

Responsabilité sociale des entreprises

Avril 2019 – avril 2020

Comment ne pas débiter cette synthèse par la crise sanitaire qui nous touche depuis quelques semaines ? Si le spectre de ses rapports à la RSE n'est pas évident à cerner, des liens existent sans aucun doute.

Julien GIRARD
Avocat Associé,
Atmos Avocats
Docteur en droit

plissement des exigences environnementales qui lui sont imposées, comme c'est déjà le cas aux États-Unis ?

Cette crise ayant profondément marqué les consciences et les peurs, nous percevons plutôt la fenêtre idéale pour le franchissement de plu-

Tout d'abord, et il s'agit du premier réflexe, nous devons nous demander si la pente ascendante empruntée par les entreprises en matière de RSE ne va pas s'infléchir devant la violence de la pandémie actuelle et les conséquences économiques qui s'en suivront. Cette question est légitime et l'on pourrait même y voir un test sérieux pour l'ancrage de la RSE dans l'ADN des entreprises.

Or, si nous ne doutons pas une seconde que ce test sera une réussite dans la plupart des entreprises en ce qui concerne les réponses apportées à la crise, nous sommes plus inquiets pour les engagements environnementaux structurels. En effet, nous assistons à un bouleversement des priorités tout à fait compréhensible mais qui pourrait constituer un danger pour les enjeux à long terme ; à moins que, précisément, cette crise n'entérine l'environnement comme priorité et une composante prépondérante du Monde d'après, du Jour d'Après, ou encore du *ReCOVery*, que l'on nous a prédit. Militons donc pour ce Monde d'après, mais n'oublions d'abord d'être au chevet du monde d'aujourd'hui.

En attendant la réalisation de cette promesse, les autorités publiques font le choix d'imposer timidement les règles du jeu en temps de crise en suggérant un lien (flou) entre aides publiques et intégration pleine et exemplaire par les entreprises bénéficiaires des « objectifs de responsabilité sociale, sociétale et environnementale dans eu stratégie, notamment en matière de lutte contre le changement climatique »¹. Certes, les grandes entreprises ont déjà ce type d'obligations, notamment en vertu de la loi de transition énergétique ou par l'intermédiaire de la déclaration de performance extra-financière (DPEF). Certes, il n'existe pas de sanction à proprement dite, mais nous trouvons déjà audacieux d'émettre l'idée d'une corrélation entre engagements environnementaux et obtention d'aides à l'heure où beaucoup d'entreprises seront à coup sûr en extrême difficulté.

La crise que nous traversons est-elle dès lors l'occasion d'imposer un profond changement de stratégie environnementale dans certaines activités en opérant ce que l'on pourrait assimiler à un chantage ou implique-t-elle un pragmatisme tel qu'elle ne permettrait qu'un sauvetage à tout prix ? Et ce sauvetage du monde économique doit-il passer au contraire par l'assou-

sieurs étapes vers la prise en considération du long terme. Et à nouveau raisonnent en nous les pensées d'Hans JONAS, qui percevait la peur comme un moteur, une voie vers la découverte, une heuristique².

Il s'agirait, dans une action de renouveau, de renforcer un processus RSE critiqué et bien engagé, mais qui est devenu une nécessaire composante pour des entreprises plus que jamais soumises à une pression actionnariale (I) et une menace judiciaire (II) constantes, pour des entreprises dont la communication et le marketing sont scrutés (III), mais pour des entreprises qui sont, peut-être plus encore qu'avant, en tant qu'entités économiques et financières, mais aussi en tant que nœuds de convergence sociale et sociétale, le maillon essentiel du changement (IV).

I. ACTIVISME ACTIONNARIAL

L'activisme actionnarial ne cesse de se développer, même s'il est difficile de se faire une idée précise sur l'efficacité de ces avancées. Si nous sommes persuadés que la lame de fond se prépare, le positionnement de certains acteurs de la finance peuvent provoquer l'enthousiasme dans certains cas et surprendre dans d'autres. L'année passée n'a pas dérogé à cette règle.

Les plus grands fonds d'investissement sont parfois sujets à ce comportement tout à la fois compréhensible et déroutant³. Ainsi, si Black Rock, Vanguard ou d'autres multiplient les prises de position en faveur d'un changement de paradigme dans l'investissement, et il faut continuer à s'en féliciter, les votes ne suivent que pour un faible pourcentage des résolutions présentées lors des assemblées générales dont ces institutions sont actionnaires. S'il existe certainement des raisons financières, sociales ou de méthode qui expliquent ces votes au cas par cas, il n'en reste pas moins que cette dichotomie brouille quelque peu le message. En effet, si l'on doit saluer le virage emprunté par les fonds dans la qualité de leurs investissements, nous sommes impatients de les voir peser de toute leur puissance pour influencer les politiques des entreprises concernées.

2. H. JONAS, Le principe responsabilité, 1979

3. V. le rapport annuel 2019 de l'organisation américaine *Minority Action* sur l'activisme actionnarial en faveur du climat - <https://www.majorityaction.us/asset-manager-report>

1. Deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020, art. 12.

En ce qui concerne les sujets introduits en 2019 par les propositions de résolutions, ils relèvent d'enjeux de concurrence, de droits sociaux ou d'éthique, mais les enjeux environnementaux ne sont pas en reste. Bien entendu, la star des AG demeure, et demeurera sans aucun doute longtemps (quoique la crise sanitaire actuelle pourrait avoir des incidences sur les priorités des actionnaires), la préoccupation climatique.

Nous pensons par exemple à certains collaborateurs du géant américain Amazon qui, par l'intermédiaire de l'association *Amazon Employees for Climate Justice*, ont déposé une résolution visant à fortement inciter leur employeur à mettre en place un plan d'actions précises pour la lutte contre le changement climatique. Il ne s'agit pas ici d'une déclaration d'intention mais d'engagements précis et chiffrés qui permettraient au groupe de le libérer progressivement des énergies fossiles. Fin de non-recevoir.

