

## 34

**NOTRE AFFAIRE À TOUS ET AUTRES C. TOTAL<sup>1</sup> (2020)**Paul MOUGEOLLE<sup>2</sup>

Selon Mark Carney, gouverneur de la banque centrale du Royaume-Uni, « les entreprises qui vont éliminer leurs émissions de gaz à effet de serre seront largement récompensées. Mais, celles qui vont échouer à s'adapter vont cesser d'exister »<sup>3</sup>. Comment interpréter l'action en justice climatique engagée par 14 collectivités territoriales<sup>4</sup> et cinq associations<sup>5</sup> le 28 janvier 2020 contre Total S.A. : vise-t-elle à « sauver » ou à « faire couler » l'entreprise ?

L'objet de cette action en cessation de l'illicite est de mettre Total sur la voie d'une baisse significative de la production de pétrole et de gaz en vue de le faire devenir acteur de la lutte contre le changement climatique. L'urgence climatique exigerait de cet acteur une participation active dans la protection du climat.

Les activités du groupe et ses conséquences sont chaque année à l'origine d'environ 1 % des émissions mondiales (458 Mt CO<sub>2</sub>eq en 2018), soit plus que les émissions territoriales françaises (445 Mt CO<sub>2</sub>eq en 2018)<sup>6</sup>. Selon les rapports *carbon majors* établis par Richard Heede et l'organisation CDP<sup>7</sup>, Total ferait partie des 20 entreprises contribuant le plus au réchauffement climatique dans le monde<sup>8</sup>. Or, les émissions mondiales doivent baisser de 45 % en 2030 par rapport à 2010 et être nulles en 2050, afin d'avoir environ une chance sur deux de limiter le réchauffement à 1,5°C et donc, d'éviter un réchauffement grave et insoutenable pour la sauvegarde des droits humains selon le Groupe Intergouvernemental d'Experts pour le Climat dans le plan de vigilance (GIEC)<sup>9</sup>. Cela signifie

1 Les documents juridiques relatifs à cette affaire ainsi qu'aux travaux relatifs à la vigilance climatique sont disponibles sur le site de Notre affaire à tous, rubrique « multinationales » : <https://notreaffaireatous.org/multinationales/> (dernière consultation le 6 avril 2020).

2 Doctorant en droit comparé sur la vigilance climatique à l'Université de Paris Nanterre (CEJEC) et Potsdam (MRZ), chercheur En-communs, chargé du contentieux contre Total SA à Notre affaire à tous.

3 Voir la citation de Mark Carney en langue originale dans l'article suivant : Stanley Reed, Climate Change Takes Center Stage in Davos, *The New York Times*, 2020.

4 Arcueil, Bayonne, Bègles, Bize-Minervois, Champneuville, Correns, Est-Ensemble Grand Paris, Grenoble, La Possession, Mouans-Sartoux, Nanterre, Sevran, et Vitry-le-François et la région Centre Val de Loire.

5 Notre affaire à tous, Sherpa, les Eco Maires, FNE et ZEA.

6 Pour les chiffres : v. Total, document de référence (ci-après DDR) 2018, p. 202 et Haut Conseil pour le Climat, Rapport annuel neutralité carbone 2019, p. 29.

7 Anciennement *Carbon Disclosure Project*, v. <https://www.cdp.net/fr> (dernière consultation le 27 avril 2020).

8 R. HEEDE, Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010, Methods and Results Report, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013., p. 21 ; CDP, *The Carbon Majors Dataset*, p. 14.

9 GIEC, Résumé à l'intention des décideurs, Réchauffement planétaire de 1,5 °C, Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de

conséquemment que la part du pétrole et du gaz dans le mix énergétique primaire mondial doivent diminuer drastiquement ces trente prochaines années<sup>10</sup>. Les associations et collectivités demandent ainsi à Total – entreprise multinationale implantée dans 130 pays<sup>11</sup> – de prendre en compte ce constat et de prévoir une baisse de la production des hydrocarbures en ligne avec les données internationales du GIEC. Pour faire valoir leurs prétentions, les demandeurs s'appuient en majeure partie<sup>12</sup> sur la récente loi relative au devoir de vigilance de 2017<sup>13</sup>, qui oblige les sociétés mères de certaines grandes entreprises multinationales françaises comme Total à identifier et à prévenir les risques d'atteintes graves aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes, et à l'environnement. Avec cette loi, les dommages ne doivent pas être seulement évités en France, mais également dans des pays tiers si la société mère française contrôle directement ou indirectement des filiales situées à l'étranger et si les risques résultent de leurs activités<sup>14</sup>. Dérivant des instruments internationaux de soft-law relatifs aux entreprises et droits de l'homme et du concept de *human rights due diligence*<sup>15</sup>, la « vigilance raisonnable » est la notion centrale du dispositif législatif et les associations Notre affaire à tous et Sherpa, à l'origine de l'action, ont l'intention d'en faire un véritable instrument de lutte contre le changement climatique<sup>16</sup>.

Cependant, l'application de la loi telle que l'envisagent les demandeurs est contestée par l'entreprise défenderesse. Il s'agira de savoir dans cet article si la loi relative au devoir de vigilance est bien adaptée aux prétentions des requérants.

Que le climat doive faire partie du champ d'application de la loi vigilance ne fera vraisemblablement pas partie du litige (I). Le différend porte bien plus sur l'apport substantiel du concept de vigilance en matière climatique (II). En sus de ces questions relatives au fond, les demandeurs font face à certains obstacles procéduraux que l'entreprise défenderesse ne manquera certainement pas de soulever (III).

---

serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, 2018.

10 Voir les valeurs des scénarios visant à limiter le réchauffement à 1,5°C se dénommant « P1, P2, P3 et P4 » du rapport spécial 1,5°C du GIEC (ci-après SR 15), résumé, 2018, tableau de la p. 16. Ces valeurs varient à moyen terme (horizon 2030), mais se rejoignent globalement pour l'année 2050.

11 Total est fait partie des majors dans les activités pétrolières et gazières, mais a entamé une certaine diversification de ses activités avec le rachat en 2011 de l'entreprise Sun Power en Californie, qui produit des panneaux solaires et génère de l'électricité. Le groupe a un chiffre d'affaire de 209 000 milliards de dollars en 2018 et compte plus de 104 000 collaborateurs (DDR 2018, p. 254).

12 En parallèle, l'action se base également sur l'obligation plus générale de vigilance environnementale qui dérive de la Charte de l'environnement et qui a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision QPC *Michel Z* n° 2011-116 du 8 avril 2011. Ce fondement est exploité de manière combinée avec l'art. 1252 du Code civil qui autorise le juge à prescrire toutes mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser un dommage environnemental depuis l'adoption de la loi reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages de 2016.

13 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

14 La loi vigilance renvoie ici au contrôle au sens du II de l'art. 233-16 du Code de commerce.

15 Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations « Protect, Respect and Remedy Framework, HR/PUB/11/04; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, édition 2011.

