

Le contentieux devoir de vigilance et les enseignements de la première décision sur le sujet dite « Total Ouganda »

Alors que les contentieux fondés sur le devoir de vigilance et les obligations environnementales des entreprises vont croissant, il nous apparaît intéressant de revenir sur le jugement rendu en état de référé du 28 février 2023 rendu le tribunal judiciaire de Paris. En effet, ce jugement rappelle utilement les objectifs du législateur concernant la loi sur le devoir de vigilance, avant de préciser d'une part dans quelles conditions le président du tribunal judiciaire de Paris, statuant en référé, est compétent pour connaître du litige, et d'autre part, quelle est l'étendue de l'obligation incombant au demandeur à l'action d'adresser préalablement au défendeur une mise en demeure prenant l'ensemble de ses prétentions.

Rappel concernant la loi sur le devoir de vigilance - Dès 2017, la loi française sur le devoir de vigilance a intégré dans le code de commerce un devoir de vigilance imposé aux grandes entreprises s'agissant des droits humains, de la santé et de la sécurité et de l'environnement. Cette obligation comprend notamment la mise en place d'un plan de vigilance et des mesures de prévention des risques, pour la réalisation desquels les parties prenantes doivent être impliquées.

À défaut de décret d'application venant préciser les modalités pratiques du texte, les sociétés assujetties disposent d'une marge de manœuvre importante et sont simplement tenues de respecter les cinq points visés à l'article L. 225-102-4, alinéa 4 du code de commerce.

Les personnes justifiant d'un intérêt à agir sur le fondement de ce texte sont quant à elles soumises à une obligation procédurale, à savoir adresser une mise en demeure préalable à la société contrevenante, et dont l'objectif est rappelé dans le jugement commenté. Quant à la saisine de la juridiction compétente, la possibilité est laissée au demandeur qui peut faire le choix de saisir le juge du fond ou des référés. Le présent jugement vient utilement préciser le cadre de la compétence du juge des référés pour connaître du contentieux du devoir de vigilance.

Jugement rendu en état de référé du tribunal judiciaire de Paris du 28 février 2023 : rappel du litige, de la saisine des ONG et des étapes judiciaires dans cette affaire - Le 24 juin 2019, six ONG mettent en demeure TotalEnergies EP (alors Total) de se conformer à ses obligations en matière de devoir de vigilance, et critiquent notamment le

plan de vigilance de la société publié au titre de l'exercice 2018 en ce que celui-ci serait insuffisant concernant spécifiquement les projets *Tilenga* et *EACOP*. Dans sa réponse du 24 septembre 2019, TotalEnergies EP défend son plan de vigilance en ce que celui-ci contient tous les éléments nécessaires et que les risques d'atteintes graves envers les personnes et l'environnement y sont correctement identifiés.

À la suite de cet échange, la société précitée a été assignée le 29 octobre 2019 devant le président du tribunal judiciaire de Nanterre statuant en référé. S'en est suivie la bataille procédurale que l'on connaît concernant la question de la compétence du tribunal judiciaire qui, in fine, par une décision de la Cour de cassation du 15 décembre 2021, reconnaît qu'il existe un droit d'option entre le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce au bénéfice des non-commerçants, permettant ainsi de renvoyer l'affaire devant la juridiction des référés du tribunal de Nanterre¹.

En outre, rappelons que la loi du 22 décembre 2021 n°2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire a consacré la compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris pour connaître des actions introduites sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. L'affaire est dès lors renvoyée devant le tribunal judiciaire de Paris.

Dans sa décision du 28 février 2023, le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris déclare irrecevables les demandes formées par les associations visant à enjoindre à la société TotalEnergies EP de respecter ses obligations au titre de la loi sur le devoir de vigilance et de suspendre les travaux afférents à deux de ses projets en Ouganda, et ce pour deux motifs : l'un concernant l'absence de

notification au moyen d'une mise en demeure et l'autre, en raison de l'incompétence du juge des référés dans le cas d'espèce.

