

Responsabilité sociale des entreprises

Mai 2020 – Mai 2021

La période étudiée est pour le moins atypique, du moins espérons-le, tant la vie économique, politique et sociale dans notre société aura été chamboulée par la crise sanitaire. Aucune décision, aucune prise de position, aucune omission n'aura pu échapper à la main mise du virus.

Nous pourrions y voir un nouveau frein à un changement nécessaire et attendu dont la célérité est, pour certains, loin d'être à la hauteur. Un nouveau rendez-vous manqué qui nous ferait craindre une pente glissante menant inexorablement, par exemple, à un réchauffement planétaire loin des objectifs de l'Accord de Paris. Pourtant, peut-être en réaction à la chappe qui a coiffé cette dernière année, qui a éteint beaucoup de nos projets et de nos espoirs, nous préférons largement y percevoir un catalyseur de volonté, un accélérateur d'intentions et un fondement à l'action. Un contexte propice à la recherche, pour les entreprises, d'une raison d'être.

Car tout n'est pas sombre et en prenant un peu de hauteur, il est aussi de notre responsabilité de mettre en avant le virage emprunté. Ainsi, comment passer sous silence que les énergies renouvelables ont dépassé 500 milliards de dollars d'investissements en 2020, alors même que ceux liés à la production de pétrole et de gaz ont chuté pour basculer à moins de 400 milliards de dollars¹. Une grande première, si révélatrice.

Certains diront que la crise pourrait faire rebasculer la balance du mauvais côté. Nous pensons au contraire qu'elle peut être le point de bascule vers le raisonnable. Les prises de conscience personnelles, les peurs personnelles, notamment sanitaires, vont nécessairement marquer et influencer l'action collective dont celle d'un tissu économique essentiel dont beaucoup oublie qu'il n'est en réalité que le reflet des consciences individuelles. Une heuristique personnelle, partiellement conduite par la peur², vers une mutation collective. C'est bien là où réside l'opportunité du moment.

Nous pensons alors, dans une action protectrice, voire de survie, que l'expérience covid-19 est susceptible d'asseoir définitivement une voie RSE d'ores-et-déjà dessinée, d'asseoir durablement le rôle d'entreprises qui se doivent, plus que jamais, d'être porteuses d'espoir et d'ambition, soumises à une pression actionnariale constante (I), à un devoir de vigilance grim pant (II), dont la communication ne cesse d'être encadrée (III) et scrutée (IV), et dont les initiatives sont toujours plus nombreuses (V).

I. ACTIVISME ACTIONNARIAL

Si les vertus de l'activisme actionnarial ne sont plus à démontrer, il n'en reste pas moins que la définition d'un cadre est nécessaire. En effet, l'engouement pour cette pression venue de « l'intérieur »

Julien Girard
Avocat associé
Atmos Avocats
Docteur en droit

a impliqué un développement fulgurant, dans lequel s'est engouffrée une grande typologie de parties prenantes, plus ou moins bien intentionnées.

Et, nous le savons, la régulation, dans ces engouements, n'intervient que dans un second temps, second temps dont l'heure paraît être arrivée. Sans entrer dans les détails, nous pensons principale-

ment lieu à la nouvelle doctrine de l'AMF relative à l'activisme actionnarial afin d'en limiter les excès constatés³.

Si nous visons le concret, la période étudiée a montré une activité certaine en dépit de l'effet prétendument anesthésiant de la crise sanitaire en cours. Au contraire, ce contexte si particulier a poussé la plupart des dirigeants à démontrer à leurs actionnaires la place de leur entreprise dans une transition affichée comme nécessaire. En concentré, convaincre du rôle passé et des ambitions futures. Si l'on en croit les sociétés et leurs discours lors des assemblées générales de l'année 2020, la RSE serait l'une des clés principales de la relance. Et si, en raison de la tenue digitalisée des dites assemblées, la parole des actionnaires n'a certainement pas été la plus fluide des dernières années, leurs prétentions auront été et seront légitimées par la crise sanitaire. L'énergie et son influence sur le climat furent et seront, bien entendu, au centre des préoccupations des actionnaires et des parties prenantes, et donc des dirigeants.

- **HSBC, l'art de faire sienne la RSE.** Nous avons appris, début 2021, qu'une quinzaine de grands investisseurs⁴ épaulés par plus d'une centaine d'actionnaires individuels, sous l'influence de l'ONG ShareAction, avaient pour intention de déposer une résolution climatique lors de l'assemblée générale de la banque HSBC, qui se tiendra le 28 mai prochain. L'objectif était notamment de contraindre l'établissement financier à réduire le financement des énergies fossiles en publiant une stratégie et des objectifs cohérents avec l'Accord de Paris sur le climat.

Enfin, finalement, signe d'un changement louable d'attitude, c'est HSBC elle-même qui présentera une résolution, lors de son assemblée générale, résolution par laquelle elle : (i) s'engagera à ne plus financer la production d'électricité à partir du charbon et l'exploitation du charbon thermique d'ici à 2030 dans l'Union européenne et l'OCDE, et d'ici à 2040 dans le reste du monde ; et (ii) se fixera des objectifs de court et moyen termes afin que l'ensemble de ses financements, dont ceux impliquant le pétrole et le gaz, soient cohérents avec l'Accord de Paris. Cet engagement permet notamment à la banque d'obtenir le retrait, par *ShareAction*, de sa propre résolution. On le comprendra aisément : mieux vaut initier soit même un cercle vertueux que de se le faire imposer.

