

33

MILIEUDEFENSIE ET AUTRES C. SHELL (2019)Louis DUTHOIT¹

Le contentieux climatique serait une « révolution judiciaire mondiale »². L'Organisation des Nations Unies (ONU) comptait près de 700 « procès climatiques » en 2017³. Aujourd'hui plus de 1 500 actions dites climatiques ont eu lieu ou, auraient cours dans le monde entier⁴. Ce mouvement mondial est la conséquence de la multiplication des preuves scientifiques des causes anthropiques du réchauffement climatique. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), organe intergouvernemental créé en 1988 sous l'égide de l'Organisation Météorologique Mondiale (OMM) et du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement (PNUE), a permis de mettre en évidence que l'origine anthropique des émissions de gaz à effet de serre (GES) avait pour conséquence une hausse globale des températures. Celles-ci auraient augmenté de 1°C par rapport à la période industrielle et pourraient continuer d'augmenter de 0,2°C toutes les décennies si la concentration de dioxyde de carbone (CO₂) dans l'atmosphère continuait sa hausse⁵. Ce réchauffement global des températures bouleverse de façon profonde voire irréversible le système climatique provoquant hausse du niveau des océans, sécheresse, tempêtes, et mégas feux.

Ces événements climatiques ne sont plus hypothétiques. Ils sont actuels et ne cessent de faire la une des quotidiens du monde entier⁶. Face à ce constat, l'Accord de Paris de 2015 vise à contenir « l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels (tout) en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels ». Cet accord définit le régime climatique en vigueur. Sur cette base nouvelle le levier juridique apparaît comme un outil important pour interpeller les acteurs étatiques et infraétatiques à définir une stratégie de baisse des émissions de GES conforme à l'objectif de l'Accord de Paris.

1 Juriste, Notre affaire à tous, Chargé de mission, Fédération des usagers de la bicyclette.

2 En référence à l'ouvrage C. HUGLO, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Paris, Bruylant, Droit (s) et développement durable, 2018.

3 M. TORRE-SHAUB, « Les contentieux climatiques, quelle efficacité en France ? – Analyse des leviers et difficulté », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 5, mai 2019, dossier 17.

4 Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School and Arnold & Porter, [En ligne] climatecasechart.com (consulté le 16 janvier 2020).

5 IPCC 2018, *Global Warming of 1.5°C SPM* p. 6.

6 Voir à ce titre l'impuissance mondiale face aux mégas-feux qui ont sévi en Amazonie et en Australie au cours de l'année 2018, favorisant le rejet de GES dans l'atmosphère, et diminuant les capacités de captation du CO₂ par la biomasse.

Il est possible de constituer une *summa divisio* des contentieux climatiques. La première catégorie rassemble les contentieux à l'encontre des États et mettent en cause l'absence de mesures adéquates et effectives face aux changements climatiques. Ce type de contentieux a débuté en 2007 aux États-Unis à la suite d'un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Massachusetts contre EPA*⁷. Cette dynamique s'est poursuivie au Pakistan (Affaire *Leghari*⁸ qui a constitué pendant longtemps un modèle de contentieux climatique) et en Europe avec l'affaire *Urgenda*. Pour la première fois à l'échelle mondiale, un État s'est vu reconnaître un objectif de lutte contre le changement climatique insuffisant et enjoindre de revoir ses objectifs de diminution de GES à court terme à la hausse alors même que l'Accord de Paris n'était pas encore signé. Cette décision qualifiée d'historique donna un véritable élan au mouvement de justice climatique et inspira d'autres recours comme celui intenté par un collectif d'ONG et de collectivités territoriales françaises à l'appui d'une pétition de plus de deux millions de signatures face à l'État français.

Dans une seconde catégorie, se retrouve l'ensemble des contentieux à l'encontre des acteurs privés. Elle a commencé dans les années 2000 aux États-Unis en réaction aux coûts d'adaptation et aux dommages liés à la montée du niveau de la mer. Différentes collectivités publiques et grandes villes ont assigné en justice des entreprises considérées comme responsables du changement climatique en raison de l'importance de leurs émissions de GES. Ces actions en responsabilité s'appuient sur l'évolution de l'état de la science climatique. Un rapport⁹ dirigé par Richard Heede¹⁰ a permis d'identifier les entreprises multinationales qui contribuent le plus au réchauffement climatique par leur volume important d'émissions de GES. Malgré cela, aucune entreprise multinationale n'a encore vu sa responsabilité reconnue par la jurisprudence¹¹.

