

# LE DROIT PRIVÉ AU SERVICE D'UNE SOCIÉTÉ DURABLE : RÊVE OU RÉALITÉ DÉMOCRATIQUE ?

Régine FELTKAMP

*Professeur Vrije Universiteit Brussel, Centre de recherche  
BuCo et Département de droit privé et économique  
Avocat au Barreau de Bruxelles*

Alain FRANÇOIS

*Professeur Vrije Universiteit Brussel, Département de droit privé et économique  
Avocat au Barreau de Bruxelles*

Ludo CORNELIS

*Professeur émérite*

## RÉSUMÉ

*Le réchauffement, les dérèglements climatiques et écologiques, les inégalités patrimoniales insoutenables, les guerres ... sont dévastateurs pour l'homme, son environnement et 'sa' (?) planète. Ils résultent d'activités économiques, industrielles et financières qui doivent leur existence à des instruments juridiques, en particulier de droit privé.*

*Public ou privé, le droit comporte des correctifs susceptibles de neutraliser et de corriger efficacement les excès ; leur application a toutefois été négligée.*

*Tout n'est pas encore perdu. mais le temps presse. Interprétés et appliqués en conformité avec les droits fondamentaux et leur finalité, les correctifs doivent reprendre le contrôle de l'agressivité et de la cupidité de notre espèce. La durabilité du vivre ensemble en dépend.*

## SAMENVATTING

*De opwarming, de klimaat- en ecologische ontregelingen, de onhoudbare patrimoniale ongelijkheden en de oorlogen ... zijn verwoestend voor de mens, zijn omgeving en 'zijn' (?) planeet. Ze zijn het gevolg van economische, industriële en financiële activiteiten die hun bestaan danken aan juridische instrumenten in het bijzonder van privaatrecht.*

*Publiek dan wel privaat, het recht bevat correctiemechanismen die excessen efficiënt kunnen neutraliseren en beteugelen; de toepassing ervan werd evenwel verwaarloosd.*

*Alles is niet verloren, maar de tijd dringt. Geïnterpreteerd en toegepast in overeenstemming met de fundamentele rechten en hun finaliteit, moeten de correctiemechanismen de controle op de menselijke agressiviteit en hebzucht heroveren. De duurzaamheid van de samenleving wordt erdoor bepaald.*

## I. INTRODUCTION

1. UNE HISTOIRE QUI MÉRITE D'ÊTRE CONTÉE – Les dérèglements climatiques et écologiques, déjà en cours, et leurs causes sont connus depuis les années septante du siècle dernier. Le rapport qui a été établi pour le Club de Rome<sup>1</sup> le prouve. Mieux connu sous le titre « *The limits to growth* »<sup>2</sup>, il a été rédigé par un « *project team* » de la célèbre MIT<sup>3</sup> et a fait le tour du monde. Les Etats et le monde des entreprises connaissaient son existence et son contenu.

Les dérèglements climatiques et écologiques en cours n'étaient pas le seul souci du Club de Rome, mais ils occupaient une place importante dans le rapport du « *MIT project team* ». <sup>4</sup> Il ne faisait aucun doute pour les auteurs du rapport que les dérèglements en cours étaient imputables à des activités humaines, en particulier de nature économique et industrielle. <sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Le Club de Rome se présentait comme une association internationale informelle qui réunissait des industriels, des scientifiques, des politiciens, des fonctionnaires internationaux...

<sup>2</sup> D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *The limits to growth. A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind*, Londres, Earth Island Ltd., 1972, 205 p., cité ci-après comme « *The limits to growth* ».

<sup>3</sup> Abréviation de « *Massachusetts Institute of Technology* » (USA).

<sup>4</sup> *The limits to growth*, p. 69-87. Le rapport examine notamment l'effet dangereux et nocif des émissions de dioxyde de carbone (CO<sub>2</sub>), illustré par le graphique 16 qui couvre la période entre 1860 et 2000.

<sup>5</sup> « *Virtually every pollutant that has been measured as a function of time appears to be increasing exponentially. (...) Some pollutants are obviously directly related to population growth (or agricultural activity, which is related to population growth). Others are more closely related to the growth of industry and advances in technology. Most pollutants in the complicated world*

Les Nations Unies ont pris le rapport au sérieux, ce qui a finalement donné lieu aux trois Conventions de Rio, intervenues en 1992 : la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (la CCNUCC), la Convention sur la diversité biologique (la CDB) et la Convention sur la lutte contre la désertification (la CLD).

L'objectif de la CCNUCC est la protection des systèmes climatiques et écologiques contre les activités humaines «dangereuses».

Afin de surveiller le respect et l'exécution des obligations assumées par les Etats dans ce cadre<sup>6</sup>, les Nations Unies organisent annuellement une conférence climatique<sup>7</sup>, soulignant ainsi l'importance et l'urgence du sujet. Ces conférences se servent des rapports scientifiques approfondis du GIEC<sup>8</sup>, qui fonctionne également dans le cadre des Nations Unies.

2. ET L'HISTOIRE CONTINUE – Malgré ces initiatives et les efforts importants des Nations Unies, les résultats ne suivent pas. Au lieu de se réduire, les émissions de gaz à effet de serre (CO<sub>2</sub>, méthane, fluor...) augmentent en volume d'année en année, au fur et à mesure que les activités économiques, industrielles et financières s'intensifient et se développent.<sup>9</sup> Elles recourent de plus en plus à des matières premières et à des énergies, nécessaires à la production et à la commercialisation des biens, des produits et des services, mis sur «le marché mondial».

Comme prévu par *The limits to growth*, la température moyenne<sup>10</sup> sur la planète s'élève dangereusement<sup>11</sup>, due au réchauffement de l'atmosphère et des surfaces, liquides ou non. En se fondant sur les émissions annuelles de gaz à effet de serre, dues à des activités économiques, industrielles et financières, le GIEC prévoit, actuellement, que le seuil d'une hausse de la température moyenne de 1,5 °C ou même de 2 °C sera franchi vers 2030. Il préconise une réduction globale

---

*system are influenced in some way by both the population and the industrialization positive feedback loops» (The limits to growth, p. 71).*

<sup>6</sup> La CCNUCC est entrée en vigueur en 1994.

<sup>7</sup> Les Conférences des Parties ou COP. Faut-il ajouter que les COP font parfois (ou faut-il dire exceptionnellement) rêver (le Protocol de Kyoto, l'Accord de Paris), mais que la réalisation des «accords» par les Etats se fait, le plus souvent, attendre à son tour ?

<sup>8</sup> Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (en anglais l'IPCC). Le GIEC fournit des évaluations détaillées de l'état des connaissances scientifiques, techniques et socio-économiques sur les changements climatiques, leurs causes, leurs répercussions et les mesures à prendre afin de les limiter. Les évaluations se fondent sur des observations et des analyses de plusieurs milliers de scientifiques du monde entier.

<sup>9</sup> Voy. entre autres les statistiques sur les émissions de CO<sub>2</sub> depuis 1940 de [www.statista.com](http://www.statista.com) ou <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.KT>. Voy. également les données du rapport A6 GIEC, disponible via <https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6/>.

<sup>10</sup> Comparée à la période préindustrielle (avant 1860).

<sup>11</sup> Actuellement la hausse de la température moyenne est de 1,1 à 1,3 °C par rapport à la période préindustrielle. Il existe une quasi-unanimité parmi les scientifiques du climat que le réchauffement doit être limité à 1,5 °C (et qu'il ne peut pas dépasser 2 °C) afin d'éviter des dérèglements irréversibles du climat et des écosystèmes (voy. les rapports A5 et A6 du GIEC au sujet des «*tipping points*»).

des émissions de 45% net qui devrait intervenir avant la fin de 2030, comparées au volume des émissions en 1990. Il estime que dans ce scénario le dépassement (de 1,5 ou de 2 °C) peut être évité avec une chance raisonnable de succès (50%).

Il est établi que ce sont des activités humaines de nature économique, industrielle et financière qui causent les dérèglements écologiques et climatiques. Les personnes<sup>12</sup> et les entreprises qui contrôlent, à l'échelle locale, régionale, nationale, continentale ou même globale, les activités économiques, industrielles et/ou financières, causent, directement ou indirectement, mais en connaissance de cause, le réchauffement et les dérèglements climatiques. Leurs activités entraînent des émissions de gaz à effet de serre qui participent à la hausse de la température moyenne.

Elles le savent depuis plusieurs décennies, mais persistent : à la recherche du meilleur rendement sur investissement (ROI)<sup>13</sup> elles externalisent et continuent à externaliser les risques, les dépenses, les coûts et les dommages, liés au réchauffement dangereux<sup>14</sup> sur les autres, sur les communautés et y, sur la planète et ses êtres vivants.<sup>15</sup>

3. LA MORALE DE L'HISTOIRE – D'une part, les Nations Unies qui, à tout le moins d'un point de vue formel, exigent des modifications dans les comportements économiques, industriels et financiers afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre et, d'autre part, le monde des entreprises et leurs propriétaires qui ne changent pas leurs comportements et qui, au contraire, augmentent d'année en année leur consommation en matières premières et en énergies, génératrice d'émissions de gaz à effet de serre. Ce choc devrait donner lieu à des étincelles, sinon à une confrontation pure et dure. Mais non, une fois sortis du cercle des Nations Unies, les Etats changent de visage.

En cas de conflit, le pouvoir politique<sup>16</sup> ne devrait pas être (nécessairement) le perdant, mais se montrer dominant dans ses confrontations avec les pouvoirs économiques et financiers. Le contraire se produit pourtant le plus souvent. Ce constat n'a rien d'étonnant lorsque les pouvoirs économiques et/ou financiers contrôlent le pouvoir politique, situation qui ne devrait cependant pas se produire dans une société (véritablement) démocratique.

<sup>12</sup> Souvent elles se présentent comme «actionnaires» (au sens large).

<sup>13</sup> Guidé par le principe économique «obtenir le meilleur résultat possible avec le moins d'efforts ou de coûts possibles» qui domine le (néo)libéralisme économique.

<sup>14</sup> Dangereux parce qu'il risque d'atteindre ou de dépasser le seuil de 1,5, sinon 2 °C.

<sup>15</sup> Le principe économique et le modèle économique/financier qui en est déduit, se trouve à l'origine non seulement des dérèglements climatiques et écologiques, mais aussi d'autres défis (les inégalités patrimoniales qui ne cessent pas de se creuser ; des déficits démocratiques) auxquels le vivre ensemble démocratique se trouve confronté.

<sup>16</sup> A tout le moins dans des régimes politiques démocratiques, minoritaires au sein des Nations Unies. Il échet en outre de rappeler et de préciser pour autant que de besoin que la teneur démocratique d'une «démocratie» est parfois (très) faible et même douteuse.

Comment dès lors expliquer que des Etats démocratiques ne parviennent pas à discipliner les entreprises et leurs propriétaires, dont les activités économiques, industrielles et financières génèrent les dérèglements climatiques et écologiques ? Comment expliquer que ces Etats ne respectent pas les obligations à l'égard de leurs justiciables, assumées notamment dans le cadre des Conventions de Rio, du Protocol de Kyoto et de l'Accord de Paris ? Comment expliquer que ces Etats<sup>17</sup> ne se servent pas de leur pouvoir réglementaire et qu'ils n'interviennent pas avec des interdictions et des ordres contraignants dans la gestion des activités économiques, industrielles et financières qui causent le réchauffement et les dérèglements ?<sup>18</sup>

Cette contribution tente de répondre à ces questions en droit privé.

Pour ce faire nous rappelons brièvement les issues de quelques affaires du climat (II). Ensuite nous examinons si et comment le droit privé commun peut être au service de la société (durable) (III). A la lumière de cette analyse nous dressons enfin quelques conclusions particulières en droit des sociétés.

## II. LES « AFFAIRES » DU CLIMAT

4. A QUI LA FAUTE ? – Des entreprises et leurs propriétaires sont clairement les premiers (et derniers) responsables de ces situations : leurs activités économiques, industrielles et financières se trouvent, directement et indirectement<sup>19</sup>, à l'origine du réchauffement et des dérèglements climatiques et écologiques. Il s'agit d'une « responsabilité aggravée » : leurs activités, faites d'actes et de comportements, interviennent en connaissance de cause. Ils connaissent les effets nocifs et dangereux du recours (excessif) à des matières premières, des méthodes de production et distribution et à des énergies qui se soldent par des émissions de gaz à effet de serre ou par d'autre polluants.

Sur leur responsabilité se greffe celle des autorités publiques qui « laissent faire », également en connaissance de cause. De différentes manières, elles pourraient intervenir : interdire les activités les plus polluantes, interdire l'accès au marché ou l'usage de certains produits<sup>20</sup>, biens ou services, encourager l'initiative publique en matière climatique et écologique...

<sup>17</sup> Ou des organisations internationales, le cas échéant européennes, détentrices de délégations de pouvoir(s) politique(s) en provenance d'Etats membres démocratiques.

<sup>18</sup> Pour les réponses, veuillez, s'il vous plaît, lire la suite.

<sup>19</sup> Indirectement, y du fait de leurs fournisseurs et de leurs clients incités à s'aligner et/ou dépendants de leurs biens, produits ou services.

<sup>20</sup> Voy. par exemple la Loi du 28 décembre 1998 relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement, de la santé et des travailleurs (MB 11 février 1999), dont l'art. 4 prévoit « *tous les produits qui sont mis sur le marché conformément aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que des règlements de l'Union européenne figurant à l'annexe Ire doivent être conçus de telle sorte que leur fabrication, utilisation prévue et élimination ne portent*

Depuis quelques décennies, les dégradations du climat et des écosystèmes, le déclin de la biodiversité sont devenus de plus en plus visibles. Des catastrophes « naturelles »<sup>21</sup> se produisent en cascade : leur nombre et l'importance des dégâts causés sont de plus en plus significatifs. Aucun continent, aucun pays n'est épargné : chaque personne peut faire partie des victimes directement touchées. Chacun vit avec la menace imminente d'une confrontation inopinée avec les répercussions douloureuses du réchauffement.<sup>22</sup>

Il ne saurait dès lors étonner que des citoyens de tout âge, partout sur la planète, se montrent inquiets pour eux et pour les générations futures. Face à l'impasse dans laquelle se trouve la protection effective du climat, de la biodiversité et des écosystèmes<sup>23</sup>, leur inquiétude se transforme en mécontentement. Ils se font entendre, ils interpellent et s'adressent, aussi en justice, aux autorités publiques et aux entreprises<sup>24</sup> dont ils estiment, par ailleurs à juste titre, qu'elles restent en défaut. Ils réclament du pouvoir judiciaire des mesures correctives qui obligent les autorités publiques à intervenir et demandent aux entreprises de modifier leurs activités polluantes et dès lors leurs actes et comportements.

Ainsi sont nées les « affaires » du climat qui se multiplieront sans aucun doute, leur champ d'application et les mesures à envisager étant larges et vastes.<sup>25</sup> Dans le cadre de cette contribution, l'affaire *Urgenda*, l'affaire belge du climat et l'affaire *Shell* seront brièvement abordées.

## A. L'AFFAIRE *URGENDA* ET L'AFFAIRE BELGE DU CLIMAT

5. L'ÉTAT NÉERLANDAIS SUR LA SELLETTE – Dans l'affaire *Urgenda*<sup>26</sup>, il était reproché à l'Etat néerlandais qu'il reste en défaut de réaliser les objectifs climatiques auxquels il s'est engagé. Cette procédure a de particulier qu'elle est arrivée au bout du parcours judiciaire par un arrêt du Hoge Raad du 20 décembre

---

*pas atteinte à la santé publique et ne contribuent pas, ou le moins possible, à une augmentation de la quantité et du degré de nocivité des déchets et à d'autres formes de pollution».*

<sup>21</sup> Qui n'ont plus rien de « naturel » dans la mesure qu'elles sont la conséquence d'activités (humaines) qui se trouvent à l'origine du réchauffement et des dérèglements. En l'absence de ces activités, ces catastrophes n'auraient pas lieu.

<sup>22</sup> Indépendamment des dégâts invisibles causés par la pollution de l'air, par la présence de particules de plastique dans la nourriture journalière..., qui mettent en danger la santé, sinon l'intégrité physique et/ou psychique des êtres vivants.

<sup>23</sup> L'objectif de cette protection est, bien entendu, la protection des conditions de vie des êtres humains (dont ces citoyens font partie) et des êtres vivants dont dépendent l'existence et le bien-être de l'espèce humaine.

<sup>24</sup> Leurs propriétaires n'échapperont pas à la danse.

<sup>25</sup> Voy. pour un aperçu M. BURGER et J. GUNDLACH, *The Status of climate change litigation : a global review*, Law Division UN Environment Programme, 2017, disponible via <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20767>.

<sup>26</sup> Une procédure d'intérêt général, visée par l'art. 3:305 a du NBW (Nederlands Burgerlijk Wetboek).

2019, qui a confirmé la condamnation de l'Etat à une réduction d'au moins 25% des émissions CO<sub>2</sub> sur le territoire national avant la fin de l'année 2020.<sup>27</sup>

Le Hoge Raad a fondé sa décision sur les articles 2, 8 et 13 de la Convention EDH dont il a précisé le contenu, le sens et la portée en fonction des faits de la cause.<sup>28</sup> Il en déduit des obligations positives dans le chef de l'Etat, tenu à la protection de la vie et de la vie privée des personnes qui se trouvent sous son autorité. En vertu de ces obligations (de moyen) positives s'imposent des mesures préventives appropriées dès l'instant où la vie ou la vie privée des titulaires est sérieusement et directement menacée par des activités industrielles ou par des catastrophes naturelles ou environnementales. Le risque d'une atteinte sérieuse et directe à la santé ou au bien-être par une pollution environnementale, à court ou à plus long terme, dont l'Etat est au courant, doit déclencher la mise en oeuvre de ces obligations. Lorsque des dangers environnementaux menacent tout un territoire, les articles 2 et 8 protègent tous ses habitants. Se référant à l'article 13 de la Convention EDH, le Hoge Raad souligne que l'Etat doit prendre des mesures préventives<sup>29</sup> effectives, sans qu'il bénéficie sur ce point d'une marge d'appréciation. Il dispose par contre du choix des mesures qui sont à adopter, à condition qu'elles soient effectivement raisonnables et appropriées, ce qui fait partie du contrôle dont le pouvoir judiciaire est chargé.<sup>30</sup>

6. LE HOGE RAAD ET LA SITUATION CLIMATIQUE – Se référant aux données scientifiques, aux travaux et aux conventions intervenues dans le cadre des Nations Unies et au « *common ground method* », le Hoge Raad conclut à l'existence d'un changement climatique dangereux qui entraîne un risque réel et direct d'atteinte sérieuse à la vie et au bien-être des personnes qui se trouvent sur le territoire national.<sup>31</sup>

Ce changement climatique dangereux n'est toutefois pas un phénomène national : il résulte d'activités qui se produisent à l'échelle mondiale. Le constat ne fait pas reculer le Hoge Raad : le pays doit faire « sa part » afin de faire obstacle à la réalisation du changement climatique dangereux.<sup>32</sup> Il estime que le risque que fait courir le changement climatique dangereux aux personnes qui se trouvent

<sup>27</sup> HR 20 décembre 2019, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, disponible sur [www.uitspraken.rechtspraak.nl](http://www.uitspraken.rechtspraak.nl) ; eg. S. VAN DROOGHENBROECK, C. JADOT et C. DE BUEGER, « Environnement, climat et droits fondamentaux », *Actualités choisies des droits fondamentaux* (dir. F. KRENC, F. BOUHON et Chr. DEPREZ), Limal-Liège, Anthemis, ULiège, 2021, pp. 129-130.