1. Source : Ifpen (Institut français du pétrole Énergies nouvelles), Bilan énergétique mondial, févr. 2021.

2. H. Jonas, *Le principe responsabilité*, 1979

3. AMF, *Activisme actionnarial : l'AMF fait évoluer sa doctrine*, 17 mars 2021, <https://www.amf-france.org/sites/default/files/pdf/68186/fr/Activisme%20actionnarial%20%201%27AMF%20fait%20evoluer%20sa%20doctrine.pdf?1619314557>; *Communication sur l'activisme actionnarial*, avr. 2020, https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-04/communication-amf-sur-activisme-actionnarial_avril20_2.pdf

4. Amundi, Man Group, La Banque Postale...

Ce dénouement fait directement écho à celui intervenu lors de l'assemblée générale de Barclays en date du 7 mai 2020, au cours de laquelle deux résolutions sur le climat s'affrontaient : celle de la banque, qui a recueilli une quasi-unanimité, et celle menée par *ShareAction*, qui a retenu près d'un quart de votes favorables. Mais le cas HSBC a permis de franchir une étape supplémentaire dans le dialogue actionnarial avec, contrairement à l'épisode Barclays, la substitution pure et simple de la résolution portée par l'ONG par celle émanant de la banque.

C'est exactement ce que nous attendons de l'activisme actionnarial : un dialogue en amont pour que l'entreprise fasse sienne l'engagement RSE. Sans aucun doute le moyen le plus efficace pour les actes suivent les engagements.

- **De Total à TotalEnergies.** Toujours le climat ; notons une décision emblématique d'un groupe souvent décrié, pas toujours à raison, pour son attitude, Total. Le géant pétrolier va demander à ses actionnaires de voter sur la transition énergétique et l'objectif d'une neutralité carbone ⁵. Qui l'eut cru en 2003, en assistant aux débats du procès de l'Erika ? Et comment dès lors ne pas croire que l'évolution est en marche ?

Ce revirement fait suite à une précédente assemblée générale, en 2020, très compliquée pour la direction de l'entreprise, notamment dans le cadre de pressions institutionnelles sur les enjeux du changement climatique. Total a donc décidé de prendre la main en vue de l'assemblée générale 2021 et le propos, tant il est marquant, mérite d'être retranscrit :

« Le conseil a pris plusieurs décisions importantes pour soutenir la transformation de Total en une compagnie multi-énergies, son engagement dans la transition énergétique et son ambition climat d'atteindre la neutralité carbone telle qu'annoncée en mai 2020. « Comme indiqué dès le 9 février 2021 et en cohérence avec cette ambition, le conseil d'administration proposera aux actionnaires d'ancrer cette transformation dans les statuts en modifiant la dénomination sociale en TotalEnergies SE.

« Le conseil présentera une résolution pour vote consultatif sur l'ambition de la société en matière de développement durable et de transition énergétique vers la neutralité carbone et ses objectifs à horizon 2030. Cette résolution s'appuie d'une part sur la déclaration conjointe émise avec la coalition d'investisseurs Climate 100+ en mai 2020, d'autre part, sur la stratégie et les objectifs annoncés aux actionnaires par Total en septembre 2020 et relatifs à l'ambition de la société TotalEnergies. Le conseil d'administration permet ainsi aux actionnaires d'exprimer leur avis sur la stratégie en matière de transition énergétique vers la neutralité carbone qu'il a arrêtee pour la société, tenant compte de certaines attentes exprimées en ce sens et de l'irrecevabilité d'un projet de résolution relatif à cette stratégie qui serait présenté par des actionnaires dès lors qu'il s'agit d'un domaine de compétence propre du conseil d'administration.

« À partir de 2021, un nouveau critère lié à la baisse des émissions indirectes dites Scope 3 liées à l'utilisation des produits énergétiques du groupe par ses clients en Europe sera introduit pour l'attribution d'actions de performance au

président-directeur général et à l'ensemble des dirigeants du groupe. En outre, le poids des critères relatifs à la stratégie de transformation de l'entreprise dans la rémunération variable du dirigeant mandataire social a été également renforcé. »

Quittons le climat pour la bouffe, ou plutôt la malbouffe.

Depuis quelques mois, la société britannique Tesco, championne des supermarchés, subit la pression d'une partie de ses actionnaires afin d'orienter sa stratégie dans la lutte contre l'obésité. La crise du covid-19 et la particulière exposition des personnes en surpoids a fini d'entériner l'objectif d'une centaine d'actionnaires individuels et de sept fonds d'investissement ⁶. Le 9 février dernier, cette « coalition » a soumis une résolution commune afin de contraindre Tesco à réaliser une publication annuelle de la part de boissons et d'aliments « sains » proposés dans ses rayons, et à produire une stratégie visant à augmenter significativement cette part d'ici à 2030. Mais qui peut être derrière cette intention collective ? L'ONG ShareAction bien entendu. . .

II. LE DEVOIR DE VIGILANCE, NOUVEAU LEVIER DE LA SANCTION JUDICIAIRE

Inutile de préciser que, dans le monde la RSE, la star du moment se nomme devoir de vigilance. Le moins que l'on puisse dire est que la notion a trouvé à s'appliquer depuis la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 ⁷ visant à prévenir les atteintes graves aux droits humains, libertés fondamentales, à la santé et sécurité des personnes et à l'environnement causées par les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre ou par leurs filiales.

- **L'appropriation européenne.** Et le droit communautaire a fini par s'emparer de la notion, le Parlement européen adoptant même à une très large majorité, en mars dernier, sa position concernant le devoir de vigilance des entreprises sur leur chaîne d'approvisionnement ⁸. En attendant la position de la Commission européenne et celles des États membres, qui traitent aujourd'hui le sujet en ordre dispersé, il faut noter que les objectifs des parlementaires européens sont élevés, notamment parce que les entreprises de toute taille qui souhaiteraient accéder au marché intérieur de l'UE, y compris celles installées en dehors de l'Union, devraient prouver qu'elles assurent un contrôle sur l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement et qu'elles mettent en place des procédures d'évitement des risques en matière d'environnement et des droits humains ⁹.