Dans les deux cas de figure, le mode de preuve relatif à la constatation d'un dommage consommé ou futur repose sur l'expertise. Auparavant, la plupart des actions en justice reposaient sur les travaux du GIEC. Toutefois ces rapports, ne permettent pas d'établir un lien de causalité entre les émissions d'un acteur privé prises isolément et la hausse globale des températures. Autrement dit, il était impossible de déterminer la part de responsabilité d'une société multinationale dans le réchauffement climatique. « Le rapport Heede parvient à permettre de commencer à résoudre cette difficulté puisqu'il a comme objectif d'identifier les auteurs principaux de l'accélération du réchauffement climatique »¹².

7 Cour Suprême des États-Unis, avril 2007, *Massachusetts c. EPA*, aff. 549 U.S 497. (V. Commentaire dans cet ouvrage de P. ABADIE).

8 Haute Cour Lahore, 4 septembre 2015, *Ashgar Leghari c. Federation of Pakistan*, aff. W.P. 25501/2015.

9 R. HEEDE, *Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions. Methods and Results Report, Snowmass, Climate Mitigation Services*, 2013, p. 27 et s. [En ligne] (dernière consultation le 13 mars 2020) [https://climateaccountability.org/pdf/MRR% 209.1% 20Apr14R.pdf](https://climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf).

10 Richard HEEDE est le cofondateur et codirecteur du *climate accountability institute*. Il a mené des travaux de recherche qui visent à déterminer l'empreinte carbone des multinationales depuis 1750 en agrégeant leurs émissions historiques. La méthodologie de calcul repose sur la prise en compte de l'empreinte directe et indirecte de l'entreprise.

11 L. CANALI, « les contentieux climatiques contre les entreprises: bilan et perspectives » dans C. COURNIL et L. VARISON (dir), *Les procès climatiques entre le national et l'international*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018.

12 C. HUGLO, « L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 8-9, août 2018, dossier 32.

Ce rapport a plusieurs fois été mis en avant dans des contentieux climatiques comme l'illustrent l'affaire *Lliuya c. RWE AG* déclenchée par un agriculteur péruvien¹³, et la pétition à l'initiative de Greenpeace Asie du Sud aux Philippines¹⁴. Il l'est également dans le contentieux qui oppose *Milieudéfensie et autres contre Shell*. Ainsi, depuis 1890 date de création de l'ex Royal Dutch Petroleum Company, Shell¹⁵, la compagnie pétrolière anglo-neerlandaise¹⁶ serait responsable de 1,8 % des émissions historiques de GES¹⁷. La société émettrait encore aujourd'hui 1 % des émissions globales soit deux fois plus que l'État néerlandais dont l'objectif de baisse de ses émissions de 2020 a été définitivement reconnu comme non conforme à l'Accord de Paris dans une décision rendue en décembre 2019, soit postérieurement à l'assignation de Shell par Milieudéfensie. L'entreprise Shell est impliquée dans plusieurs controverses environnementales, fiscales et en matière de droits humains. En 2005, la Cour de justice fédérale nigériane juge que ses activités de torchage sont contraires aux droits constitutionnels à la vie et à la dignité et ordonne son arrêt¹⁸. Selon Amnesty International, Shell serait impliquée dans la répression de manifestations populaires dans les années 1990¹⁹. Depuis 2018, elle est également critiquée pour ses pratiques d'optimisation fiscale aux Pays-Bas.²⁰

Cette action est portée par la fondation Milieudéfensie²¹ soutenue par un collectif de six associations²² de droit néerlandais et 17 379 citoyens. Cette fondation créée en 1971 concomitamment avec la publication du rapport Meadows. Elle est à la base du mouvement pour la défense de l'environnement au Pays-Bas. Elle mène depuis 2013 aux côtés de 4 fermiers nigériens une action en justice contre Shell en raison d'une pollution aux hydrocarbures du delta de Niger²³. Elle a également mené une campagne de plaidoyer contre l'extraction des gaz de schiste qui a conduit à son interdiction en 2015²⁴. Elle fait suite à une interpellation de Shell par *Milieudéfensie* le 4 avril 2018 sur l'inadéquation de sa stratégie climat avec l'Accord de Paris. Le 28 mai 2018, Shell indique à Milieudéfensie qu'elle ne répondra pas à sa lettre au motif que ses arguments sont injustifiés. Le 5 avril 2019, Milieudéfensie assigne Shell devant le tribunal de La Haye, le même juge qui a reconnu en première instance que la stratégie climat de l'État néerlandais était incompatible avec l'objectif de l'Accord de Paris²⁵. Selon les demandeurs, Shell méconnaîtrait son devoir de vigilance en refusant d'établir une stratégie de baisse de ses émissions de GES conforme à l'objectif de l'Accord de Paris. Le modèle économique

13 Cour de district d'Essen, 15 décembre 2016, *Lliuya v RWE AG*, 14/0354Z/R/rv. V. Commentaire dans cet ouvrage de F. GIANSETTO.