16 En ce sens, v. notamment la doctrine : M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Pour un droit privé du climat ! », *Recueil Dalloz* 2019 p. 1294.

## I. L'intégration du climat au plan de vigilance : un acquis théorique et pratique, également reconnu par Total

Le choix de baser cette action climatique sur la loi relative au devoir de vigilance a pu surprendre initialement certains commentateurs. D'une part, le climat était absent du premier plan de vigilance de Total et d'autre part, les enjeux liés aux gaz à effet de serre n'ont été cités qu'une fois à la marge dans les travaux préparatoires de la loi<sup>17</sup>. Mais la loi a été adoptée pour responsabiliser les sociétés dominantes des multinationales afin de contribuer à une certaine régulation de la mondialisation et pour le collectif de collectivités et d'associations, les gaz à effet de serre (GES) constituent une problématique relevant parfaitement du champ d'application de la loi. En effet, les conséquences du réchauffement climatique engendrent des atteintes graves aux droits sociaux, humains, et environnementaux. La Commission européenne considère quant à elle que les enjeux climatiques doivent être intégrés dans la déclaration de performance extra-financière des entreprises, dont le champ *rationae materiae* est presque identique en substance à la loi vigilance<sup>18</sup>. Dès lors, pour la doctrine « il semble difficilement contestable désormais que le climat se rapporte aux droits humains et à l'environnement or la loi prévoit que le plan doit prévoir « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves », ce qui implique des actions positives [...] et l'absence d'action positive semble bien pouvoir être analysée comme fautive »<sup>19</sup>.

À la suite d'une première interpellation par le collectif de collectivités et d'associations en octobre 2018<sup>20</sup>, Total a accepté d'intégrer le climat à son second plan de vigilance<sup>21</sup>. Remarquons par ailleurs que selon une récente étude sur le devoir de vigilance en matière climatique, 15 entreprises sur 25 issues de secteurs très émetteurs en GES ont également intégré le climat à leur second plan<sup>22</sup>.

Total nuance toutefois cette intégration, estimant que les risques liés au changement climatique sont « d'une nature différente »<sup>23</sup>. Par opposition aux risques d'atteintes graves sur lesquels Total indique avoir un impact « direct et significatif », comme par exemple le risque de marée noire, l'entreprise considère que « le changement climatique est un risque global pour la planète qui est le résultat

17 Le rapport D. Potier a évoqué le 29 novembre 2016 que « Demain, le changement climatique pourra impliquer d'autres risques » (v. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2016-2017/20170063.asp>, (consulté le 27 avril 2020). Autrement, les parlementaires évoquaient régulièrement la marée noire résultant du naufrage de l'Erika affrété par Total ou encore le drame du « Rana Plaza », dans lequel des milliers de travailleurs du textile ont péri dans l'effondrement d'un immeuble au Bangladesh, faute de mesures de sécurité adéquates, v. Exposé des motifs de la proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, p. 4.

18 La directive prend en compte aussi la corruption et l'évasion fiscale. En ce qui concerne les lignes directrices de la Commission Européenne v. : Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'information non financière: supplément relatif aux informations en rapport avec le climat*, (2019/C 209/01), 2019.

19 F.-G. TREBULLE, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 8-9 – Août – Septembre 2018, *Lexis Nexis*, p. 26 ; v. aussi M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance », *Revue des contrats*, 3 septembre 2019, p. 99 ; N. RIAS, « Quel rôle pour le devoir de vigilance dans la responsabilité climatique ? », in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et S. PORCHY-SIMON (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 165.

20 <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/10/DP2F-INTERPELLATION-TOTAL-3.pdf> (dernière consultation le 6 avril 2020).

21 Total, Document de référence (ci-après DDR) 2018, p. 93-110 ; v. aussi le troisième plan de vigilance de Total, qui reprend aussi les enjeux climatiques au sein de son Document d'enregistrement universel, 2019, p. 102-129.

22 Notre affaire à tous, *Benchmark de la vigilance climatique des multinationales*, 2020, p. 5 ; <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/03/Rapport-General-Multinationales-NAAT-2020.02.01-1.pdf> (dernière consultation le 7 avril 2020).

23 Voir la réponse du « directeur juridique groupe » de Total à l'interpellation du collectif d'associations et de collectivités territoriales, dans laquelle il accepte d'intégrer le climat au sein du second plan de vigilance de Total S.A : <https://www.fr.total.com/news/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond> (dernière consultation le 6 avril 2020).

d'actions humaines diverses dont la production et la consommation d'énergie »<sup>24</sup>. Il est vrai que la nature globale, diffuse et multifactorielle (ou plutôt multi-causale étant donné le nombre presque infini d'émetteurs) du changement climatique pose des questions difficiles quant à son appréhension juridique, si bien que la nécessité d'intégrer le climat aux plans de vigilance est discutée. Pour l'avocat François Muller, « il est difficile de rendre responsable une entreprise en particulier [...] Total peut donc considérer que ce n'est pas un risque lié à son activité propre et l'écartier du plan de vigilance »<sup>25</sup>. Cependant, comme l'énonce le Professeur François Guy-Trébulle, « l'idée n'est plus tant de réfléchir à la responsabilité d'un acteur pour le changement qu'à sa responsabilité du fait de sa contribution »<sup>26</sup>. Et, comme énoncé dans l'introduction, Total est chaque année à l'origine d'environ 1 % des GES à l'échelle mondiale. Au regard de l'envergure mondiale de la problématique climatique, cela est loin d'être négligeable. Omettant de mentionner cette information, cette absence de reconnaissance de contribution au changement climatique<sup>27</sup> est reprochée par les demandeurs qui considèrent que Total cherche à diluer sa responsabilité<sup>28</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'action en justice semble bien reposer sur une base légale adéquate, si bien que selon une professeure spécialiste de droit privé, le défaut de vigilance constituerait en droit positif le fondement le plus adapté à l'engagement de la responsabilité d'une entreprise en matière climatique<sup>29</sup>.

Il s'agit désormais de savoir désormais quelles obligations découlent concrètement de la vigilance en matière climatique dans ce cas d'espèce. La vigilance climatique constitue-t-elle un nouveau régime de responsabilité préventive *sui generis* ou est-ce qu'il ne s'agit que d'obligations limitées et peu contraignantes comme l'envisage Total ?

## II. Litige relatif à l'apport substantiel de la vigilance en matière climatique

Comme le rappelle le rapporteur de la loi, le député Dominique Potier, le devoir de vigilance a pris « la forme d'un plan de vigilance dont les moyens sont laissés à la liberté de l'entreprise ; l'obligation de moyens est donc assortie d'une certaine marge de manœuvre. »<sup>30</sup> Selon les demandeurs, Total a enfreint sa liberté en n'exerçant pas le degré de vigilance requis afin de prévenir les atteintes graves liées au réchauffement climatique (A) et en refusant d'intégrer au plan des mesures permettant de faire baisser pleinement les émissions indirectes dites du « scope 3 »<sup>31</sup>, liées à la combustion des

24 Total, DDR 2018, p. 94.

25 Propos de l'avocat François Muller, associé du cabinet Altana, recueillis par un article de presse spécialisé : v. B. HERAUD, « Devoir de vigilance : le cas de Total, attaqué sur le changement climatique, fera-t-il jurisprudence ? » *Novethic*, 19 février 2019.