6. Robeco Institutional Asset Management B.V., JO Hambro Capital Management's UK Dynamic Fund, Epworth Investment Management, Jesuits in Britain, Guys and St. Thomas' Charity, The Marmot Charitable Trust, The 1970 Trust.

7. 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.

8. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html

9. Point 9. « Considère que le champ d'application de tout futur cadre obligatoire de l'Union applicable au devoir de vigilance devrait être large et couvrir toutes les grandes entreprises régies par le droit d'un État membre ou établies sur le territoire de l'Union, y compris celles qui fournissent des produits et des services financiers, indépendamment de leur secteur d'activité, et qu'il s'agisse ou non d'entreprises publiques ou sous contrôle public, ainsi que toutes les petites et moyennes entreprises cotées en bourse et petites et moyennes entreprises à haut risque; estime que le cadre devrait également s'appliquer aux entreprises établies en dehors de l'Union, mais actives sur le marché intérieur ».

5. <https://www.total.com/fr/medias/actualite/communiqués-presse/assemblee-generale-du-28-mai-2021-resolution-climat>

Retenons que les députés européens, actant notamment que « la mondialisation de l'activité économique a aggravé les incidences préjudiciables des activités commerciales pour les droits de l'homme, notamment pour les droits sociaux et des travailleurs, pour l'environnement et pour la bonne gouvernance des États », estiment « que l'Union devrait adopter de toute urgence des exigences contraignantes imposant aux entreprises d'identifier, d'évaluer, de prévenir, de faire cesser, d'atténuer, de surveiller et de communiquer les effets préjudiciables potentiels et/ou réels pour les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance dans leur chaîne de valeur, ainsi que d'en rendre compte, de s'y attaquer et d'y remédier », et restent convaincus « que le devoir de vigilance renforce la transparence et la sécurité relativement aux pratiques d'approvisionnement des entreprises qui s'approvisionnent dans des pays hors Union et contribuera à protéger l'intérêt du consommateur en garantissant la qualité et la fiabilité des produits ».

● **Vigilance en Ouganda.** En attendant de passer réellement de la parole aux actes, des textes au terrain, les actionnaires de Total vont devoir constater la mise en œuvre des ambitions ambiguës de leur entreprise en Ouganda, et plus particulièrement dans le cadre du projet Tilenga. En effet, le 11 avril dernier, les parties prenantes¹⁰ dans ce projet d'exploitation de gisements pétroliers dans la région du Lac Albert¹¹, et d'acheminement du liquide vers un port tanzanien *via* un oléoduc de plus de 1 400 kilomètres, ont entériné les contours d'un accord. Un projet de près de trois milliards d'euros dans un contexte plus que contestataire. Un tweet du PDG de Total nous apprend que nous serions en présence d'un « jour historique pour l'Ouganda, la Tanzanie, l'Afrique de l'est et Total ».

Une marche en avant qu'une forte mobilisation n'aura, pour l'instant, pas réussi à arrêter.

Souvenons-nous qu'en janvier 2020¹², saisi en octobre 2019 par plusieurs ONG et associations¹³ d'une assignation en référé, le tribunal de grande Instance de Nanterre s'était déclaré incompétent pour apprécier les conséquences de ce projet ougandais, l'opportunité de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un plan de vigilance du groupe pétrolier, et avait renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce. Une décision que la cour d'appel de Versailles a confirmé en décembre de la même année (CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01692, Assoc. Africa Institute for Energy governance c/ SA Total – CA Versailles, 10 déc. 2020, n° 20/01693, Assoc. Civic Response to environnement and development cred c/ SA Total). Sauf revirement en cassation, il appartiendra donc au tribunal de commerce de se prononcer sur le fond et le respect, en l'espèce, de la loi sur le devoir de vigilance¹⁴, qui impose aux grandes entreprises de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et l'environnement dans l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement.

Ce contexte judiciaire aura *a minima* provoqué une réaction chez le géant pétrolier qui, le 8 mars dernier, a annoncé diverses mesures pour réduire l'impact environnemental du projet en

avançant notamment une transparence totale. Publication des études, audits indépendants, plans divers en collaboration avec les autorités locales, toute la panoplie y est. Pas de quoi calmer les ONG cependant qui, quelques jours avant cette annonce, avaient activé le levier le plus puissant, le levier financier, en demandant aux établissements bancaires financeurs d'abandonner le projet. En attendant, les accords ont été signés le 11 avril dernier.

● **Chevron et le *greenwashing*.** À nouveau le pétrole, mais outre-Atlantique, où l'autorité de la concurrence américaine, la *Federal Trade Commission* (FTC), a été saisie en mars 2021 par trois ONG¹⁵ qui accusent la société Chevron d'une entreprise de *greenwashing* et par là-même de la violation des *Green guides*¹⁶ de cette même FTC. Une grande première pour le secteur pétrolier. Pour mémoire, la FTC a déjà eu à se prononcer sur le respect desdits guides, mais dans des secteurs comme l'automobile¹⁷ ou la peinture¹⁸.

Accusée d'avoir volontairement surévalué ses investissements dans les énergies renouvelables et son engagement à réduire la pollution, et d'avoir ainsi trompé les consommateurs, Chevron se trouve donc mise en cause sous l'angle du droit de la consommation. Son engagement pour une énergie toujours plus propre équivaldrait à du *greenwashing*, car il masquerait une tout autre réalité, à savoir une potentielle augmentation des émissions liées à ses plans de production. Ainsi, toujours selon les ONG précitées, les publicités vantant son bilan environnemental et ses investissements dans les technologies propres travestiraient un rôle beaucoup moins reluisant. Cette position est bien évidemment contestée par Chevron dont le PDG, Mike Wirth, a notamment déclaré que son entreprise empruntait « une voie verte vers le zéro carbone » et s'était engagée « à réduire l'intensité des émissions de 35 % de 2016 à 2028 »¹⁹. Affaire à suivre.