<sup>28</sup> Voy. les attendus 5.2.2 et 5.2.3. Le Hoge Raad considère que le principe de précaution conduit à la même conclusion.

<sup>29</sup> Qui mettent fin au danger, qui le réduisent ou qui mettent les titulaires à l'abri des effets négatifs....

<sup>30</sup> Voy. les attendus 5.6.1 à 5.6.4.

<sup>31</sup> Voy. les attendus 5.2.3 à 5.3.4.

<sup>32</sup> Voy. les attendus 5.6.4 et 5.7.1-5.7.2 : « *Waar van het grondgebied van alle landen uitstoot van broeikasgassen plaatsvindt en alle landen daarvan schade ondervinden, zullen door alle landen maatregelen moeten worden genomen* ».

sur le territoire national, relève d'une « responsabilité partagée » de tous les pays.<sup>33</sup> Cela ayant été tiré au clair, il rejette les moyens de défense selon lesquels l'Etat néerlandais ne serait pas responsable de la situation climatique imputable au fait (i) que d'autres pays n'assument pas leur responsabilité ou (ii) que la part des émissions néerlandaises de gaz à effet de serre dans le volume des émissions mondiales est (très) limitée et qu'elle ne fait dès lors pas la différence.<sup>34</sup>

Par ces motifs, pris directement des articles 2, 8 et 13 de la Convention EDH<sup>35</sup>, le Hoge Raad confirme la condamnation de l'Etat à la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

7. LES LÉGISLATEURS BELGES SUR LA SELLETTE – Comparé à l'arrêt *Urgenda*, le jugement rendu le 17 juin 2022 par le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, dénote.<sup>36</sup> L'ASBL Klimaatzaak et de nombreuses personnes physiques critiquent le manque de politique climatique de l'Etat fédéral et des trois Régions. Les demandeurs sollicitent des injonctions, susceptibles de remédier à cette situation.<sup>37</sup>

La décision du 17 juin 2021 a tout d'un jugement de Salomon. Le Tribunal applique principalement l'article 1382 du Code civil et, à titre surabondant, les articles 2 et 8 de la Convention EDH. Il retient à charge des défendeurs une faute extracontractuelle, longuement motivée, complétée par le constat qu'ils méconnaissent les obligations positives qui résultent, en l'espèce, des articles 2 et 8 de la Convention.

« *So far, so good* ». <sup>38</sup> Ensuite, l'affaire se corse : le Tribunal a décidé que le pays n'est pas directement obligé par des conventions internationales ou par le droit européen à la réduction sur son territoire des émissions de gaz à effet de serre sollicitée par les demandeurs, comme les demandeurs le sollicitaient. Il considère que les carences, qu'il retient à charge des défendeurs, ne lui permettent pas (faute d'obligation directe) à fixer lui-même des objectifs de réduction d'émissions de gaz à effet de serre. Il invoque le principe de la séparation des pouvoirs.

<sup>33</sup> Déduite du « *no-harm principle* » (attendu 5.7.7).

<sup>34</sup> Voy. les attendus 5.7.5 à 5.7.7.

<sup>35</sup> Le Hoge Raad reprend par ailleurs à plusieurs reprises la jurisprudence de la Cour EDH consacrée à ces dispositions conventionnelles.

<sup>36</sup> T.P.I.F. Bruxelles 17 juin 2021, R.G. 2015/4585/A ; voy. ég. P. GILLAERTS, C. BORUCKI et F. AUVRAY, « Belgische klimaatzaak : enkel(e) vaststellingen », disponible sur <https://www.leuvenpubliclaw.com> ; S. VAN DROOGHENBROECK, C. JADOT et C. DE BUEGER, *loc. cit.*, pp. 132-133 et pp. 138-145. Le jugement est frappé d'appel.

<sup>37</sup> Notamment des réductions des émissions de gaz à effet de serre.

<sup>38</sup> Même si la priorité (hiérarchique) des art. 2 et 8 de la Convention EDH sur l'art. 1382 du Code civil aurait dû conduire le Tribunal à soumettre l'application de l'art. 1382 à l'application (autonome) des art. 2 et 8 de la Convention, protégée par l'art. 13 de la même Convention, ce qui aurait, sans doute, fait obstacle à la suite de son raisonnement en ce qui concerne la « remède » (ég. S. VAN DROOGHENBROECK, C. JADOT et C. DE BUEGER, *loc. cit.*, pp. 143-145.

Le Tribunal a-t-il réellement voulu mettre en doute l'application directe de la Convention EDH<sup>39</sup> aux autorités publiques belges et, dès lors, également au pouvoir judiciaire ? Comment expliquer qu'il conclut à l'absence (prétendue) d'une obligation de réduction des émissions dangereuses et nocives, alors que ces émissions portent atteinte et/ou risquent de porter atteinte à la vie, à la santé, à la vie privée, à la liberté, à la propriété..., protégées par les droits fondamentaux des victimes ? En décidant que les défendeurs seraient libres dans leurs actions et décisions climatiques, le Tribunal, à la différence du Hoge Raad, perd manifestement de vue les articles 2, 8 et 13 de la Convention EDH et se désintéresse de la protection que ces droits fondamentaux garantissent à leurs titulaires.

## B. L'AFFAIRE *ROYAL DUTCH SHELL*<sup>40</sup>

8. LES ENTREPRISES ET LE CLIMAT – Comme les entreprises et leurs propriétaires ne cessent pas de l'invoquer, leurs activités économiques, industrielles et financières requièrent un environnement stable, qui est favorable à leur fonctionnement. Ils visent le cadre politique, juridique, fiscal, social..., mais oublient l'essentiel, le climat. Les dernières décennies démontrent que l'instabilité climatique entraîne forcément d'autres instabilités, qui affectent négativement les activités humaines et donc aussi celles des entreprises et de leurs propriétaires.

L'inactivité et la passivité du « monde des entreprises » face au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques consécutifs, sont dès lors des plus surprenantes, d'autant plus qu'il sait depuis plusieurs décennies que ses activités se trouvent directement et indirectement à l'origine de ces phénomènes. S'agit-il d'une sous-estimation du risque climatique<sup>41</sup>, d'un optimisme spéculatif<sup>42</sup>, d'un « *short termism* » égoïste et démesuré<sup>43</sup>, d'une répartition des risques, des coûts, des dépenses, des dommages, inhérente au principe économique ?<sup>44</sup>

N'appartient-il pas, de toute façon, aux personnes qui savent que leurs actes, comportements et activités causent des préjudices à autrui de modifier leur 'façon de faire', de sorte que l'atteinte ne se reproduit plus ? De nombreuses lois et règles

<sup>39</sup> Telle qu'interprétée par la Cour EDH et par la jurisprudence belge, notamment celle de la Cour constitutionnelle.

<sup>40</sup> Trib. La Haye, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Ci-après « l'affaire *Shell* ».

<sup>41</sup> Ce qui semble peu probable compte tenu des rapports scientifiques qui décrivent son importance et l'imminence de sa (pleine) réalisation.

<sup>42</sup> Sur la possibilité de trouver à temps des solutions techniques/technologiques qui remédieraient à temps les dégâts causés, alors même qu'il est certain que le déploiement mondial des remèdes éventuels demandera au moins une décennie ?

<sup>43</sup> « Après moi le déluge ».

<sup>44</sup> Dans cette hypothèse, il compte sur les autres ou sur la collectivité afin qu'ils absorbent le « choc climatique » dont le monde des entreprises et leurs propriétaires sont les auteurs.

jurisprudentielles interdisent ce type de comportement (frauduleux/dolosif) et le sanctionnent. Le réchauffement dangereux et les dérèglements climatiques et écologiques constituent des faits notoires au sens de l'article 8.3 du code civil ; le fait que ces phénomènes sont imputables aux activités économiques, industrielles et/ou financières qui génèrent, fut-ce indirectement, des émissions de gaz à effet de serre fait en outre partie des règles d'expérience commune. Dans ces conditions, la démonstration de la connaissance de ces faits notoires et de ces règles d'expérience commune dans le chef des entreprises et de leurs propriétaires ne devrait souffrir d'aucune difficulté, ne laissant place à aucun doute quant à la qualification juridique de la poursuite de leurs activités qui ont des effets tellement dangereux et nocifs.

9. LES ENTREPRISES ET LEURS PROPRIÉTAIRES SUR LA SELLETTE – Il appartient dès lors aux entreprises et à leurs propriétaires de modifier leurs activités et de faire en sorte qu'elles deviennent bénignes et inoffensives pour le climat, la biodiversité et les écosystèmes.<sup>45</sup> S'ils rechignent à la tâche ou que le cœur n'y est pas, il faut envisager des contraintes qui, d'une façon ou d'une autre, imposent des changements de comportement, aptes à mettre un terme au réchauffement dangereux et à la poursuite des dérèglements climatiques et écologiques en cours.<sup>46</sup>

L'affaire *Shell* s'inscrit dans cette démarche. Dans le cadre d'une action (judiciaire) d'intérêt général (art. 3:305a du NBW), les demandeurs se sont adressés à Royal Dutch Shell PLC, la société mère d'un groupe d'une centaine de sociétés, dispersées dans le monde. Les demandeurs considèrent que les mesures que compte prendre Shell afin de limiter le réchauffement climatique à 1,5 °C sont insuffisantes et que cette insuffisance est cause de dommage. Ils demandent dès lors que Shell réduise ses émissions de gaz à effet de serre (CO<sub>2</sub>) pour la fin de 2030 à 45% net de ses émissions en 2019.<sup>47</sup> Dans les émissions, attribuées à Shell, les demandeurs incluent les émissions imputables aux sociétés du groupe (scope 1), les émissions de ses fournisseurs de biens, de produits et de services (scope 2) et celles de ses clients (scope 3).<sup>48</sup>

Par un jugement du 26 mai 2021, le Tribunal de « Den Haag » a fait droit à la demande principale et a condamné Shell à la réduction sollicitée.<sup>49</sup> Shell a fait appel.

<sup>45</sup> Sous réserve de leur responsabilité (contractuelle et extracontractuelle) pour les dégâts déjà causés.

<sup>46</sup> La mise en cause de la politique climatique et écologique (insuffisante) des autorités publiques poursuit, par ailleurs, le même objectif. Afin de réaliser les mesures qui leur sont imposées par le pouvoir judiciaire (voy. l'affaire *Urgenda*, *supra* n° 5 et 6), elles devront imposer, à leur tour, des modifications de comportement aux entreprises émettrices de gaz à effet de serre.

<sup>47</sup> En ordre principal ; cette demande est complétée par des demandes faites en ordres subsidiaires.

<sup>48</sup> Les demandeurs se fondent ainsi sur les « *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosure* ».

<sup>49</sup> Le Tribunal a décidé que la défenderesse « *zowel rechtstreeks, als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij tezamen de Shell-groep vormt, het gezamenlijk jaarlijks volume van alle aan de*

10. ICI, ON NE RIGOLE PAS – Le Tribunal se montre sobre et lucide : il souligne que le dommage climatique (réel et imminent) s'aggrave mondialement par les émissions de CO<sub>2</sub> ou d'autres gaz à effet de serre, indépendamment de l'endroit où elles se produisent et peu importent leurs causes. Ce constat s'applique donc également aux Pays-Bas. Il relève que les procédures judiciaires introduites au sujet du climat dans le monde entier concernent non seulement les émetteurs de gaz à effet de serre, désignés comme responsables du dommage climatique, mais aussi d'autres personnes et entités qui peuvent avoir une influence sur (l'importance de) ces émissions, toute réduction obtenue pouvant avoir son importance.<sup>50</sup>

Le Tribunal met d'abord sa conclusion en exergue, suivie d'une motivation solide. Se référant à la norme générale de prudence, empruntée à l'article 6.162 NBW, il retient des obligations de réduction (des émissions) dans le chef de Shell, qu'il précise (ensuite) en fonction (i) des faits et des circonstances pertinents, (ii) des meilleures connaissances scientifiques possible au sujet de la dangerosité du changement climatique et de son approche et (iii) du large consensus international que les droits de l'homme, que les entreprises doivent respecter, protègent leurs titulaires contre les effets du changement climatique.<sup>51</sup>

Le Tribunal justifie l'existence d'obligations de réduction par quatorze (14) critères<sup>52</sup> qui concrétisent la norme générale de prudence en matière d'émissions de gaz à effet de serre, imputables à Shell. Parmi ces critères figurent la protection des droits de l'homme (quatrième critère), les UN Guiding Principles (cinquième critère), l'accord de Paris (septième critère), le World Energy Outlook 2020 de l'IEA (septième critère), les UN *Sustainable Development Goals* (neuvième critère).

11. QUI RIRE LE DERNIER ? – Le Tribunal a décidé que les efforts climatiques, envisagés par Shell, sont insuffisants. Il lui impose dès lors la réduction de ses émissions de CO<sub>2</sub> avec 45% net pour la fin de l'année 2030, comparées à leur volume en 2019. Le Tribunal a précisé que la réduction doit s'appliquer à l'ensemble du portefeuille énergétique du groupe Shell et au volume total de ces émissions (scope 1, 2 et 3).

Il a ajouté qu'il appartient à Shell de déterminer les moyens à déployer et le parcours à suivre qui lui permettront d'atteindre l'objectif imposé, en tenant compte de ses obligations en cours et des circonstances pertinentes. Le Tribunal fait à ce sujet une distinction entre l'obligation de réduction en scope 1 et en

---

*bedrijfsactiviteiten en verkochte energiedragende producten van de Shell-groep verbonden CO<sub>2</sub>-emissies naar de atmosfeer (scope 1, 2 en 3) zodanig (...) (moet) beperken of doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019» (Rechtbank Den Haag, 26 mai 2011 (<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Den-Haag-/Nieuws/Paginas/Royal-Dutch-Shell-moet-CO2-uitstoot-terugbrengen.aspx>) ; ég. S. VAN DROOGHENBROECK, C. JADOT et C. DE BUEGER, *loc. cit.*, pp. 130-132.*

<sup>50</sup> Voy. l'attendu 4.3.5.

<sup>51</sup> Voy. l'attendu 4.1.3.

<sup>52</sup> Voy. l'attendu 4.4.2.

scopes 2 et 3. Il s'agit en scope 1 d'une obligation de résultat : les émissions de CO<sub>2</sub> générées par les activités propres du groupe Shell, doivent être réduites à la fin de 2030 en conformité avec l'injonction qui lui est adressée. En scopes 2 et 3, l'injonction se transforme en obligation sérieuse (*zwaarwichtige*) de moyens. Le Tribunal attend de Shell qu'elle entreprend les démarches nécessaires auprès de ses relations commerciales (fournisseurs et clients) afin qu'elles mettent fin ou préviennent les risques sérieux engendrés par leurs émissions de CO<sub>2</sub>. Le Tribunal attend également que Shell, par son influence, obtienne, dans la mesure du possible, la limitation des effets persistants éventuels.<sup>53</sup>

## C. CONCLUSION DÉPLAISANTE

12. L'ESPOIR FAIT VIVRE – Une première lecture, trop rapide, des décisions examinées s'accompagne d'un sentiment de soulagement. Les Cours et Tribunaux, qui les ont prononcées, savent manifestement de quoi ils parlent : ils connaissent les faits et les enjeux du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques consécutifs. Ils sont au fait de leurs causes et des mesures qu'il échet de prendre par la réduction globale des émissions à effet de serre si l'être humain veut avoir une chance raisonnable de maintenir l'augmentation de la température moyenne en dessous de 2 °C, en comparaison avec la température moyenne en période préindustrielle.

Ces décisions donnent un signal fort aux Etats, au monde des entreprises et à leurs propriétaires qu'il leur est impossible d'ignorer, même pour ceux qui ne sont pas directement concernés par ces procédures. En se montrant aveugles ou sourds, ils risquent en effet d'autres procédures judiciaires, des mesures plus restrictives « encore », des astreintes et d'autres sanctions...<sup>54</sup> L'heure est donc à la réflexion, à la mise en cause des activités, des comportements et des actes qui, par l'émission de gaz à effet de serre, contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements consécutifs.

La réduction des émissions n'est pas un simple détail. Ces émissions sont au contraire le résultat dangereux et nocif de l'organisation actuelle des activités économiques, industrielles et financières envisagée, voulue et recherchée par les entreprises concernées et leurs propriétaires concernés. La réduction envisagée appelle des changements comportementaux en profondeur qui touchent au « *business model* » et au « *business as usual* » par l'interdiction d'externalisations de risques, de coûts, de dépenses et de dommages, dont le monde des entreprises et leurs propriétaires estiment qu'elles font partie des « acquis », nonobstant leurs effets dangereux et nocifs pour le climat, la biodiversité et les écosystèmes.

<sup>53</sup> Voy. l'attendu 4.1.4.

<sup>54</sup> Et le déplacement d'un siège social n'y changera rien.

Les entreprises doivent réduire sérieusement leurs activités polluantes et développer des activités moins polluantes, même lorsqu'elles sont (beaucoup) moins « rentables ». Elles doivent donc adapter ou réorienter (l'organisation de) leurs activités, sinon les arrêter. Au lieu de procéder à la distribution des résultats, les entreprises doivent investir massivement dans la réorganisation et la réorientation de leurs activités, notamment par leur « *research and development* » (R&D) pour trouver des alternatives, épaulées par les autorités publiques.<sup>55</sup>

13. PAROLES, PAROLES – Est-il certain que les décisions examinées auront cet effet ? Rien n'est moins sûr. La teneur dissuasive ou interpellante des mesures<sup>56</sup> qui ont été imposées, conformément à la demande des parties assignantes, semble assez faible.

Il n'est en effet pas vraiment rassurant d'entendre condamner des Etats ou des entreprises à la réduction d'émissions de gaz à effet de serre à la fin de 2030<sup>57</sup>, alors qu'il est devenu un fait notoire que la hausse de la température moyenne dépassera 1,5 °C et sans doute 2 °C<sup>58</sup> en 2030, si ces émissions ne diminuent pas effectivement et progressivement entretemps.<sup>59</sup> Ces condamnations remettent à plus (et trop) tard ce qui devrait être entrepris et appliqué dès à présent. Elle permet aux Etats et aux entreprises concernées de prolonger « l'attente » pendant plusieurs années encore avant de prendre des mesures effectives qui réduiront – le cas échéant – leurs émissions.<sup>60</sup>

Redoutant l'effet de la politique climatique, qui leur est « imposée » en justice<sup>61</sup>, sur la position concurrentielle de leur (?) économie, des Etats continueront à hésiter et prendront même le risque de ne rien faire (ou de faire beaucoup trop peu) au prétexte que beaucoup de choses peuvent encore se produire entre 2022 et 2030. Enthousiastes, les entreprises et leurs propriétaires suivront leur mauvais exemple. Même si un Etat se montre, d'aventure, décidé et volontariste, ils invoqueront la mesure imposée en justice, qui leur laisse la liberté de faire ce qui leur plaît jusqu'à la date d'échéance. Au pire, ils mettront fin à leurs activités

<sup>55</sup> Dont l'effort doit être rémunéré effectivement à la hauteur de son importance, dans toutes les applications qui en sont faites (voy. à ce sujet M. MAZZUCATO, *L'Etat-entrepreneurs, Pour en finir avec l'opposition public-privé*, Paris, Fayard, 2020, p. 374.