26 F-G TREBULLE, Responsabilité et changement climatique, op. Cité., §7.

27 Le troisième plan de vigilance publié en 2020 au sein du document d'enregistrement universel énonce reconnaît toutefois que les activités directes de Total contribuent à hauteur d'environ 0,1 % des GES. L'impact des produits vendus par Total sur le climat (émissions de scope 3) ne sont pas prises en compte, ce qui constitue le second reproche principal des demandeurs.

28 Assignation, p. 27-28.

29 S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des dommages climatiques par le droit commun de la responsabilité civile », in M HAUTEREAU-BOUTONNET M. et S. PORCHY-SIMON (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?* 2019, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 155.

30 P. 49.

31 Voir la définition *infra*.

produits fossiles du groupe (B). Au-delà de ces questions juridiques difficiles, il s'agira de savoir si les demandes constituent « des mesures de vigilance raisonnables » pouvant être imposées à Total dans le cadre de la loi (C).

### A. Identifier le degré de vigilance requis en matière climatique : nécessité de s'aligner avec un scénario 1,5°C ?

Bien que le plan de vigilance de Total mentionne le climat (dans les sous-sections relatives à la « cartographie des risques d'atteintes graves » et le « dispositif de suivi »), l'entreprise omet d'analyser les risques liés au changement climatique ainsi que de les hiérarchiser. De fait, nulle mention n'est faite des résultats scientifiques du GIEC, alors qu'il s'agit de l'autorité scientifique centrale en la matière<sup>32</sup>.

L'absence d'analyse des risques constitue-t-elle un manquement en soi au devoir de vigilance ? L'identification des risques doit permettre de remplir l'objectif ultime de la loi, à savoir la prévention des atteintes graves. En effet, aux termes du I de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves ». Une telle formulation impérative à travers l'usage de la troisième personne du singulier au présent constitue manifestement une obligation, puisqu'il est énoncé juste avant que les sociétés d'une certaine taille doivent « établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». La loi précise que le plan de vigilance doit nécessairement comporter « une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »<sup>33</sup> dans le but de concevoir « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves »<sup>34</sup>. L'exercice de l'identification permet donc à l'entreprise de calibrer ses mesures d'atténuation à la gravité du risque. On saisit ici l'importance théorique de cet enjeu, qui semble faire naître une obligation en soi<sup>35</sup>. Le II de l'article précité confirme de plus que le I introduit bien des « obligations » en ajoutant que « 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 »<sup>36</sup>. C'est sur ce fondement précis que les demandeurs agissent en vue de demander une identification correcte des risques climatiques<sup>37</sup>.

32 Selon le Ministre de la transition écologique et solidaire, la mission du GIEC consiste « à dégager clairement les éléments qui relèvent d'un consensus de la communauté scientifique et à identifier les limites dans les connaissances ou l'interprétation des résultats. » Par ailleurs, ses études sont le fruit de la collaboration de milliers d'experts issus d'une quarantaine de pays, s'appuient sur des milliers de références scientifiques et sont évaluées par des institutions publiques du monde entier qui peuvent formuler leurs observations. Les résumés pour les décideurs sont par ailleurs particulièrement intéressants, car ils sont examinés « ligne par ligne et approuvés par les pays membres du GIEC participants, en consultation avec les scientifiques qui ont rédigé le rapport », v. <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/comprendre-giec>.

33 § 1.

34 § 3.

35 A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Recueil Dalloz 2017, p. 1610.

36 Ajoutons que l'art. 225-102-5.- du code du commerce réitère qu'il s'agit d'obligations et que l'entreprise concernée peut être obligée « à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

37 Assignation, p. 26-28.

L'exercice de l'identification des risques en matière climatique semble de plus absolument nécessaire en pratique. En octobre 2018 dans son rapport spécial 1,5°C, le GIEC, a précisé des risques majeurs pour l'humanité et l'environnement en particulier si le seuil de 1,5°C est dépassé en moyenne par rapport aux niveaux préindustriels<sup>38</sup>. Les demandeurs renvoient en complément à une Déclaration de certains comités onusiens de protection des droits de l'Homme qui affirme que le rapport du GIEC « confirme que le changement climatique présente des risques importants pour la jouissance des droits humains [...], dont] le droit à la vie, le droit à une alimentation adéquate, le droit à un logement convenable, le droit à la santé, le droit à l'eau et les droits culturels. [...] « De tels effets négatifs sur les droits de l'Homme se produisent déjà à 1°C de réchauffement et chaque augmentation supplémentaire des températures compromettra encore la réalisation des droits. Le rapport du GIEC indique clairement que pour éviter le risque d'impacts systémiques irréversibles et à grande échelle, une action climatique urgente et décisive est nécessaire »<sup>39</sup>. Une telle qualification juridique des faits est claire et semble appeler à la mise en place de mesures de prévention adéquates dans le cadre de la loi vigilance.

Ainsi, les demandeurs avancent que le degré de vigilance requis se déduit des résultats d'un tel rapport scientifique intergouvernemental et contraindrait Total à mettre en place des actions adaptées de réduction des émissions de GES afin de limiter le réchauffement à 1,5°C<sup>40</sup>. Au-delà de l'aggravation généralisée des risques<sup>41</sup>, un élément probant spécifique du rapport réside dans le fait qu'un réchauffement supérieur à 2°C empêcherait probablement la réalisation de nombre d'objectifs de développement durable des Nations unies. En effet, selon le GIEC, l'éradication de la pauvreté et de la faim, l'approvisionnement en eau salubre, la réduction des inégalités ainsi que la protection des écosystèmes risquent fortement de ne pas être atteints. Cela qui constituerait *in fine* des violations massives et systémiques des droits humains et environnementaux. De surcroît, un dépassement du seuil de 1,5°C risquerait d'entraîner un point de bascule ou de non-retour (*tipping points*), à savoir la fonte continue et irréversible du permafrost de l'Antarctique et du Groenland<sup>42</sup>. Il en résulterait un relâchement important de méthane dans l'atmosphère<sup>43</sup>, ce qui serait extrêmement dangereux, car comme l'admet Total, « le méthane est un puissant gaz à effet de serre dont le potentiel de réchauffement global (PRG) est, selon le GIEC 1, 72 fois supérieur à

38 GIEC, *Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C*, op. cit. 2018.

39 Assignation, p. 25 renvoyant une traduction libre des paragraphes 3 et 5 de la déclaration conjointe des comités onusiens de protection des droits humains du 16 septembre 2019 (disponible seulement en anglais à l'adresse suivante): <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E> (consulté le 2 janvier 2020).