Nous pensons également à l'action combinée de l'Église d'Angleterre, qui gère un fonds de pension de plus de 9 milliards d'euros, et du fonds de pension de l'État de New York pour contraindre ExxonMobil à fixer des objectifs quant aux émissions de gaz à effet de serre. Une énième résolution déposée par la société civile et/ou des investisseurs responsables dans le cadre des assemblées générales des géants mondiaux du pétrole.

Mais celle-ci n'aura pas eu la chance d'être soumise au vote des actionnaires, la *Securities and Exchange Commission* l'ayant annulée sur requête du pétrolier⁴. Ce dernier invoquait notamment l'interférence de la résolution dans la bonne gestion de l'entreprise. Argument retenu : la SEC a considéré que la fixation d'objectifs climatiques précis pourrait nuire aux décisions courantes du management pour assurer sa gestion opérationnelle... Influencer positivement la gestion quotidienne de l'entreprise n'est-il pas justement l'enjeu en cause ? Pour la petite histoire, à la suite de cette annulation et pour marquer son mécontentement, l'Église d'Angleterre a déposé une résolution prônant la séparation des fonctions de président et directeur général, résolution qui a recueilli... 40 % des voix.

Toujours le climat, notons enfin la résolution introduite chez le constructeur automobile Ford par l'*Unitarian Universalist Association*. Celle-ci visait les actions de *lobbying* de l'entreprise et les incohérences de celles-ci avec les objectifs affichés en termes de lutte contre les dérèglements climatiques. L'UUA reprochait notamment au groupe son soutien à l'association des constructeurs automobiles américains, qui de son côté exerce un lobby contre un durcissement des obligations environnementales. Ou comment tenter de mettre en adéquation la nécessité environnementale et les enjeux économiques et commerciaux. Cette année, seuls 16,7 % des actionnaires ont choisi la nécessité environnementale...

Un autre exemple parmi tant d'autres, avec une toute autre activité et un tout autre enjeu que le climat, mais sans plus de succès. *SumOfUs*, une communauté internationale de travailleurs,

consommateurs et investisseurs, bien connue pour le dépôt de résolutions axées sur la RSE, a proposé, lors de l'assemblée générale 2019 de la société *Yum!*, l'un des acteurs économiques fort de la restauration rapide, une résolution l'incitant à réaliser un *reporting* sur l'impact de sa chaîne d'approvisionnement sur la déforestation. Fin de non-recevoir.

Revenons sur le climat avec une note heureuse en prenant le contre-pied de ces échecs et en soulignant la résolution présentée par la *Climate Action 100+* face aux actionnaires d'un autre géant du monde pétrolier, BP. Son objet ? Demander au groupe britannique une transparence accrue dans la présentation de sa stratégie pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris.

Un autre angle d'attaque, sans doute moins frontal et plus *corporate* ; mais un angle d'attaque qui fonctionne. Résolution approuvée à 99,14 % ! Ce vote, soutenu par le président du groupe, Helge LUND, ne doit pas être minimisé tant il aurait été difficilement imaginable, du moins dans de telles proportions, il y a encore quelques années. Un réel revirement sur lequel il serait difficile de ne pas s'attarder tant les propos du président de BP sont marquants : « Nous allons pousser les actionnaires à soutenir la résolution proposée par *Climate Action 100+* qui appelle à une plus grande transparence de la part de BP sur la manière dont notre stratégie est alignée avec les objectifs de l'accord de Paris de 2015 sur le changement climatique [...]. Nous reconnaissons que le monde est sur un chemin insoutenable [...]. Mais considérez cette alternative. Plus les émissions de CO₂ augmenteront, plus le changement deviendra difficile, nécessitant une transition douloureuse pour nous et le monde. Le monde ne peut plus continuer sur le chemin qu'il a emprunté ». Pour finir sur l'équation salvatrice et qui tend enfin à émerger, la convergence des intérêts : « Nous affirmons cela non pas pour protéger notre licence d'exploitation, ni comme une forme élaborée de *greenwashing*. En plus d'être la bonne chose à faire, c'est tout simplement dans notre propre intérêt »⁵.

Finissons cet état des lieux par la société allemande Bayer pour qui l'assemblée générale du 26 avril 2019 fut (très) longue et (très) pénible avec l'émergence d'un vote sanction contre son management. Les impacts environnementaux et sanitaires des activités du groupe, dont principalement le rachat de Monsanto et le séisme boursier⁶ qui s'en est suivi, sont loin d'être étrangers au résultat : 55,5 % des actionnaires ont ainsi refusé le *quitus* au directoire, accusé d'avoir sous-estimé les risques induits par la fusion avec le géant américain spécialisé dans les produits phytosanitaires parmi lesquels, bien entendu, les néonicotinoïdes et le glyphosate (v. Dr. Env. 2019, p. 190). N'oublions pas, à titre d'exemple, les condamnations du groupe, intervenues aux États-Unis au deuxième semestre 2018, à verser des indemnités qui se chiffrent en dizaines, voire en centaines de millions de dollars, à des utilisateurs de *Round Up* atteints d'un cancer. Bayer a fait appel.

4. <https://www.sec.gov/divisions/corpfin/cf-noaction/14a-8/2019/nyscrf040219-14a8.pdf>

5. *Why BP supports a fast shift to low carbon*, *Financial Times*, 21 mai 2019 - <https://www.ft.com/content/5fb061d4-7a1d-11e9-8b5c-33d0560f039c>

6. Le groupe Bayer avait perdu l'équivalent de près de quarante ans de sa capitalisation boursière depuis le rachat de Monsanto en juin 2018.

Voici ainsi poindre à l'horizon, pour les actionnaires, une arme qui pourrait s'avérer d'une redoutable efficacité : la remise en cause directe des dirigeants. Comme la banque suisse UBS en raison de l'amende record de 3,7 milliards d'euros infligée par le tribunal de grande instance de Paris pour le système de facilitation de l'évasion fiscale⁷, Bayer vient de l'expérimenter ; si l'actionnaire n'est sans doute pas systématiquement prêt à embrasser la cause environnementale, ou plus largement les enjeux de RSE, au détriment de l'intérêt économique de son entreprise, il en est autrement quand ladite cause rejoint ledit intérêt. Autrement dit, s'il existe un point de rupture au-delà duquel le comportement de l'entreprise nuit à son existence sereine, moi, actionnaire, j'agis !