<sup>56</sup> En outre refusées (?) dans l'affaire belge du climat.

<sup>57</sup> Avec la précision qu'il appartient aux Etats et aux entreprises concernées de déterminer les moyens et le trajet à suivre afin d'atteindre l'objectif à la date d'échéance, quelle qu'elle soit.

<sup>58</sup> Ce qui donnera lieu à des dérèglements climatiques et écologiques irréversibles.

<sup>59</sup> Les recommandations du GIEC sont basées sur l'hypothèse que le volume des émissions de gaz à effet de serre reste constant entre 2020 et 2030, condition qui n'est pas respectée, ces volumes étant au contraire en augmentation constante chaque année.

<sup>60</sup> Continuant et laissant continuer entretemps les activités polluantes, qui augmentent les émissions de gaz à effet de serre au lieu de les diminuer.

<sup>61</sup> Oubliant qu'il s'agit, en réalité, de l'exécution d'obligations qui résultent de normes prioritaires qui s'imposent à tout moment (en particulier les normes prioritaires qui accordent les droits fondamentaux).

polluantes juste avant la date fatidique ou ils les auront cédées avant. Avec le sourire ils constateront qu'ils ont respecté l'injonction.

Les injonctions obtenues dans le cadre des affaires *Urgenda* et *Shell* ne résoudreont donc pas, comme par miracle, les dérèglements climatiques et écologiques, dus au réchauffement dangereux de l'atmosphère et de la planète. Leurs faiblesses en font des faux amis : il ne suffit pas d'attendre la date de l'échéance judiciaire.<sup>62</sup> Au train où vont les choses, il est quasiment certain que les mesures de réduction, préconisées à l'échelle mondiale par les Nations Unies<sup>63</sup> ne seront pas adoptées ou appliquées. Beaucoup d'Etats n'agiront pas en ce sens et accepteront, au contraire, l'augmentation des volumes d'émissions de gaz à effet de serre par les entreprises établies sur leur territoire. La chance « raisonnable » (> 50%) d'arriver à la fin de 2030<sup>64</sup> à une réduction globale net de 45% des émissions par rapport aux volumes rejetés en 2019 (ou en 1990), de sorte que la température moyenne, en hausse à cause du réchauffement, ne dépassera pas 2 °C en comparaison avec la période préindustrielle, s'est effritée depuis longtemps. Soyons réalistes.

14. RETROUSSER LES MANCHES – Croiser les bras et attendre l'échec prévisible au 1<sup>er</sup> janvier 2031 ou à toute autre date d'échéance, n'a guère de sens. Même avec une température moyenne qui dépassera, à moyen, sinon à court terme, allègrement les 2 °C par rapport à la température moyenne préindustrielle, il échet de préparer l'avenir et de le préparer sans attendre.

Par des mesures pertinentes et appropriées, de nature préventive ou corrective, il faut limiter, autant que faire se peut, les effets dangereux, nocifs et dommageables sur le territoire (national) du réchauffement et des dérèglements consécutifs.

Les Etats démocratiques, tenus au respect des droits fondamentaux<sup>65</sup> qu'ils ont accordés aux personnes qui se trouvent sous leur autorité, n'ont pas d'autre choix. Ils doivent réduire (et faire réduire) sur leur territoire les émissions de gaz à effet de serre conformément aux prescrits du GIEC, assumant et faisant assumer par le monde des entreprises leur part de responsabilité.<sup>66</sup> Ils doivent investir dans le renforcement de l'aménagement du territoire, de sorte qu'il résiste mieux aux catastrophes que les dérèglements provoquent. Il semble cohérent que le financement de ces travaux s'effectue en premier lieu par la contribution de ceux qui bénéficient et ont bénéficié des activités économiques, industrielles et financières,

<sup>62</sup> Le 31 décembre 2030 dans le jugement *Shell*.

<sup>63</sup> En particulier par le GIEC.

<sup>64</sup> Ou à toute autre date (d'échéance).

<sup>65</sup> Les « droits fondamentaux » désignent ici les droits constitutionnels et les droits et libertés de l'homme (et des enfants).

<sup>66</sup> Il s'agit dans la terminologie du Hoge Raad dans l'affaire *Urgenda*, d'une « *deelaansprakelijkheid* » (responsabilité partagée). Dans une certaine mesure (qui reste à préciser) les consommateurs sont en mesure d'avoir une influence sur la production de biens, de produits ou de services, qui contribuent au réchauffement et aux dérèglements. Cette question n'est pas abordée dans cette contribution.

qui se trouvent à l'origine du réchauffement dangereux et des dérèglements. Ces Etats et leurs entreprises doivent aussi investir (massivement), d'une part, dans la recherche et le développement de nouveaux moyens de production, beaucoup moins gourmands en matières premières et en énergies (en particulier fossiles) et, d'autre part dans la réutilisation maximale des biens produits et des déchets. Ils doivent en outre procéder à un réexamen sérieux de l'accès à leurs marchés de produits, de biens et/ou de services, en fonction de l'émission de gaz à effet de serre ou d'autres pollutions, que leur production cause. Quand il s'agit de biens, de produits ou de services d'origine « nationale »<sup>67</sup>, il faudra aussi ré-évaluer leur valeur ajoutée en fonction de leur coût climatique et écologique. Les biens, les produits et les services en provenance de pays et/ou d'entreprises qui n'assument pas leur « *deelaansprakelijkheid* » doivent par contre être écartés des marchés.

De cette façon et à condition de s'entendre, les pays (véritablement) démocratiques inciteront d'autres pays et d'autres entreprises à suivre leur exemple. Sous la pression du réchauffement et des dérèglements de plus en plus pénibles pour l'être humain, les pays et les entreprises récalcitrants n'auront tôt ou tard pas d'autre choix que de s'aligner (avec un retard considérable) sur les mesures prises et les résultats obtenus par les pays démocratiques. Leur « *know how* » deviendra prisé et ils ont un intérêt manifeste à ce qu'il s'impose mondialement.

La question à examiner est dès lors si et dans quelle mesure le droit privé peut contraindre les entreprises et leurs propriétaires au changement du « *business as usual* ».

### III. LE DROIT PRIVÉ AU SERVICE DE LA SOCIÉTÉ (DURABLE)

#### A. CE QUE FAIT LE DROIT PRIVÉ

15. LE VIVRE ENSEMBLE – Les activités économiques, industrielles et financières qui génèrent, même indirectement, des émissions de gaz à effet de serre sont gouvernées par des lois et des règles jurisprudentielles, comme l'est toute autre activité humaine. L'activité, faite de comportements et d'actes, est inhérente à la vie humaine et au vivre ensemble.

Il est devenu une habitude de parler de la démocratie comme « le royaume de la liberté », dominée par la liberté individuelle, la liberté et l'autonomie de la volonté, déclinées en mille merveilles. La liberté se prête cependant à des interprétations antagonistes, si bien décrites par l'historienne A. DE DIJN<sup>68</sup> : (i) l'absence de

<sup>67</sup> Dont la production se fait, par hypothèse, dans le respect des réductions d'émissions de gaz à effet de serre en vigueur, définies par le pays.

<sup>68</sup> A. DE DIJN, *Vrijheid. Een woelige geschiedenis*, Amsterdam, Alfabet uitgevers, 2021, p. 464. A. DE DIJN enseigne à l'Université d'Utrecht.

soumission (plus ou moins complète) à autrui<sup>69</sup> et (ii) la possibilité de faire ce qui plait à chacun de nous.<sup>70</sup>

Depuis longtemps<sup>71</sup>, l'homme a compris que les avantages du vivre ensemble dépassent de loin, de très loin les inconvénients. Comparé à la vie solitaire ou en cercle réduit, le vivre ensemble répond beaucoup mieux aux besoins qui animent l'être humain du premier jusqu'au dernier jour de son existence. Il s'agit d'un *quatuor* bien connu : la sécurité, la santé, l'enseignement et la libre disposition. Ces besoins sont transformés et sublimés en valeurs communes, prises en charge par le vivre ensemble.

Leur mise en œuvre est toutefois une autre paire de manches. Elle passe par une structure et une organisation qui sont imposées<sup>72</sup> aux relations qui s'établissent entre les membres<sup>73</sup>, par les personnes qui, d'une manière ou d'une autre, détiennent le pouvoir (politique) qui leur permet de déterminer le destin (la gestion) du vivre ensemble.

16. LE VIVRE ENSEMBLE DÉMOCRATIQUE – De date très récente<sup>74</sup>, la véritable démocratie confie le contrôle du pouvoir politique à ses membres (h/f/x), titulaires d'un droit de vote universel, unique et, de préférence, obligatoire. Au moyen d'élections périodiques, ils s'expriment sur la gestion du vivre ensemble et désignent des représentants politiques qui agiront au nom, pour le compte et dans l'intérêt de la Nation.<sup>75</sup>

La Nation attend des représentants politiques la mise en œuvre et le maintien d'une organisation sociale qui prend en charge les valeurs essentielles dans le chef de chaque membre, sa vie durant, et qui, de cette façon, lui permettent de subvenir à ses besoins.

Les fondateurs de la démocratie ont pris des précautions : ils ont consigné les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques dans des normes prioritaires<sup>76</sup>, que les représentants politiques<sup>77</sup> doivent dès lors respecter.

Les droits fondamentaux et leur finalité constituent la raison d'être du régime politique (véritablement) démocratique. La structure et l'organisation démocratiques sont à leur service, comme il résulte notamment de la Constitution

<sup>69</sup> En ce sens la liberté s'oppose à l'esclavage, plus ou moins édulcoré.

<sup>70</sup> Ce qui, dans les faits et à défaut de correctifs, concentre les pouvoirs politiques, économiques et financiers entre les mains des « plus forts ».

<sup>71</sup> D. GRAEBER, *Debt. The first 5000 years*, New York, Melville House, 2011, p. 534.

<sup>72</sup> Leur acceptation par tous les membres n'est pas indispensable à leur application.

<sup>73</sup> L'organisation et la structure du vivre ensemble visent, *in fine*, la répartition des tâches qui couvrent les besoins (les valeurs essentielles) de l'ensemble des membres.

<sup>74</sup> La démocratie est née pendant la première partie du 20<sup>ième</sup> siècle, lorsque l'ensemble des hommes et des femmes majeurs a obtenu le droit de vote (le bouleversement démocratique).

<sup>75</sup> C'est-à-dire l'ensemble des ressortissants/personnes qui se trouvent sous l'autorité des représentants politiques.

<sup>76</sup> Ils se trouvent dans la Constitution et, ensuite, dans des Conventions internationales, signées et appliquées en conformité avec la Constitution.

<sup>77</sup> Et plus généralement toutes les personnes qui exercent une fraction du pouvoir public.

et de la Convention EDH. Ils ne sont par ailleurs pas tombés du ciel : il a fallu au moins 5.000 ans<sup>78</sup> avant d'arriver à une situation politique dans laquelle toutes les personnes qui se trouvent sous l'autorité des pouvoirs publics bénéficient (effectivement) des mêmes droits fondamentaux. Les lecteurs attentifs n'auront aucune difficulté à relever et à comprendre que les valeurs essentielles (la sécurité, la santé, l'enseignement et la libre disposition) se trouvent toujours, d'une certaine manière, à l'origine de l'ensemble des droits fondamentaux, qui protègent ces valeurs essentielles et les besoins sous-jacents, communs à tous les titulaires.

17. L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX – L'octroi des droits fondamentaux est certes une étape d'une très grande importance, mais reste lettre morte pour la plus grande majorité des titulaires aussi longtemps que leur exercice effectif n'est pas garanti par le pouvoir politique. Si le pouvoir politique ne s'occupe pas effectivement et sérieusement de l'exercice des droits fondamentaux par l'ensemble des titulaires, les plus forts parmi eux ont vite fait de prendre le contrôle des droits fondamentaux « des autres », obligés dans les faits à se soumettre. L'histoire de notre espèce foisonne d'exemples.

L'effectivité des droits fondamentaux requiert que chaque titulaire, par leur exercice effectif, est en mesure de déterminer les conditions de vie de son choix pour autant qu'elles sont et restent comparables à celles des autres. Ce n'est que dans ces conditions que chacun dispose réellement des mêmes droits fondamentaux, aptes à être exercés de la même façon, la vie durant.

La réalisation des droits fondamentaux est confiée aux législateurs par la Constitution et par la Convention EDH. Elles énoncent clairement que les législateurs peuvent, dans le respect de certaines conditions, limiter l'exercice par leurs titulaires de leurs droits fondamentaux. La réalisation effective et la restriction des droits fondamentaux sont en effet inséparables : l'une ne va pas sans l'autre.

Les législateurs<sup>79</sup> s'acquittent de cette mission complexe par des lois impératives ou prohibitives, qui régulent les comportements, les actes et les activités de toute nature des personnes qui se trouvent sous leur autorité. Leurs ordres et interdictions délimitent le champ d'action des droits fondamentaux de chaque titulaire.

18. LA RESTRICTION RAISONNABLE – Puisque les lois impératives et prohibitives limitent, par définition, l'exercice des droits fondamentaux qui en subissent l'effet<sup>80</sup>, force est de constater qu'il n'existe pas de droits fondamentaux

---

<sup>78</sup> Une longue histoire qui s'est déroulée sur les tons de principes, d'une finalité et de règles de fonctionnement qui n'avaient rien de démocratique. Par réaction et dans la douleur, la démocratie s'est construite à petits pas.

<sup>79</sup> Et les autorités publiques dont les législateurs sont (politiquement) responsables.

<sup>80</sup> Et que cette interférence est autorisée par les normes prioritaires.

absolus ou illimités.<sup>81</sup> Avec les restrictions qu'ils imposent à l'exercice des droits fondamentaux, les législateurs parviennent à un équilibre (social), dans le respect des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques. Leur application donne naissance à l'ordre public, voulu par les législateurs.

Comme les droits, pas plus que les droits fondamentaux, les pouvoirs des législateurs ne sont pas illimités ou absolus. Il résulte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH<sup>82</sup> que la restriction que les législateurs imposent à l'exercice des droits fondamentaux doit être «raisonnable».<sup>83</sup> Une restriction ne mérite cette qualification qu'à condition qu'elle émane d'une loi (règle juridique) qui est suffisamment accessible et précise, qu'elle est nécessaire dans une société démocratique, qu'elle répond à un besoin social impérieux et qu'elle est pertinente et proportionnelle avec l'objectif (légitime) que le législateur poursuit.<sup>84</sup>

A condition qu'il reste dans les limites raisonnables<sup>85</sup> que les législateurs, par des lois impératives ou prohibitives, ont imposé à l'exercice de chacun de ses droits fondamentaux, le titulaire doit pouvoir compter sur leur protection par les autorités publiques. Qu'ils émanent des pouvoirs publics ou d'autres titulaires, les comportements, les actes et les activités qui méconnaissent l'exercice par le titulaire d'un droit fondamental, alors qu'il est conforme à sa réalisation et aux restrictions déterminées par les législateurs, requièrent remédiation. Du fait qu'une autorité publique ou un titulaire, croit pouvoir invoquer qu'il n'a méconnu aucune disposition légale ou qu'il a obtenu et respecté toutes les autorisations nécessaires, il ne saurait être déduit une cause de justification. En décider autrement priverait le titulaire, victime de la méconnaissance, d'un droit fondamental qu'il a pourtant exercé dans les limites de sa réalisation et des restrictions raisonnables, définies par les législateurs compétents.

## 19. LE DROIT PRIVÉ N'EST PAS LE ROYAUME DE LA LIBERTÉ – Le droit privé réunit les lois et les règles jurisprudentielles<sup>86</sup> qui gouvernent et organisent

<sup>81</sup> Voy. notamment au sujet des restrictions que la Convention EDH impose aux droits et libertés de l'homme : L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 460-472.

<sup>82</sup> Dont les compétences sont déterminées par la Constitution et par la Convention EDH.

<sup>83</sup> Voy. notamment Cc 15 mars 2018, n° 29/2018, B.12-B.14.4 ; Cc 27 mai 2016, n° 72/2016, B.18.1-B.18.2 ; Cc 6 décembre 2012, n° 145/2012, B.13-B.14.

<sup>84</sup> Qui impliquent une connaissance approfondie de ce qui est nécessaire dans une société démocratique et de ce qui répond à un besoin social impérieux. Voy. sur ces conditions aussi L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, pp. 520-524. P.ex. L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, 2021 disponible en *open access* sur [www.lawbackontrack.org/nl/publications](http://www.lawbackontrack.org/nl/publications) (épisode 5/45).

<sup>85</sup> Déduites par les Cours et Tribunaux des lois dans le respect de la volonté qui a animé le législateur au moment de l'adoption de la loi.

<sup>86</sup> Le droit public réunit pour sa part les lois et règles de droit qui gouvernent et organisent les relations entre les pouvoirs publics et leurs ressortissants.

les relations entre des personnes qui, par des comportements, des actes ou des activités, exercent leurs droits fondamentaux d'une manière ou d'une autre. Volontairement ou involontairement, elles entrent de ce fait en contact les unes avec les autres. Afin d'établir et de préserver l'ordre et la paix publics, les législateurs interviennent dans ces relations parfois fortuites, parfois planifiées, par des lois qui déterminent (de manière suffisamment accessible et précise) comment le(s) titulaire(s) visé(s) doit (doivent) agir (loi impérative) ou, au contraire, s'abstenir d'agir (loi prohibitive).<sup>87</sup> L'ordre qui est donné par le législateur à un ou plusieurs titulaires dans l'exercice de leurs droits fondamentaux, donne nécessairement à d'autres la possibilité d'en exiger l'exécution à leur égard. L'interdiction, qui est imposée par le législateur à un ou plusieurs titulaires dans l'exercice d'un droit fondamental, protège d'autres personnes, qui peuvent également se prévaloir de cette protection.

L'idée que le droit privé serait le royaume de la liberté n'est donc qu'une vue d'esprit. Il y a autant de contraintes que de libertés dans le droit privé, outre le fait que le législateur et les autorités publiques ont l'obligation constitutionnelle et conventionnelle de protéger l'exercice des droits fondamentaux par le titulaire qui respecte, par hypothèse, la réalisation et les restrictions, qui ont été imposées par les législateurs compétents.

Il semble plus réaliste de considérer que la liberté n'est pas le principe directeur ou conducteur du droit privé et que celui-ci se concentre, comme le droit public, avant tout sur la réalisation des valeurs essentielles dans l'intérêt de la Nation. Il ne saurait par ailleurs être justifié que la libre disposition bénéficie en droit privé d'un traitement de préférence qui la ferait passer avant la sécurité, la santé et l'enseignement des personnes qui s'y aventurent. Ainsi s'expliquent par ailleurs les restrictions qui sont imposées par les législateurs en droit privé à la liberté individuelle, à la liberté et à l'autonomie de la volonté, ainsi qu'à leurs nombreuses déclinaisons.