● **Vigilance au Nigéria.** Toujours les énergies fossiles passés au crible de la vigilance, avec une décision la cour d'appel de La Haye dans l'affaire du delta du Niger. Revenons en arrière : il y a de nombreuses d'années, Shell était mise en cause, à travers sa filiale nigérienne, pour une pollution d'envergure liée à des fuites de pétrole dans plusieurs villages, provoquant de lourds dommages écologiques et économiques pour les populations locales. Par une décision du 29 janvier 2021²⁰, la responsabilité de cette filiale a été reconnue ; mais aussi, au regard du devoir de vigilance, celle de la société mère, Royal Dutch Shell, avec une obligation d'équiper le pipeline d'Oruma « d'un système de détection des fuites afin que les dommages environnementaux puissent être limités à l'avenir ».

15. Earthworks, Global Witness et Greenpeace USA.

16. <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/truth-advertising-green-guides>

17. Volkswagen en février 2017 : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/02/federal-trade-commission-class-action-settlements-require>

18. Benjamin Moore & Co., Inc., ICP Construction Inc., YOLO Colorhouse, LLC, and Imperial Paints, LLC en juillet 2017 : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/07/paint-companies-settle-ftc-charges-they-misled-consumers-claimed>

19. V. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-16/chevron-greenwashing-targeted-in-complaint-filed-with-u-s-ftc>

20. V site internet de la cour d'appel de La Haye : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2021:132>

10. Total, Cnooc, Tullow Oil et les États ougandais et tanzanien.

11. 419 puits de pétrole

12. TJ Nanterre, 30 janv. 2020, n° 19/02833.

13. Les Amis de la Terre, Survie, Afiego, Cred, Nape et Navoda.

14. L. n° 2017-399, préc.

● **RSE, responsabilité sociale de l'État ?** Le climat à nouveau, mais côté décideurs publics. Même si nous nous éloignons un peu de la stricte RSE, c'est ici l'occasion, encore une, d'évoquer celle usuellement mais pompeusement nommée « Affaire du siècle ». Mais reconnaissons que cette occasion là n'est pas anodine. En effet, par un jugement du 3 février 2021 (TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967 et a., Assoc. Oxfam France et a. : Dr. Env. 2021, p. 87, obs. Romi ; p. 97, tribune Deharbe et Auque), le tribunal administratif de Paris a condamné l'État français pour le non-respect de ses engagements de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Le juge administratif admet ainsi l'existence d'un préjudice écologique dont le responsable est une personne publique, « privilège » jusqu'alors réservé aux personnes privées. Il le fait sans accorder une réparation pécuniaire, exigeant un supplément d'information afin de pouvoir se prononcer sur les mesures à préconiser.

Sur le plan européen également, le États se font taper sur les doigts. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a accepté, le 13 novembre 2020 (CEDH, 13 nov. 2020, n° 39371/20, Agostinho et a. c/ Portugal et a. : Dr. Env. 2020, p. 414²¹), la plainte déposée par de jeunes Portugais contre trente-trois pays pour leur présumé échec face aux conséquences du changement climatique, qualifiées d'atteinte aux droits fondamentaux. Le quotidien bouleversé des jeunes citoyens, d'une génération qui se découvre porte-parole d'un nouveau combat, rattrape les décideurs et les allégations mises en avant en sont la démonstration :

- le réchauffement climatique toucherait plus particulièrement leur génération et, compte tenu de leur âge, les ingérences dans leurs droits seraient plus prononcées que celles dans les droits des générations précédentes, eu égard à la détérioration des conditions climatiques qui se poursuivra au fil du temps ;

- toute décision devrait être fondée sur la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et sur le principe de l'équité intergénérationnelle selon lequel le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures. Ainsi, ils estiment qu'il n'y a aucune justification objective et raisonnable pour que la charge du changement climatique soit placée sur les jeunes générations du fait de l'adoption de mesures inadéquates de réduction de l'échauffement ;

- il existerait une difficulté, compte tenu des pics de sécheresse de plus en plus nombreux, de continuer à cultiver des légumes dans les potagers et d'extraire de l'eau au puit ;

- enfin, les feux de forêts récurrents auraient causé des dégâts sur certaines propriétés familiales de requérants, notamment à cause des émissions de cendres.

Et tous ces préjudices auraient un lien direct avec le fait que les États, et à travers eux, à peine voilées, les générations précédentes, ne se seraient pas acquittés de leurs devoirs et obligations, notamment à la lumière des traités internationaux en matière de climat.

Tout en accordant la priorité à cette plainte au vu de « l'importance et de l'urgence des questions soulevées », la CEDH a demandé aux États concernés de répondre aux plaignants sur la façon dont ils contribuent aux émissions mondiales à l'intérieur et à l'extérieur de leurs frontières, en précisant que si elle donnait raison aux plaignants, « les États seraient légalement tenus d'accélérer la réduction de leurs émissions nationales mais aussi celles de leurs entreprises multinationales ».

Une confrontation générationnelle qui ne sera pas simple à gérer.

● **L'effet boomerang de la mondialisation.** Revenons-en aux entreprises, à leur « nouveau » devoir de vigilance. Casino s'est ainsi vu assigner devant le tribunal judiciaire de Saint-Étienne par des représentants des peuples autochtones d'Amazonie brésilienne et colombienne ainsi que des ONG françaises et américaines. Un lien sans aucun doute rendu possible par la mondialisation : le distributeur français se voit reprocher de vendre des produits à base de viande bovine d'Amérique du Sud, participant ainsi à la déforestation et à l'accaparement de terres et violant dès lors leur devoir de vigilance. Trois millions d'euros de dédommagements sont réclamés par les plaignantes. Plus précisément, le groupe aurait acheté de la viande bovine à trois abattoirs qui s'approvisionnent en bétail auprès de centaines de fournisseurs à l'origine de la déforestation de dizaines de milliers d'hectares appartenant à des populations autochtones.