L'activisme actionnarial ne cesse de se développer, à tel point que la nécessité de l'encadrer s'est faite jour. La grandissante effervescence, dont celle de couleur verte, lors des campagnes d'assemblées générales inquiète en effet les exécutifs et les gendarmes boursiers. En cause notamment, la mise forcée sur la place publique d'éléments d'enquêtes portées par l'Autorité des marchés financiers ; son patron, Robert OPHÈLE, a été clair lors de la présentation de ses vœux 2020 à la presse : « L'année a également été marquée par la montée du débat sur l'activisme actionnarial et c'est dans ce cadre que nous avons eu à examiner quelques dossiers à forte connotation médiatique, ce qui nous a conduit à rendre publique de façon tout à fait inhabituelle la décision de simples lettres de suites prise par le Collège dans le dossier *Muddy Waters - Casino*. Je tiens à redire ici toute l'attention que porte l'AMF au bon fonctionnement des marchés auquel l'activisme peut contribuer mais qu'il peut également perturber dans certains cas »⁸.

Un écho à trois rapports liés à l'activisme actionnarial : l'un publié en novembre 2019 par la commission des finances de l'Assemblée nationale⁹, l'autre, le même jour, par le Club des Juristes¹⁰ et le dernier par l'Afep¹¹ en décembre de la même année. Y sont mis en avant un activisme grandissant et protéiforme, peu aisé à appréhender et à maîtriser, et la nécessité de l'encadrer spécifiquement, au-delà du *corpus* existant pour lutter contre les abus de marché. Réguler oui, mais comment ?

La mission d'information de la commission des finances de l'Assemblée nationale formule « treize recommandations afin de mieux encadrer les comportements activistes, sans nuire à la compétitivité de la place de Paris, en articulant le recours à l'initiative privée, au droit souple et l'évolution des règles quand cela est nécessaire », avec notamment pour objectifs principaux

de renforcer la transparence du marché et la connaissance par les entreprises de leur actionnariat, et de réduire l'asymétrie de communication et d'information entre fonds activistes et sociétés cotées. Ces recommandations « doivent privilégier, quand c'est possible, un recours au droit souple plutôt qu'une évolution de la réglementation ». Le rapport soulignant *in fine* l'importance pour les entreprises d'être activistes pour elles-mêmes en mettant en place une gouvernance solide ; en quelque sorte, s'approprier en amont une part de l'activisme pour éviter d'en subir l'entièreté des conséquences. Ne serait-ce pas justement l'objectif des actionnaires engagées que d'influencer les dirigeants pour qu'ils agissent en amont ?

De son côté, le Club des juristes a cherché à identifier les comportements susceptibles d'être préjudiciables à la transparence, la loyauté et au bon fonctionnement du marché et d'examiner, au plan juridique, l'encadrement et les bonnes pratiques qui pourraient être appliqués aux campagnes activistes. La conclusion n'est pas éloignée de celle de la commission des finances de l'Assemblée nationale : l'activisme actionnarial n'appellerait pas de réforme législative ou réglementaire de grande ampleur, mais plutôt des ajustements de la régulation boursière et des pratiques de marché de nature à encadrer le déroulement des campagnes (*notamment à accroître la transparence autour de l'intervention des activistes*) et à renforcer le dialogue actionnarial initial, par exemple par la création d'une plate-forme permettant aux investisseurs de mettre en commun leurs revendications et d'échanger en amont pour déminer les joutes pressenties.

Enfin, si l'Afep, dans son rapport, ne s'éloigne pas des conclusions de la commission des finances de l'Assemblée nationale et de celles du Club des juristes, elle se démarque néanmoins par son ton. L'objectif est ici la défense et est clairement présenté : « la meilleure défense est de faire en sorte que l'activiste ne souhaite pas entrer au capital et d'identifier en amont les angles d'attaque potentiels (gouvernance, valorisation). En effet, lorsqu'un activiste a pris une participation dans une société, il est trop tard pour échapper à la perturbation sur la vie sociale qu'occasionne l'entrée au capital d'un activiste »¹². Ainsi, pour établir un combat équitable, une symétrie des règles de communication financière, un *level playing field*, il est préconisé une plus grande transparence en imposant aux actionnaires préparant le lancement d'une campagne de déclarer au préalable à la société concernée leur qualité d'actionnaire activiste. De telle sorte que l'actionnaire activiste devrait, entre autres, divulguer son identité et certaines informations relatives à ses responsables, présenter sa position d'une manière qui n'induit pas en erreur les investisseurs, sans « interprétations, estimations, opinions et autres types d'informations non factuelles et toutes les sources devraient être indiquées clairement » ou encore déclarer ses « intérêts ou conflits d'intérêts, y compris ceux de toute personne avec laquelle il est étroitement associé ».

En d'autres termes, que chacun connaisse son adversaire avant d'entrer sur le ring... Si cette volonté n'est pas dénuée de bon sens, et il serait difficile de ne pas y adhérer, il reste à savoir si sa mise en œuvre favoriserait le dialogue et la conciliation.