**20. LE DROIT PRIVÉ ET LE CLIMAT** – Les activités économiques, industrielles et financières qui se trouvent à l'origine des émissions de gaz à effet de serre, du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques consécutifs, baignent dans le droit privé. Les entreprises et leurs propriétaires, qui poursuivent ces activités, se servent de droits fondamentaux à cet effet : leur droit à la liberté, à la vie privée, à la liberté d'expression, à la propriété s'exprime par leurs activités économiques, industrielles et financières, polluantes ou non. Ils sont par ailleurs des consommateurs chevronnés du droit privé sur lequel ils alignent, en principe, leurs activités. Ils se servent, habilement et à l'aide des meilleurs experts, du droit des contrats, de la liberté d'entreprise et de la concurrence, du droit de

---

<sup>87</sup> Dans le contexte des circonstances particulières, définies par le législateur, qui conditionnent l'application de la loi.

la propriété, des droits intellectuels, du droit des sociétés et des associations<sup>88</sup>, du droit économique... au mieux de leurs intérêts. Leurs activités sont structurées et organisées en fonction des possibilités que leur offre le droit privé. S'ils sont en mesure d'externaliser des risques, des coûts, des dépenses et/ou des dommages<sup>89</sup> sur les autres<sup>90</sup>, sur le vivre ensemble et sur la planète, faut-il en déduire que le droit privé le permet ?

Echet-il d'admettre sans plus qu'ils peuvent conduire l'humanité vers une hausse de la température moyenne de plusieurs degrés Celsius<sup>91</sup> et vers des catastrophes dont leurs contemporains ont à souffrir, le tout avec l'assentiment et la bénédiction des législateurs et du vivre ensemble, fussent-ils démocratiques ?

Mais dans ce cas, le club de Rome, la MIT, les Nations Unies, les COP, le GIEC et les magistrats qui se sont prononcés dans le cadre des affaires *Urgenda*, *Shell* et dans l'affaire belge du climat se moquent-ils du monde avec leurs initiatives et leurs inquiétudes ? Et les législateurs jouent-ils un double jeu en nous faisant croire qu'ils ont mis en œuvre en droit privé des correctifs, qui restreignent la liberté individuelle, la liberté et l'autonomie de la volonté ainsi que leurs nombreux dérivés afin d'éviter les excès ?

S'agit-il d'une vaste comédie ou d'autre chose ? Des instruments (juridiques) susceptibles de faire obstacle aux externalisations qui conduisent au réchauffement climatique, aux pertes de biodiversité et aux dérèglements d'écosystèmes existents, de sorte que la faute est à ceux qui restent en défaut de les appliquer ?

Afin d'en avoir le cœur net, examinons dès lors quelques correctifs de droit privé dont il est enseigné qu'ils ont été mise en place par les législateurs afin d'éviter l'usage excessif et dangereux de la liberté individuelle, de la liberté et de l'autonomie de la volonté dans leurs multiples manifestations. Déterminons également pour quelles raisons ils n'ont pas su mettre fin aux externalisations de risques, de coûts, de dépenses et de dommages par des activités économiques, industrielles et financières, organisées à grande échelle, qui mettent en danger le climat, la biodiversité et les écosystèmes et, du même coup, l'être humain. L'analyse des correctifs et des conséquences de leur défaillance<sup>92</sup> ouvrira la voie à des réflexions qui permettront aux correctifs, espérons-le, d'atteindre leur objectif.

---

<sup>88</sup> En particulier de la technique juridique de la personne morale dotée d'une responsabilité limitée.

<sup>89</sup> Qui sont inhérents à leurs activités.

<sup>90</sup> Les « malheureuses » victimes sur lesquelles s'acharne le sort (?).

<sup>91</sup> Comparée à la température moyenne préindustrielle.

<sup>92</sup> Les dérèglements climatiques et écologiques en cours, l'explosion des inégalités patrimoniales également de « construction » humaine, le désamour démocratique qui se développe à grande vitesse démontrent que « les correctifs », qu'ils soient de droit privé ou de droit public, ont été soit mal conçus, soit mal, très mal appliqués (ou les deux).

## B. LES CORRECTIFS À L'ÉPREUVE D'UNE SOCIÉTÉ DURABLE

1. *Sous peine de leur inefficacité, les conventions et les actes juridiques ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et/ou les bonnes mœurs.*

21. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET SES LIMITES – Les activités économiques, industrielles et financières reposent sur la conclusion et l'exécution de conventions et d'actes juridiques, qui s'enchaînent inlassablement.

La production de biens, de produits et de services se fait par l'extraction ou l'acquisition de matières premières, par la construction ou l'acquisition du matériel approprié, par l'engagement de travailleurs ou de prestataires de services, par la distribution, le transport et la vente des biens, des produits et des services mis sur le « marché ». En règle, l'entreprise fait appel à des financements, mis à sa disposition par les propriétaires, par des investisseurs ou par le secteur bancaire et financier.

A cette utilisation bien huilée du phénomène « contractuel » s'ajoutent l'organisation et le fonctionnement interne de l'entreprise, de ses filiales éventuelles, de ses relations avec le monde extérieur (pouvoirs publics, syndicats, ...), dans lesquelles les conventions ne manquent pas. Les « techniques » mises en œuvre afin d'améliorer le chiffre d'affaires, le bénéfice distribuable après (ou sans) impôts ... se servent également d'engagements contractuels.

Le succès du phénomène contractuel s'explique par l'idée maîtresse en droit privé que les actes juridiques et les conventions sont l'émanation du principe fondamental de la liberté et de l'autonomie de la volonté (des parties concernées). Son règne est confirmé par la force obligatoire des conventions légalement formées, sanctionnée par l'article 1134 du Code civil. Les activités économiques, industrielles et financières sont donc, en principe, autorégulées par les parties contractantes. Leur autorégulation s'impose, non seulement à elles et à leurs ayants-droit, mais aussi aux tiers, en ce compris à l'Etat et son pouvoir judiciaire. Ce principe et l'autorégulation font le bonheur des parties, qui sont les plus forts<sup>93</sup> (économiquement/financièrement) dans la négociation et dans l'exécution des conventions et des actes juridiques.

Depuis l'aube des temps<sup>94</sup>, les gouvernants<sup>95</sup> ont compris qu'ils devaient se réserver la possibilité d'intervenir dans le phénomène contractuel et ses effets sur le vivre ensemble, dont ils voulaient avoir et conserver le contrôle. Il n'était dès lors pas étonnant de lire dans l'article 6 (devenu 2) du Code civil de 1804 « *qu'on*

<sup>93</sup> Il s'agit (très) souvent d'entreprises dont la taille et les moyens dépassent ceux de leurs contreparties.

<sup>94</sup> Qui remonte au moins jusqu'au droit romain.

<sup>95</sup> Dans des régimes politiques qui n'avaient rien en commun avec la (véritable) démocratie.

*ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* ». La même idée s'applique dans d'autres systèmes juridiques aussi bien en « *civil law* » qu'en « *common law* ». <sup>96</sup> Cette disposition légale <sup>97</sup> interdit que les conventions (et plus généralement, les actes juridiques) dérogent <sup>98</sup> par leur existence, leur contenu ou leurs effets aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, expressions de la volonté des gouvernants.

Les conventions et les actes juridiques, sur lesquels reposent toutes les activités économiques, industrielles et financières, doivent dès lors se soumettre aux lois (et aux règles jurisprudentielles qui en sont déduites dans le respect de la volonté des législateurs) qui intéressent l'ordre public et/ou les bonnes mœurs. A défaut, tout effet juridique leur est refusé, aussi bien dans leurs effets internes entre parties, que dans leur existence externe, opposable aux tiers.

22. L'ORDRE PUBLIC, LES BONNES MŒURS ET LES DROITS FONDAMENTAUX – Quand une loi <sup>99</sup> concerne-t-elle l'ordre public et/ou les bonnes mœurs ? Il est bien entendu impossible de faire le tour de cette question dans le cadre de cette contribution. <sup>100</sup>

Il ne saurait cependant être mis en doute que « les lois » auxquelles se réfère l'article 2 (anciennement 6) du Code civil regroupent, d'une part, les lois qui ont force de loi <sup>101</sup> et, d'autre part, les lois prioritaires (la Constitution et, ensuite, les Conventions internationales, ratifiées conformément à la Constitution).

Leur exécution par les personnes, auxquelles elles s'adressent, se traduit par une organisation sociale déterminée, qui constitue « l'ordre public » du vivre ensemble. Puisque le respect des normes prioritaires s'impose aux législateurs et dès lors aux lois ayant force de loi, l'ordre public visualise avant tout l'exécution et l'application (correcte) de ces normes prioritaires et, en particulier, des droits fondamentaux, réalisés et limités raisonnablement par les législateurs compétents. <sup>102</sup> Les lois – raisonnables – qui concrétisent et restreignent l'exercice par leurs titulaires de leurs droits fondamentaux, sont impératives ou

<sup>96</sup> Avec une terminologie changeante ; voy. I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 202-208.

<sup>97</sup> Elle-même prohibitive.

<sup>98</sup> Lorsqu'elles vont à l'encontre des ordres ou des interdictions qui résultent de lois (et de règles jurisprudentielles) qui (par leur contenu) intéressent (touchent à) l'ordre public et/ou les bonnes mœurs.

<sup>99</sup> Et par voie de conséquence les règles jurisprudentielles, respectueuses de la volonté du législateur, qui en sont déduites.

<sup>100</sup> Les lecteurs intéressés trouveront des plus amples informations dans L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Anvers, Intersentia, 2019, 944 p. ; L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, 2021, publié en *open access* sur [www.lawbackontrack.org](http://www.lawbackontrack.org). ; F. PEERAER, « De openbare orde als ruggengraat van de juridische methode. Enkele bedenkingen bij Ludo Cornelis' openbare orde », *T.P.R.*, 2019, p. 685 et seq.

<sup>101</sup> Votées par les législateurs fédéraux, régionaux et communautaires.

<sup>102</sup> « Raisonnable(ment) » dans le sens qui est donné à ce terme par la Cour constitutionnelle et par la Cour EDH (voy. *supra* n° 18).

prohibitives. Elles s'imposent aux personnes/entreprises qui se trouvent sous l'autorité des législateurs. Sauf si le législateur prévoit la possibilité contraire, elles ne sont pas autorisées à se soustraire (en partie ou entièrement) à leur application. Sans aucune autre dérogation, l'ordre ou l'interdiction légal(e) anéantit la volonté contraire d'une ou de plusieurs parties contractantes.

Les entreprises et leurs propriétaires, dont les activités économiques, industrielles et/ou financières contribuent aux émissions de gaz à effet de serre ou à d'autres formes de pollution et de contamination devraient dès lors s'inquiéter. Chaque jour un peu plus, les données scientifiques démontrent que les effets dangereux et nocifs de leurs activités s'attaquent, directement et indirectement, à la sécurité, la santé, la propriété, la vie privée, la liberté... des personnes, dont les législateurs assument la responsabilité et dont ils doivent garantir et protéger l'exercice de leurs droits fondamentaux. Aucun désarroi, aucune hésitation, ne se manifeste toutefois.

Certes, le législateur (fédéral) a essayé, notamment par l'article 2 (anciennement 6) d'assumer cette responsabilité, mais les résultats n'ont pas suivi. L'application de l'article 2 (anciennement 6) n'a pas été prise au sérieux en droit privé et sa portée a été amputée par la Cour de cassation. Les conventions et les actes juridiques qui sous-tendent les activités économiques, financières et industrielles, responsables du réchauffement dangereux en cours et des dérèglements climatiques et écologiques, ne sont pas privés d'effet juridique, quand ils interviennent dans des litiges, soumis au pouvoir judiciaire, alors que l'article 2 devrait être soulevée d'office par les Cours et Tribunaux dans ce cadre.<sup>103</sup>

**23. LA BONNE ET LA MAUVAISE NOUVELLE** – La bonne nouvelle est dès lors que l'article 2 (anciennement 6) du Code civil fait partie du droit privé, apte à sanctionner toute convention, tout acte juridique qui par son existence, son contenu ou son exécution heurte les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, notamment lorsque ces instruments juridiques portent atteinte aux droits fondamentaux d'autrui.

Le législateur peut en outre améliorer la force de frappe de l'article 2 par des lois suffisamment accessibles et précises qui, sans possibilité dérogatoire, interdisent ou limitent raisonnablement des actes, des comportements et des activités de nature économique, industrielle et/ou financière, qui contribuent au réchauffement de l'atmosphère et de la surface terrestre, portent atteinte à la biodiversité, gaspillent des matières premières et de l'énergie<sup>104</sup>, produisent des déchets qui ne sont pas recyclables ou ne sont pas recyclés de manière durable... Puisque ces lois visent la protection et la préservation de l'exercice des droits

<sup>103</sup> Même si la Cour de cassation restreint actuellement la portée de cette obligation procédurale (qui touche à l'application des lois qui intéressent l'ordre public) aux faits qui sont spécialement invoqués par les parties (voy. notamment Cass. 17 mars 2016, C.15.0235.N ; Cass. 4 mai 2018, C.17.040.F).

<sup>104</sup> Notamment par des mécanismes d'obsolescence programmée.

fondamentaux par leurs titulaires, il ne saurait être contesté qu'elles intéressent l'ordre public que la Constitution et la Convention EDH ont en vue.

La mauvaise nouvelle est qu'une majorité doctrinale<sup>105</sup>, suivie par la jurisprudence<sup>106</sup>, défend depuis une décennie la thèse selon laquelle l'article 2 serait surabondant.<sup>107</sup> Il ferait double emploi avec les dispositions légales dont il résulte que l'objet et la cause des obligations/de la convention doivent être licites.<sup>108</sup> Doctrine et jurisprudence majoritaires prétendent en outre que la violation de l'article 2 n'est pas (plus) sanctionnée par l'inefficacité de la convention contraire, mais exclusivement par la nullité, dont l'appréciation se situe, selon eux, obligatoirement au moment de la conclusion de la convention contraire.<sup>109</sup> Implicitement, cette doctrine et cette jurisprudence considèrent qu'une convention, dont l'objet et la cause sont déclarés licites au moment de sa conclusion, échappe à toute sanction alors même que son exécution s'avère contraire à des lois qui intéressent l'ordre public et/ou les bonnes mœurs, eu égard notamment aux effets préjudiciables et nocifs infligés aux autres, au vivre ensemble et/ou aux limites de la planète.

L'avenir ne sourit par ailleurs pas à l'article 2. Une proposition de loi portant le livre 1<sup>er</sup>, consacré aux dispositions générales (du nouveau Code civil) le remplace par le texte suivant qui figure à l'article 1.3, alinéa 2 de la proposition : « *On ne peut déroger à l'ordre public. Ainsi tout acte juridique doit-il avoir un objet et une cause licites.* ».<sup>110</sup> L'exposé des motifs confirme que la proposition entend reprendre « l'enseignement » de la doctrine majoritaire, avalisée par la Cour de Cassation : passée le cap de la conclusion et de sa nullité éventuelle, appréciée à la lumière de son objet et de sa cause (il)licites, la convention n'aurait plus rien à craindre des législateurs, des droits fondamentaux, de la Constitution, de la Convention EDH et d'autres lois qui intéressent l'ordre public.

<sup>105</sup> Voy. e.a. J. VAN MEERBEECK, « Repenser la théorie moderne des nullités », *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, n° 33 e.s., p. 32 e.s. ; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2015, p. 78 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Brussel, Larcier, 2011, n° 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 2011, nr. 624, semble considérer la violation d'une règle d'ordre public ou d'une règle impérative lors de la conclusion des contrats comme une cause distincte de nullité.

<sup>106</sup> Voy. notamment Cass. 15 février 2016, *Pas.*, 2016, n° 107, concl. adv. gen. J.-M. GENICOT ; Cass. 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 646, voy. dans ce sens aussi l'exposé des motifs, Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1<sup>er</sup> « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. Parl.* 2020-21, 1805/01, p. 12. Voy. également l'analyse critique de cette jurisprudence de la Cour de cassation, L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, pp. 259-268 (disponible sur [www.law-backontrack.org](http://www.law-backontrack.org)).

<sup>107</sup> Avant cette « évolution », la doctrine et la jurisprudence appliquaient l'art. 6 (devenu 2) de façon autonome (voy. par exemple Cass. 6 janvier 2012, C.10.0182.F ; Cass. 14 décembre 2012, C.12.0282.N).

<sup>108</sup> La licéité de l'objet et de la cause requiert leur conformité avec la loi, avec l'ordre public et avec les bonnes mœurs. Voy. *infra* n° 33 et suivants.

<sup>109</sup> Voy. notamment Cass. 28 février 2013, C.13.0233.N.

<sup>110</sup> Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1<sup>er</sup> « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. Parl.* 2020-21, 1805/01, p. 30.

Il est sans doute inutile d'observer que cette proposition et ses sources d'inspiration se détachent non seulement du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques, mais aussi des normes prioritaires et des droits fondamentaux, que ces normes accordent.<sup>111</sup>

## 2. Le principe général de droit «*fraus omnia corrumpit*»

24. L'ENJEU DE LA VIOLENCE ET DE LA FRAUDE – Il n'est pas exceptionnel que des sociétés sont gangrénées par la violence et la fraude. Le passé et l'actualité en offrent de nombreux exemples. Lorsqu'elles ont les mains libres, la violence et la fraude, s'entendent comme des larrons en foire. Elles conduisent à la terreur, au dépouillement et à l'échec du vivre ensemble. Souvent les gouvernants se servent, dans leur intérêt, de la violence et de la fraude. Sous le prétexte de leur pouvoir politique et de «l'ordre» qu'ils promettent à leurs «sujets», ils recourent à la violence et à la fraude, leur but (ultime) étant en réalité l'amélioration sans arrêt de leurs conditions de vie et, subsidiairement, de celles de leurs «fidèles», par l'accumulation de (leurs) richesses.

La démocratie s'oppose à ce type d'organisation sociale, par nature aléatoire et éphémère. Elle réserve le monopole de la violence aux pouvoirs publics, dont les compétences sont restreintes par des normes supérieures et prioritaires. Le recours à la violence est le remède ultime lorsque les règles (de droit) qui organisent le vivre ensemble sont bafouées et que les sanctions restent sans effet.

Pour le surplus, la violence et la fraude font l'objet d'interdictions, exprimées par un nombre invraisemblable de règles de droit, car l'homme va loin, très loin dans «les fleurs du mal». Rapprochés des droits fondamentaux, ces interdictions (légales) restreignent leur exercice par des titulaires qui, par la violence ou par la fraude, veulent arriver à leurs fins au détriment d'autrui. Les tyrans, les abuseurs et les fraudeurs savent parfaitement<sup>112</sup> qu'ils obtiennent par leurs actes, comportements ou activités violents ou frauduleux des avantages, dont ils dépouillent leurs victimes.

Les pertes qui sont infligées aux victimes se font sentir non seulement au moment où la violence ou la fraude se produit, mais aussi par la suite. Elles hypothèquent l'exercice futur de leurs droits fondamentaux, leur vie durant.

En d'autres mots, quand les pouvoirs publics démocratiques s'attaquent aux actes, comportements et activités violents et/ou frauduleux, ils protègent et préservent l'exercice des droits fondamentaux des victimes (effectives et potentielles), dont ils assument la responsabilité.

<sup>111</sup> Les travaux parlementaires continuent cependant.

<sup>112</sup> Le profit recherché, de quelque nature qu'il soit, constitue le motif déterminant (la cause) de l'acte, du comportement ou de l'activité dolosif(ve) ou frauduleux(se).

25. LA RIPOSTE – En droit privé aussi, les dispositions légales qui interdisent et sanctionnent le dol et la fraude sont nombreuses. Elles ont comme cible les actes, les comportements et les activités qui sont caractérisés par la volonté de leur auteur de causer un préjudice à autrui, dont le malfaiteur espère tirer profit.<sup>113</sup> Quand le préjudice frappe des tiers, l'acte, le comportement et l'activité sont qualifiés de frauduleux. Quand il est « réservé » à une personne déterminée, engagée dans une relation contractuelle avec leur auteur, il s'agit d'un dol.