● **Rio Tinto et la grotte de Juukan Gorge.** Encore en Amazonie, mais avec de réelles conséquences extra-judiciaires, le président de la société minière Rio Tinto a fini par démissionner en ce début d'année 2021. Non pas, loin de là, pour une cause « classique », comme le serait la dégradation des résultats économiques du groupe, mais en raison des conséquences catastrophiques en termes d'image qu'a eu la destruction d'un site aborigène vieux de 46 000 ans, la grotte de Juukan Gorge. Et Simon Thompson n'est pas la première victime de cette grotte ancestrale : suppression de bonus de dirigeants en 2020, démissions forcées du directeur général... mieux vaut être vigilant lorsqu'on l'on s'attaque à l'Histoire.

● **Norilsk Nickel, coûteuse pollution.** Et l'année 2020 ne fut pas celle des sociétés minières ; en effet, à la suite d'une pollution géante de l'eau en Arctique provoquée par une fuite de 21 000 tonnes de carburant, Norilsk Nickel a été condamnée, par la justice russe, à verser 1,6 milliard d'euros. Mais, fait suffisamment rare pour être remarqué, le groupe minier a renoncé à faire appel de la décision, assumant sa condamnation, et s'est engagé à revoir drastiquement son approche de la gestion de risques environnementaux (utilisation du gaz naturel, réduction des émissions de dioxyde de soufre, fermeture de fonderies hautement polluante...).

● **Les fantômes du passé.** Finissons avec un goût (amer) surgissant du passé. Evry et son tribunal judiciaire est le théâtre d'un drame qui s'est tenu très loin de l'Essonne, il y a bien longtemps (années 1960) et bien loin des récentes exigences du devoir de vigilance, celui du déversement de près de 80 millions de litres par l'armée américaine du « fameux » agent orange-dioxine sur des millions d'hectares vietnamiens, avec des conséquences désastreuses et durables sur la santé et sur l'environnement. Dans ce

21. Pour consulter le communiqué de la CEDH en date du 30 novembre 2020 : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-206535%22%5D%7D>

cadre, Tran To Nga, une victime, avait déposé une plainte en 2014 et plus de vingt sociétés²² furent assignées pour avoir fabriqué ou livré la substance incriminée. Une audience récente a vu les avocats des grands groupes invoquer notamment l'incompétence du tribunal français, qui ne serait pas apte à juger de l'action d'un État étranger souverain dans le cadre « d'une politique de défense » en temps de guerre, mais aussi remettre en cause les pathologies de la plaignante. Décision attendue en mai.

III. REPORTING EXTRA-FINANCIER

- **De la NFRD à la CSRD.** Force est de constater que les instances et autres parties prenantes ont, sans cesse, cherché, depuis une vingtaine d'années, à modifier et améliorer le cadre de *reporting* extra-financier. Une étape supplémentaire est en passe d'être franchie par la Commission européenne avec la volonté de refondre la NFRD (*Non-Financial Reporting Directive* 23).

Ainsi, le 21 avril 2021, la Commission a adopté une proposition de directive sur les rapports sur le développement durable des entreprises (CSRD²⁴), qui modifierait fortement les exigences actuelles en :

- étendant le champ d'application à toutes les grandes entreprises et à toutes les entreprises cotées sur les marchés réglementés (à l'exception des micro-entreprises cotées), avec un principe de proportionnalité dans les exigences entre les PME et les grands groupes ;

- exigeant l'audit des informations communiquées ;
- introduisant des exigences de reporting plus détaillées et conforme aux normes obligatoires de l'UE ;

(obligeant les entreprises à baliser numériquement les informations déclarées, afin qu'elles soient lisibles par machine et puissent alimenter le point d'accès unique européen prévu dans le plan d'action du *Capital Markets Union* (CMU).

La Commission propose que la CSRD soit transposée dans les droits respectifs des États membres d'ici le 1^{er} décembre 2022 ; sur notre territoire national, elle modifierait certainement le dispositif de déclaration de performance extra-financière.

Qu'on se le dise, l'Union européenne prend la main en matière de *reporting* ESG²⁵.

- **Perte de biodiversité.** Ce qui n'empêche pas les décideurs français d'avancer sur les exigences nationales. Ainsi, un projet de décret²⁶, soumis à consultation du public, a pour ambition d'étendre les obligations de *reporting* des institutions financières à la prise en compte des risques de perte de biodiversité. Assis sur l'article 29 de la loi *Énergie-Climat* du 8 novembre 2019, il modifierait ainsi le code monétaire et financier, notamment sur la nature des informations environnementaux à communiquer.

- **Bilan Medef 2020.** Ces modifications réglementaires s'inscrivent dans un contexte ESG dans lequel les entreprises s'inscrivent,

lentement mais sûrement. Nous en voulons pour preuve le bilan du Medef sur l'année 2020²⁷, qui nous apprend que :

- 35% des entreprises étudiées ont formulé et communiqué sur une raison d'être, 9 % l'ont inscrite dans leurs statuts. Une seule a adopté le statut de « société à mission » prévu par la loi *Pacte*²⁸ ;
- 75% des entreprises ont formalisé une démarche ou feuille de route RSE pluri-annuelle et 84 % des entreprises se fixent des objectifs de manière quantitative ;
- en matière environnementale, 77 % des entreprises ont des objectifs quantitatifs concernant le climat (100 % dans les secteurs industriels), 99 % reportent sur les émissions de GES scopes 1 et 2, 75 % sur certains postes du scope 3. 44 % ont un indicateur au moins sur l'impact environnemental de leurs produits ou services ;
- 79 % intègrent des critères RSE dans leurs objectifs et, notamment pour fixer la rémunération du dirigeant principal.