40 En vue de justifier la nécessité de poursuivre un tel objectif, les demandeurs s'appuient aussi sur l'Accord de Paris qui vise à contenir le réchauffement à bien en-dessous de 2°C et à poursuivre les efforts afin de limiter le réchauffement à 1,5°C. Les demandeurs énoncent qu'il s'agit du standard de référence vers lequel chacun doit tendre. Cette argumentation semble en ligne avec l'interprétation du devoir de vigilance du rapport parlementaire n° 2628 établi par le député D. POTIER le 11 mars 2015, dans lequel le devoir de vigilance est rapproché à la notion de diligence raisonnable issue de la *soft-law* internationale et qui « consiste en une série de mesures appropriées dans le but de réaliser un objectif défini dans une norme nationale ou internationale, à respecter un niveau minimal de prudence dans la prise en compte d'un standard extérieur » (p. 31).

41 Le GIEC énonce ainsi au sein du résumé du rapport spécial 1,5°C (ci-après SR 15) : « Les risques futurs liés au climat dépendent du rythme, de l'intensité maximale et de la durée du réchauffement. Globalement, ils sont plus importants si le réchauffement planétaire dépasse 1,5 °C avant de revenir ultérieurement à ce niveau d'ici à 2100 que s'il se stabilise progressivement à 1,5 °C, notamment si le pic de température est élevé (par exemple aux alentours de 2 °C) (degré de confiance élevé). Certains impacts peuvent être de longue durée ou irréversibles, tels que la perte de certains écosystèmes (degré de confiance élevé). »

42 GIEC, SR 15, Chapitre 3, p. 283.

43 GIEC, SR 15, Chapitre 3, p. 179.

celui du dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>) sur 20 ans, et 25 fois supérieur sur 100 ans »<sup>44</sup>. Un tel évènement réduirait considérablement le budget carbone mondial d'une centaine de gigatonnes de CO<sub>2</sub><sup>45</sup> et ferait perdre le contrôle de la lutte contre le réchauffement climatique à l'humanité. On saisit la nécessité absolue de limiter le réchauffement à 1,5°C, que rappellent clairement les demandeurs.

Or, les actions proposées par Total dans le plan de vigilance n'évoquent aucune limitation précise de la température. Le plan de vigilance de Total mentionne exclusivement la notion de « neutralité carbone »<sup>46</sup>, sans la considérer comme faisant partie de ses propres objectifs. L'entreprise énonce exclusivement y « contribuer » *via* certaines de ses mesures afin que le monde puisse l'atteindre « dans la deuxième partie du XXI<sup>e</sup> siècle », et ce tant au sein de son second<sup>47</sup> que de son troisième<sup>48</sup> plan de vigilance. Or, il est impératif que la neutralité carbone soit atteinte à l'échelle mondiale au plus tard en 2050 selon le GIEC pour limiter le réchauffement à 1,5°C, et non à une date ultérieure. En sus de cela, les mesures de Total seraient selon les demandeurs clairement incompatibles avec les objectifs de l'Accord de Paris<sup>49</sup>. Les demandeurs y voient un manquement clair au devoir de vigilance et sollicitent dès lors du juge d'enjoindre à Total de prévoir des actions adaptées permettant de limiter le réchauffement à 1,5°C. Débat relatif à la nécessité de réduire les émissions indirectes du scope 3 résultant de la combustion des produits de Total.

Au-delà du degré de vigilance, un autre point litigieux central concerne la question de savoir si les émissions de GES indirectes dites de scope 3 doivent faire partie du plan de vigilance. La catégorie d'émissions indirectes de scope 3 se réfère aux GES des liés à l'utilisation des biens ou services de l'entreprise (catégorie n° 11), ou encore des émissions liées aux financements des banques (catégorie n° 15). S'agissant de Total, ce périmètre a trait aux GES résultant de la combustion de ses produits pétroliers et gaziers, directement émis par des tiers tels que les consommateurs, les compagnies aériennes etc. Les émissions indirectes de scope 3 se distinguent ainsi des émissions directes liées aux activités (scope 1) et celles liées à la consommation d'énergie des sites opérés (scope 2)<sup>50</sup>. Les émissions de scope 3 constituent environ 90 % des émissions liées à Total<sup>51</sup> et représentent à elles seules environ 1 % des émissions mondiales chaque année. Les demandeurs exigent dès lors des mesures appropriées afin de faire réduire ce poste très important de GES de Total<sup>52</sup>.

Cependant, l'entreprise conteste la portée de l'application du devoir de vigilance envers les émissions induites du scope 3. De fait, elle divulgue exclusivement le montant de son empreinte carbone *directe* au sein de son plan de vigilance, c'est-à-dire les émissions du scope 1 et 2 et aurait

44 Total, rapport climat 2018, p. 30.

45 GIEC, SR 15, résumé pour les décideurs, § B.2.2.

46 Total, DDR 2018, p. 106; la neutralité carbone est un terme pour désigner une situation dans laquelle les émissions nettes de GES sont égales à zéro.

47 *Ibid.*

48 Total, document d'enregistrement universel, p. 123.

49 V.s les pages 28 à 36 de l'assignation ainsi que le rapport « Total, la stratégie du chaos climatique », publié par Notre affaire à tous, Les Amis de la Terre, 350.org, 2019, p. 9-29.

50 Les émissions de scope 3 se; cette typologie est issue de lignes directrices internationales: v. *Task Force on Climate-related Financial Disclosure* et *Greenhouse Gas Protocol* TCFD dont les recommandations visent l'harmonisation du reporting climatique.

51 Total, DDR 2018, p. 202.

52 Assignation, p. 35, notamment.

même affirmé à la suite de la délivrance de l'assignation ne pas être « juridiquement responsable » de ces émissions<sup>53</sup>.

Rappelons à cet égard que la loi vise les *activités* de l'entreprise. Est-ce que cela exclut les impacts climatiques liés aux *produits* de Total ? À l'aide d'une interprétation téléologique de la loi vigilance, il semblerait que les émissions de scope 3 devraient bien être considérées. L'objet même de la loi étant d'obliger la société mère à mettre en place des actions adaptées afin d'atténuer les atteintes graves aux droits humains et à l'environnement, et ce quand bien même cela ne ressort pas directement de ses activités propres. Cette loi étend – ou, à tout le moins, spécifie – le champ de responsabilité personnel de la société mère à l'égard des entités qu'elle sous contrôle<sup>54</sup> ou avec lesquelles elle entretient une relation commerciale établie<sup>55</sup>. La doctrine évoque une « responsabilité personnelle à la limite de la responsabilité du fait d'autrui »<sup>56</sup>. Dit autrement, cette loi commande la société décisionnaire d'agir dès lors qu'elle a les possibilités de prévenir une atteinte grave qui est connue ou qui devrait être connue via l'obligation d'identification des risques. Bien que les émissions du scope 3 sont émises directement par un tiers, la société mère de Total dispose de la capacité de les faire réduire. De fait, Total a le choix de continuer à vendre des hydrocarbures. Le groupe a même adopté une « ambition » de réduction d'intensité carbone de ses produits<sup>57</sup> de 15 % en 2030<sup>58</sup> par rapport à 2015 et de 40 % pour 2040<sup>59</sup>. Cependant, les demandeurs ne s'en satisfont, car cette *ambition* de réduction n'est pas incluse dans le plan de vigilance. Dépourvue de toute force contraignante<sup>60</sup>, elle n'est manifestement qu'une direction politique annoncée par la multinationale. Les demandeurs considèrent à l'instar de la directrice de recherche au CNRS Marta Torre-Schaub que la « distinction sur les émissions provenant des activités propres ou de celles des consommateurs n'est pas valable et elle déresponsabilise les entreprises. C'est d'autant plus incompréhensible et contradictoire que Total fait état de ce risque dans d'autres documents. »<sup>61</sup> Il serait effectivement absurde que la portée du devoir de vigilance en matière climatique s'arrête aux émissions liées directement aux activités