7. TGI Paris, 20 févr. 2019, n° 11055092033

8. <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/prises-de-parole/discours-de-robert-ophele-president-de-lamf-voeux-2020-la-place-financiere-mercredi-8-janvier-palais>

9. Mission d'information relative à l'activisme actionnarial (Assemblée nationale), Rapp. d'information n° 2287, 2 oct. 2019, http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_fin/115b2287_rapport-information

10. Club des juristes, *Activisme actionnarial*, rapport, nov. 2019, <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2019/11/Activisme-actionnarial-Le-Club-des-juristes-nov.2019.pdf>

11. Association française des entreprises privées, *Activisme actionnarial*, déc. 2019, https://afep.com/wp-content/uploads/2019/12/Activisme-actionnarial_D%C3%A9cembre-2019.pdf

12. Afep, *Activisme actionnarial*, déc. 2019, p. 11

Nous voyons que la fameuse affaire *Casino-Muddy Waters* a déclenché des réactions en chaîne, avec une volonté partagée d'encadrer l'activisme actionnarial, parfois perçu comme un élément déstabilisateur pour la bonne gestion des entreprises. L'intention est louable et elle n'a pas directement pour cible les revendications RSE. Cependant, ces dernières subiront inévitablement les conséquences d'une éventuelle régulation et il faut souhaiter qu'elles n'en souffrent pas. L'objectif est bien de lutter contre les actions court-termistes de déstabilisation conduites pour mener à leur terme les tentatives de prise de contrôle, ou encore les combats concurrentiels ou financiers, et il ne faudrait pas qu'en découle un affaiblissement de la RSE, tel un dommage collatéral d'une lutte qui lui est étrangère.

Réguler pour assurer une gestion saine est une chose, mais affaiblir les éléments qui permettent, certes par coups de pressions dans certains cas, une gestion raisonnée en serait une autre.

II. PRESSION JUDICIAIRE

Plus de vingt ans qu'un navire italien sous pavillon maltais et affrètement français coulait au large des côtes bretonnes avec 30 884 tonnes de fuel lourd dans ses soutes. Le naufrage de l'Erika nous rappelle évidemment les images terribles qui s'en sont suivies, tel un macabre marécage sur l'une des côtes les plus sauvages de France, mais également les multiples procès auxquels elles ont laissé place. Et pourtant, même si ces joutes juridiques furent fondatrices, au même titre que bien d'autres, s'y est substituée, du moins médiatiquement, une somme de procès toujours plus importante, notamment tournée vers l'angoisse climatique. Un changement d'époque qui a vu émerger les procès que l'on pourrait qualifier de citoyens.

La justice climatique toujours et encore. Dans un rapport intéressant publié en juillet 2019¹³, le *Grantham Research Institute* de la *London School of Economics* a procédé à une analyse des cas de poursuites liés au changement climatique depuis 1990, soit plus de 1 300 actions en justice. Avec bien évidemment une courbe ascendante, qui touche aujourd'hui une vaste zone géographique et des résultats de plus en plus prégnants.

Et la période étudiée dans notre synthèse nous montre que des procès climatiques sont initiés dans toutes les zones du globe, contre des entreprises ou des États. Aucun confinement constaté.

Comme en Pologne, où Greenpeace a intenté une action contre la société publique PGE GiEK, avec pour objectifs un renoncement aux investissements dans les carburants fossiles et l'atteinte d'une cible « zéro émission » dans ses centrales à charbon d'ici 2030 ; ou encore en Corée du Sud, où un rassemblement de jeunes nationaux, *Youth 4 Climate Action*, a déposé un recours constitutionnel contre l'inaction du gouvernement,

arguant que l'objectif national de réduction des émissions de gaz à effet de serre serait insuffisant en violation des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution.

Les exemples sont nombreux et il serait peu intéressant de les décliner dans une liste à la Prévert. Sans doute est-il plus opportun de nous attarder sur les cas emblématiques, qui reflètent d'ailleurs l'esprit général de cette vague climatique.

Exxon tout d'abord et les accusations de fraude climatique lancées en octobre 2018 par l'État de New-York. Le pétrolier américain aurait-il trompé ses actionnaires sur les coûts qu'impliqueraient le changement climatique pour le groupe ? La prise en compte de l'impact de la réglementation sur les nouveaux projets aurait-elle été minorée, alors même que les coûts supplémentaires représenteraient plusieurs milliards de dollars ? La Cour Suprême de New-York répond par la négative par une décision du 10 décembre 2019¹⁴.

Le juge américain précise ainsi que la procureure générale de New-York a échoué à prouver que le groupe pétrolier avait usé d'inexactitudes ou d'omissions importantes sur ses pratiques et procédures ayant induit en erreur tout investisseur raisonnable. Rappelons qu'il s'agissait principalement d'analyser la méthodologie d'information ; celle-ci ne sera pas considérée comme relevant d'une fraude boursière, le juge rappelant qu'il n'avait pas à trancher un dossier de changement climatique. Une fin en eau de boudin pour ceux qui voyaient en ce procès le pendant de leurs aînés, emblématiques, dans la lutte pour la protection de la santé (nous pensons par exemple aux procès contre les cigarettiers).

Il faut bien avouer que cette issue ne s'annonçait pas sous les meilleurs auspices quand, après trois semaines de procès, le vice-procureur de l'État de New York annonçait l'abandon de trois des quatre charges qui pesaient sur la multinationale, à savoir les accusations d'avoir trompé les actionnaires sur le coût réel du changement climatique et diffusé de fausses informations les ayant conduits à acheter des actions surévaluées, ainsi que celle de fraude de la *Common law* fédérale. Seule restait la charge de violation du *Martin Act*¹⁵, loi anti-fraude de l'État de New-York, par la diffusion de déclarations trompeuses quant à l'utilisation de deux outils différents permettant d'intégrer le coût indirect du carbone. Avec le succès que l'on connaît...

En attendant le dénouement d'une autre « Affaire du siècle », celui de la mise en cause en mars 2019 de l'État français, par Greenpeace, Oxfam France, Notre Affaire à tous et la Fondation Nicolas Hulot, pour inaction climatique, en voici une troisième qui se clôt en fanfare. En effet, par une décision rendue le 20 décembre 2019 (*Cour suprême néerlandaise, 20 déc. 2019, n° 19/00135*¹⁶) qui n'est pas passée inaperçue,

13. J. SETZER J. and R. REBECCA BYRNES, Grantham Research Institute (London School of Economics), *Global trends in climate change litigation : 2019 snapshot*, juill. 2019, http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2019/07/GRI_Global-trends-in-climate-change-litigation-2019-snapshot-2.pdf

14. N.Y. Sup. Ct., *People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation*, 12 oct. 2019, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20191210_docket-4520442018_decision.pdf

15. New York General Business Law article 23-A, sections 352-353

16. Hoge Raad, Zaaknummer 20 déc. 2019, 19/00135, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (version anglaise)

la Cour suprême néerlandaise, après avoir acté la réalité d'un consensus scientifique sur la question climatique, l'implication humaine et la responsabilité des États dans l'établissement d'objectifs nationaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre, oblige les Pays-Bas à revoir à la hausse leurs objectifs en la matière.