Jusqu'à présent, les dispositions légales et leurs dérivés jurisprudentiels qui s'attaquent au dol et à la fraude, sont coiffés d'un principe général de droit, qui bouche les lacunes éventuelles en énonçant que la fraude détruit tout (*fraus omnia corrumpit*). Sous réserve de dispositions légales particulières, « *fraus omnia corrumpit* » sanctionne, sans exception, tous les actes et comportements dolosifs et frauduleux en les privant de tout effet juridique, recherché par leur auteur.<sup>114</sup> L'inefficacité de la fraude ou du dol est la sanction qui accompagne « *fraus omnia corrumpit* ».<sup>115</sup>

Les fraudeurs ont souvent des problèmes de vue et/ou d'audition ou, à tout le moins, prétendent qu'ils en souffrent : ils ne savaient pas ; ils ne connaissaient pas le préjudice inhérent à ou causé par leurs actes, comportements ou activités ; ils n'avaient pas l'intention de nuire ; ils se sont « trompés » ; ils ont agi pour la bonne cause (le *dolus bonus*) ; leur victime était consentante ou, à tout le moins, ils pouvaient le croire légitimement ; leur victime a commis une faute inexcusable en se laissant tromper... Certains juristes leur viennent en aide : ils font valoir que le dol et la fraude doivent être établis et ne peuvent pas être présumés.<sup>116</sup> L'argument est un leurre : en tant que faits juridiques, le dol et la fraude peuvent être établis par tous les moyens de preuve, en ce compris les présomptions.<sup>117</sup> L'affirmation, souvent entendue, que le dol, la fraude et leur preuve seraient d'interprétation restrictive est également sans fondement légal.

26. LA RIPOSTE PARALYSÉE – Ici aussi s'impose la conclusion que les législateurs ont mis en place un dispositif performant qui, sur papier, interdit et sanctionne les actes, les comportements et les activités dolosifs et frauduleux, mais que les résultats ne suivent pas. Le dispositif reste en effet lettre morte, ce qui se fait douloureusement ressentir notamment en matières écologiques et climatiques.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Cette connaissance, ce savoir se trouve par ailleurs à l'origine de la violence et de la fraude auxquelles ils recourent.

<sup>114</sup> Qui, de cette manière, cherche à obtenir ou à conserver « le fruit » de la fraude ou du dol.

<sup>115</sup> Ce qui interdit notamment aux Cours et aux Tribunaux de participer à la fraude ou au dol.

<sup>116</sup> Voy. en ce sens l'art. 1116 du Code civil.

<sup>117</sup> Voy. les art. 8.1, 9°, 8.6, 8.8 et 8.29 du (nouveau) Code civil.

<sup>118</sup> Les inégalités patrimoniales en sont également l'expression. Avec les dérèglements climatiques et écologiques elles se trouvent à l'origine du déclin des conditions de vie de la (grande) majorité des personnes, qui ne se sentent plus protégées par leurs droits fondamentaux et, de ce fait, doutent des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques au point de les rejeter.

Comment échet-il en effet de qualifier le comportement d'entreprises et de leurs propriétaires dont les activités se fondent sur des combustibles fossiles<sup>119</sup>, sur des produits chimiques qui ne sont pas biodégradables ou qui ne le sont qu'à très long terme, alors que leur présence dans l'air, sur terre ou dans les eaux, enfouie ou non, est nocive et dangereuse pour l'être vivant ? Face à des données et à des connaissances scientifiques qui remontent à plusieurs décennies, confirmées par la réalité des faits, peuvent-ils prétendre qu'ils ignorent leur contribution à l'émission de gaz à effet de serre qui provoque le réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques qui font des victimes (effectives et potentielles) partout dans le monde ?<sup>120</sup>

Sont-ils en mesure de se tirer d'affaires en admettant que, certes, ils poursuivent avec leurs activités le meilleur rendement possible, mais qu'ils n'ont aucunement l'intention de nuire ou de porter atteinte à qui que ce soit ?

Puisque les préjudices sont dus à des externalisations de risques, de coûts, de dépenses et de dommages qui sont sciemment conçues, mises en œuvre et maintenues, l'argument est sans fondement. Sauf à se montrer schizophrène, le fait de recourir sciemment et intentionnellement à des externalisations implique la volonté et l'intention que les externalisations se réalisent effectivement, avec les conséquences qui sont connues d'avance par les entreprises et leurs propriétaires. Cette route leur est donc interdite.

Sont-ils sauvés par le consentement de leurs victimes (effectives et potentielles) et de leurs gouvernants, par la faute inexcusable des victimes qui « se soumettent » à leur fraude ou par la « bonne cause » ?<sup>121</sup> La « bonne cause » n'a aucun secret : elle se trouve en toutes lettres dans la Constitution et dans la Convention EDH. Le bien-être promis par le libéralisme économique, le progrès et le développement, la croissance du PIB... doivent s'accommoder des droits fondamentaux et de leur exercice par les titulaires, dans les limites raisonnables, définies par les législateurs. En démocratie, les gouvernants n'ont en outre pas le droit de restreindre l'exercice des droits fondamentaux lorsque la restriction, fût-elle souhaitée par des entreprises et leurs propriétaires, n'est pas nécessaire dans une société démocratique et ne répond pas à un besoin social impérieux. Mis en balance avec la vie, la santé, l'intégrité physique et psychologique, la liberté, la vie privée, la propriété des victimes (effectives et potentielles) du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques, la chasse aux chiffres d'affaires, aux parts de marché, au profit par les propriétaires et leurs entreprises

---

<sup>119</sup> Outre le fait qu'ils incitent également leurs fournisseurs et leurs clients à recourir à des combustibles fossiles ou à des biens, des produits ou des services qui impliquent leur utilisation.

<sup>120</sup> Ou qu'ils contribuent aux dégâts que causent les produits (chimiques) qui ne sont pas biodégradables à court terme lorsqu'ils s'en débarrassent, en faisant appel à des « intermédiaires », en les faisant enterrer ou déverser ?

<sup>121</sup> A savoir leur contribution au « bien-être collectif », au progrès et au développement, à la croissance du produit national brut...

ne devrait pas peser lourd. Cette chasse ne fait en effet pas partie des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratique. Elle ne constitue pas un besoin social impérieux d'autant plus que les activités économiques et financières peuvent être structurées de différentes manières.<sup>122</sup>

27. LA ROUTE À SUIVRE – Les dispositions de la Constitution et de la Convention EDH sont d'ordre public. Cette qualification s'applique aussi aux droits fondamentaux et à leur exercice, à condition qu'il reste dans les limites raisonnables que les législateurs ont assignées à chacun d'eux. Même avec l'accord ou avec le consentement des victimes (effectives ou potentielles), les entreprises et leurs propriétaires ne peuvent pas valablement se soustraire au respect (de l'exercice) de leurs droits fondamentaux. Leur faute «inexcusable», à la supposer établie, ne justifie aucunement que les entreprises et leurs propriétaires mettent une croix sur les droits fondamentaux de leurs victimes (effectives et potentielles), qui subissent ou risquent de subir les effets dommageables de leurs actes, comportements ou activités frauduleux.

Il est, dans ces conditions, surprenant, sinon décevant que les pouvoirs exécutifs et judiciaires n'agissent pas de plein droit et qu'ils n'appliquent pas d'office «*fraus omnia corrumpit*» ou les lois qui s'opposent aux actes, comportements et activités frauduleux et/ou dolosifs, lorsqu'ils sont confrontés à ce genre de comportement et d'activités. Quand ils prennent connaissance, dans l'exercice de leurs compétences, d'activités (actes, comportements) dont il est notoire ou, à tout le moins, connu par les entreprises et les propriétaires concernés qu'elles contribuent au réchauffement et/ou aux dérèglements climatiques et écologiques, qui font des victimes (effectives et potentielles), touchées (à court, à moyen et à long terme) dans l'exercice de leurs droits fondamentaux<sup>123</sup> ils devraient aussitôt intervenir et mettre un terme à ces activités en les privant de tout effet et de toute reconnaissance en droit.

La proposition de loi, consacrée aux dispositions générales (Livre 1<sup>er</sup>) du nouveau Code civil<sup>124</sup>, n'est guère plus rassurante. Elle reste muette au sujet du principe général de droit et de sa sanction<sup>125</sup>, même si son article 1.11 («intention de nuire») énonce que la faute intentionnelle<sup>126</sup>, à condition d'être commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur. Le lecteur inaverti ou profane risque d'en déduire que l'intention de nuire est reléguée

<sup>122</sup> Par ailleurs compatibles avec les limites de la planète, avec les principes écologiques et avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

<sup>123</sup> Liés à la protection de leur vie, de leur santé, de leur intégrité, de leur liberté, de leur vie privée, de leur propriété...

<sup>124</sup> Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1er «Dispositions générales» du Code civil, *Doc. Parl.* 2020-21, 1805/01.

<sup>125</sup> Dont il peut être déduit qu'ils restent de vigueur.

<sup>126</sup> Non autrement définie.

au domaine de la responsabilité civile, privant son auteur d'une responsabilité partagée ou d'un recours en garantie.<sup>127</sup>

### 3. *L'abus de droit en tant que principe général du droit*

28. UNE INVENTION JURISPRUDENTIELLE INGÉNIEUSE – En 1971, la Cour de cassation a fait la synthèse d'un développement jurisprudentiel, dont elle était par ailleurs l'architecte et le principal bâtisseur. Par un arrêt du 10 septembre 1971<sup>128</sup>, elle a fait valoir que le droit de propriété est susceptible d'abus et que l'abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. Ainsi est né le principe général du droit qui interdit d'abuser de son droit (subjectif), maintes fois confirmé par la Cour de cassation<sup>129</sup> et le critère générique qui permet de conclure à l'existence d'un abus de droit. Ce critère générique coiffe des critères spécifiques que les Cours et Tribunaux utilisaient<sup>130</sup> déjà afin de caractériser l'existence d'un abus de droit.<sup>131</sup> Il s'agissait de :

1. L'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire<sup>132</sup> ;
2. L'exercice d'un droit sans intérêt (suffisamment) raisonnable, notamment lorsque son titulaire, entre différentes possibilités qui ont la même utilité pour lui, choisit l'exercice qui porte préjudice ou qui porte le plus de préjudice à un ou plusieurs tiers<sup>133</sup> ;
3. L'exercice d'un droit sans intention de nuire et avec un intérêt (suffisamment) raisonnable, mais qui cause néanmoins un préjudice à un tiers, dont le juge estime qu'il est excessif<sup>134</sup> ;
4. L'exercice d'un droit de manière disproportionnée : ayant le choix entre différentes possibilités, le titulaire opte pour l'exercice du droit qui cause à autrui un dommage qui est disproportionné à l'avantage qu'il en retire<sup>135</sup> ;

<sup>127</sup> Voy. pour une analyse critique du texte proposé : L. CORNELIS et R. FELTKAMP, *Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel) : Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)*, 2021, p. 102 et suivants ; disponible en *open access* sur [www.lawbackontrack.org/publications](http://www.lawbackontrack.org/publications).

<sup>128</sup> Cass. 10 septembre 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31 avec les conclusions de Mr. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *Pas.* 1972, I, 8 ; *R.C.J.B.*, 1976, p. 300 avec la note de P. VAN OMMESLAGHE.

<sup>129</sup> Voy. notamment Cass. 15 février 2019, C.18.0428.N ; Cass. 23 mai 2019, C.16.0474.F.

<sup>130</sup> Ils continuent par ailleurs à s'en servir en combinaison avec le critère générique.

<sup>131</sup> Pour un aperçu général, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2010, 77 et suivantes.

<sup>132</sup> Hypothèse qui fait double emploi avec *fraus omnia corrumpit* et qui est expressément visée et reprise dans l'arrêt du 10 septembre 1971.

<sup>133</sup> Cass. 17 juillet 1917, *Pas.* 1918, I, 65 ; Cass. 19 novembre 1987, *Pas.* 1988, I, 332.

<sup>134</sup> Ce critère est très proche du quatrième critère, axé sur la disproportionnalité.

<sup>135</sup> Notamment Cass. 22 octobre 2021, C.20.265.F ; Cass. 3 février 2017, C.16.055.N ; Cass. 19 septembre 1983, *Pas.* 1984, I, 55 ; ce critère figure également dans Cass. 10 septembre 1971, *Pas.* 1972, I, 8.

5. L'exercice d'un droit en méconnaissance d'attentes (légitimes) d'autrui, suscitées par le comportement du titulaire<sup>136</sup> ;
6. L'exercice d'un droit qui va à l'encontre de la finalité du droit.<sup>137</sup>

En recourant à l'idée d'un principe général du droit et au critère générique, la Cour de cassation est parvenue à soumettre l'exercice des droits subjectifs à une norme générale de prudence qui ne figurait pas en tant que telle dans le droit objectif. Avant sa « découverte » jurisprudentielle, il n'y avait pas de dispositions légales qui exprimaient ou appliquaient l'idée que le titulaire d'un droit (subjectif) peut se rendre coupable d'un abus, tout en l'exerçant dans les limites assignées par le législateur audit droit.<sup>138</sup>

29. UNE ÉTOILE FILANTE – L'abus de droit contredit ainsi que tout ce qui n'est pas interdit par « la loi », est (serait) autorisé ou relève(ra)it de la liberté individuelle.

Ce slogan n'a, en fait, aucune valeur juridique dans la mesure où « la loi » à laquelle il se réfère généralement<sup>139</sup> est subordonnée à des normes prioritaires.<sup>140</sup> D'une certaine manière, l'abus de droit met ce constat en verve, même si l'origine strictement jurisprudentielle de ce principe général du droit justifie des réticences et des réserves, abordées ci-après.

Prenons le temps de préciser de quoi il s'agit : il existe un lien étroit entre le droit objectif<sup>141</sup> et les droits subjectifs qui en sont déduits. En grandes lignes, l'interaction se présente comme suit : le droit subjectif est le pouvoir, la faculté qu'une personne obtient du fait qu'elle et/ou une autre personne se trouve(nt) dans les conditions d'application d'une ou de plusieurs règles de droit, qui font partie du droit objectif. L'ordre ou l'interdiction qu'elles énoncent, justifie que la première personne s'adresse à l'autre personne et exige qu'elle agisse ou, au contraire, s'abstienne d'agir d'une certaine manière, déterminée par les règles de droit applicables à leur relation ou à leur situation.<sup>142</sup>

Le titulaire du droit subjectif n'est pas obligé d'exercer ce pouvoir ; il a la faculté, la possibilité de le faire en partie ou dans son intégralité. L'objet du droit subjectif échappe cependant au pouvoir du titulaire : il est déterminé par le législateur

---

<sup>136</sup> Il s'agit en réalité d'une application de la théorie de l'apparence ou de la confiance/l'attente légitime.

<sup>137</sup> Cass. 2 avril 2015, C.14.0281.F.

<sup>138</sup> Sauf à considérer que toutes les dispositions légales qui sont porteuses d'un ordre ou d'une interdiction s'expliquent par l'abus d'un droit que les législateurs entendent éviter ou interdire.

<sup>139</sup> Il s'agit dans ce cas d'une loi (fédérale, régionale, communautaire) ayant force de loi.

<sup>140</sup> En particulier la Constitution et les conventions internationales (par exemple la Convention EDH), conclues conformément à la Constitution.

<sup>141</sup> L'ensemble de règles de droit qui, à un certain moment et à un certain endroit, forment un système juridique. En démocratie, il s'agit d'un ensemble de dispositions légales, mises en place par des législateurs compétents, complétées par des règles jurisprudentielles, qui en sont déduites dans le respect de la volonté du législateur.

<sup>142</sup> Voy. Cass. 9 décembre 2016, C.16.0057.N ; ég. M. KRUTHOF, *loc. cit.*, pp. 82-83, 93-94 et 144-146.

compétent lorsqu'il établit des lois (raisonnables) qui se trouvent à l'origine du droit subjectif. Leurs conditions d'application déterminent les limites du droit subjectif qui en sont déduits. Le titulaire qui dépasse ces limites, agit dès lors sans droit, cette situation n'étant pas à confondre avec l'abus de droit.

L'abus de droit se produit lorsque le titulaire exerce le droit subjectif dans le respect des limites que le législateur a définies au moyen des conditions d'application de la loi, dont le droit subjectif est déduit. Le regard rivé sur les lois qui s'appliquent à lui et à la personne à qui il s'adresse, le titulaire du droit subjectif n'a rien à se reprocher : il agit en conformité avec le droit objectif et avec les limites que le droit objectif impose notamment au droit subjectif, qu'il en déduit. Et pourtant ... la Cour de cassation estime que le pouvoir judiciaire est en droit de taper sur ses doigts lorsqu'il considère que ledit titulaire du droit subjectif l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.<sup>143</sup> En d'autres mots, aux limites légales de l'exercice d'un droit subjectif s'ajoutent des limites judiciaires, laissées à l'appréciation des magistrats qui se prononcent sur un éventuel abus de droit.

Il ne s'agit pas d'un détail : quand le juge dégage l'abus de droit, il peut réduire l'exercice du droit subjectif à son usage normal, c'est-à-dire celui que le juge attribue à la personne (normalement) prudente et diligente dans les mêmes circonstances d'espèce.<sup>144</sup> Il peut même priver le titulaire de l'exercice du droit litigieux dans le cas d'espèce.<sup>145</sup> Cette sanction n'est pas sans rappeler celle qui s'applique à *fraus omnia corrumpit*<sup>146</sup> ou à la méconnaissance de l'article 2 (anciennement 6) du Code civil.<sup>147</sup> Le droit subjectif est dépouillé d'effectivité lorsque le juge saisi considère que son exercice abrite un abus de droit. Si le droit a déjà été exercé, la sanction de l'abus peut également adopter la forme d'une réparation en nature ou en dommages-intérêts.<sup>148</sup>

30. UN CORRECTIF POTENTIELLEMENT SURPUISSANT – En 1971, un an à peine avant la publication de « *The limits to growth* »<sup>149</sup> et alors que les trente glorieuses

<sup>143</sup> La Cour de cassation a par ailleurs décidé que le principe général de droit qui interdit l'abus de droit s'applique également aux libertés, dans le cas d'espèce la liberté de contracter (Cass. 27 avril 2020, C19.0435.N ; Cass. 7 octobre 2011, R.W. 2012-2013, 1181, avec la note de S. STIJNS et S. JANSON), opinion contestée par T. LEONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », *R.C.J.B.*, 2013, p. 567. Les activités économiques, industrielles et financières reposant essentiellement sur l'utilisation de la liberté de contracter et la liberté d'entreprendre, ces libertés ne sont dès lors pas immunisées contre la théorie de l'interdiction de l'abus de droit telle que développée par la Cour de cassation.

<sup>144</sup> Notamment Cass. 8 février 2001, *Pas.* 201, 244 ; Cass. 16 décembre 1988, *Pas.* 1988, I, 728.

<sup>145</sup> Notamment Cass. 1<sup>er</sup> octobre 2010, *Pas.* 2010, 2470 ; Cass. 8 février 2001, *Pas.* 2001, 244.

<sup>146</sup> *Voy. supra* nos 24-27.

<sup>147</sup> *Voy. supra* nos 21-23.

<sup>148</sup> Notamment Cass. 16 décembre 1988, *Pas.* 1988, I, 728 ; Cass. 26 octobre 2017, C.16.0393.N.