53 B. HERAUD, « Climat : des ONG et collectivités locales assignent Total en justice pour le forcer à changer son business model », *Novethic*, 2020 ; Selon les Echos, Total demandera « au juge de se cantonner aux émissions sur lesquelles Total peut directement agir en améliorant l'efficacité de ses raffineries et de ses usines pétrochimiques, ou encore en réduisant les fuites de méthane de ses pipelines. [...] « La loi ne vise pas les clients et nous demanderons au juge de le confirmer » », v. V. COLLEN, « Réchauffement climatique : Total assigné en justice par des collectivités locales », *Les Échos*, 2020.

54 Au sens de l'art. 233-16 du code de commerce.

55 Selon l'exposé des motifs, cette loi a été adoptée afin de surmonter l'obstacle du « cloisonnement juridique », empêchant de tenir la société mère responsable « alors même que ce sont parfois les décisions de la société mère ou donneuse d'ordre qui sont à l'origine du dommage » ; v. Proposition de loi n° 2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Exposé des motifs, p. 5.

56 V. A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, Recueil Dalloz 2017, *op. cit.* citant B. PARANCE, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18 avr. 2017.

57 Selon le document « intégrer le climat à notre stratégie » de 2018 (p. 22), Total conçoit l'engagement de réduction d'intensité carbone de la façon suivante : « Total souhaite donc appréhender dans sa globalité la question des émissions des produits énergétiques vendus, et a ainsi décidé de rapporter l'ensemble des émissions associées à ces produits sous la forme d'une intensité carbone. Cet indicateur évalue pour chaque produit énergétique l'ensemble de ses émissions : du puits de pétrole ou de gaz jusqu'à l'usage final comme combustible pour les hydrocarbures ; de la production de panneaux solaires à la vente d'électricité pour l'énergie solaire ».

58 V. notamment la déclaration de performance extra-financière de Total, p. DDR 2018, p. 202.

59 V. Total, document d'enregistrement universel, p. 232.

60 La notion « ambition » est à différencier avec le terme « objectif » qui ne reflète pas la même valeur d'engagement et ne semble pas constituer dès lors un acte juridique unilatéral. De surcroît, le reproche des demandeurs porte également sur l'insuffisance de cette ambition étant précisé que Total admet qu'elle n'est pas alignée avec l'Accord de Paris, et donc qu'elle ne permet pas de limiter le réchauffement global à 1,5°C (voir *infra* ainsi que les pages 43 à 45 de l'assignation).

61 Il s'agit de M. TORRE-SCHAUB, citée dans l'article de presse de B. HERAUD, *Devoir de vigilance : le cas de Total, attaqué sur le changement climatique, fera-t-il jurisprudence ? Novethic*, 19 février 2019.



des entreprises et ne pas concernent pas l'effet des produits, d'autant plus que l'entreprise intègre dûment les autres impacts liés au « cycle de vie » de ses produits au sein de son plan de vigilance<sup>62</sup>.

L'étude du droit comparé nous enseigne que les émissions du scope 3 ne peuvent pas être entièrement inobservées par Total. En effet, dans une affaire étrangère faisant état d'une question de droit similaire à celle du scope 3, la Cour d'appel d'Oslo a déclaré que les émissions résultant de l'exportation du pétrole et du gaz extrait du territoire norvégien (et donc de leur combustion *a posteriori*) ne peuvent pas, certes, être attribuées à l'État norvégien<sup>63</sup>; en revanche, l'impact climatique de ces émissions doit tout de même être considéré avant l'octroi d'une autorisation d'exploitation d'une nouvelle concession d'hydrocarbures. Cet arrêt démontre que ces émissions doivent être diminuées dans la mesure du possible, et ce malgré l'impossibilité de les attribuer à l'État délivrant l'autorisation d'exploitation. Par analogie, il pourrait être considéré que les émissions de scope 3 de Total ne peuvent pas lui être imputées, mais qu'un devoir de les réduire subsiste si cela s'avère possible au regard de ses propres conditions économiques. Cette opinion est d'ailleurs partagée par les comités onusiens de protection des droits de l'Homme<sup>64</sup> ainsi que le groupe d'experts ayant rédigé les principes relatifs aux obligations climatiques des entreprises<sup>65</sup>.

Pour conclure, il est clair que Total n'est pas exclusivement responsable de ses émissions de scope 3, dans la mesure où il s'agit d'une responsabilité collective impliquant différents acteurs. Cependant, Total ne peut agir comme si elles n'existaient pas. D'ailleurs, selon le GIEC, la part du pétrole et le gaz dans le mix énergétique primaire doit fortement diminuer à l'avenir afin de limiter le réchauffement à 1,5°C : selon la trajectoire la plus ambitieuse du GIEC<sup>66</sup>, le pétrole doit passer de 37 % en 2030 par rapport à 2010 et de 87 % en 2050 pour le pétrole et de 25 % en 2030/2010 et de 74 % en 2050 pour le gaz<sup>67</sup>. Les demandeurs considèrent dès lors que Total doit prévoir un abandon progressif des hydrocarbures en s'alignant dans la mesure du possible sur ces données (cf. des demandes à titre principal déclinent ces données aux activités de Total en considérant que l'entreprise doit s'aligner strictement dessus et d'autres, formées à titres subsidiaires, laissent une marge de manœuvre plus importante<sup>68</sup>).

Cependant, est-ce bien raisonnable de vouloir imposer de tels objectifs, qui nécessitent de changer de modèle économique ?

62 Total avance par ex. un sous-titre au sein de son plan se dénommant « minimiser les risques tout au long du cycle de vie des produits pour prévenir les risques de santé et de sécurité des consommateurs » (v. DDR 2018, p. 101).

63 Cour d'appel d'Oslo (Borgarting), 18-060499ASD-BORG/03, 23 janvier 2020, p. 21-23 du jugement en traduction non officielle; v. les documents juridiques traduits en anglais de l'affaire à l'adresse suivante : <http://www.xn--klimasksm1-95a8t.no/en/2019/10/31/legal-documents-in-english/> (dernière consultation le 7 février 2020). v. par ailleurs le commentaire de cette affaire dans cet ouvrage d'A. LE DYLIO.