Il s'agit bien entendu de la célèbre affaire *Urgenda*, initiée sept ans plus tôt. Mesurons l'importance d'une décision encore impensable il y a peu, même si certains auteurs ont su relativiser cette décision, jugeant par exemple qu'elle aurait une fonction symbolique. Difficile de leur donner tort, la Cour suprême n'ayant pas enjoint l'État batave de prendre des mesures concrètes¹⁷, mais il faut pousser la réflexion un peu plus loin que le strict cadre juridique ; car nous savons la valeur du *symbolon*, qui « montre, unit et enjoint »¹⁸ ; un cap à suivre...

Dernier exemple emblématique et climatique, l'assignation¹⁹ en janvier dernier du groupe Total par un collectif de collectivités locales²⁰ et d'associations²¹. Le fondement ? La violation de la loi sur le devoir de vigilance²² et de la Charte de l'Environnement²³. Le but ? Agir pour rehausser les ambitions climatiques du groupe pour lui-même mais également pour ses parties prenantes, là où débute la vigilance. En quelque sorte, le relai et le reflet de l'activisme actionnarial, mais en impliquant la justice...

Mais déliions-nous quelque peu du climat pour aborder d'autres enjeux.

Les herbicides tout d'abord, avec la saga *Roundup*. En mai 2019, le groupe Bayer-Monsanto a été condamné à verser plus de deux milliards de dollars à un couple californien atteint de cancers, Alva et Alberta Pilliod. Un jury du comté californien d'Alameda²⁴ a ainsi tranché dans le vif et ce n'est pas le premier échec en justice pour la firme sur l'autel du *Roundup* et son composant le glyphosate ; mais celui-là résonne comme une onde de choc à la lumière des milliers de futures procédures de même type déjà engagées aux États-Unis et ailleurs, comme en France par le désormais célèbre agriculteur Paul FRANÇOIS²⁵. Une onde

de choc qui s'est atténuée quelques semaines plus tard quand un juge californien a réduit la somme due à 86,7 millions de dollars. Cependant, inutile de préciser quelles pourraient être les conséquences de procès interminables, conséquences qui, comme nous l'avons vu précédemment, ont déjà résonné sur la valeur boursière et l'activité actionnariale du groupe.

S'il n'y avait que le *Roundup* ; mais est apparue l'affaire du *Dicamba*, autre désherbant pointé du doigt (à ce jour) pour être à l'origine de destructions massives de cultures et de forêts. Bayer et son concurrent BASF viennent d'ailleurs d'être condamnés, le 15 février 2020²⁶, par un jury du Missouri à verser 265 millions de dollars à un cultivateur accusant ce désherbant populaire d'avoir détruit ses vergers de pêches. D'autres actions vont suivre...

Continuons avec les boues rouges. Le gouvernement provincial et des habitants de Madang (Papouasie Nouvelle-Guinée) ont intenté en février dernier un procès à la compagnie minière chinoise Ramu NiCo afin de réclamer plus de 5 milliards de dollars en compensation de la pollution de l'océan intervenue en août 2019. Près de 200 000 litres de produits toxiques s'y étaient déversés en raison de la défaillance d'un pipeline sous-marin depuis une raffinerie hydro métallurgique de nickel située en bordure de la baie de Basamuk, causant un désastre écologique immense. En cause : la négligence répétée de l'exploitant.

Ensuite, plus générique, l'action menée en mars 2020 par deux associations, l'institut *Earth Island* et l'association *Plastic Pollution Coalition*, contre dix grandes multinationales agroalimentaires dont The Coca-Cola Company, PepsiCo Inc., Nestlé USA Inc., Mars Inc., Danone North America, Mondelez International Inc., Colgate-Palmolive Company ou encore The Procter & Gamble Company. Ici, l'objectif est de mettre à mal un système de production, celui du packaging plastique.

La multiplication de procès environnementaux a sans doute des vertus pour actionner les leviers nécessaires à la prise en compte des enjeux qui s'imposent à nous ; dans ce contexte, se pose néanmoins la question fondamentale du spectre de l'intérêt à agir, sous l'aspect philosophique et juridique. Jusqu'où aller ? On aura noté que l'*actio popularis* fait partie des recommandations du récent rapport de la Cour de cassation sur le procès environnemental, perçu comme « le droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public »²⁷ ; néanmoins, au-delà des positions idéologiques, une porte entièrement ouverte devra être appréciée avec grande prudence au regard de conséquences qui pourraient nuire à ce que la société cherche à préserver, notre futur. Nous pensons principalement ici à une saturation des juridictions, à une vulgarisation de problématiques qui restent très techniques et à l'utilisation de telles actions pour servir des intérêts qui en seraient bien éloignés.

17. La Cour suprême hollandaise, en rejetant le pourvoi de l'État néerlandais, confirme toutefois l'ordonnance du tribunal de district, confirmée en appel, ordonnant à l'État de réduire d'au moins 25 % les gaz à effet de serre d'ici la fin 2020 par rapport à 1990.