<sup>149</sup> *Voy. supra* n° 1.

touchaient à leur fin<sup>150</sup>, le pouvoir judiciaire s'est muni d'une arme juridique redoutable. Il s'est en effet proclamé l'arbitre ultime de l'organisation du vivre ensemble, à tout le moins en droit privé. Lorsque l'application d'une loi lui semble excessive dans un cas d'espèce, le juge la corrige en se servant du « principe général du droit » qui interdit l'abus de droit, concocté par la Cour de cassation. Il prétend « améliorer » la loi en remplaçant les limites, assignées par le législateur à l'exercice du droit subjectif qui en est déduit, par « *les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente* »<sup>151</sup>, dont le pouvoir judiciaire est le créateur.

La loi<sup>152</sup> étant à l'apogée de son importance au moment de son application, l'abus de droit fait du pouvoir judiciaire le meneur de jeu. Avec l'abus de droit, le juge devient l'autorité suprême, en mesure de corriger tous les excès qui résultent de l'exercice « malencontreux » d'un droit subjectif et des lois (et autres règles de droit) sous-jacentes.

Il ne fait aucun doute qu'un pouvoir judiciaire uni et soudé n'aurait aucun mal à venir rapidement au bout du réchauffement dangereux, des dérèglements climatiques et écologiques et/ou avec les inégalités patrimoniales en croissance constante ... Il lui suffit d'appliquer, d'office le cas échéant<sup>153</sup>, le principe général de droit qui interdit l'abus de droit, aux activités économiques, industrielles ou financières qui ont donné lieu au conflit dont il est saisi et dont il subodore qu'elles contribuent, directement ou indirectement, à ces phénomènes.

Puisque l'activité économique, industrielle et financière se fonde sur l'exercice de plusieurs droits fondamentaux<sup>154</sup>, le juge n'aura aucune difficulté à relever les liens qui existent entre ces activités et l'exercice de plusieurs droits subjectifs, dont les entreprises concernées estiment être le titulaire. Il s'agira par exemple du droit à la propriété dont elles invoquent la protection, de droits contractuels déduits de conventions qu'elles ont conclues, du droit à la réparation d'un dommage qui leur est causé par un tiers ... L'entreprise qui utilise sa propriété, ses conventions, ses droits à la réparation d'un dommage ... dans la poursuite d'une activité qui contribue au réchauffement dangereux ou à d'autres pollutions toutes aussi dangereuses, devrait dès lors s'attendre au verdict qu'elle abuse de ses droits. Est-il concevable qu'une entreprise échappe dans ces conditions à la conclusion que l'exercice de ses droits subjectifs avec des effets directs et indirects, dangereux et dommageables, dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ceux-ci

---

<sup>150</sup> Il est difficile de déterminer si l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971 (*Pas.* 1972, I, 8) se présente comme un sursaut des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques qui se trouvent à l'origine des « trente glorieuses » ou s'il annonce, au contraire, leur déclin au profit du (néo)libéralisme économique.

<sup>151</sup> Reprise des termes utilisés dans l'arrêt du 10 septembre 1971 (*Pas.* 1971, I, 8).

<sup>152</sup> C'est-à-dire la volonté du législateur, exprimée par la loi.

<sup>153</sup> Dans le respect des droits de la défense.

<sup>154</sup> Le droit à la liberté, le droit à la vie privée, le droit à la libre expression, le droit à la propriété ...

par une entreprise prudente et diligente ?<sup>155</sup> En d'autres termes, si le pouvoir judiciaire avait appliqué en ce sens le principe général du droit qui interdit l'abus de droit depuis le 10 septembre 1971, la situation climatique et écologique qui a justifié les affaires du climat en 2020 – 2021 ne se serait sans doute pas produite.

Puisque les excès qui se soldent par le réchauffement dangereux, les dérèglements climatiques et écologiques, les inégalités patrimoniales en croissance rapide ... ont pu se développer<sup>156</sup>, le potentiel de la théorie de l'abus de droit<sup>157</sup> n'a manifestement pas été utilisé par le pouvoir judiciaire, ni par les victimes pour le bien commun.

31. UN CORRECTIF TOXIQUE – Au vu des défis que le vivre ensemble affronte de nos jours, il semble assez évident que l'abus de droit tel qu'appliqué par le pouvoir judiciaire n'a pas su remédier aux excès que le système économique et financier a produit et continue de produire. Ce n'est pas le seul regret que l'on peut avoir à son sujet.

L'ingérence du pouvoir judiciaire dans le législatif est au moins tout aussi préoccupante. Quand le juge qualifie d'abusif l'exercice d'un droit subjectif, il sanctionne non seulement le titulaire, mais aussi et en premier lieu le législateur. En décidant que le titulaire d'un droit subjectif, qui ne méconnaît pas les limites de la loi dont le droit subjectif est déduit, dépasse manifestement les limites de l'exercice de celui-ci par une personne prudente et diligente dans les circonstances d'espèce, le juge critique et écarte la loi, en privant le titulaire, en tout ou en partie, de l'exercice du droit subjectif. Il fait savoir *urbi et orbi* que le législateur a mal légiféré : il aurait dû concevoir le contenu, le sens et la portée de la loi en sorte que son application cesse là où commence l'abus de droit, retenu par le juge. Quand il fait des « miracles » avec l'abus de droit, le pouvoir judiciaire n'applique pas la loi, voulue par le législateur. Il la « réinvente » en fonction du cas d'espèce dont il est saisi. Ainsi qu'il résulte clairement de la Constitution et de l'article 6 du Code judiciaire, ce pouvoir est strictement réservé aux législateurs, qualité dont le judiciaire est privé.

Avec la proposition de loi, portant le livre 1<sup>er</sup> « Dispositions générales » du Code civil, en particulier son article 1.10, la Commission chargée de la réforme

---

<sup>155</sup> Même quand l'entreprise reste formellement dans les limites que le législateur a imposé à l'exercice desdits droits subjectifs, dans les circonstances qu'il a décrites.

<sup>156</sup> Et se développent toujours.

<sup>157</sup> Cfr. ég. en ce sens : W. VAN GERVEN, « Algemeen deel », *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 179 : « Vooraf moge eraan herinnerd worden, dat, ter zake van rechtsmisbruik, bevoegdheden die noch discretionair noch doelgebonden zijn, met subjectieve rechten strictu sensu moeten worden gelijkgesteld. De hierna in herinnering gebrachte criteria van rechtsmisbruik gelden dus ook voor deze soort van bevoegdheden. Dit geldt in het bijzonder voor de verder genoemde algemene bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om contracten te sluiten, handel te drijven, goederen te verwerven of erover te beschikken ».

souhaite donner une base légale à l'interdiction de l'abus de droit.<sup>158</sup> Adoptée par hypothèse, la proposition ne fera cependant pas mouche de la critique. La violation de la Constitution, inhérente à chaque application de la théorie de l'abus de droit, ne sera plus imputable uniquement au pouvoir judiciaire, mais aux pouvoirs législatif *et* judiciaire combinés.

Par manque de clarté, le critère générique est porteur d'autres nuisances.<sup>159</sup> Qui est cette personne prudente et diligente qui, en toutes circonstances, parvient à exercer n'importe quel droit subjectif sans se laisser piéger par un abus ? N'est-il pas extraordinairement étonnant que dans un système juridique hiérarchisé, dont la Cour de cassation souligne qu'il doit être cohérent<sup>160</sup>, le pouvoir judiciaire, en cinq décennies, n'est pas parvenu à la moindre clarification à ce sujet ?

S'agit-il de l'*homo economicus* dont les faits et gestes sont déterminés par les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique ou faut-il lui préférer l'homme qui en toutes circonstances respecte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, consacrés par la Constitution et d'autres normes prioritaires, même quand ils se heurtent aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement qui hantent l'*homo economicus* ?

En clair, peut-il être envisagé que le juge conclut à un abus de droit sans qu'il relève que l'exercice du droit subjectif se heurte à une règle prioritaire que le législateur aurait perdu de vue avec la loi dont le droit subjectif est déduit ? Si l'abus de droit vise ce type d'illégalité, le pouvoir judiciaire ne devrait-il pas motiver expressément sa décision en ce sens ?<sup>161</sup>

Il échet en outre d'observer que le cadre juridique a changé depuis 1971. Le constat<sup>162</sup> que l'application d'une loi et dès lors l'exercice d'un droit subjectif, déduit de cette loi<sup>163</sup>, se heurte à la Constitution ou à une norme prioritaire dont le contenu est assimilé aux droits constitutionnels, est dorénavant réservé à la

<sup>158</sup> L'art. 1.10 dispose dans son premier alinéa que « *nul ne peut abuser de son droit* ». Le deuxième alinéa reprend le critère générique et le troisième la sanction. En cas d'adoption de ce texte, il ne faudra donc plus parler d'un « principe général de droit » (voy. au sujet de cette proposition L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Zoektocht Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel) : zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen – V2 », à consulter sur <http://www.lawbackontrack.org/publications/20211201>, p. 94 *et seq.*).

<sup>159</sup> Ou faut-il dire de sincérité ?

<sup>160</sup> Notamment Cass. 3 avril 2017, C.15.508.N ; Cass. 21 novembre 2016, S.16.0001.N ; Cass. 16 avril 2015, C.14.0182.F ; ég. au sujet de la cohérence du système juridique : W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel, veertig jaar later – Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Malines, Kluwer, 2010, pp. 113-117, n° 42.

<sup>161</sup> Le renvoi à l'exercice du droit litigieux d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par un homme prudent et raisonnable dans les mêmes circonstances, ne permet pas de déceler cette illégalité.

<sup>162</sup> Et sa sanction éventuelle.

<sup>163</sup> Qui « cache » une application de la loi.

(jurisprudence de la) Cour constitutionnelle.<sup>164</sup> L'abus de droit, qu'il s'agisse d'un principe général du droit ou d'une disposition légale, ne permet pas au pouvoir judiciaire de contourner ces règles de fonctionnement constitutionnelles.

32. LE VIDE DERRIÈRE LA PERSONNE PRUDENTE ET DILIGENTE – Si la Cour de cassation laisse la conception de la personne prudente et diligente dans le flou, elle fait comprendre et, à tout le moins, tolère que la personne prudente et diligente<sup>165</sup> n'est pas nécessairement à concevoir dans le strict respect des normes prioritaires et, en particulier, des droits fondamentaux.<sup>166</sup> Cette précision ne lui semble pas indispensable. A défaut de contenu suffisamment accessible et précis, donné à la personne prudente et diligente dont l'exercice du droit subjectif litigieux devient le modèle que tout titulaire doit manifestement respecter, s'il veut échapper à l'abus de droit, il échet de préciser les règles qui dictent à la personne prudente et diligente le comportement à respecter lorsqu'elle exerce ses droits (subjectifs) dans les circonstances d'espèce.

Selon les rédacteurs du commentaire de l'article 1.10 de la proposition de loi portant le livre 1<sup>er</sup> « Dispositions générales » du Code civil<sup>167</sup>, la question ne doit même pas être posée. Se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation, ils considèrent que « *dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit avoir égard à toutes les circonstances concrètes de la cause telles que la nature et la portée du droit exercé. Pour la concrétisation de ce critère, il est renvoyé à une jurisprudence constante.* » Ce sont donc les circonstances concrètes de la cause avec la nature et la portée du droit exercé<sup>168</sup> et l'appréciation des intérêts en présence (par le pouvoir judiciaire) qui formatent, au cas par cas, l'abus de droit. Mais quelle est donc cette règle en droit qui permet au juge (individuel)<sup>169</sup> de déterminer « la » règle de comportement qui s'impose au titulaire d'un droit subjectif lorsqu'il l'exerce et de sanctionner, en un seul mouvement, l'écart que

<sup>164</sup> A noter qu'il faut distinguer la vérification de la conformité avec la Constitution et la vérification de la conformité avec une convention internationale qui est directement applicable. Les tribunaux et cours civils peuvent examiner la conformité d'un texte de loi avec la CEDH et le TFEU. Une décision de la Cour EDH ou de la Cour de Justice européenne n'est donc pas nécessaire. La vérification de la conformité de la loi avec la Constitution est au contraire réservée à la Cour Constitutionnelle. Voy. à ce sujet A. WIRTGEN, « De algemeenbelangactie en de civiele rechter, Civiele acties tegen de Staat : een verstoorde balans in de trias politica ? », *Preadviezen 2020-2021*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Antwerpen, Boomjuridisch, 2021 pp. 38-39, n° 37 et les références citées.

<sup>165</sup> Ainsi que l'exercice-modèle de ses droits subjectifs.

<sup>166</sup> Aussi bien du titulaire que de ceux des autres, dont les droits (fondamentaux) sont touchés par l'exercice que le titulaire fait d'un droit subjectif.

<sup>167</sup> Voy. Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1<sup>er</sup> « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. Parl.* 2020-21, 1805/01.

<sup>168</sup> Qui, faut-il le souligner, ne constituent pas des circonstances concrètes de la cause ! La nature et la portée du droit exercé ne dépendent pas des circonstances de la cause mais, de façon générale et abstraite, de la loi (son contenu, son sens et sa portée) dont le droit subjectif est déduit.

<sup>169</sup> Peu importe sa place dans la hiérarchie des Cours et Tribunaux.

le juge estime « manifeste », sans qu'il doive se soucier de la volonté du législateur qui se trouve indubitablement à l'origine du droit subjectif ?

Il faut se rendre à l'évidence : cette règle de droit n'existe pas. Il n'y a que la volonté du judiciaire. Ce dernier s'impose à la volonté du législateur dans l'application de sa loi et des droits subjectifs qui en sont déduits.

Tout et son contraire deviennent dès lors possible<sup>170</sup>, en fonction du magistrat<sup>171</sup> qui se prononce sur l'existence éventuelle d'un abus de droit.

L'arrêt de cassation du 22 octobre 2021<sup>172</sup> le confirme. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a conclu à la violation du principe général du droit selon lequel nul ne peut abuser de son droit au motif suivant : « *Lorsqu'une personne privée invoque un droit à l'encontre d'une autre personne privée, le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l'exercice qu'elle fait de ce droit à l'aune d'un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs* ». <sup>173</sup> Elle a ainsi sanctionné le recours à la protection d'un intérêt collectif<sup>174</sup> dans l'appréciation de l'existence d'un abus de droit.

Cette affirmation méconnaît cependant la prémisse que le juge doit tenir compte « de toutes les circonstances de la cause » dans l'appréciation des intérêts en présence.<sup>175</sup> Puisque l'intérêt privé d'une personne peut coïncider avec un intérêt collectif ou général ou se greffer sur un intérêt de ce type, l'écartement, sans autre explication, de l'intérêt collectif, méconnaît violemment le principe de base. Par ailleurs l'exclusion de l'intérêt général ne se déduit nullement de la définition de l'abus de droit de la Cour de cassation. Il nous semble qu'une personne qui ne tient pas compte de l'intérêt public, général ou collectif ne peut être qualifié de personne normalement prudente et diligente. La Constitution et les conventions internationales lui demandent en effet de tenir compte des droits fondamentaux « des autres ».

<sup>170</sup> Ce qui ressemble dangereusement à un pouvoir arbitraire, inconciliable avec l'Etat de droit démocratique.

<sup>171</sup> Sa personnalité, son passé, son vécu, ses attentes ....

<sup>172</sup> Cass. 22 octobre 2021, C.20.0265.F.

<sup>173</sup> Ce que les juges d'appel auraient fait, selon la Cour de cassation. Siégeant en appel, le Tribunal de première instance de Liège avait considéré : « *l'examen de proportionnalité auquel la théorie de l'abus de droit astreint le tribunal ne peut, dans l'état actuel des relations sociales, se satisfaire d'une simple balance entre les intérêts privés opposés mais doit aussi intégrer les conséquences humaines, environnementales et sociales, en d'autres mots les dimensions collectives de l'usage du droit en cause* » et « *dès lors que (...) la taille des arbres litigieux entraînera nécessairement leur dépérissement, faire droit à la demande entraînerait de porter atteinte à ce vaste ensemble au niveau tant esthétique qu'environnemental* » et encore que « *l'atteinte à cet intérêt collectif est disproportionnée à l'avantage tiré par (les demandeurs) de l'exercice de leur droit* ».

<sup>174</sup> L'intérêt collectif fait partie des « intérêts généraux » (voy. M. KRUIJTHOF, *loc. cit.*, pp. 78-80 ; R. SCHUTGENS et J. SILLEN, « Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter », *Preadviezen 2020-2021*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Anvers, Boom juridisch, 2021, pp. 158-160.

<sup>175</sup> Cette prémisse figure par ailleurs dans l'arrêt de cassation du 22 octobre 2021. Voy. également à ce sujet D. GRUYAERT, « Het Hof van Cassatie aanvaardt geen duurzaamheidsargument bij de beoordeling van rechtsmisbruik », note sous Cass. 22 octobre 2021, R.W. 2021-22, p. 3, n° 8.

Il échet en outre de compléter ce tableau sombre par l'arrêt du 16 novembre 1961 qui a permis à la Cour de cassation de décider : « *que l'article 544 du Code civil, qui ne peut être isolé d'autres dispositions, tels les articles 552, 651 et 661 qui le complètent, ne reconnaît au propriétaire que le droit de jouir et de disposer normalement de sa chose ; qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général* ». <sup>176</sup>

Dans la mesure où le juge doit, même d'office <sup>177</sup> apprécier les intérêts en cause <sup>178</sup> en tenant compte de toutes les circonstances, sans la moindre exception, il ne peut pas, dans l'appréciation de l'abus de droit, écarter des circonstances qui présentent un lien avec des intérêts de groupe, des intérêts collectifs, des intérêts généraux ou avec l'intérêt général que les parties invoquent spécialement ou estiment pertinentes en l'espèce. <sup>179</sup>

Où la Cour de cassation donne-t-elle avec son arrêt du 22 octobre 2021 le signal qu'au 21<sup>ème</sup> siècle les seuls intérêts qui comptent encore en droit privé sont les intérêts strictement égoïstes, défaits de tout lien avec et de toute référence aux intérêts collectifs, de groupe ou généraux et qu'il appartient au pouvoir judiciaire de faire le tri ?

#### 4. *La cause et l'objet licites : conditions de validité de l'acte juridique*

33. LA CAUSE ILLICITE – Le législateur de 1804 a retenu quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention, la quatrième étant une cause licite dans l'obligation (art. 1108 du Code civil). Avec la capacité des parties et l'objet certain qui forme la matière de l'engagement, la cause licite encadre et contrôle socialement le consentement des parties, qui s'engagent.

Par l'article 1133 du même code, le législateur a précisé que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi et quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. <sup>180</sup> Il n'a toutefois pas défini la cause : la jurisprudence s'en est chargée. Lorsqu'une personne s'engage par un acte juridique, elle a ses raisons. Les mobiles personnels qui poussent le débiteur à s'engager et le créancier à se contenter de cet engagement, constituent la cause de l'obligation sur laquelle

<sup>176</sup> Cass. 16 novembre 1961, *Pas.* 1962, I, 332.

<sup>177</sup> Puisqu'il s'agit d'une règle de droit (voy. *supra* n° 3).

<sup>178</sup> Et que ces intérêts ne sont pas restreints aux seuls intérêts (strictement) privés.

<sup>179</sup> Cfr. A. VAN HOE, « De (strikt) privaatrechtelijke dimensie van rechtsmisbruik », à consulter sur <https://corporatelifinancelab.org/2021/11/13/de-strikt-privatrechtelijke-dimensie-van-rechts-misbruik/amp/>. À noter qu'en ce qui concerne les dérèglements écologiques et climatiques causés par les activités de certaines entreprises, il est certain qu'elles causent ou risquent de causer des préjudices matérielles, moraux et physiques. Il s'agit incontestablement d'intérêts privés.