14 Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, *Petition to Commission on Human Rights of the Philippines*, « Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change », 22 sept. 2015. V. Commentaire dans cet ouvrage de M. DENIS.

15 On utilisera par commodité dans ce chapitre l'appellation de Shell pour Royal Dutch Shell Group.

16 La Royal Dutch Shell Group est issue de la fusion entre la société néerlandaise Royal Dutch Petroleum Company et la société britannique Shell Transport and Trading Company Limited. Selon le classement Forbes Global 2000 de 2019, Shell serait la 9^e entreprise la plus importante au monde. Elle avait en 2018 un chiffre d'affaire de 388 milliards de dollars.

17 HEEDE R., « Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers » 18542010, 2014, p. 234.

18 Cour fédérale nigériane, 14 novembre 2005, *Gbemre c. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and Others* FHC/B/CS/53/05.

19 V. [en ligne] (consulté le 10 mars 2020) <https://www.amnesty.fr/responsabilite-des-entreprises/actualites/shell-nigeria>.

20 V. [en ligne] (consulté le 10 mars 2020) https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/12/02/pour-shell-aux-pays-bas-13-milliards-d-euros-de-benefices-et-zero-impot_5391565_3234.html.

21 Milieudéfensie est membre des Amis de la Terre International.

22 On utilisera par commodité dans ce commentaire la mention unique de Milieudéfensie pour désigner les requérants de l'affaire.

23 V. [en ligne] (consulté le 11 mars 2020) <https://en.milieudéfensie.nl/shell-in-nigeria/milieudéfensie-lawsuit-against-shell-nigeria>.

24 *Milieudéfensie et autres*, 5 avril 2019, assignation, §140.

25 Tribunal de district de La Haye, 24 juin 2015, ECLI: NL: RBDHA: 2015: 71454.

de Shell reposant sur l'extraction et la production de pétrole porterait atteinte aux droits humains et à l'environnement. Leur argumentation s'appuie sur la décision rendue par la Cour d'appel qui reconnut que l'État néerlandais méconnaissait son devoir de vigilance en ayant abaissé son objectif de diminution d'émission de CO₂ en 2020²⁶. Milieudefensie demande à ce juge d'enjoindre Shell de baisser ses émissions nettes de 45 % d'ici 2030 et de 72 % d'ici 2040 et de 100 %²⁷ d'ici 2050 par rapport au niveau d'émissions de 2010. Cette action est novatrice et stratégique puisqu'elle vise non pas à rechercher la responsabilité d'une entreprise multinationale, mais à prévenir les risques du changement climatique, contournant ainsi les obstacles consubstantiels aux actions en responsabilité climatique²⁸.

En envoyant son mémoire en défense le 13 novembre 2019, Shell réfute l'argumentation de Milieudefensie. N'exerçant aucun contrôle sur l'usage de ses produits, Shell considère que le scope 3 (V. *Infra*) de son bilan carbone ne doit pas être pris en compte par le juge. Ses émissions de GES ne seraient donc que peu significatives. Elle estime également prendre les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif de l'Accord de Paris. Après cet échange d'écritures, est attendue la décision du tribunal de La Haye.

Ce présent chapitre reviendra sur les différents arguments des deux parties présents dans l'assignation de Milieudefensie et le mémoire en défense de Shell. Le recours de Milieudefensie vise à prévenir les risques d'atteintes graves et irréversibles aux droits humains et à l'environnement. Il repose sur un certain opportunisme juridique en s'appuyant sur la décision historique dans l'affaire *Urgenda* pour rendre opposable à un acteur privé l'Accord de Paris. Un des enjeux de ce recours stratégique est de déterminer si le raisonnement retenu par la Cour d'appel de La Haye sur le devoir de vigilance de l'État néerlandais s'applique à un acteur privé (I). Un second point essentiel de ce recours est d'établir si les émissions de scope 3 de Shell doivent être incorporées au bilan carbone de l'entreprise (II). Ce contentieux pose enfin la question de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) à un acteur privé (III)

I. Sur la violation du *duty of care*

La question de savoir si la société Shell peut être tenue responsable d'avoir violé son *duty of care* doit être analysée au regard d'un certain nombre de critères. La jurisprudence britannique²⁹ a établi trois principes déclencheurs d'un *duty of care*. Le concept de prévisibilité pose la question de savoir si les dommages subis étaient le fait de conséquences objectivement prévisibles. Cette prévisibilité s'apprécie de manière objective selon le standard de comportement de la « personne raisonnable ». Le principe de proximité concerne l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre le défenseur et la victime. Enfin le caractère juste et raisonnable constitue une sorte de grille d'analyse des deux

26 Cour d'appel de La Hague, 9 octobre 2018, ECLI: NL: GHDHA: 2018: 2591.

27 L'objectif de 100 % de baisse des émissions nettes est aussi appelé neutralité carbone. Il correspond à un état d'équilibre entre les gaz émis par un acteur, et les émissions extraites ou négatives par des mesures de compensations.