18. G. BALACI, *L'importance du symbole et du symbolisme dans le développement psychique*, Society and Politics, Vol. 5, n° 1(9), avr. 2011, pp.144-158

19. <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf>

20. Arcueil, Bayonne, Bègles, Bize-Minervois, Champneuville, Correns, Grande-Synthe, Est-ensemble Grand Paris, Grenoble, la Possession, Mouans-Sartoux, Nanterre, Sevrans, Vitry-le-François

21. Notre Affaire à tous, Sherpa, France Nature Environnement, ZEA

22. L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017

23. L. const. n° 2005-205, 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement : JO 2 mars 2005, p. 3697

24. <https://usrtk.org/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/05/Trial-Transcript-Closing-Arguments-Pilliod.pdf>; <https://usrtk.org/monsanto-roundup-trial-tacker/monsanto-ordered-to-pay-2-billion-to-cancer-victims/>

25. En avril 2019, la cour d'appel de Lyon a condamné Monsanto, mais sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. Une victoire « en demi-teinte » pour l'association Phytovictimes présidée par l'agriculteur (CA Lyon, 11 avr. 2010, n° 17/0602 : Dr. Env. 2020, p. 215).

26. Cape Girardeau Jury, Case n° 1:16-cv-00299-SNLJ, 15 févr. 2020.

27. Cour de cassation, *Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, sous la direction de Ève TRUILHÉ et Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, mai 2019, <https://www.courdecassation.fr/IMG/rapport.pdf>

III. PUBLICITÉ MENSONGÈRE

Comme chaque année, il est à la fois utile et distrayant d'observer les avis du jury de déontologie publicitaire (JDP) dans sa chasse au *greenwashing* et aux violations de la recommandation « Développement durable »²⁸ [ci-après, la recommandation] de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP).

Et les constructeurs automobiles restent les mieux servis.

Lexus par exemple, dans un avis publié le 20 mars 2020 dans le cadre d'une plainte émanant d'un particulier relative à la conformité aux règles déontologiques de publicités diffusées sur Internet, pour promouvoir le modèle Lexus RX 450h (JDP, 20 mars 2020, avis n° 637/20, Lexus RX). Le jury, après avoir relevé que les trois visuels publicitaires en cause présentaient un véhicule à moteur stationné sur des espaces naturels (un grand classique), accompagné du texte « Un caractère baroudeur [...] qui vous permettra d'explorer tous les chemins », rappelle le point 9 « Impacts éco-citoyens »²⁹ de la recommandation. Comme pour la plupart des publicités mêlant automobile et espaces naturels dont il est acté qu'ils ne constituent pas une voie ouverte à la circulation, le jury précise que la publicité méconnaît les dispositions précitées.

Un peu de nostalgie ensuite avec la charmante Fiat 500 Dolce-vita au sujet de laquelle un avis fut publié le 4 novembre 2019 (JDP, 4 nov. 2019, avis n° 594/19, FIAT 500). En cause l'image d'un véhicule décapotable dans un décor de bord de mer, posé sur une promenade en bois, tourné vers le rivage et faisant notamment face à des chaises longues et des parasols ; avec des slogans évocateurs : « La Dolce-vita en version originale » et « Nouvelle 500 Dolce-vita. Summer on board ». Dès lors, le fait que la belle italienne ne soit pas directement sur le sable suffira-t-il à assurer le respect de la recommandation ? En d'autres termes, la promenade en bois permettra-t-elle de dénaturer partiellement l'espace naturel et à caractériser une voie ouverte à la circulation ?

L'ARPP, dans son examen préalable, avait considéré que l'image montrant la Fiat 500 sur un large ponton en bois, distinct de l'aire de sable qui l'entoure et pouvant dès lors apparaître comme un espace de stationnement dédié, était conforme à ces exigences. Mais, pointu, le jury considère que la surface sur laquelle est stationné le véhicule est constituée de planches de bois posées sur le sable d'une plage, comme il en existe dans plusieurs destinations balnéaires identifiées, où de telles structures sont dédiées

28. <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2016/08/Recommandation-D%C3%A9veloppement-durable-ARPP.pdf> NB : Une version actualisée de la charte a été publiée le 29 avril dernier et entrera en vigueur le 1^{er} août prochain. <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/recommandation-developpement-durable-v3/>

29. « La publicité doit s'inscrire dans un contexte de responsabilité sociale en tenant compte notamment de la sensibilité du corps social à un moment donné et du contexte de diffusion de la publicité.

9.1 La publicité doit proscrire toute représentation susceptible de banaliser, et a fortiori valoriser, des pratiques ou idées contraires aux objectifs du développement durable. À titre d'exemple : [...]

e/ La représentation, sous quelque forme que ce soit, de véhicules à moteur en milieu naturel devra clairement les positionner sur des voies ouvertes à la circulation. »

à la déambulation des piétons. Pour ajouter que les planches figurant sur le visuel en cause ne peuvent être immédiatement perçues, à défaut d'autre indication dans l'image, comme des lieux de circulation ou de stationnement des véhicules et « que cette perception du décor comme étant celui d'une plage non ouverte à la circulation est encore renforcée par la présence d'une cabine de bois placée au même niveau que le véhicule ». La *Dolce vita* oui, mais pas à la plage ! Ou sans voiture !

Eloignons-nous des véhicules à moteur pour aborder l'énergie. La société Vattenfall Energies a été récemment mise en cause pour un visuel publicitaire présentant la photographie d'une petite fille debout, cheveux au vent, prenant appui sur un bâton, dans un espace naturel de bord de mer. Avec en arrière-plan sept éoliennes et le texte suivant : « Notre objectif : une vie sans énergie fossile d'ici une génération – Profitez d'une électricité neutre en carbone et jusqu'à 10 % moins chère ». Dans son avis publié le 20 mars 2020 (JDP, 20 mars 2020, avis n° 614/19, Vattenfall), le jury s'est interrogé sur deux points : tout d'abord, la formule « une vie sans » est-elle excessive ? Ensuite, la représentation d'un champ d'éoliennes pour seul décor laisse-t-elle entendre que l'énergie proposée provient à 100 % des éoliennes et induit-elle le consommateur en erreur ?

À la première question, il répond que l'objectif annoncé, celui d'une vie sans énergie fossile d'ici une génération, constitue « une promesse ambiguë et globale, qui laisse accroire que toute une vie pourra se dérouler sans aucun recours à l'énergie fossile dans l'avenir proche d'une génération », qui « excède les services que la société Vattenfall, fournisseur d'électricité et de gaz, est en mesure de proposer ». Cette impression d'ambiguïté serait également renforcée par la présence d'éoliennes, dans un pays beigné dans un mix énergétique aujourd'hui dominé par le nucléaire.