Déclarations de performance extra-financière (DPEF), plans de vigilance, bilans carbone, Index d'égalité professionnelle, ou encore plans anti-corruption (Sapin II), difficile aujourd'hui de se soustraire à une communication extra-financière agrémentée d'engagements concrets.

IV. PUBLICITÉ MENSONGÈRE

À l'Assemblée nationale, dans les débats actuels relatifs à la loi Climat & résilience²⁹, il est question de la lutte contre le « blanchissement écologique ». Ainsi, un amendement adopté en séance vise à interdire la publicité pour la commercialisation et la promotion des énergies fossiles (alors que le texte initial ne mentionnait que la vente)³⁰. Un autre amendement renforce les sanctions en cas de non-respect de cette interdiction, qui pourraient alors atteindre un montant correspondant à la totalité des dépenses consacrées à l'opération délictueuse (alors que le texte initial ne mentionnait que la moitié des dépenses). La répression contre le *greenwashing* se durcit, espérons qu'elle ne franchira pas la frontière du raisonnable.

Jury de déontologie publicitaire

Continuons, comme chaque année, en prenant connaissance de certaines positions du Jury de déontologie publicitaire (JCP) dans sa chasse au *greenwashing* et aux violations de la recommandation *Développement durable* de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)³¹. Car si la recommandation *Image et respect de la personne* domine les débats actuels, il n'en reste pas moins que des décisions relevant de l'environnement méritent d'être abordées.

22. Dow Chemical, Bayer-Monsanto...

23. Directive 2014/95/EU.

24. *Corporate Sustainability Reporting Directive*.

25. *Environmental, social and corporate governance*.

26. <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/da825397-9efa-480f-bc4a-82fe5114e1ec/files/f64cdf26-479b-4d68-885b-dc8edb4df3c9>

27. Medef, *Déclaration de performance extra-financière - Quelles tendances et évolutions pour la deuxième année de publication ?*, sept. 2020 - <https://www.medef.com/uploads/media/default/0019/96/13216-medef-deloitte-ey-bilan-des-dpef-2020.pdf>

28. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 : Dr. Env. 2019, p. 199, comm. Goffaux Callebaut.

29. Projet de loi n° 3875 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

30. L'article 4 du projet de loi n° 3875 prévoit l'insertion d'une section 6 dans le code de l'environnement.

31. <https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2016/08/Recommandation-D%C3%A9veloppement-durable-ARPP.pdf>

- Débutons par du classique : **l'automobile.**

- Jaguar-Land Rover s'est ainsi vu reprocher par le Jury de déontologie publicitaire, dans un avis publié le 4 mai 2020, un spot publicitaire radio : « Bonne nouvelle pour les automobilistes. Et si vous n'étiez plus concerné par le *malus* ? Jaguar a en effet décidé de l'offrir sur une sélection de véhicules en stock, disponibles immédiatement ! Et pendant les journées sans *malus* Jaguar, découvrez également la I-PACE 100 % électrique, zéro émission, zéro *malus*. Les journées sans *malus* Jaguar. L'actualité essentielle de ce début d'année. Offre valable pour toute commande et livraison avant le 29 février. Voir modalités dans le réseau participant ».

La première critique porte sur l'emploi, dans la première publicité, des termes « zéro émission », sans précision sur le fait que cette absence d'émission ne concerne que la phase de fonctionnement du véhicule. Considérant que l'usage des véhicules électriques implique des émissions de dioxyde de carbone dès l'instant où l'électricité nécessaire à son fonctionnement provient de centrales nucléaires ou de centrales à énergies fossiles, le JDP précise que Jaguar a dès lors omis de préciser que la propriété « zéro émission » n'était vérifiée qu'en phase de roulage.

Les autres critiques portent sur les termes « *malus* offert » et « sans *malus* ». Le Jury, après avoir relevé que le *malus* écologique était un dispositif fiscal visant les véhicules dont les émissions dépassent certains seuils d'émission de CO₂ par km, note que ce dispositif vise à renchérir le coût de l'achat des véhicules les plus émetteurs de CO₂, dans un objectif de sauvegarde de l'environnement et de préservation de la santé publique. Pour ajouter que, dans ce contexte, des publicités promouvant une pratique de prise en charge de ce *malus* écologique par les concessionnaires ou les constructeurs automobile dévalorisent le dispositif en question.

- De son côté, Renault ³², à la suite d'une plainte de l'Ademe, se voyait être mis en cause en raison d'un courriel publicitaire portant en objet les mentions suivantes : « M. ..., en vélo, ce serait bien mais on a mieux », « ZOE, tu m'emmènes au travail ? » et « Et vous, combien de kilomètres faites-vous chaque semaine ? ». Rappelant trois points de ses recommandations *Développement durable* ³³, le Jury relève qu'il ressort de l'objet de ce courriel que l'utilisation de cette voiture à cette fin est présentée comme « mieux » que l'usage du vélo, qualifié de « bien », laissant entendre que « l'utilisation de la Renault Zoé serait en tous points préférable à celle du vélo pour rejoindre son lieu de travail ».

Certes, ce même jury indique que « le consommateur peut intuitivement penser que ce mode de locomotion présente certains avantages, notamment en termes de vitesse, de confort voire de sécurité », mais pour conclure *in fine* que « la référence au vélo et à la voiture électrique renvoie aussi implicitement, en

l'absence de mention contraire, à l'argument environnemental, tout particulièrement dans le contexte actuel où le corps social manifeste une sensibilité particulière à la protection de l'environnement ». Ainsi, le courriel litigieux instillerait l'idée que la voiture électrique serait moins polluante, ou à tout le moins pas davantage, que le vélo. Que de présomptions de crédulité du consommateur...