28 V. dans CANALI L., *ibid.*

29 House of the Lords, 1990, *Caparo Industries Plc v Dickman*, 2 AC 605.

précédents : plus les conséquences étaient prévisibles, plus les personnes étaient proches, plus le caractère juste et raisonnable sera reconnu³⁰. Ces trois principes définissent la nature de ce qu'est généralement perçu comme un comportement raisonnable. Cette notion est proche de ce que pouvait être celle de « bon père de famille » en droit français³¹. Cela signifie que la conduite du défendeur est comparée à la conduite normale d'une personne au comportement raisonnable. Lorsque le comportement du défendeur ne correspond pas à cette norme de comportement raisonnable, une faute de négligence peut être établie.

Dans l'arrêt *kelderluik*³², la jurisprudence néerlandaise a précisé les critères définissant le contenu d'un comportement raisonnable. Il s'agit en quelque sorte d'un ensemble de faisceaux d'indices permettant de caractériser une mise en danger illégale. Ces critères ont été utilisés par la Cour du district La Haye³³ pour caractériser la négligence de l'État néerlandais et la mise en danger illégale des intérêts de la fondation *Urgenda*. Cette décision a été confirmée en appel puis par la Cour Suprême néerlandaise³⁴. L'ONG Milieudéfensie utilise les critères adaptés au changement climatique établis par la Cour d'appel de la Haye pour caractériser la mise en danger illégale de la société Shell envers ses propres intérêts et ceux des citoyens néerlandais. Les critères sont les suivants :

- (i) la nature et l'ampleur des dommages causés par le changement climatique
- (ii) la connaissance et la prévisibilité de ce dommage
- (iii) la probabilité que des changements climatiques dangereux se manifestent
- (iv) la nature du comportement (ou des omissions) de l'État et
- (v) l'inconvénient des mesures de précaution à prendre ;

Pour établir les critères (i) et (iii), l'ONG Milieudéfensie utilise l'état d'avancement des sciences climatiques. Au-delà des atteintes globales, généralisées, voire irréversibles à l'environnement et aux conséquences sur l'économie mondiale, les demandeurs démontrent que leurs propres intérêts en tant que citoyens néerlandais sont en jeu. À titre d'exemple, ils soulignent qu'à partir d'une élévation du niveau de la mer supérieure de 1 à 2 mètres, les mesures traditionnelles (digues, pompes...) de lutte contre la submersion ne suffiront plus³⁵. Les citoyens néerlandais seront par conséquent exposés à des migrations climatiques. Par cet argumentaire, est mis en avant le lien de proximité entre les actions et omissions de la société Shell et les demandeurs.

Concernant le critère (iii), Milieudéfensie démontre que Shell connaissait les conséquences du changement climatique sur l'environnement et les individus depuis les années 1980. Dans un rapport interne de 1988, Shell indique que les conséquences du réchauffement climatique seraient d'une telle importance que certaines parties du monde pourraient devenir inhabitables. Ce rapport reconnaît

30 B. PARANCE, E. GROULX, V. CHATELIN, « Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, janvier 2018, doct. 2, p. 9-10.

31 R. H. J. COX, « The Liability of European states for climate change », *Journal of Planning & Environment Law*, 2014, p. 4.

32 Cour Suprême des Pays-Bas, 5 novembre 1965, the Kelderluik ruling, ECLI: NL: HR: 1965: AB7079.

33 V. Commentaire dans cet ouvrage.

34 Cour Suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, ECLI: NL: HR: 2019: 2007.

35 Haasnoot, Deltares 2018, *Mogelijke gevolgen van versnelde zeespiegelstijging voor het Deltaprogramma – een verkenning*, p. 4.