64 Five UN-Human Rights Treaty-Bodies issue a Joint Statement on « Human Rights and Climate Change », 16.09.2019, *op. cité*; CEDAW, Concluding Observations on Norway (2017), § 14-15.

65 Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, Eleven International Publishing, 2018, v. p. 32-34 sur l'attribution des émissions ainsi que les principes 9 et 10 et les commentaires associés aux p. 141-149.

66 Ce scénario laisse le plus de chances possibles de limiter le réchauffement à 1,5°C, car il ne prévoit pas le recours à des technologies de capture et de séquestration du carbone dans l'atmosphère. A ce jour, ces technologies ne sont pas déployables à large échelle en raison de leurs faiblesses technologiques et de leurs coûts. Le GIEC considère que des prévisions de réduction de GES sur leur base introduit un risque grave au regard de la capacité de l'humanité à lutter contre le réchauffement climatique. Pour plus de détails, v. l'assignation aux p. 32-35.

67 Voir les scénarios « P1 » du rapport spécial 1,5°C du GIEC (ci-après SR 15), résumé, 2018, tableau de la p. 16.

68 Assignation, p. 41-43.

## B. Le caractère nécessairement raisonnable des demandes : une limite annihilant les effets de la loi en matière climatique ?

Rappelons que la loi ne pose qu'une obligation de moyens et n'exige que des mesures de vigilance « raisonnables »<sup>69</sup>. Le législateur a introduit cette borne dans la loi afin de s'assurer de son opérabilité pour les entreprises<sup>70</sup> et *in fine* de sa compatibilité avec la liberté d'entreprendre. L'article 1252 du Code civil, sur lequel les demandeurs se fondent afin de prévenir le dommage environnemental, pose également ce critère de raisonabilité : « indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage. »

Or, le modèle économique de Total est fondé traditionnellement sur l'exploitation des hydrocarbures : Total est une multinationale « pétrolière » et investit encore en 2018 environ à 95 % dans les hydrocarbures<sup>71</sup>. Le collectif de requérants revendique donc explicitement un abandon, certes progressif, de ce qui constitue aujourd'hui encore le fondement de sa prospérité économique. Il s'agit selon eux de la seule action permettant de se conformer au devoir de vigilance. Cela nécessite de réorienter les investissements vers des énergies non carbonées, telles que les énergies renouvelables, du moins si l'entreprise souhaite demeurer dans le secteur de l'énergie. Au regard de la teneur de ces demandes, une partie de la doctrine considère que « le juge pourrait alors se retrancher derrière ce critère du « raisonnable » *pour écarter toute mesure rendant impossible la continuation d'une activité économique viable. Mais alors c'est le climat qui en ressortirait perdant...* »<sup>72</sup>.

Pour l'association Notre affaire à tous, à l'initiative de l'action, de telles demandes sont bien raisonnables puisqu'il est<sup>73</sup> « économiquement et techniquement faisable de réduire les GES en entamant une transition énergétique vers des énergies renouvelables. En effet, ces dernières sont devenues aussi compétitives que les énergies fossiles selon l'Agence internationale de l'énergie<sup>74</sup>. » Comme le souligne également l'association, Total considère elle-même que les renouvelables sont devenues « de plus en plus abordables en raison d'une baisse continue des coûts de production (-70 % pour les centrales photovoltaïques depuis 2010, - 25 % pour l'éolien, - 40 % pour les batteries) »<sup>75</sup>. L'entreprise dispose d'ailleurs des installations en la matière<sup>76</sup> ainsi que dans la production de batteries<sup>77</sup>. La demande

69 V. rapport parlementaire n° 2628, *op. cit.*, (p. 31) : « Sous le contrôle du juge, les « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques » sont laissées à l'appréciation de l'entreprise en fonction des circonstances de droit et de fait dans lesquelles elles auront vocation à être appliquées. Les sociétés conservent donc un certain pouvoir de détermination de la norme qui leur sera appliquée ».

70 E. DAUD, S. SFOGGIA, « Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 16, janvier 2019 : « L'appréciation de la notion de « raisonnable » sera tout autant essentielle à la définition du devoir de vigilance : les entreprises ne devraient a priori pas pouvoir être appelées à prévenir des risques ne relevant pas de leur activité ou à mettre en place une politique de risque zéro. [...] Ainsi, les moyens cessent d'être raisonnables s'ils imposent des charges disproportionnées aux entreprises en fonction d'une situation donnée. Il s'agit donc d'une notion relative : le standard du devoir de vigilance pourra de la même manière varier en fonction du niveau de gravité du risque, de sa nature, de la maturité des entreprises et des outils à leur disposition, dans un contexte, il faut le rappeler, d'obligation de moyens ».

71 Total, DDR 2018, p. 68.

72 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance, *Revue des contrats*, 3 septembre 2019, p. 99.

73 V. P. MOUGEOLLE, *Total, la stratégie du chaos climatique*, Notre affaire à tous, Les Amis de la Terre, 350.org, 2019 (le rapport est disponible publiquement sur les sites des associations).

74 AIE, World Energy Outlook 2018, p. 23.

75 Total, intégrer le climat à notre stratégie, 2018, p. 35.

76 Total, intégrer le climat à notre stratégie, 2018, p. 35.

77 Voir courrier de réponse du directeur juridique du Groupe à l'interpellation d'octobre 2018 : <https://fr.total.com/interpellation-de-13-collectivites-et-4-associations-sur-le-climat-total-repond> (dernière consultation le 08.05.2019).

des requérants vise-t-elle donc uniquement à accélérer la transition énergétique déjà entamée par Total? En tout état de cause, l'association considère que « la loi sur le devoir de vigilance contraint les entreprises en matière climatique à effectuer et/ou accompagner la transition énergétique à un certain rythme défini selon les progrès techniques et les capacités des entreprises, mais aussi et surtout par la gravité des risques climatiques encourus pour les droits humains et l'environnement »<sup>78</sup>.

Les demandeurs relèvent par ailleurs dans l'assignation que l'Union européenne a adopté l'objectif de neutralité carbone en 2050<sup>79</sup>. L'ensemble des émissions doivent donc être ramenés quasiment à zéro à cet horizon. Or, Total vend en Europe 50 à 60 % de ses produits pétroliers<sup>80</sup>, ce qui signifie que 50 à 60 % de ses émissions de scope 3 s'y situent présentement. Cela signifie que l'entreprise doit réduire ses ventes d'hydrocarbures progressivement, mais radicalement en Europe afin que l'Europe puisse réaliser son objectif. Certes, l'entreprise pourrait continuer à vendre ses produits ailleurs. Mais, l'objectif de neutralité carbone en 2050 pourrait être adopté par l'ensemble de la communauté internationale dans un futur proche, dans la mesure où sa réalisation est considérée comme étant nécessaire pour respecter l'Accord de Paris avec une probabilité raisonnable<sup>81</sup>. Les engagements se multiplient d'ailleurs à cet égard, et ce tant de la part d'acteurs étatiques que non étatiques (y compris des concurrents de Total comme Repsol<sup>82</sup> et BP<sup>83</sup>). Un tel constat ne pourrait laisser d'autre choix à Total d'intégrer ce constat au sein de sa stratégie entrepreneuriale, autrement, elle fera sérieusement face au risque d'actif échoué (*stranded asset*).