- Toujours les voitures et Toyota, cible de remontrances ³⁴ pour une publicité présentant l'hybride comme une solution électrique « sans aucune limite ». Or, le Jury a estimé que le fonctionnement d'un tel véhicule reposait, pour partie au moins, sur une motorisation thermique et qu'il ne pouvait être allégué, sans aucune nuance ou explication, que l'utilisation du véhicule promu ne rencontrerait « aucune limite » ; en effet, ne faut-il pas le recharger, fût-ce de façon moins fréquente ?

Remontrance efficace, le Jury prenant note de ce que Toyota avait, dès l'intervention de l'ARPP, mis fin à la diffusion du spot radio incriminé.

- Quittons les quatre roues pour atterrir dans notre fameux **réseau 5G**³⁵.

Dans une publicité récente de la société SFR ayant pour objet de promouvoir son offre de services 5G, voici ce que nous pouvons lire : « On vous dit tout sur la 5G – Plus rapide, plus réactive, plus connectée, plus écologique ». Il est vrai que l'écologie n'est pas la première chose qui nous serait venue à l'esprit.

Bien au contraire, le Jury relève qu'il ressort des travaux disponibles et, notamment, du rapport du Haut Conseil pour le climat, que la 5G est susceptible d'avoir des incidences négatives directes et indirectes sur l'environnement, ou *a minima* est entourée d'incertitudes ; et que, dès lors, cette technologie ne saurait être présentée, de manière générale et sans explicitation, condition, réserve et/ou précaution de présentation, comme « plus écologique » que la 4G. Une telle affirmation serait de nature à induire en erreur le public et les consommateurs sur l'impact environnemental de cette nouvelle technologie, présenterait un caractère disproportionné, et tendrait à minimiser les conséquences de la consommation de produits susceptibles d'affecter l'environnement.

- Autre activité, **l'énergie** et une affiche de Butagaz, représentant un petit garçon et la mascotte de la marque, un ourson bleu, derrière notre chère planète et sur laquelle ils posent, respectivement, leurs mains et leurs pattes. Le texte d'accompagnement : « 1 bouteille achetée = 1 geste pour la planète – Ma bouteille est 100 % compensée carbone... ». Selon le plaignant, le slogan serait disproportionné au regard de l'ensemble des impacts environnementaux du produit. En effet, le programme de compensation carbone mis en place et promu à travers cette publicité ne devrait pas faire oublier les enjeux de réduction des émissions et tous les autres impacts nécessairement générés par la conception, la distribution, l'usage et la fin de vie des produits commercialisés.

32. JDP, avis publié le 14 août 2020, JAGUAR-LAND ROVER – 642/20 et 643/20.

33. Point 1 (Véracité des actions) que : « 1. La publicité ne doit pas induire en erreur le public sur la réalité des actions de l'annonceur ni sur les propriétés de ses produits en matière de développement durable (...) » ; Point 3 (Clarté du message) que : « 1. L'annonceur doit indiquer dans la publicité en quoi ses activités ou ses produits présentent les qualités revendiquées (...) » ; Point 9 (Impacts éco-citoyens) que : « 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. »

34. JDP, avis publié le 4 janvier 2021, TOYOTA – 692/20.

35. JDP, avis publié le 31 mars 2021, SFR 5G – 716/21.

En outre, l'illustration de la Terre et de la pousse d'arbre serait susceptible d'induire en erreur les consommateurs sur le réel impact et les qualités environnementales des produits ainsi que sur les engagements de l'annonceur en matière de développement durable. Le Jury fait le choix de considérer partiellement cette position en précisant que « la seule circonstance que l'achat d'un produit ayant un impact environnemental négatif donnerait lieu à une compensation carbone intégrale n'autorise pas à le qualifier de *geste pour la planète* »³⁶, cette expression évoquant « chez le consommateur des comportements qui concourent activement à la protection de l'environnement, comme l'utilisation raisonnable de l'énergie ou de l'eau ou la réduction des déchets qu'il produit ». Cette impression serait augmentée par un effet visuel donnant à penser « à l'observateur moyen que c'est l'achat d'une bouteille de gaz qui permet de favoriser la croissance des végétaux et de protéger la planète, alors qu'il s'agit en réalité de contrebalancer l'impact environnemental négatif de cet achat par des actions de compensation ».

À nouveau, nous faisons face à une confiance toute relative en la perspicacité de ce fameux observateur moyen qui n'est pourtant ni un enfant ni un ourson.

● Alimentation

- En début d'année 2021, le JDP a eu à se prononcer sur deux publicités de la marque Daddy, figure emblématique des rayons de supermarchés. La première représente une femme tenant un sachet de sucre devant son visage, entre lesquels ressortent les branches d'un plan de betterave. Cette image est accompagnée des textes « Daddy vous rappelle que le sucre est une plante », « Daddy, bien sucre ! » et d'un drapeau tricolore. La seconde présente des plants de betterave sucrière en terre, dont quatre figurent au premier plan. En-dessous, sur un bandeau blanc, figurent quatre paquets de sucre, masquant la racine de chaque betterave et donnant ainsi l'illusion que les feuilles sortent de chaque paquet. Ce visuel est accompagné des textes : « Au commencement, Daddy est végétal » et « Daddy, bien sucre », et d'un petit drapeau tricolore.

La question posée au Jury était la suivante : ces publicités induisent-elles l'idée que manger du sucre reviendrait à manger un végétal et sont-elles, dès lors, susceptibles de promouvoir un intérêt nutritionnel du sucre raffiné de betterave, à tort ? En d'autres termes, induisent-elles le consommateur en erreur quant à l'impact réel du sucre sur la santé et l'environnement ? Dans un avis publié le 4 janvier 2021³⁷, le JDP commence en précisant que, dès l'instant où le premier visuel compare le produit promu à une plante, en représentant la partie feuillue du végétal dont il est issu, et que le second visuel souligne l'origine végétale du sucre, avec une représentation de plants de betterave sucrière, la marque « utilise un argument faisant référence au développement durable ou, à tout le moins, un argument écologique ».

