 octobre 2016.
- France Inter, « Les magistrats français surmenés : « un juge trop fatigué, humainement épuisé, c'est dangereux », 3 juin 2019.
- Gide Loyrette Nouel, « Loi sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues par le Premier Vice-Président du Tribunal judiciaire de Paris », 6 mars 2023.
- L'Obs, « Comprendre le naufrage de l'Erika en 8 chiffres », 25 septembre 2012.
- Le Monde, « "Erika" : la Cour de cassation confirme la condamnation de Total », 25 septembre 2012.
- Le Monde, « Pollution plastique : Danone assigné en justice pour non-respect de la loi sur le devoir de vigilance », 9 janvier 2023.
- Le Monde, « L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : « Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout », 23 novembre 2021.
- Les Échos, « Climat : BNP Paribas assigné en justice au titre de la loi sur le devoir de vigilance », 23 février 2023.
- Mediapart, « Total en Ouganda : le profil des experts choisis par la justice française interrogé », 21 octobre 2022.
- MOLINS F., « Droit pénal de l'environnement, quelles pistes pour une mise en place concrète des ambitions affichées ? – Questions à François Molins, procureur général près la Cour de cassation », *Revue Lexbase de droit public*, 699, 16 mars 2023.
- The Conversation, « Procès climatiques : attaquer les multinationales en justice, est-ce vraiment utile ? », 23 mars 2023.