Passons aux cheeseburgers et à la célèbre enseigne américaine *Five Guys*.

Dans un avis publié le 10 octobre 2019 (JDP, 10 oct. 2019, avis n° 592/19, Five Guys), à la suite d'une plainte émanant des associations France Nature Environnement et Halte à l'obsolescence programmée, il fut question d'une affiche représentant un pot de *milk-shake* portant la marque *Five Guys* au-dessous duquel figure un nuage de fumée, accompagné du texte « La meilleure chose qui soit jamais arrivée à cette planète ». Pour les plaignantes, cette publicité laisserait entendre que la marque pratique une activité vertueuse et bénéfique pour l'environnement ! Alors même que l'activité de restauration rapide serait source de déchets et de gaspillage alimentaire et « que la spécialisation sur les hamburgers implique une forte consommation de viande de bœuf, aliment donc l'impact environnemental est parmi les plus forts (un kilogramme de bœuf équivaut à 27 kg de gaz à effet de serre, consomme 13 500 litres d'eau, au-delà de son effet sur la déforestation en Amazonie pour nourrir le bétail) ». Qu'en a donc pensé le jury de déontologie publicitaire ? Il relève que l'affiche incriminée utilise un processus classique d'emphase publicitaire, en montrant un pot de *milk-shake* en train de décoller comme une fusée, en direction de la planète Terre, et que l'expression qui accompagne cette image, « La meilleure chose qui soit arrivée à cette planète », comporte une ambiguïté, en ce qu'elle semble indiquer que le produit a des bénéfices pour

la planète. Dès lors, une telle allégation induirait un bénéfice environnemental du produit et le public en erreur sur les actions de l'annonceur en matière de développement durable et sur la nature et les propriétés de ses produits.

Même si l'on peut avoir des doutes raisonnables sur le fait que *bacon cheeseburgers* ou un *milk-shake* puissent être considérés comme la meilleure chose qui soit arrivée sur Terre, et si nous savons pertinemment un combat sur le front de la santé, il nous semble un peu exagéré, pour ne pas dire angoissant, que l'on puisse considérer qu'une publicité le clamant puisse duper le citoyen moyen ! Certains d'entre nous croient-ils réellement que deux tranches de pain avec un steak au milieu puissent avoir une quelconque vertu environnementale ? Même si nous pourrions avoir des surprises...

IV. L'IMPLICATION VOLONTAIRE

Activisme actionnarial en pleine expansion ou risque judiciaire toujours plus présent, les entreprises sont scrutées dans leur implication environnementale. Des actrices, mais des actrices volontaristes néanmoins. Leurs actions sont innombrables, avec plus ou moins de sincérité, de vision ou de succès, et il serait vain de chercher à les énumérer. Attardons-nous sur certaines d'entre elles.

Tout d'abord, l'année écoulée aura vu plusieurs engagements de grande envergure, regroupant des dizaines d'entités.

Par exemple, en août 2019, plus de cent entreprises françaises se sont engagées à investir 73 milliards d'euros dans la lutte climatique. Énergies renouvelables, technologies bas carbone et pratiques agricoles durables feront l'objet d'investissements importants jusqu'en 2023 ; tels sont les objets du *French Business Climate Pledge* pour apporter une pierre à l'édifice dans la nécessité de changer collectivement de cap en accélérant l'innovation et la recherche à travers leurs investissements, afin d'engager une baisse drastique des émissions de gaz à effet de serre de la planète³⁰. Chacun des signataires y développe ses « engagements concrets ». Citons par exemple Hermès ; le groupe familial s'engage ainsi à intégrer un critère « climat » dans la rémunération variable de ses gérants, à accroître la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique, à améliorer la performance énergétique de ses sites par l'intermédiaire de choix d'équipements moins énergivores, d'opérations d'isolation et d'innovations techniques, à poursuivre le découplage entre la croissance de l'activité et les consommations d'énergie et à compenser l'ensemble de ses émissions carbone Scope 1&2. C'est à saluer.

Autre exemple de grande ampleur, mais mondial. En septembre 2019, lors du Sommet Action Climat (New York City), 87 grands

30. French Business Climate Pledge, Les entreprises françaises s'engagent pour le climat ! – éd. 2019, https://parisactionclimat.paris.fr/sites/default/files/2019-09/11634-presentation-du-french-business-climate-pledge-les-entreprises-francaises-sengagent-pour-le-climat-initiative-de-99-entreprises-francaises_1.pdf

groupes³¹, à travers une coalition nommée *We Mean Business*, se sont officiellement engagés à respecter l'Accord de Paris et à prendre des objectifs climatiques en concordance avec une trajectoire 1,5 °C. L'objectif majeur est d'accélérer la transition vers la neutralité carbone en 2050 et les entreprises ne se gênent pas ici pour interpeller les États : « Les entreprises comptent sur les gouvernements pour fournir des objectifs audacieux et des délais clairs afin de leur donner la clarté et la confiance dont ils ont besoin pour proposer leurs propres engagements, encore plus ambitieux, ce qui, en retour, aidera les gouvernements à renforcer et à améliorer les politiques climatiques nationales »³². Notamment, ceux-ci sont fortement incités à élaborer des politiques, plans et lois afin de permettre la réalisation d'une transition vers des émissions nettes nulles d'ici 2050 au plus tard, à éliminer progressivement les subventions aux combustibles fossiles d'ici 2025, à fixer des objectifs croissants de vente pour les véhicules électriques, à adopter des objectifs nationaux en matière d'énergies renouvelables ou encore à établir un moratoire sur les centrales au charbon.