Mais il opère une distinction entre les deux publicités précitées. S'agissant de la première, il relève que le texte³⁸ assimile purement et simplement le sucre à une plante et que cette dernière

est représentée dans sa partie feuillue, le paquet de sucre remplaçant la racine comestible de la betterave ; pour estimer qu'elle laisse entendre que le sucre serait, en lui-même, un végétal ou, à tout le moins, que sa consommation équivaldrait, sur le plan nutritionnel, à celle de la betterave dont il est issu et à laquelle il se substitue visuellement ; et pour conclure que le caractère factuellement erroné ou, à tout le moins exagéré, du texte, renforcé par la présentation générale du visuel, est de nature à induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques essentielles du produit et à l'inciter à consommer du sucre avec la conviction que son origine végétale en garantit le caractère sain et propice à une bonne santé, caractéristique communément attachée aux plantes, aux fruits et aux légumes.

Autre ambiance pour la seconde publicité, plus directe dans son affirmation : « Au commencement, Daddy est végétal ». Autre appréciation du Jury également : si le visuel donne l'illusion optique que les feuilles de betterave jaillissent des paquets de sucre, ces derniers ne sont cependant pas plantés dans la terre mais sont incrustés sur un bandeau blanc clairement distinct de la photographie elle-même. Dès lors, cette publicité se limiterait à rappeler et valoriser le fait que le sucre, s'il est un produit transformé, est extrait de la betterave sucrière cultivée en France et ne constitue pas un produit de synthèse.

Qu'on le sache : le sucre n'est pas une plante (!), mais il en est issu. Juste au cas où nous l'aurions oublié...

- Finissons avec le thé. En 2020, Lipton aura appris qu'il ne pouvait laisser faire la nature pour produire son thé³⁹ et Kusmi Tea que du thé ne pouvait protéger les tigres sauvages⁴⁰. Dans ce dernier cas, le visuel publicitaire en cause montre des paysages de plantations de thé accompagnés de l'image d'un tigre et d'une boîte de thé, avec notamment les mentions suivantes : « Un thé pour protéger les tigres sauvages », « Protégez avec nous les tigres sauvages », « Découvrez notre nouvelle recette bio », « Une plantation éthique et engagée » ; et le logo de WWF. Si le Jury « comprend » que la marque a souhaité mettre en avant un partenariat avec l'ONG, il estime néanmoins que le visuel, qui laisserait entendre que l'achat d'une boîte de thé suffirait à « protéger » les tigres sauvages, n'est pas assez explicite sur les actions de l'annonceur.

V. L'IMPLICATION VOLONTAIRE

● Action collective, le 19 avril 2021, l'Association française des entreprises privées (Afepe) a lancé la plateforme *Ambition 4 Climate*, ayant vocation à assurer la lisibilité des projets « bas carbone » de grands groupes et à instaurer un dialogue entre les parties prenantes intéressées. Parmi ces projets, citons celui du groupe Hermès, qui a construit en Normandie une première maroquinerie à énergie positive afin d'effacer les consommations énergétiques d'un point de vue du réseau électrique et de réduire les émissions de CO2 associées, ou encore l'ambition, portée par le groupe Accor, de réduire les émissions de GES liées

36. JDP, avis publié le 8 mars 2021, Butagaz – 706/21.

37. JDP, avis publié le 4 janvier 2021, DADDY – 695/20.

38. « Daddy vous rappelle que le sucre est une plante ».

39. JDP, avis publié le 25 juin 2020, Lipton – 656/20.

40. JDP, avis publié le 23 septembre 2020, Kusmi Tea – 648/20.

au gaspillage alimentaire, en redistribuant les repas à la fin des services *via* l'application *Too Good To Go*.

Force est de constater que nous sommes sans doute passés du stade de la cosmétique verte, que celle-ci découle ou non d'un acte sincère, à la percolation des enjeux RSE dans le tissu même de la gestion des entreprises, sans encore pouvoir prétendre à une mutation de leur raison d'être. Et que de progrès et de perspectives. Michelin nous permettra, d'ici 2050, de rouler avec des pneus composés intégralement de matériaux durables ; déchets végétaux, matières recyclées ou renouvelables, nous y sommes presque. Auchan nous permettra d'acheter des produits conditionnés exclusivement dans des barquettes en fibres végétales. McDonald's « n'offrira » plus à nos enfants de jouets en plastique dans les menus *Happy Meal* ; nous ne le regretterons pas et y verrons peut-être même un service rendu aux générations futures. Une initiative à saluer mais qui, en réalité, ne fait qu'anticiper la fin annoncée, en 2022, de la légalité de tels jouets ⁴¹. Pas trop de hamburgers pour

les footballeurs. Et encore moins pour ceux de l'Olympique Lyonnais, premier club de football à s'engager dans le processus de labellisation *Fair Play For Planet*, qui reconnaît les clubs et événements sportifs faisant preuve d'un réel engagement environnemental.

Nous tenions à finir sur des bonnes notes, sans doute symboliques par certains aspects, car nous restons persuadés que si la mutation est lente et pénible, elle est réelle et qu'une part importante doit être mise au crédit des entreprises. Une vision manichéenne qui voudrait opposer le monde économique et financier à celui de la vertu n'est pas entendable et vouée à l'échec ; et cela aussi bien car les entreprises ne sont pas, pour une grande partie, ces bêtes inconscientes assoiffées du profit, que certains aiment à décrire, qu'en raison des objectifs divers et variés poursuivis par les parangons de cette vertu. À y réfléchir, nous atteignons ici la complexité des aspirations humaines, car c'est bien de cela qu'il s'agit.

41. L. n° 2020-105, 10 févr.2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire : JO 11 févr. 2020 ; Dr. Env. 2020, pp. 98-110, dossier spécial.