Sur l'obligation d'adresser une mise en demeure par plan de vigilance litigieux - Le présent jugement insiste sur le fait que le législateur a « *expressément manifesté son intention de voir ce plan de vigilance élaboré dans le cadre d'une co-construction et d'un dialogue* » en rappelant l'importance de la « *concertation* » et de la « *collaboration ex ante* » entre la société et les parties prenantes. Selon le juge, le législateur a souhaité que l'élaboration du plan soit un « *processus collaboratif* » et



1 - Cass. com., 15 décembre 2021, n°21-11.882

apporte un éclairage important en précisant que cette volonté serait « concrétisée par le mécanisme de mise en demeure ». Le juge des référés poursuit et précise que cette mise en demeure « a pour objectif d'instituer une phase obligatoire de dialogue et d'échange amiable au cours de laquelle la société pourra répondre aux critiques formulées à l'encontre de son plan de vigilance et lui apporter les modifications nécessaires. »

Or, la mise en demeure n'est pas, dans le cadre habituel de la résolution d'un litige, le point de départ d'une négociation en vue de conclure un accord amiable. La mise en demeure est, au contraire, la première étape de la procédure contentieuse. Si les parties en désaccord peuvent bien évidemment parvenir à un accord à ce stade, il n'en demeure pas moins que le climat des négociations sera impacté par cette mise en demeure, laquelle est au demeurant abondamment médiatisée par les ONG demanderesses, et donc potentiellement préjudiciable pour la société visée. C'est pourquoi l'on s'étonne que le mécanisme de la mise en demeure soit considéré par le juge comme l'outil permettant de concrétiser « le processus collaboratif d'élaboration du plan de vigilance », lequel intervient de préférence en amont de la publication du plan de vigilance.

Cette volonté de faire la part belle à la mise en demeure pourrait être le signe que la juridiction saisie d'un litige sur le fondement de ce texte sera particulièrement attentive à la manière dont les parties conduiront leurs échanges à la suite de cette mise en demeure. Dans le contexte actuel d'une absence de précision par décret du texte fondateur, on serait également tenté d'y voir une incitation à favoriser une résolution amiable des litiges, voire une volonté de limiter les contentieux sur le sujet, ce qui de notre point de vue conduit le juge à statuer ultra petita en donnant une lecture très (trop ?) restrictive de la mise en demeure de la loi vigilance au préjudice des parties prenantes et des sociétés mises en cause.

En tout état de cause, le tribunal constate que les griefs et demandes, portant sur le plan de vigilance concernant l'exercice 2018 et allégués dans la mise en demeure du 24 juin 2019, sont « différents de manière substantielle » de ceux formés au jour des débats devant le juge des référés, lesquels portaient non seulement sur le plan de vigilance de l'année 2021, mais étaient, au surplus, fondés sur « plus de deux cents nouvelles pièces ». Dans ces conditions, le tribunal considère que « les griefs, objet des demandes formées par les demanderesses relativement

au plan de vigilance pour l'année 2021 n'ont pas été notifiés à la société TotalEnergies SE par une mise en demeure préalable à la saisine du juge, en violation des dispositions visées » et déclare irrecevables les demandes formées par les associations.

Sur les pouvoirs du juge des référés - Dans son jugement du 28 février 2023, le tribunal prend soin de rappeler que le référé est la procédure de l'urgence et de l'évidence. À ce titre, sont considérées comme relevant des pouvoirs du juge des référés les hypothèses suivantes : l'absence de plan de vigilance, le plan de vigilance dont « le caractère sommaire des rubriques confine à une inexistence du plan », ou encore « lorsqu'une illicéité manifeste est caractérisée, avec l'évidence requise en référé ».

À l'inverse, « l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, lorsque cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause » ne relève pas des pouvoirs du juge des référés mais bien du pouvoir du seul juge du fond.

Le tribunal souligne en outre « qu'il n'existe aucune réglementation précisant les contours du standard d'une entreprise normalement vigilante, de sorte que les griefs et manquements reprochés à la société TotalEnergies SE du chef de son devoir de vigilance, au cas présent, doivent faire l'objet d'un examen en profondeur des éléments de la cause excédant les pouvoirs du juge des référés. »

Ainsi, la question de la nature des manquements possibles au devoir de vigilance permettant aux juridictions d'exercer un contrôle et, le cas échéant, un pouvoir de sanction, demeure encore en suspens.

Conclusion - Si la décision du 28 février 2023 apporte indéniablement des éclairages sur le contentieux du devoir de vigilance, elle laisse les juristes, mais surtout les justiciables, dans l'expectative de précisions aussi utiles que nécessaires concernant l'application concrète des obligations émanant de ce texte, et renforce d'autant plus les attentes vis-à-vis de la directive sur le devoir de vigilance, dont le Parlement européen a voté le texte le 1^{er} juin 2023, en vue de son adoption formelle prévue pour 2024 après négociations entre le Parlement européen, la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne.

Emmanuel DAUD, avocat associé, cabinet VIGO
Aimée KLEIMAN, avocat, cabinet VIGO