<sup>180</sup> La cause est également illicite, selon la jurisprudence, lorsqu'elle se heurte à une disposition légale impérative.

porte leur accord. Chaque obligation peut avoir ses mobiles propres aussi bien du côté du débiteur, que du créancier.

La jurisprudence a réduit le champ d'application du contrôle social, auquel la cause a été destinée, en décidant d'une part que la cause n'est plus à apprécier au niveau de chaque obligation, prise individuellement, mais au niveau de l'acte juridique (la convention)<sup>181</sup> et, d'autre part, quelle ne se réfère qu'aux mobiles déterminants.<sup>182</sup> Alors que la Cour de cassation a continué à décider jusqu'à peu qu'une convention est entachée de nullité même si les mobiles déterminants mais illicites d'une partie n'étaient pas connus de l'autre<sup>183</sup>, la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, réduit à nouveau le champ d'application du contrôle social dont le pouvoir judiciaire est investi.<sup>184</sup> L'article 5.53 propose en effet de définir la cause comme les mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie.<sup>185</sup>

L'article 1131 du Code civil énonce que l'obligation sans, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet, ce qui n'est pas sans rappeler le texte de l'article 2 (anciennement 6) du Code civil.<sup>186</sup> Depuis longtemps, la jurisprudence a toutefois décidé que la convention conclue sans cause ou qui repose sur une cause fautive ou illicite est frappée de nullité.<sup>187</sup> La validité de la cause doit être appréciée au moment de la formation de la convention.<sup>188</sup> Les effets de (l'exécution de) la convention n'entrent pas en considération dans cette appréciation.

#### 34. L'OBJET ILLICITE – Le législateur de 1804 n'a pas visé l'illicéité de la matière (la prestation) de l'engagement<sup>189</sup>, pris par le débiteur et accepté par le créancier.

<sup>181</sup> Voy. e.a. Cass. 7 mai 2020, C.19.0423.N ; Cass.

<sup>182</sup> Les mobiles « secondaires » ou « accessoires » ne sont donc pas pris en considération. Voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « Geldigheidsvereisten van de overeenkomst », *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 256 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *op. cit.* p. 188, n° 239.

<sup>183</sup> Notamment Cass. 9 septembre 2005, *T.B.B.R.*, 2007, p. 432 ; Cass. 7 octobre 2004, C.03.0144.F ; Cass. 12 octobre 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1564.

<sup>184</sup> La Cour de cassation a entretemps anticipé sur l'application de cette proposition en « modifiant » sa jurisprudence : Cass. 7 mai 2020, C.19.0423.N.

<sup>185</sup> L'art. 5.55 de la proposition énonce toutefois qu'un contrat est valable, quoique la cause n'est pas exprimée. Lorsque les mobiles déterminants ne sont pas exprimés, hypothèse très fréquente, ils ne sont pas connus de l'autre partie et il ne sera pas toujours possible de soutenir (ou de faire admettre) qu'ils auraient dû être connus par l'autre partie. Dans ce cas, la cause même illicite échappera à tout contrôle.

<sup>186</sup> Voy. *supra* n°s 21-23.

<sup>187</sup> En réalité, rien ne s'oppose à une application combinée de l'art. 2 de cette règle jurisprudentielle (retenue par l'art. 5.57 de la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil) dont le champ d'application et la sanction sont différents.

<sup>188</sup> Notamment Cass. 22 janvier 2021, C.19.0605.F ; Cass. 28 novembre 2013, C.13.0233.N.

<sup>189</sup> Il a par contre précisé que « la matière de l'engagement » doit être certaine, dans le commerce, possible et déterminé ou déterminable, la matière de l'engagement étant définie par l'art. 1126

Il a sans doute estimé que la cause illicite qui se trouve à son origine affecte également la licéité de l'objet de l'obligation. La jurisprudence a considéré qu'il s'agissait d'une lacune. Elle décide que l'objet d'une convention doit en outre être licite.<sup>190</sup> Comme les autres conditions de validité, la licéité de l'objet est à apprécier au moment de la formation de l'acte juridique.<sup>191</sup> La circonstance que les parties ignorent, le cas échéant, le caractère illicite de l'objet, n'est pas pertinente.<sup>192</sup>

Pour le surplus, la jurisprudence s'est évertuée à réduire le contrôle que le pouvoir judiciaire exerce sur la licéité de l'objet.<sup>193</sup> D'abord en estimant que l'objet se situe au niveau de la convention, de sorte que l'objet d'obligations « accessoires » ou « secondaires » passe entre les mailles du filet.<sup>194</sup> Ensuite, par une évolution jurisprudentielle qui ne retient l'illicéité du contrat ou de la prestation que lorsque le contrat ou la prestation crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives.<sup>195</sup> Annoncée par un arrêt du 8 avril 1999<sup>196</sup>, cette jurisprudence a surtout été développée par la Cour de cassation pendant la dernière décennie.<sup>197</sup> Avant ce revirement, la Cour de cassation considérait que l'objet d'une convention était illicite lorsqu'elle oblige à une prestation contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à une loi impérative.<sup>198</sup> Cette nouvelle « règle jurisprudentielle »<sup>199</sup> cohabite difficilement avec la règle, également d'origine jurisprudentielle, que l'illicéité doit être appréciée à la conclusion de la convention<sup>200</sup> et que la disparition ultérieure de l'illicéité ne fait pas disparaître la cause initiale de nullité.<sup>201</sup>

Quand il détermine si le contrat ou la prestation crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à une loi impérative, le juge ne peut donc plus se contenter du constat que leur objet heurte l'ordre public ou la loi

---

comme « une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

<sup>190</sup> Voy. à ce sujet P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 337 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « Geldigheidsvereisten van de overeenkomst », *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 231, n° 364 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *op. cit.*, pp. 177-180, n°s 223-226.

<sup>191</sup> Voy. notamment Cass. 28 novembre 2013, C.13.0233.N, I. CLAEYS et T. TANGHE, *op. cit.*, p. 178, n° 225 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, « Geldigheidsvereisten van de overeenkomst », *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 231, n° 365.

<sup>192</sup> Cass. 8 avril 1999, C.98.0042.F.

<sup>193</sup> Comme elle le fait également (voy. *supra*) avec le contrôle de la cause et de sa licéité.

<sup>194</sup> Voy. ég. en ce sens l'art. 5.27 de la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil ; l'art. 5.46 semble au contraire situer l'objet au niveau de chaque obligation.

<sup>195</sup> Jurisprudence reprise par l'art. 5.51 de la proposition de loi précitée.

<sup>196</sup> Cass. 8 avril 1999, C.98.0042.F.

<sup>197</sup> Notamment Cass. 30 janvier 2015, C.14.0285.N ; Cass. 9 septembre 2016, C.14.0347.N ; Cass. 13 novembre 2017, C.16.0320/0321.F ; Cass. 8 mars 2018, C.17.0390.N.

<sup>198</sup> Notamment Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N ; Cass. 6 janvier 2012, C.10.182.F.

Ég. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 337. Exceptionnellement, l'ancien critère se manifeste encore (par exemple Cass. 7 novembre 2019, C.19.0061.N).

<sup>199</sup> Que la Cour de cassation n'a justifiée d'aucune manière.

<sup>200</sup> Voy. les arrêts cités ci-avant sous la note 194.

<sup>201</sup> Cass. 27 septembre 2018, C.17.0669.F.

impérative au moment de la conclusion de la convention. Il doit au contraire examiner en fait si le contrat ou la prestation, touché d'illicéité, donne lieu à ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à une loi impérative. A cette fin, il devra nécessairement prendre en considération ce qui s'est produit, à la suite de la convention ou de la prestation, pendant la période entre la conclusion de la convention et la décision qu'il rend. S'il estime que la situation qui s'est produite ou maintenue pendant cette période n'est pas contraire à l'ordre public ou à une disposition légale impérative, il ne peut pas conclure à une illicéité, malgré l'illicéité de l'objet de la convention ou de la prestation au moment de la conclusion du contrat.<sup>202</sup>

35. LA CERISE SUR LE GÂTEAU – Après avoir singulièrement édulcoré le traitement que le législateur de 1804 a réservé à l'obligation dont la cause ou l'objet (création jurisprudentielle) est illicite, la jurisprudence<sup>203</sup> s'est « occupée » de la sanction qui frappe, en principe, la convention/l'obligation illicite, au cas où un juge oserait encore arriver à cette conclusion.

Elle s'est empressée à souligner avec force que l'objet ou la cause illicite est sanctionnée par la nullité de la convention ou de l'obligation, écartant ainsi les sanctions auxquelles l'application de l'article 2 (anciennement 6) du Code civil est susceptible de conduire.<sup>204</sup>

Puis « l'excessivité » de la nullité lui est soudainement devenue insupportable. Relative ou absolue, la nullité entraîne la disparition de la convention ou de l'obligation concernée, aussi bien en tant qu'acte juridique, qu'en tant que fait juridique. Les parties doivent être remises, rétroactivement, dans la situation *ex ante*, c'est-à-dire celle qui existait pour elles avant la conclusion de la convention ou de l'obligation annulée. Afin d'y parvenir, la restitution des prestations s'impose.<sup>205</sup>

La Cour de cassation a commencé à critiquer ce manège, fustigeant son manque de flexibilité.<sup>206</sup> Dans un premier temps, elle a admis en 2015 la nullité partielle en droit belge.<sup>207</sup> Ensuite, la Cour de cassation a décidé que « *sauf si la loi s'y oppose, la convention<sup>208</sup> est maintenue s'il est ou peut être remédié à son illicéité de manière à ce que l'objectif visé par la loi soit ou puisse être atteint* ». <sup>209</sup> Il est sans doute inutile d'ajouter que ces revirements récents se trouvent déjà

<sup>202</sup> Eg. Cass. 22 janvier 2021, C.19.0303.N et les conclusions du Premier avocat général R. MORTIER, p. 6.

<sup>203</sup> Appuyée par la doctrine majoritaire.

<sup>204</sup> Voy. *supra* n° 23.

<sup>205</sup> Si la restitution des prestations ne permet pas à la partie « innocente » de se trouver dans la situation dans laquelle la se serait trouvée sans l'illicéité de son cocontractant fautif, elle pourra en outre obtenir la réparation de ce dommage (Cass. 8 mars 2018, C.17.039.0N).

<sup>206</sup> C'est ainsi que la doctrine (majoritaire) explique et approuve ces revirements en cascade.

<sup>207</sup> Cass. 23 janvier 2015, C.13.0579.N ; Cass. 25 juin 2015, 14.0008.F.

<sup>208</sup> Frappée de nullité.

<sup>209</sup> Cass. 7 novembre 2019, C.19.0061.N.

inscrits dans la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil.<sup>210</sup> L'article 5.57 de la proposition dispose actuellement<sup>211</sup> : « *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle isolée* ». <sup>212</sup>

Avec les développements et les revirements jurisprudentiels qui touchent la cause illicite, l'objet illicite et leur sanction, l'illicéité est devenue une invitation à la spéculation et au jeu.<sup>213</sup> Puisque l'auteur d'une illicéité risque au pire que le juge applique la loi ou la règle juridique qu'il méconnaît par des actes et des comportements illicites, pourquoi se priverait-il du plaisir de tenter sa chance avec l'illicéité, qui rapporte plus que l'obéissance à la loi ou à la règle juridique méconnue ?

**36. L'ILLICÉITÉ ET LA SOCIÉTÉ DURABLE** – L'activité économique, industrielle et financière des entreprises et de leurs propriétaires qui contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques, repose entièrement sur des actes juridiques et des conventions, que ces entreprises et leurs propriétaires concluent et exécutent.

Dans quelle mesure la validité de ces conventions et de ces actes juridiques est-elle affectée par le constat que les activités qu'ils mettent en œuvre et maintiennent causent des catastrophes qui détruisent, aveuglent, des vies, des santés, des vies privées, des propriétés, des droits et des libertés ?

Passé le moment de surprise que la question provoque, la majorité des juristes répondra probablement qu'il ne faut pas chercher midi à quatorze heures. Ils font valoir que ces entreprises et leurs propriétaires n'ont pas l'intention de causer ces catastrophes, de sorte que ce mobile déterminant leur fait défaut, outre le fait qu'il n'entre pas dans le champ contractuel de leurs conventions. Sans ombrages, ils ajouteront que l'objet de ces conventions et actes juridiques ne crée ou ne maintient pas une situation qui est contraire à l'ordre public ou à une loi impérative, puisque le réchauffement et les dérèglements existent déjà et se maintiennent également en l'absence des conventions et des actes juridiques critiqués. Persuadés qu'ils tiennent le bon bout, ils considéreront qu'il est inutile de penser à une quelconque

<sup>210</sup> En ce qui concerne la nullité partielle, il s'agit de l'art. 5.63.

<sup>211</sup> Il a déjà connu plusieurs libellés.

<sup>212</sup> Déjà appliqué « anticipativement » (?) par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 2021, C.19.0303.N avec les conclusions du Premier avocat général. Voy. au sujet de l'application « anticipative », L. CORNELIS, Les revirements jurisprudentiels cachent-ils une prise de contrôle du pouvoir politique ?, 2022, disponible en *open access* sur <https://www.lawbackontrack.org/publications>.

<sup>213</sup> Voy. aussi L. CORNELIS, *L'ordre public et démocratie*, 2021, p. 269 et suivantes, disponible en *open access* sur [www.lawbackontrack.org/publications](http://www.lawbackontrack.org/publications) (épisodes 22 et 23 « Surprise ! L'illégalité protégée 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ième</sup> partie »).

nullité, cette sanction n'étant, selon eux, manifestement pas appropriée eu égard au but des règles qui seraient violées, ce qu'ils contestent par ailleurs.

37. REMETTRE LES PENDULES À L'HEURE – L'heure n'est pourtant pas au découragement. Dans un arrêt du 29 septembre 2008<sup>214</sup>, la Cour de cassation a décidé<sup>215</sup> que « la liberté d'exercer une activité professionnelle rémunérée ne peut subir d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi » et « une convention qui, en dehors des cas où la loi l'autorise, a pour but de permettre à l'une des parties (...) d'empêcher l'autre partie (...) d'exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue. » La cassation est intervenue sur la deuxième branche du moyen, prise de la méconnaissance des articles 12, alinéa 1<sup>er</sup>, 23 et 134 de la Constitution, 4.1 et 4.2 de la Convention EDH, 8.1 et 8.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1996, 6, 1108, 1128, 1131, 1133 et 1334 du Code civil. La Cour de cassation a donc confirmé qu'une convention qui a pour effet de priver une personne de l'exercice d'un droit fondamental (en l'espèce le droit à la propriété et le droit d'exercer une activité professionnelle<sup>216</sup>), a une cause illicite.

La protection des droits fondamentaux, notamment par les règles de droits consacrées à la prohibition de la cause illicite et à la nullité absolue, n'est pas confinée au cadre contractuel. Que l'exécution d'une convention porte atteinte à l'exercice d'un ou de plusieurs droits fondamentaux d'un tiers ou d'un cocontractant, la question de leur protection se pose en des termes identiques.<sup>217</sup>

Les juristes qui considèrent que les activités polluantes d'entreprises et de leurs propriétaires, ainsi que les atteintes aux droits fondamentaux qui en résultent, même indirectement, sont étrangères aux conventions et aux actes juridiques qui déterminent ces activités, doivent dès lors reconsidérer leur réponse.

En effet, il ne peut pas être déduit du fait que ces entreprises et leurs propriétaires n'ont pas l'intention de causer des catastrophes, qui empêchent d'autres personnes d'exercer pleinement leurs droits fondamentaux<sup>218</sup>, que leurs mobiles déterminants sont licites. Même si l'intention « méchante » peut justifier la conclusion que le comportement qui en résulte est illicite, l'illicéité ne se résume pas à la seule intention, éventuellement méchante, de son auteur. Même si ce dernier n'en est pas conscient, ses mobiles déterminants peuvent heurter l'ordre public, les bonnes mœurs ou le droit impératif.

<sup>214</sup> Cass. 29 septembre 2008, C.06.0443.F.

<sup>215</sup> Il s'agissait en l'espèce d'une convention qui subordonnait le transfert d'un joueur de football à l'accord de son « propriétaire », que ce dernier (ses héritiers) essayait de monnayer.

<sup>216</sup> La liberté de commerce et d'industrie combine plusieurs droits fondamentaux : le droit à la liberté, le droit à la protection de la vie privée, le droit à la liberté d'expression, le droit à la propriété ....

<sup>217</sup> L'atteinte portée, par exemple, au droit de propriété par l'effet de l'exécution d'une convention, est la même, qu'il s'agisse de la propriété du cocontractant ou d'un tiers.

<sup>218</sup> Comme elles le faisaient avant que la catastrophe les a frappé ou menacé sérieusement.

Les entreprises et leurs propriétaires qui contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements connaissent par ailleurs les déchets qu'ils produisent et dont ils se débarrassent<sup>219</sup>, les effets qu'ils ont sur l'environnement, sur la biodiversité, sur le réchauffement du climat et sur les écosystèmes. Comme tout autre humain, ils sont au courant des catastrophes qui en résultent, provoquant des dommages pour « autrui », inconciliables avec l'exercice paisible de leurs droits fondamentaux. Donnant la priorité à la rentabilité du jour<sup>220</sup> de leurs activités, ils écartent toutefois ces (leurs) connaissances. Ecarter ces connaissances afin de maintenir la rentabilité du jour fait dès lors partie de leurs mobiles déterminants et leurs cocontractants en sont également conscients, mais, à leur tour, ne « préfèrent » pas s'arrêter à ce « détail ».

Même si l'objet de leurs conventions n'est pas en soi contraire à l'ordre public ou à une disposition légale impérative, il ne saurait en outre plus être contesté que la situation qu'elles créent ou *maintiennent*, est contraire à l'ordre public au vu des données mises à la disposition par la science climatique et des atteintes catastrophiques aux droits fondamentaux qui s'abattent ou menacent de s'abattre à n'importe quel moment à n'importe quel endroit.

Il échet donc de conclure que les conventions et les actes juridiques des entreprises et des propriétaires qui continuent à contribuer au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques sont frappés de nullité et d'inefficacité. Dans les circonstances qui se présentent, seules ces sanctions sont manifestement appropriées à l'atteinte qu'elles portent aux droits fondamentaux, protégés par les normes prioritaires.

##### 5. *La responsabilité extracontractuelle pour faute*

38. UN CORRECTIF ALLÉGÉ – La responsabilité extracontractuelle pour faute entraîne une obligation légale : le responsable doit réparer le dommage qu'il a fautivement causé à un tiers.<sup>221</sup> La réparation du dommage oblige le responsable à un appauvrissement, sinon à une charge<sup>222</sup>, dont il n'est, en général, pas friand. Quand une personne estime qu'elle est la victime d'un dommage qu'une autre personne a causé par sa faute<sup>223</sup> et en réclame la réparation, un vaste champ de bataille s'ouvre quand le défendeur conteste sa responsabilité ou refuse de procéder à la réparation. Dans ce cas, la victime (alléguée) n'aura pas d'autre choix que d'entamer, à ses frais, une procédure en justice et d'établir l'existence

<sup>219</sup> Notamment les gaz à effet de serre.

<sup>220</sup> « *Business as usual* ».