également que face à la gravité de conséquences potentiellement irréversibles, il est urgent de prendre des mesures visant à « stabiliser la situation »³⁶. Par ailleurs, Shell disposait d'une connaissance précise de sa contribution au réchauffement climatique. En 2002, elle reconnaît émettre 3,6 % de l'ensemble des émissions de GES causées par la production et la consommation d'hydrocarbures³⁷. Dès 1998, Shell reconnaît dans un document intitulé « Climate change, what does Shell think and do about it »³⁸ l'objectif de limitation des températures à 2°C en mentionnant le scénario 450 ppm. Ce document précise que Shell « doit jouer sa part dans les mesures de précaution nécessaires pour limiter les émissions de GES que ce soit pour ses propres opérations ou en aidant les consommateurs pour faire la même chose »³⁹. Selon Milieudefensie, Shell avait dès 2007 correctement identifié le risque que faisaient peser ses activités sur le système climatique et aurait dû mettre en œuvre des mesures visant à contenir le réchauffement climatique à 2°C. Sa politique de gestion de ses émissions de GES serait par conséquent particulièrement négligente. En droit français, ce comportement se rapproche de la faute de négligence prévue par l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal, étant donné que la société n'a pris aucune mesure de diligence raisonnable alors qu'elle en avait les moyens, le pouvoir et les compétences. En effet plutôt que de définir une stratégie de réduction de ses GES, la société a commencé à investir en 2007 dans des pétroles non conventionnels. Et même en 2009, Shell met fin à ses activités d'énergie renouvelable. Enfin, Milieudefensie considère que Shell a retardé les réglementations concernant la transition énergétique par ses activités de lobby. Milieudefensie considère que ces actions sont contraires à une « norme de comportement raisonnable » et nuisent gravement aux intérêts des individus, de l'environnement et des générations futures. Par cette démonstration, la fondation tente d'établir un lien de proximité entre les activités de Shell et les victimes actuelles et futures du réchauffement climatique.

Concernant la nature du comportement de Shell (critère iv), il convient de déterminer quel est le degré de contrôle de la société sur ces émissions et notamment si les émissions de scope 3 de la société doivent être incorporées à son bilan carbone (V. *infra*).

Le dernier critère (v) fait la synthèse des précédents. Il revient à établir s'il est juste et raisonnable d'imposer au défendeur des mesures contraignantes de prévention des risques d'atteintes aux intérêts des victimes présentes et futures. Pour Milieudefensie, ce critère est également rempli puisque « même s'il est particulièrement contraignant pour Shell de suivre une politique climatique adéquate optimale, l'énormité du danger lié au comportement actuel de ses activités opérationnelles et de la vente de ses produits justifient que doit être mise en œuvre et poursuivie cette politique climatique adéquate »⁴⁰. Milieudefensie s'appuie sur la jurisprudence relative à l'amiante qui établit dans les années 1980 et 1990 que les producteurs d'amiante avaient un devoir de protection envers les employés et les consommateurs, même en l'absence de législation, étant donné qu'ils étaient suffisamment informés

36 Shell, 1988 : *The Greenhouse Effect*, p. 25.

37 Shell, 2004 : *The Shell Report 2004 – Meeting the energy challenge – our progress in contributing to sustainable development* p. 9.

38 Shell, *Climate Change, what does Shell think and do about it*, 1998, [en ligne] (Consulté le 11 mars 2020) <http://www.climatefiles.com/shell/1998-shell-report-think-and-do-about-climate-change/>.

39 *Ibid.*, p. 8-9.

40 *Milieudefensie et autres*, 5 avril 2019, assignation, §620.

de ses dangers et qu'ils existaient des alternatives⁴¹. Il convient de souligner que les contentieux relatifs à l'amiante sont également donnés en exemple dans le recours contre l'État français appelé « Affaire du siècle »⁴². La comparaison entre le cas de l'amiante et le changement climatique semble toutefois contestable face à l'immensité des conséquences sociétales qu'aurait une injonction de baisse stricte des émissions de GES. La défense de Shell met en avant que les mesures à prendre concernant l'amiante étaient bien plus délimitées et faciles à mettre en œuvre.

La défense de Shell s'appuie avant tout sur le moyen selon lequel sa contribution au réchauffement climatique est minime (V. *infra*). Elle soutient également que les mesures demandées par Milieudéfense iraient à l'encontre non seulement de sa compétitivité à l'échelle mondiale, mais aussi de l'ensemble des industries dont la vitalité dépend de produits pétroliers. En procédant ainsi, Shell met en balance la préservation de l'environnement et des droits humains avec des intérêts économiques et sociaux et tente de démontrer en reprenant le dernier critère (v) qu'il serait bien trop coûteux pour elle et pour la société dans son ensemble de donner raison aux demandes de Milieudéfense.

Il convient ici de souligner le caractère inédit et précurseur des moyens soulevés en l'espèce. L'argumentation autour du devoir de vigilance permet d'initier une action en prévention des risques climatiques et non en responsabilité. L'intérêt majeur est de contourner les difficultés consubstantielles des actions en responsabilités dans les contentieux climatiques et principalement celle du lien de causalité. Dans une affaire « Lliuya v RWE AG », même si la Cour d'appel d'Essen a reconnu l'intérêt à agir en réparation d'un paysan péruvien face au géant allemand de l'électricité, la reconnaissance de responsabilité suppose l'établissement d'un lien étroit entre les émissions du défendeur et le dommage de la victime. À défaut de présomption, cette démonstration ne semble possible qu'au prix d'une expertise longue et coûteuse. Dans le cas qui nous préoccupe, il « suffit » d'établir qu'un acteur privé n'a pas pris les mesures requises au regard d'un standard de comportement raisonnable et compte tenu de sa contribution au réchauffement climatique, contribution dont le périmètre reste à définir.