Cependant, le critère de raisonabilité pourrait revêtir encore un aspect différent, à savoir celui de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un obstacle classique dans les contentieux climatique<sup>84</sup> : est-ce le rôle du juge de combler *de facto* des « vides juridiques » en contraignant les États et les entreprises à agir plus fortement contre le changement climatique au regard des risques d'atteintes graves? Largement débattue dans les contentieux étrangers<sup>85</sup>, cette question est controversée et laisse certains auteurs songeurs<sup>86</sup> à l'instar de François-Guy Trébulle qui se demande « si les enjeux liés à l'injonction de produire de manière plus respectueuse de l'environnement [...] ne relèvent pas avant tout de la responsabilité politique des États »<sup>87</sup>. Une argumentation sur l'esprit même de la loi, à savoir son objectif de prévention des atteintes graves à l'étranger et de régulation de la mondialisation pourrait être toutefois convoquée par les demandeurs afin de plaider en faveur de l'intervention du juge en la matière.

78 V. P. MOUGEOLLE (dir.), *Benchmark de la vigilance climatique*, Notre affaire à tous, 2020, p. 12.

79 Assignation, p. 39.

80 Total, DDR 2018, p. 8.

81 Une trajectoire 1,5°C laisse 50 % de chances de limiter le réchauffement en dessous de 1,5°C selon le GIEC (RID, p. 26) et 85 % pour contenir en dessous de 2°C (Climate Analytics 2015, Timetables for zero emissions and 2050 emissions reductions: State of the Science for the ADP Agreement).

82 Assignation, p. 40.

83 V. COLLEN, « Le nouveau patron de BP impose un virage vers le zéro carbone », *Les Échos*, 2020.

84 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », *Recueil Dalloz*, 2020 p. 609.

85 La question de la séparation des pouvoirs (ou doctrine de la question politique) a mené au rejet de certaines actions en justice aux USA (notamment les affaires *Juliana et al. c. USA* et les recours de New York et d'Oakland contre des multinationales pétrolières ; v. les commentaires dans cet ouvrage. Les demandes dans ces actions en justice sont toutefois encore bien plus radicales que celles dans l'affaire *Total*, dans la mesure où elles se détachent des recommandations du GIEC et visent une cessation immédiate des émissions dans l'affaire *Juliana*. Dans les contentieux contre les entreprises pétrolières, des réparations considérables sont demandées, et s'il était fait droit à ces demandes, cela ouvrirait une brèche qui sonnerait le glas de l'industrie pétrolière.

86 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Recueil Dalloz*, 2020, *op. cit.*

87 F-G TREBULLE, *Responsabilité et changement climatique*, *op. cit.*

### III. Devoir de vigilance climatique : compétence des juridictions ordinaires et intérêt à agir

Avant tout examen sur le fond, des questions procédurales restent à être clarifiées. Au regard de la réponse de Total à la mise en demeure et de sa stratégie contentieuse poursuivie dans un contentieux parallèle, l'entreprise n'hésitera pas à soulever l'exception d'incompétence du juge civil au profit du Tribunal de commerce (A). En tout état de cause, il s'agira aussi de savoir si l'action est recevable, qu'elle soit examinée par les juridictions consulaires ou ordinaires (B).

#### A. La compétence du juge de droit commun dans le cas d'espèce climatique

Statuant en référé, une ordonnance d'incompétence a été rendue par le tribunal judiciaire (anciennement TGI) de Nanterre dans le premier contentieux basée sur la loi relative au devoir de vigilance, opposant Les Amis de la terre et d'autres associations à Total à propos des activités extractives d'une de ses filiales en Ouganda<sup>88</sup>. L'entreprise a plaidé l'incompétence en argumentant que « les demandes qui tendent à poser des injonctions relatives au plan de vigilance se rattachent directement à la gestion de la société, ce plan s'intégrant dans le rapport de gestion et faisant partie également du fonctionnement de l'entreprise ». Le tribunal judiciaire a donc accueilli l'exception d'incompétence et considère donc que le tribunal de commerce est mieux positionné pour juger la légalité des plans de vigilance (les associations ont fait appel)<sup>89</sup>. Dans la réponse à la mise en demeure climatique envoyée par le collectif, Total a énoncé que si un recours devait être intenté, il devrait être formé « devant le tribunal de commerce de Nanterre ».

Même si la compétence du tribunal de commerce en matière de contrôle de conformité du plan de vigilance devait être confirmée par la suite par les juridictions supérieures, le cas d'espèce climatique est bien différent puisque les demandeurs fondent leur action à titre complémentaire sur l'obligation de vigilance environnementale reconnue par le Conseil constitutionnel<sup>90</sup> combinée à l'article 1252 du code civil relatif à la prévention du dommage environnemental. Ainsi, à condition que l'action soit jugée recevable, le juge de droit commun sera vraisemblablement compétent pour trancher ce litige puisqu'il est également fondé sur une disposition du Code civil dénuée de toute

88 Ordonnance de référé rendue le 30 janvier 2020, N°R.G. : 19/02833 – N° Portalis DB3R-W-B7D-VIPX, pour un commentaire épars de cette ordonnance par des experts dont les avocats de Total, v. « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice, *Cahiers de droit de l'entreprise*, Lexisnexis n° 2, mars-avril 2020, p. 9-12.

89 La doctrine s'est très peu positionnée au sujet de la compétence, mais a donné des indications contradictoires : certains considèrent le juge de droit commun comme étant naturellement compétent (S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Entreprises et Affaires LexisNexis*, 13 avril 2017) tandis que d'autres voient le tribunal de commerce acquise en raison de l'intégration de la loi au Code de commerce (A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, Recueil Dalloz 2017, *op. cit.*) V. également aussi l'article suivant, rendu juste avant le prononcé de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Nanterre : E. SAVOURAY, « All Eyes on France – French Vigilance Law First Enforcement Cases (2/2) The Challenges Ahead », *Cambridge Core Blog*, 24.01.2020 : « Companies would try to have the commercial court [tribunal de commerce] found competent instead of the civil court [in that event the Tribunal de Grande Instance]. Indeed, it could be argued that judges from the commercial court are more specialised in the conduct of business by companies and thus better equipped to understand companies' constraints. This debate on competence is likely to draw attention as the Vigilance Law does not expressively set out which court is competent. ».

90 V. la décision QPC n° 2011-116 *Michel Z* du 8 avril 2011, manifestement directement invocable devant l'ensemble des juridictions, v. K. FOUCHER, « La première application de la Charte de l'environnement par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC : de l'inédit, de l'inutile et du flou », *AJDA*, 2011, p. 1158.

portée commerciale<sup>91</sup>. Le juge de droit commun ne pourra donc se dessaisir de ce litige et/ou le scinder en deux conformément au principe de plénitude de juridiction, lui commandant de trancher l'ensemble du litige, même si certaines questions ne relèvent pas directement de sa compétence.

