

La lutte contre le changement climatique confrontée à l'intérêt social et à la responsabilité des administrateurs

Isabelle Corbisier^(**)

1. La saga ClientEarth v. Shell, toujours en cours⁽¹⁾, constitue l'une des toutes premières actions engagées contre les dirigeants d'une société en vue de les forcer à changer la stratégie de la société face au changement climatique⁽²⁾ et, bien sûr, une action particulièrement retentissante car dirigée contre les dirigeants de la société Shell. Elle fait suite à une autre décision, tout aussi remarquable, concernant la même société : celle rendue par le tribunal de La Haye le 26 mai 2021⁽³⁾, sur requête de l'ONG Milieudefensie, qui condamne Shell à réduire ses émissions de gaz à effet de serre sur la base de la norme générale en matière de responsabilité extracontractuelle (art. 6:162, NBW), imposant des obligations de résultat et de moyens à cet égard en fonction du type d'émission concerné. L'action de Milieudefensie fut rendue possible par l'existence d'une disposition (art. 3:305a, NBW) autorisant les fondations ou associations dotées de la personnalité juridique à introduire des actions d'intérêt collectif s'inscrivant dans le cadre de leur objet statutaire.

En février 2023, l'ONG ClientEarth, dont Milieudefensie est une filiale, intenta une action dite "derivative" devant la High Court anglaise contre 11 dirigeants de Shell, articulée autour d'un double reproche : une stratégie inadéquate de gestion du risque climatique et une mise en œuvre insuffisante de la décision néerlandaise précitée. ClientEarth ne cherchait nullement à obtenir des dommages et intérêts, mais bien une décision ordonnant à Shell ("injunctive relief") de changer sa stratégie en matière de changement climatique. Pour rappel, la "derivative action" au sens du droit anglais

est une action de la société intentée par des actionnaires arguant d'une gestion s'inscrivant en violation des devoirs encourus par les dirigeants. L'introduction de cette action ne requiert pas la détention par les demandeurs d'un certain nombre ou pourcentage d'actions mais, en vue d'éviter les abus, celle-ci est soumise au filtre d'une autorisation judiciaire fondée sur la démonstration d'un "prima facie case", un test dont il est reconnu qu'il comporte une exigence supérieure à l'établissement de ce que l'on se trouverait en face d'un "seriously arguable case"⁽⁴⁾. Deux dispositions essentielles du Companies Act se trouvaient au centre de la discussion : celle imposant aux dirigeants le devoir de poursuivre l'intérêt social, tel que défini à la section 172 du Companies Act ("Duty to promote the success of the company") et celle concernant le "duty of care" ou devoir de diligence, tel que précisé à la section 174 du Companies Act, auquel sont soumis les dirigeants dans la conduite de leur gestion de la société.

2. L'intérêt social. Comme le rappelle le juge dans sa décision du 12 mai 2023⁽⁵⁾ : "s.172 imposes a duty to act in the way the director concerned considers in good faith would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, having regard, amongst other matters, to an identified list of considerations, such as the likely consequences of any decision in the long term and the impact of the company's operations on the community and the environment". Cette obligation de servir l'intérêt social de la société implique toutefois d'opérer une balance délicate entre des intérêts

* Prise de position de l'auteur.

** Professeure ordinaire, Université du Luxembourg.

1. Pour suivre cette affaire : <https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-shells-board-of-directors/>.

2. Selon H. DE WULF, "The failed derivative action by ClientEarth against Shell's directors : minority shareholders should not try to determine a corporation's climate change strategy through the courts", *ECCL*, 2/2023, p. 189-203 et spéc. p. 189, et P. IGLESIAS-RODRÍGUEZ, "ClientEarth v Shell plc and the (Un) Suitability of UK Company Law and Litigation to Pursue Climate-Related Goals", *Journal of Environmental Law*, 2023, p. 445-454, n° 1.

3. Décision disponible en anglais et en néerlandais sur le site suivant : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/>. Pour un résumé : H. DE WULF, *op. cit.*, p. 190.

4. Pour de plus amples développements sur ce test "prima facie" : H. DE WULF, *op. cit.*, p. 192-196.

5. ClientEarth v Shell Plc & Ors (Re Prima Facie Case) [2023] EWHC 1137 (Ch), 12 mai 2023, n° 14, disponible en ligne : [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2023/1137.html&query=\(ClientEarth\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2023/1137.html&query=(ClientEarth)).

divers et non de faire prévaloir l'un d'entre eux sur les autres : "The way in which ClientEarth puts its case seeks to impose absolute duties on the Directors which cut across their general duty to have regard to the many competing considerations as to how best to promote the success of Shell for the benefit of its members as a whole"⁽⁶⁾. Par conséquent, le juge refuse d'accéder à la demande de ClientEarth au motif que cette dernière ne lui apparaît pas comme animée par le souci de poursuivre l'intérêt social de Shell mais chercherait plutôt à instrumentaliser la direction de Shell à ses fins, alors qu'elle ne constitue qu'un actionnaire très minoritaire de la société⁽⁷⁾.

3. Le "duty of care" (devoir de diligence). ClientEarth ne parvient pas non plus à convaincre le juge d'une violation, par les dirigeants concernés, de leur "duty of care" (section 174 du Companies Act) au motif que ClientEarth échoue à établir le caractère déraisonnable des décisions et stratégies mises en œuvre par les dirigeants de Shell en vue de faire face aux risques générés par le changement climatique⁽⁸⁾.