II. La contribution d'un acteur privé au réchauffement climatique

La question du degré de contribution aux émissions de GES mondiales est déterminante pour identifier la part de responsabilité d'un acteur privé aux conséquences liées au réchauffement climatique. Dans le cadre d'un contentieux relatif au devoir de vigilance, le volume d'émission de GES permet de caractériser le degré de proximité avec les victimes (V. *supra*). Depuis la publication du rapport R Heede, les émissions mondiales de GES sont quantifiées et publiées dans un document unique. Les émissions y sont réparties en trois catégories : scope 1, 2 et 3. L'attribution du scope 1 et 2 à un acteur privé ne fait actuellement pas l'objet de contestation sérieuse. Ils correspondent respectivement aux émissions directes résultant de la combustion d'énergie fossile (gaz, pétrole,

41 Cour suprême des Pays-Bas, 2 octobre 1998, *Ervan Cijssouw/De Schelde II*, ECLI: NL: 1998: ZC2721 legal ground 3.5.

42 V. Commentaire dans cet ouvrage.

charbon) et aux émissions indirectes aux consommations d'électricité. L'attribution du scope 3 à un acteur privé est plus problématique. Le Scope 3 se définit comme l'ensemble des autres émissions indirectes (différentes du scope 2) de la chaîne de valeur du périmètre de reporting d'une entreprise⁴³. Il inclut les émissions relatives aux déchets, aux déplacements de collaborateurs, aux immobilisations ou encore à l'usage des produits. Il s'agit généralement du poste le plus important d'émissions de GES. Son attribution est beaucoup plus contestée. À titre d'exemple, dans un autre contentieux où est soulevé le manquement du pétrolier Total SA à son devoir de vigilance climatique⁴⁴, la société ne mentionne que ses émissions de scope 1 et 2 dans son plan de vigilance 2018⁴⁵. Autrement dit, elle considère que seules ses émissions de scope 1 et 2 risquent de porter atteinte aux droits humains et à l'environnement⁴⁶. Toutefois, elle estime ne pas devoir être tenue responsable de ses émissions de scope 3⁴⁷.

Dans l'affaire *Shell*, Milieudefensie considère que les émissions de scope 3, représentant 85 % des émissions totales de Shell, doivent lui être attribuées en raison du contrôle qu'elle exerce sur celles-ci. La partie demanderesse reprend la décision de la Cour d'appel de La Haye selon laquelle c'est en raison du contrôle de l'État néerlandais sur les émissions collectives de l'ensemble des acteurs publics et privés qu'il doit se conformer à une norme de comportement raisonnable. Ainsi l'argument selon lequel l'État ne peut être considéré comme co-responsable d'un danger imminent étant donné que ses émissions sont dues à des acteurs infraétatiques est inopérant. Par un raisonnement analogue, Milieudefensie estime que Shell exerce un contrôle sur ses émissions indirectes : « si la production de pétrole et de gaz augmente, la contribution de Shell au changement climatique fera de même »⁴⁸. En d'autres termes, Shell dispose d'une capacité d'influence majeure sur la transition énergétique due à l'étendue de ses activités à l'échelle mondiale, en investissant dans le secteur des énergies renouvelables ou en arrêtant ses activités de lobbying.

De façon analogue à l'affaire *Total* en France, Shell réfute tout contrôle des émissions de Scope 3. Seuls les consommateurs et fournisseurs en seraient responsables. La défense met en avant que les hydrocarbures sont une ressource stratégique pour la sécurité nationale et que les activités de Shell répondent à une demande mondiale. Par ailleurs, seule la holding du groupe Shell est assignée devant le tribunal de La Haye. Les émissions de ses filiales ne peuvent être prises en compte dans le contentieux qui l'oppose à Milieudefensie. Selon la défense : « après tout, Shell (*Holding*) ne produit aucun produit énergétique. Par conséquent les émissions contrôlées sont proches de zéro »⁴⁹.

43 Greenhouse Gas Protocol, FAQ, [En ligne] https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards_supporting/FAQ.pdf (consulté le 16 février 2020).

44 28 janvier 2020, assignation de Total SA devant le tribunal de Nanterre [en ligne] (dernière consultation le 14 mars 2020) <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf> (consulté le 9 avril 2020).

45 Total SA, Document de référence 2018, 20 mars 2019, [En ligne] <https://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/ddr2018-fr.pdf> (consulté le 16 février).

46 Interpellation publique de Total SA, 22 octobre 2018.

47 V. Commentaire dans cet ouvrage.

48 Milieudefensie et autres contre Shell, 5 avril 2019, assignation, §612.

49 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, §95.