Plus symbolique, mais tout aussi essentiel, la *Business Roundtable*, un groupe de 181 directeurs de grandes sociétés américaines³³ a publié, le 19 août 2019, une déclaration³⁴ dans laquelle elle propose une nouvelle perspective de l'objet social des entreprises, une nouvelle raison d'être si l'on peut se permettre la référence à l'article 1833 de notre cher code civil³⁵. On y apprend tout d'abord que « les Américains méritent une économie qui permette à chacun de réussir par le travail acharné et la créativité, et de mener une vie pleine de sens et de dignité » et que les signataires croient à un « système de libre marché » comme étant « le meilleur moyen d'assurer de bons emplois, une économie forte et durable, l'innovation, un environnement sain et l'opportunité économique pour tous ». Tout un programme, mais du classique outre-Atlantique.

Ce qui l'est moins est le rejet de l'objectif unique, celui défendu depuis plus de 40 ans par cette même *Business Roundtable*, à savoir satisfaire avant tout les actionnaires ; en effet, les plus grands dirigeants américains s'engagent à « fournir de la valeur à leurs clients », à « investir dans les employés », à « traiter équitablement et éthiquement les fournisseurs », à « soutenir les communautés dans lesquelles ils travaillent », à « protéger l'environnement » et à « générer de la valeur à long terme pour les actionnaires ». Une simple déclaration certes, mais une plongée directe dans le cœur de la RSE qui doit être notée.

Si beaucoup d'entreprises souhaitent montrer leur prise de conscience par l'intermédiaire de coalitions, elles prennent également des engagements individuels, dont certains marquent particulièrement nos esprits. À l'image de Microsoft qui affirme ne pas se contenter de la neutralité Carbone mais vouloir

31. Suez, Orange, L'Oréal, Danone, Saint-Gobain, Sodexo, Burberry, Ericsson, Electrolux, Deutsche Telekom, Nestlé, Nokia, Schneider Electric...

32. C. site internet de la coalition *We Mean Business* : <https://www.wemeanbusinesscoalition.org/policy/>

33. Amazon, Apple, Boeing, JP Morgan Chase, Johnson & Johnson, American Airlines...

34. BRT, *Statement on the Purpose of a Corporation*, août 2019, https://www.novethic.fr/fileadmin/user_upload/tx_ausynovethicarticles/BH/Business-Roundtable-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf

35. v. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, La loi Pacte, une réelle avancée pour la protection de l'environnement ? : Dr. Env. 2019, p. 199.

dépasser cet objectif en atteignant un bilan négatif d'ici 2030 et en éliminant de l'environnement, d'ici 2050, tout le carbone que l'entreprise a émis soit directement, soit par la consommation électrique depuis sa création en 1975. Mais comment ? En se fournissant uniquement en énergies renouvelables dans tous ses centres de données, ses bâtiments et ses campus d'ici à 2025, en mettant en place une taxe carbone interne à partir de juillet 2020, en participant à des opérations de boisement et de reforestation ou encore en investissant un milliard de dollars dans un nouveau fonds d'innovation pour le climat, créé pour contribuer à l'amélioration des technologies de capture et d'élimination du carbone³⁶.

Avec son initiative *The Climate Pledge*, Jeff Bezos, fondateur d'Amazon, est sur la même longueur d'onde que son homologue de Microsoft : remplir les objectifs de l'Accord de Paris avec dix ans d'avance. En annonçant ce dispositif ambitieux en septembre 2019, la première fortune mondiale s'est engagée pour la neutralité carbone d'ici 2040 et pour 100 % d'énergie renouvelable d'ici 2030 et a acté une commande 100 000 véhicules de livraison entièrement électriques et un investissement de 100 millions de dollars dans des projets de reforestation à travers le monde.

Pour finir en invitant les autres entreprises à se joindre à lui : « Nous avons décidé de sortir du troupeau sur cette question et de capitaliser sur notre taille et notre échelle pour faire la différence. Si une entreprise avec autant d'infrastructures physiques que la nôtre — qui livre plus de 10 milliards de colis par an — peut remplir les objectifs de l'Accord de Paris dix ans plus tôt, alors toutes les entreprises peuvent le faire. J'ai échangé avec d'autres CEO de grands groupes internationaux, et nombre d'entre eux

trouvent un intérêt à se joindre à cet engagement. Les grandes entreprises qui signeront *The Climate Pledge* enverront un signal fort au marché pour rappeler qu'il est temps d'investir dans les produits et services dont les signataires auront besoin pour respecter leurs engagements ». Si Amazon le fait, alors tout le monde peut et doit le faire...

Portée par le même homme, difficile de passer à côté de la création du *Bezos Earth Fund* ; avec pour raison d'être le financement des initiatives dans la lutte contre le changement climatique, il est d'ores-et-déjà doté de 10 milliards de dollars en provenance directe du portefeuille personnel de son créateur.

The Climate Pledge, We Mean Business, Science Based Targets, We Are Still In, America's pledge on climate change... Ne nous plaignons pas de la multiplication des coalitions, mais souhaitons qu'elles réussissent à éviter une cacophonie que l'on peut craindre. Il est explicable que chacun souhaite être à l'initiative du Grand changement, ce serait presque naturel serait-on tenté de dire, mais attention à ce que cette course à la vertu ne nuise pas à son efficacité.

Et pour le clin d'œil, finissons par le *Climate Neutral Now*, initiative portée par l'ONU ; non pas pour la nouveauté, sa création datant de 2015, mais pour la récente adhésion d'un club de football français. En effet, le LOSC (Lille) a rejoint ce programme en janvier 2020 et s'est par là-même engagé à atteindre la neutralité carbone d'ici 2050 dans le respect de l'Accord de Paris.

De Seattle, ville accueillant le siège social d'Amazon, aux pelouses du Domaine de Luchin, centre d'entraînement du LOSC, il n'y a qu'un pas dans les intentions ! De là à ce que Jeff Bezos devienne un fan inconditionnel des Dogues lillois...

³⁶. Microsoft annonce qu'elle affichera un bilan carbone négatif d'ici 2030, communiqué de presse, 16 janv. 2020 - <https://news.microsoft.com/fr-ca/2020/01/16/microsoft-annonce-quelle-affichera-un-bilan-carbone-negatif-dici-2030/>