4. Quels enseignements pour le droit belge ?

Qu'en serait-il d'une telle action intentée en Belgique ? Contrairement au droit anglais, le droit belge exige la détention d'un certain pourcentage d'actions ou d'une certaine portion du capital pour intenter une action sociale dite "minoritaire" (art. 7:157, CSA). Ensuite, la notion d'"intérêt social" pourrait apparaître largement centrée sur l'intérêt financier des actionnaires depuis l'arrêt rendu en 2013 par la Cour de cassation⁽⁹⁾ cantonnant l'intérêt social au "but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société". Cette formulation n'est toutefois pas décisive dans la mesure où, d'une part, la référence aux associés futurs légitime une approche axée sur un terme plus long, laquelle peut inclure la prise en considération d'autres intérêts

que celui des associés et où, d'autre part, la définition de la société, formulée à l'art. 1:1 du CSA mentionne désormais le but lucratif comme *un* des buts que la société est habilitée à poursuivre⁽¹⁰⁾.

S'agissant de l'établissement d'une responsabilité des administrateurs vis-à-vis de tiers, la question primordiale est de savoir si les sociétés (et leurs dirigeants) peuvent se voir imposer des obligations similaires à celles encourues par les Etats signataires de traités internationaux, dont l'accord de Paris, sur la base du devoir général de diligence, alors qu'ils respectent par ailleurs les législations spéciales éventuellement applicables, phénomène dénotant une certaine "privatisation" du droit international par le report d'obligations d'Etats sur des acteurs privés en vue d'en assurer l'effectivité⁽¹¹⁾. La décision précitée du tribunal de La Haye est dans ce sens s'agissant de la responsabilité de la société. Quant aux administrateurs, les décisions anglaises précitées illustrent l'actuelle difficulté de s'inscrire dans cette voie. Néanmoins, il semble qu'une majorité des auteurs en Belgique s'entendent pour rappeler le caractère évolutif de la notion de faute aquilienne pour souligner que l'inaction des administrateurs en matière climatique pourrait un jour être considérée comme fautive en fonction du contexte d'urgence climatique⁽¹²⁾ : le temps où l'ESG/la durabilité étaient considérées comme des préoccupations relevant d'une action purement volontaire s'inscrivant dans un contexte de "soft law" semble révolu⁽¹³⁾ et il est possible qu'une évolution se dessine d'un simple devoir de vigilance à un devoir de précaution⁽¹⁴⁾. Les écueils jalonnant cette évolution demeurent toutefois importants⁽¹⁵⁾ et la probabilité de voir établir la responsabilité des administrateurs pour défaut d'action en matière de lutte contre le changement climatique demeure pour l'heure assez faible.

6. *Ibid.*, n° 25.

7. Voy., spécialement, les considérations développées au n° 65 de la décision.

8. Voy. P. IGLESIAS-RODRIGUEZ, *op. cit.*, n° 2.2.

9. Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2384.

10. Voy. G. CROISSANT, "ESG litigation and liability risks - a brave new world ?", (coll.) *Gouvernance et responsabilité - Mélanges à la mémoire de Didier Willemain*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 187-222 et spéc. n° 57; X. DIEUX, "La responsabilité sociale ou sociétale des États et des entreprises à l'épreuve du contentieux climatique : quelques questions de principe", (coll.) *Gouvernance et responsabilité*, *op. cit.*, p. 457-476 et spéc. n° 5; V. MARQUETTE et A.-S. PIJCKE, "La responsabilité civile des membres de l'organe d'administration des sociétés belges pour défaut d'action en matière de lutte contre le changement climatique", (coll.) *Gouvernance et responsabilité*, *op. cit.*, p. 853-892 et spéc. p. 875-878.

11. Voy. G. CROISSANT, *op. cit.*, n° 8; V. MARQUETTE et A.-S. PIJCKE, *op. cit.*, p. 854; Ph. MALHERBE et M. MORTELETTE, *op. cit.*, p. 828-829. Pour une approche plus globale du phénomène : A.-S. EPSTEIN, "La privatisation du droit de l'environnement", A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE (dir.) *Le droit économique, levier de la transition économique ?*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 251-275.

12. V. MARQUETTE et A.-S. PIJCKE, *op. cit.*, p. 872. Certains auteurs sont plus réservés, voy. par ex. Ph. MALHERBE et M. MORTELETTE, *op. cit.*, p. 835.

13. G. CROISSANT, *op. cit.*, n° 62 à 69; X. THUNIS et J.-M. GOLLIER, "Devoir de vigilance des entreprises : vers une 'responsabilité sociétale des entreprises' juridiquement obligatoire", *L'environnement, le droit et le magistrat - Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 315-352.

14. J.-FR. ROMAIN, "Vers un nouveau paradigme de l'entreprise, raisonnable et responsable socialement", (coll.) *Gouvernance et responsabilité*, *op. cit.*, p. 1031-1066 et spéc. p. 1053-1061.

15. Voy. V. MARQUETTE et A.-S. PIJCKE, *op. cit.*, p. 862-882. Les autrices évoquent notamment : la problématique de la prévisibilité du dommage, l'absence de reconnaissance par le droit belge d'une action en vue de l'intérêt général, l'absence de régime particulier pour la réparation du préjudice écologique, les difficultés liées à l'établissement du lien de causalité, le tout en rappelant au passage que l'action des administrateurs fait l'objet d'une appréciation marginale (art. 2:56, CSA) s'apparentant à la *business judgment rule* anglo-saxonne.