Face à ces deux conceptions radicalement opposées du périmètre des émissions de GES à prendre en compte, la Cour d'appel d'Oslo propose dans un arrêt du 23 janvier 2020 une solution de compromis. Dans cette affaire où deux associations norvégiennes contestent la validité d'un permis d'exploitation de pétrole dans la mer de Barents, le juge norvégien propose de ne retenir que les émissions inévitables survenant lors de l'usage des produits pétroliers. En effet selon lui, même « une société bas-carbone continuera à émettre certaines émissions. De la même façon que pour les émissions directes, il y aura aussi une place pour les émissions issues de la combustion. Cette opinion suppose que les émissions totales seront réduites de façon à respecter l'Accord de Paris »⁵⁰. Toutefois, il ne prescrit aucun comportement à adopter sur le court terme mettant en avant l'incertitude sur l'efficacité des mesures d'arrêt progressif d'exportation de pétrole et de gaz sans coordination à l'échelle internationale : si le pétrole norvégien n'est pas utilisé, alors la demande peut être satisfaite par un autre acteur. Avec cette interprétation appliquée au procès Milieudéfense contre Shell, le juge néerlandais pourrait reconnaître que Shell ne peut éviter certaines émissions de scope 3 et que celles-ci sont acceptables dès lors que la société respecte l'objectif de l'Accord de Paris qui prévoit de maintenir la hausse des températures mondiales bien en dessous de 2°C et de prévenir ainsi les risques d'atteintes graves à l'environnement et aux droits humains.

III. Sur la violation des articles 2 et 8 de la CEDH

Cette affaire soulève la question de l'applicabilité des articles 2 et 8 de la CEDH à un acteur privé dans le cadre d'un contentieux climatique. À titre préalable, il convient de rappeler que le lien entre les conséquences du changement climatique et risques d'atteintes aux droits humains a été établi à plusieurs reprises, et, entre autres, par une résolution de l'ONU⁵¹, par une décision de la CJUE⁵² et par le rapporteur spécial sur les droits de l'Homme et l'environnement auprès du Conseil des droits de l'Homme, John Knox⁵³. La Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a également reconnu à plusieurs reprises que les États devaient prendre des actions positives de prévention si des pollutions environnementales étaient susceptibles de porter atteinte aux articles 2 et 8 de la CEDH⁵⁴. En droit néerlandais, l'ensemble des juges du fond et du droit dans l'affaire *Urgenda*⁵⁵ ont reconnu que la contribution insuffisante aux objectifs globaux climatiques d'un État constitue une violation du devoir de vigilance prévue par les articles 2 et 8 de la CEDH. Concernant l'applicabilité de la CEDH à un acteur privé, Milieudéfense soutient que la jurisprudence néerlandaise attribue

50 Traduction libre en français, d'une traduction non authentique en anglais (original en norvégien), v. Cour d'appel Borgarting, 23 janvier 2020, 18-060499ASD-BORG/03.

51 Human Rights Council 25 march 2009, Resolution 10/4. *Human Rights and Climate Change*.

52 The ruling of the court of appeal *PreussenElektra/Schleswig AG*, C-379/98 of 13 March 2001, ECLI: EU: C: 2001: 160. Il y est notamment souligné le lien entre politique climatique, énergies renouvelables et droits humains. V §73 et s. (« l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité, [...] est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques que la Communauté européenne et ses États membres se sont engagés à combattre. [...] Il y a lieu d'observer que cette politique vise également la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que la préservation des végétaux »).

53 Human Rights Council, 1^{er} février 2016, Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/31/52.

54 CEDH 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turkey*, 2005/210; CEDH 27 janvier 2009, *Tatar c. Romania* 67021/01; CEDH, 20 Mars 2008, *Budayeva c. Russia*.

55 V. le commentaire dans cet ouvrage de D. MISONNE.

un effet horizontal indirect à la CEDH notamment sur la base de principe de droit privé comme le *duty of care* de l'article 6: 162 du Code civil néerlandais. Cet effet horizontal indirect de la CEDH, non appliqué en droit français, est justifié par le professeur Arthur Hartkamp. Selon lui, au même titre que la protection dont disposent les citoyens à l'égard de la puissance publique, notamment en matière de droits fondamentaux, ces derniers devraient bénéficier de ce même niveau de protection à l'égard des acteurs privés, compte tenu du contrôle légal, social et économique qu'ils exercent sur leur destin⁵⁶. Milieudéfensie applique ce raisonnement au cas d'espèce en indiquant qu'en raison des risques graves d'atteintes aux droits humains que font peser les émissions de GES de Shell, cette société dispose d'un pouvoir similaire à celui de l'État sur les générations présentes et futures. De la même façon que la Cour d'appel de La Haye a reconnu que l'État néerlandais était lié par un devoir de vigilance vis-à-vis des droits fondamentaux, Milieudéfensie considère que les mêmes obligations doivent être appliquées à Shell. La partie demanderesse soutient enfin, qu'en s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH, ce devoir de vigilance doit être renforcé parce que la victime n'a aucune alternative face au changement climatique⁵⁷. En effet, face à ce phénomène global, une victime du changement climatique ne peut échapper à ces conséquences même en se déplaçant ou en migrant vers une autre région. Pour cette raison, Shell aurait un devoir de vigilance renforcé envers les intérêts des victimes présentes et futures du changement climatique.