## B. Sur l'intérêt à agir du collectif d'associations et de collectivités

Incontestablement, la loi relative au devoir de vigilance et l'article 1252 du Code civil confèrent la possibilité d'agir en cessation de l'illicite, avant la survenance d'un dommage. L'injonction sollicitée ayant telle une vocation préventive, un préjudice ne doit pas être formellement démontré pour justifier l'intérêt à agir. Il s'agira en revanche de vérifier si le collectif a un intérêt légitime à demander à Total de réduire sa production de pétrole et de gaz.

À cet égard, les collectivités territoriales font valoir qu'elles sont exposées à des risques sociaux et économiques liées aux changements climatiques (coûts d'adaptation). Une réduction des GES résiderait donc parfaitement dans leur intérêt puisque les coûts d'adaptation au changement climatique seraient atténués, tout comme les risques pesant sur leur population. Si le résultat de l'ordonnance du Tribunal de l'Union Européenne dans l'affaire *People's Climate Case* leur était appliquée, selon laquelle il est nécessaire de faire valoir un intérêt spécifique et distinct du reste de la population pour satisfaire le critère de l'intérêt personnel de l'intérêt à agir<sup>92</sup>, les collectivités auraient certainement plus de difficultés à satisfaire de telles exigences. De telles exigences ne semblent pas toutefois exister en droit français et, si cela était le cas, certaines collectivités pourraient certainement faire valoir qu'elles sont particulièrement exposées aux effets délétères du réchauffement climatique<sup>93</sup>.

S'agissant des associations et de leur intérêt à agir pour défendre les droits humains, la jurisprudence ne règle pas la question de savoir si elles peuvent agir de manière procuratoire afin de défendre les droits de l'Homme pour autrui. Cependant, vu que la protection du climat de protéger les droits personnels de tout un chacun, le juge pourrait considérer qu'il s'agit *in fine* d'intérêts collectifs (santé et la sécurité publique) et accorder subséquemment l'intérêt à agir<sup>94</sup>, dans la mesure où il s'agit d'intérêts visés par la loi sur le devoir de vigilance.

Les collectivités et associations avancent par ailleurs qu'elles seraient habilitées à agir en vue de prévenir le (s) préjudice (s) écologique (s) collectif (s) résultant (s) du dérèglement climatique. À ce titre, certains demandeurs, en particulier les collectivités territoriales font partie des personnes dont l'intérêt à agir est présumé en matière environnementale selon l'article 1248 du Code civil<sup>95</sup>.

91 V. opinion similaire: M. HAUTEREAU-BOUTONNET, Recueil Dalloz 2020, p. 609, *op. cit.*

92 Etant donné que l'ensemble des personnes sera affecté d'une manière ou d'une autre par le réchauffement, v. Tribunal de l'UE, Ordonnance du Tribunal (deuxième chambre), 8 mai 2019, *Armando Carvalho e.a. contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, T-330/18, § 49 et suiv. (V. Commentaire dans cet ouvrage).

93 Assignation, p. 15-17.

94 V. Civ. 1re, 18 sept. 2008, no 06-22.038: « *Même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* ».

95 Cet article dispose: « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour 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* ».

De surcroît, les demandeurs s'appuient sur une qualification intéressante du dommage tirée de la *Nomenclature des préjudices environnementaux*, selon laquelle le cumul des émissions de GES constitue une atteinte à l'atmosphère dès lors que ses qualités régulatrices du climat sont altérées<sup>96</sup>. Pouvant déjà être considéré qu'un tel dommage est déjà survenu<sup>97</sup>, celui-ci risque surtout de s'aggraver de manière sérieuse et irréversible si les rejets de GES dont ceux de Total ne sont pas endigués<sup>98</sup>. Si cette définition du préjudice écologique-climatique est acceptée par le juge, l'intérêt à agir sera parfaitement constitué et permettra de tenir compte indirectement de la gravité globale du réchauffement. Dit autrement, il ne sera pas nécessaire de se restreindre aux impacts du changement climatique auxquels les demandeurs sont exposés en France.

Enfin, une dernière spécificité soulevée par les demandeurs est leur qualité de partie prenante, ce qui pourrait leur conférer un intérêt à agir légitime dans le cadre d'une action basée sur la loi relative au devoir de vigilance. En effet, le plan de vigilance « a vocation » à être élaboré avec les « parties prenantes de la société »<sup>99</sup>. Or, le collectif d'associations et de collectivités a bien dialogué de manière extrajudiciaire avec la direction du groupe afin de l'insister à corriger les manquements de son plan de vigilance en matière climatique, comme l'atteste l'interpellation ainsi que la réunion préalable à la mise en demeure<sup>100</sup>. Cependant, Total ne leur a aucunement fait part d'une évolution substantielle de leur plan de vigilance en matière climatique. Le collectif considère qu'il n'a donc plus eu d'autre choix que d'assigner Total S.A. devant le tribunal judiciaire de Nanterre<sup>101</sup>.

\*\*\*

La notion de vigilance offre la possibilité aux demandeurs d'exiger du débiteur de l'obligation l'atténuation des risques climatiques, malgré l'absence d'opposabilité directe de l'Accord de Paris aux entreprises. Ce concept est toutefois encore naissant en droit français : aucune jurisprudence n'existe en la matière et la doctrine s'interroge sur sa portée et ses potentialités. La tâche du juge ne sera pas aisée, tant l'action est ambitieuse et atypique en revendiquant explicitement un changement de modèle économique. Son aboutissement contribuerait certainement à la résolution de la crise climatique, tant de par sa portée concrète que symbolique.

96 L. NEYRET et G. MARTIN, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, Lextenso éditions, avril 2012, p. 14 : « par atteintes à l'air ou à l'atmosphère et à leurs fonctions, on entend les atteintes portées à la qualité de l'air ou de l'atmosphère de nature à affecter leurs fonctions écologiques. Ces atteintes peuvent notamment prendre la forme d'une modification de la composition de l'air ou de l'atmosphère. Les fonctions écologiques de l'air ou de l'atmosphère s'entendent du rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes, tel que, par exemple : servir de support à la biodiversité, absorber le rayonnement solaire ultraviolet ou participer à la régulation du climat ».

97 V. la requête de l'affaire du siècle, commentée dans de cet ouvrage qui démontre la survenance d'un tel préjudice.

98 Assignation, p. 22.

99 Art. 225-102-4.- du Code du commerce.

100 Voir le communiqué de presse de Total publié à la suite de la réunion avec les représentants de collectivités et d'associations où l'entreprise laisse entendre qu'il s'agit de ses parties prenantes (« Total est ouvert au dialogue avec toutes ses parties prenantes ») : <https://www.fr.total.com/news/communiqué-de-presse-rencontre-entre-total-et-les-representants-des-collectivites-et-des> (dernière consultation le 07 avril 2020).

101 Assignation, p. 14.