La défense de Shell s'articule autour de trois moyens. Premièrement Shell soutient que la CEDH est applicable aux seuls États: « en tant que garantie générale de la liberté des citoyens, les droits fondamentaux créent une barrière à l'oppression du gouvernement »⁵⁸. Deuxièmement, la comparaison de Shell à l'État néerlandais faite par Milieudéfensie serait inopérante puisque la transition énergétique dépend plus de l'État que d'un acteur privé. Ainsi l'argument de l'effet horizontal indirect avancé par la partie demanderesse ne tiendrait pas. Shell considère que l'arbitrage entre les droits défendus par la CEDH, et les autres intérêts en jeu dans la transition énergétique sont de la discrétion des États⁵⁹. Il est notamment souligné que l'accès à l'énergie permet de satisfaire de nombreux besoins humains élémentaires. L'Objectif de développement durable n° 7 précise à cet égard « qu'il s'agisse d'emplois, de sécurité, de changement climatique, de production de nourriture ou d'accroissement des revenus, l'accès de tous à l'énergie est essentiel »⁶⁰. Si elle faisait prévaloir les droits défendus par les articles 2 et 8 de la CEDH sur des intérêts économiques, la Cour de La Haye préempterait une prérogative réservée aux États. Enfin, Shell estime que les articles 2 et 8 de la CEDH n'octroient pas la protection environnementale visée par Milieudéfensie. Selon la jurisprudence de la CEDH⁶¹, pour qu'une obligation d'un État découle de l'article 8 de la CEDH, il doit exister un « lien direct et immédiat » entre la situation contestée et le domicile ou la vie privée ou familiale de la victime. Concernant l'article 2, il est nécessaire de démontrer qu'il existe un risque d'atteinte

56 HARTKAMP A.S., in Asser/Hartkamp 3-I 2015/226 (Europees Recht en Nederlands Vermogensrecht).

57 CEDH, 9 juin 2005, *Fadayeva c. Russia*, EHRC 2005/80.

58 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, para. 578.

59 CEDH, Guide d'interprétation des articles 2 et 8 de la CEDH mis à jour le 31 août 2019, [En ligne] https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_FRA.pdf et https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf (consulté le 03 mars 2020).

60 Nations unies, Objectifs de développement durable n°7, 2015, [En ligne] <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/energy/> (consulté le 03 mars 2020).

61 CEDH, 2 décembre 2010, *Atanasov c. Bulgarie*, no. 12853/03, para. 66.

« réel et immédiat » à la vie⁶², condition non remplie dans le cas d'espèce : « Cette situation (celle de l'arrêt *Öneryildiz c. Turkey*) est donc différente des revendications générales de Milieudéfense, qui concernent la période commençant en 2030 »⁶³. En d'autres termes, la défense de Shell considère ici que le risque que font peser les émissions de GES n'est pas immédiat puisque les demandes de Milieudéfense concernent la période 2030.

Cette affaire s'inscrit dans une perspective internationale particulièrement positive pour la société civile en matière de contentieux climatiques. De manière inédite, la nécessité de se conformer à l'Accord de Paris pour certains projets en Australie⁶⁴ et en Angleterre⁶⁵ a été reconnue même lorsqu'elle s'opposait à des intérêts économiques. Par le prisme de devoir de vigilance, Milieudéfense sollicite l'audace du juge néerlandais. En effet, faire droit à leurs demandes serait consubstantiel d'un changement de modèle économique pour la société Shell et enverrait un signal fort en faveur d'une transition énergétique, constituant une véritable révolution tant judiciaire que sociétale.

62 CEDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turkey*, NJ 2005/210, para. 101.

63 Shell, 13 novembre 2019, Mémoire en défense, para. 597.

64 Tribunal des affaires foncières et environnementales de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, 8 févr. 2019, *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning* (rejet de l'autorisation d'exploitation d'une mine de charbon).

65 Cour d'appel d'Angleterre, 27 février 2020, n°C1/2019/1053 (rejet de l'agrandissement de l'aéroport de London-Heathrow).