<sup>221</sup> Le droit de la responsabilité extracontractuelle fait également l'objet d'une proposition de recodification ; voy. <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

<sup>222</sup> Dans la mesure où la réparation en nature du dommage par le responsable est admise.

<sup>223</sup> A côté de la responsabilité pour faute, le législateur a introduit des présomptions de responsabilité réfragables et des responsabilités objectives qui ne sont pas abordées dans ce cadre.

d'un dommage réparable, d'une faute qui est imputable au défendeur et d'un lien de causalité entre ce dommage et cette faute.

A défaut de ces preuves, admises en justice, la victime n'obtiendra pas gain de cause et il n'y aura pas de responsable tenu à la réparation du dommage, subi – le cas échéant – par la victime.

L'appauvrissement ou la charge imposée au défendeur se justifie exclusivement lorsqu'il est sanctionné en droit du fait que sa faute a causé le dommage qu'il aura à réparer. Pris séparément sa faute ou le dommage causé ne suffiront pas. Ainsi le veut la liberté individuelle, principe maîtresse qui domine le droit privé et donc aussi la responsabilité extracontractuelle pour faute.

L'enjeu des règles qui gouvernent cette responsabilité<sup>224</sup> devient trépidant et titanesque quand elles concernent des actes, des comportements et des activités qui font mondialement des victimes (effectives et potentielles), notamment du fait qu'ils contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et dangereux. Une responsabilité extracontractuelle<sup>225</sup> de la taille de leurs activités nocives et dommageables affole non seulement les entreprises et les propriétaires, mais aussi les pouvoirs publics et, en particulier, les pouvoirs judiciaires qui se trouvent, en matière de responsabilité, en première ligne.

**39. VOUS NE M'AUREZ PAS** – Les entreprises et les propriétaires concernés jettent dès lors toutes leurs forces dans la bataille afin d'éviter qu'une responsabilité pour faute puisse leur être imputée. Ils partent par ailleurs avec plusieurs longueurs d'avance. D'abord, parce qu'ils sont, en général, économiquement et financièrement plus forts que les victimes (effectives et potentielles). Ensuite, parce que les règles de droit, qui forment le corps de la responsabilité extracontractuelle pour faute, leur vont comme un gant.

Conçus à la fin du 18<sup>ème</sup> et pendant le 19<sup>ème</sup> siècles, les fondements de la responsabilité extracontractuelle pour faute n'ont pas pris en considération la protection des droits fondamentaux, inconnus à l'époque en droit privé. L'élite gouvernante<sup>226</sup> contrôlait les pouvoirs politique, économique, financier et intellectuel et le pouvoir judiciaire faisait partie de l'élite.<sup>227</sup> Si l'élite acceptait le principe d'une responsabilité pour faute apte à discipliner ceux dont elle se méfiait en son sein et « les autres », elle a pris la précaution de l'entourer de maintes embûches dont elle pourrait se servir si sa responsabilité était recherchée.

De concert avec elle, les pouvoirs publics de l'époque ont fait de la responsabilité extracontractuelle pour faute un correctif, somme toute, modeste.

<sup>224</sup> Elles sont essentiellement de nature jurisprudentielle, déduites de deux dispositions légales sommaires (les art. 1382-1383 du Code civil).

<sup>225</sup> Et surtout l'obligation de réparation consécutive.

<sup>226</sup> Une minorité, au mieux, de 10% de la population (voy. T. PİKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, p. 1198 spéc. 71-87).

<sup>227</sup> L'enseignement (juridique et autre) était réservé aux descendants de l'élite gouvernante.

Il ne faut pas trop attendre de cet instrument de rééquilibrage, taillé à la mesure des intérêts des plus forts<sup>228</sup>, aussi bien par le contenu de ses règles, que par la procédure (judiciaire) qui le suit comme son ombre. Ses principes de base n'ont jamais été mis en concordance<sup>229</sup> avec la protection des droits fondamentaux et les principes démocratiques d'ordre public<sup>230</sup>, malgré le lien étroit et manifeste qui existe entre la réparation du dommage (causé fautivement) et la protection des droits fondamentaux, lorsqu'ils sont atteints par des actes ou des comportements fautifs. Ainsi s'explique notamment le manque de cohérence entre la règle jurisprudentielle qui décrète que le droit de la responsabilité<sup>231</sup> est, en principe, supplétif<sup>232</sup>, et le fait que la responsabilité se greffe toujours sur une atteinte à un droit fondamental d'ordre public.<sup>233</sup>

Dans la stricte logique de ses fondements, certains crient dès lors au scandale, sinon à l'illégalité quand ils lisent dans les jugements rendus dans l'affaire *Shell* et dans l'affaire belge du climat<sup>234</sup> que les Tribunaux ont retenu la méconnaissance d'une norme générale de prudence et qu'ils ont envisagé sur cette base une injonction, adressée à l'Etat<sup>235</sup> ou à un groupe de sociétés. Ils soulignent que ces décisions sortent, *de lege lata*, du domaine assigné à la responsabilité extracontractuelle pour faute.<sup>236</sup>

**40. QUEL DOMMAGE !** – Cela étant dit, il n'est pas interdit de rêver ou de se demander si la doctrine et la jurisprudence peuvent encore longtemps passer à côté des droits fondamentaux et prétendre que leur protection n'a rien à voir avec la responsabilité civile. En d'autres mots, quelle interprétation échet-il de donner au dommage réparable, à la faute imputable au défendeur et au lien de causalité afin de garantir leur conformité avec les droits fondamentaux et – dès lors- avec la Constitution et d'autres normes prioritaires ?

Commençons avec le dommage, l'élément qui déclenche la recherche d'un responsable par la personne (la victime) qui le subit.

D'un point de vue dynamique, le dommage est la différence négative entre la situation dans laquelle la victime se trouve après l'intervention d'un fait

<sup>228</sup> Actuellement les personnes et les entreprises qui contrôlent les pouvoirs économiques et financiers.

<sup>229</sup> La recodification, actuellement en cours, n'a toujours pas cet objectif.

<sup>230</sup> Voy. notamment Cour EDH 16 mars 2006, *Zdanoka* / Lettonie, § 98-114 ; Cour EDH 17 mai 2016, *Karácsony* / Hongrie, § 141.

<sup>231</sup> Aussi bien contractuelle, qu'extracontractuelle.

<sup>232</sup> Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1907 (*Pas.* 1907, I, 135).

<sup>233</sup> Accordé et consacré par des dispositions légales qui intéressent l'ordre public et qui sont d'ordre public (la Constitution, la Convention EDH, ...).

<sup>234</sup> Voy. *supra* n° 5-8.

<sup>235</sup> Même si l'injonction n'a finalement pas été imposée dans l'affaire belge du climat.

<sup>236</sup> Voy. M. KRUIJTHOF, « Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter », *Preadviezen 2020 – 2021*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Boomjuridisch, 2021, pp. 132-150.

générateur de responsabilité<sup>237</sup> et celle dans laquelle elle se serait trouvée en son absence.<sup>238</sup> Les juristes ne se satisfont pas de cette approche. Ils décrivent l'objet de la différence négative et considèrent qu'elle doit répondre à des caractéristiques précises. Ils en font une notion objective. La différence négative peut, mais ne doit pas nécessairement affecter (l'exercice d') un droit subjectif ou une situation qui résulte de l'application des règles du droit objectif.

La violation d'un « intérêt » suffit.<sup>239</sup> Inspiré par le droit judiciaire<sup>240</sup>, il se laisse définir comme l'avantage dont une personne bénéficie à la suite d'un comportement, d'un acte, d'une situation, d'une activité, d'un concours de circonstances, ... Il peut être matériel ou moral, être purement factuel ou résulter de l'application de règles de droit.<sup>241</sup> L'intérêt est violé quand l'avantage disparaît ou est atteint négativement.

BOCKEN, approuvé par M. KRUTHOF, cherche à objectiver l'avantage, l'intérêt et le dommage : il y a violation d'intérêt et dès lors dommage quand un moyen est atteint dont une personne déterminée se sert afin de satisfaire un besoin.<sup>242</sup> L'atteinte à des valeurs partagées en groupe ou à des objectifs poursuivis est écartée comme dommage au motif qu'elle n'affecte pas un moyen qui est destiné à la satisfaction d'un besoin par une personne déterminée.<sup>243</sup>

Nul besoin de grandes démonstrations quand des catastrophes engendrées par le réchauffement dangereux et par les dérèglements climatiques et écologiques, prennent des vies, causent des invalidités et des incapacités de travail, ruinent des santés, des familles, des vies privées, détruisent des propriétés ... des personnes touchées et dont la liberté se trouve en outre « transformée ».

Dans ces cas, le « dommage » est indéniable. Conscientes des risques sérieux que leur font courir le réchauffement dangereux et les dérèglements climatiques et écologiques, beaucoup de personnes perdent confiance. Elles savent qu'elles peuvent subir les prochaines « catastrophes », et les redoutent. Elles sont stressées, anxieuses, souffrent d'insomnies, développent des dépressions ou des « *burn out* ». Leurs convictions, valeurs et sentiments accusent le coup : elles sont en souffrance.

<sup>237</sup> Par exemple une faute.

<sup>238</sup> En d'autres mots : la différence entre la situation actuelle et la situation hypothétique de la victime.

<sup>239</sup> E. DIRIX, *Het begrip schade*, Anvers – Apeldoorn, Kluwer, 1984, p. 22, n° 12.

<sup>240</sup> L'intérêt au sens de l'art. 18 du Code Judiciaire.

<sup>241</sup> T. LEONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 – 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, p. 577, n° 15 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1501, n° 1063.

<sup>242</sup> « Middelen voor behoeftebevredegiging » : H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 85, n° 42 ; M. KRUTHOF, *loc. cit.*, p. 75-76, n° 5.

<sup>243</sup> H. BOCKEN, *op. cit.*, pp. 85-86, n° 52-53.

41. QUEL DOMMAGE ? – M. KRUIHOF semble considérer qu'il n'y a pas lieu de retenir l'existence d'un dommage aussi longtemps que l'état de ces personnes n'affecte pas un moyen qui leur permet de satisfaire leurs besoins. En soi, l'atteinte aux convictions, aux sentiments, aux valeurs et aux objectifs ne constituerait pas un dommage réparable.<sup>244</sup> L'argumentaire ne saurait convaincre. Les droits fondamentaux à la liberté (art. 5 Convention EDH) et la protection de la vie privée (art. 8 Convention EDH) sont non seulement importants dans leur relation avec la vie, la santé, l'intégrité physique, la propriété, ... mais aussi dans leur relation avec les convictions, les sentiments, les valeurs et les objectifs de leurs titulaires. Comme la vie, la santé, l'intégrité physique, la propriété, ... les convictions, les sentiments, les valeurs et les objectifs constituent des moyens qui permettent au titulaire de subvenir à ses besoins par l'exercice de ses droits fondamentaux, dont l'objet s'identifie par ailleurs avec les valeurs essentielles, protégées par le vivre ensemble démocratique. Puisque l'anxiété, la peur, la crainte, le désespoir, le stress, la dépression, ... affectent négativement l'exercice (actuel et futur) des droits fondamentaux, ils privent le titulaire de la satisfaction de ses besoins.<sup>245</sup> Il subit, de ce fait, une atteinte à un avantage, un intérêt que la Constitution et la Convention EDH lui accordent.<sup>246</sup> Dans ces conditions, rien ne justifie d'exclure l'atteinte aux valeurs et aux objectifs du dommage réparable. Cette conclusion ne reste pas sans conséquences pour les caractéristiques auxquelles doit répondre le dommage réparable.<sup>247</sup>

La certitude du dommage<sup>248</sup> et son caractère personnel ne sauraient être mis en doute au motif que le dommage se présente comme une atteinte qui est portée

<sup>244</sup> M. KRUIHOF, *loc. cit.*, p. 87, n° 29.

<sup>245</sup> Eg. en ce sens Cour EDH 27 janvier 2009, *Tatar/Roumanie*, § 122; P. GILLAERTS et J. SAMOY, «Angstschade in de strijd tegen luchtverontreiniging en klimaatverandering : wat valt er te vrezen ?», *R.W.* 2019-20, pp. 878-880.

<sup>246</sup> Etant précisé que les législateurs réalisent et restreignent l'exercice des droits fondamentaux par des lois raisonnables.

<sup>247</sup> Selon la doctrine et la jurisprudence, le dommage doit être certain, personnel et licite (légitime).

<sup>248</sup> Pour engager la responsabilité, le dommage doit être certain, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être éventuel ou hypothétique. (L. CORNELIS et I. VUILLARD, «Le dommage», X. *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2000, p. 8, n° 9.) Cependant la certitude ne doit pas être absolue. Le dommage est certain, lorsque le degré de sa probabilité est à ce point élevé que le juge estime qu'il ne peut plus raisonnablement envisager. Il s'agit selon certains d'une certitude «juridique» de l'existence du dommage. (T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia 2009, p. 638, n° 1017). D'autres se réfèrent envisager le contraire au fait que le juge doit être convaincu raisonnablement de la certitude du dommage. (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1308, n° 1068.) La certitude de l'existence du dommage n'implique pas que le dommage doit nécessairement être actuel, déjà réalisé. Un dommage futur peut être certain, lorsque son existence est établie de manière suffisante. L. CORNELIS et I. VUILLARD, «Le dommage», X. *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2000, p. 8, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, p. 1507, n° 1068 ; P. GILLAERTS et W.T.H. NUNINGA, «Klimaatzaken via mensenrechten of buitencontractuele aansprakelijkheid : wat je van (noorder)buren leren kan», *R.W.* 2019-20, p. 617, n° 36 et jurisprudence et doctrine citée.

aux convictions, sentiments, valeurs ou objectifs de la personne qui s'en plaint. Les entreprises et les propriétaires qui, par leurs actes, comportements et activités économiques, industrielles et financières, contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques, notamment par l'émission de gaz à effet de serre, contesteront donc en vain la certitude du dommage, subi par les personnes qui subissent, matériellement ou moralement, les effets des catastrophes effectives et potentielles, que ces phénomènes entraînent.<sup>249</sup> Le dommage n'est pas uniquement personnel quand il porte atteinte à la vie, à la sante, à l'intégrité physique, aux activités d'une personne ou à sa propriété, mais aussi quand il affecte les convictions, les sentiments, les valeurs et les objectifs de cette personne, pour les raisons qui viennent d'être exposées. Le fait qu'il s'agit d'un dommage « indirect »<sup>250</sup> n'est pas incompatible avec le caractère personnel.

42. FAUTE ? QUELLE FAUTE ? – La faute est la violation d'une loi qui impose ou interdit un comportement déterminé ou d'une norme générale de prudence dont le respect s'impose à tout homme normalement prudent et raisonnable dans les mêmes circonstances.<sup>251</sup> La jurisprudence admet que le comportement déterminé ne doit pas nécessairement résulter du libellé de la loi, mais peut découler d'arrêtés d'exécution ou de l'interprétation donnée à la loi par le pouvoir judiciaire, en conformité avec la volonté (initiale) du législateur.<sup>252</sup> Compte tenu des jurisprudences qui ont été élaborées au sujet de chaque droit fondamental<sup>253</sup>, la méconnaissance d'un droit fondamental, accordé par la Constitution et/ou la Convention EDH est dès lors révélatrice d'une faute extracontractuelle.

Les entreprises (et leurs propriétaires) savent, en règle, quand leurs activités donnent lieu, directement et indirectement, à des émissions de gaz à effet de serre. Elles connaissent aussi les effets nocifs et dommageables de ces émissions eu égard notamment aux informations (scientifiques) qui circulent à ce sujet depuis au

---

La certitude du dommage doit être déterminée au cas par cas. Un consensus scientifique, politique et diplomatique existe quant à l'existence d'un dommage irréversible qui est causé par le changement climatique à l'environnement, au climat et à la biodiversité, et ses conséquences désastreuses pour la survie sur la planète « terre ». Il ne faut donc pas attendre des fatalités comme des pertes de vie ou des atteintes à l'intégrité physique (ce qui est parfois préconisé en matière de risques de santé, voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 639, n° 1018) avant d'invoquer la responsabilité en matière de dérèglements climatiques et écologiques.

<sup>249</sup> Cette appréciation se situe à la frontière du dommage et du lien causal : le fait que des activités humaines provoquent des catastrophes qui occasionnent le dommage, ne rompt pas le lien causal entre ces activités et le dommage et n'affecte pas la certitude du dommage (voy. ég. ci-après n° 43-44).

<sup>250</sup> Qui n'est donc pas directement causé par les émissions de gaz à effet de serre de la personne/entreprise dont la responsabilité est mise en cause.

<sup>251</sup> Cfr. Cass. 9 février 2017, C.13.528.F ; ég. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 125-146.

<sup>252</sup> Voy. par exemple Cc. 21 juin 2018, 77/2018, B.7.1 – B.7.2 et B.8.2 – B.11.2 ; Cc 31 mai 2018, 61/2018, B.18.2 – B.18.6.

<sup>253</sup> En particulier par la Cour constitutionnelle et par la Cour EDH.

moins cinq décennies, largement reprises par la presse et les médias. En continuant à émettre des gaz à effet de serre, elles savent, comme leurs propriétaires, qu'elles contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques qui entraînent, à l'échelle mondiale<sup>254</sup>, des catastrophes qui font partout des victimes effectives. Sauf à vouloir condamner l'humanité à sa perte définitive, il ne fait aucun doute qu'une entreprise normalement prudente et raisonnable<sup>255</sup> ne cause pas sciemment et volontairement des dommages à autrui. Elle s'organise autrement ou met fin à ses activités nocives et dommageables. En décidant, au contraire, de poursuivre ses activités émettrices de gaz à effet de serre, l'entreprise agit donc fautivement.<sup>256</sup>

Même à supposer qu'il existe encore des entreprises qui émettent des gaz à effet de serre<sup>257</sup> tout en beignant dans la plus parfaite insouciance et, surtout, inconscience, cette situation est révélatrice d'une faute dans leur chef et celui de leurs propriétaires. L'entreprise et le propriétaire normalement prudents et raisonnables auraient, en effet, dans les mêmes circonstances, eu connaissance des émissions de gaz à effet de serre qu'ils produisent ou font produire, du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques auxquels ils contribuent et des catastrophes que ces phénomènes occasionnent à l'échelle mondiale, faisant partout des victimes. Leur inconscience insouciance est dès lors fautive.

**43. A CAUSE DE QUI OU DE QUOI ?** – Sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, les entreprises (et les propriétaires) émettrices de gaz à effet de serre<sup>258</sup> attendent le plus grand bien du « lien de causalité » qui doit exister (et être établi, en principe, par la victime) entre le dommage dont la réparation est sollicitée et la faute retenue à charge du défendeur.

Non sans raison apparente, chaque entreprise fait à son tour valoir que le réchauffement dangereux et les dérèglements continueront à se produire et à se manifester avec la même intensité par des catastrophes qui causent les mêmes victimes, même si elle arrête, par hypothèse, ses activités polluantes d'un jour à l'autre. D'autres entreprises continueront en effet leurs activités avec des émissions de gaz à effet de serre, qu'elles augmenteront par ailleurs en volume afin de compenser la disparition de l'entreprise qui a mis fin à ses activités. Le sourire aux lèvres, chaque entreprise peut reprendre le même refrain : sans sa faute, les dommages seraient survenus de la même façon.<sup>259</sup> Aucune responsabilité ne saurait dès lors être retenue à leur charge.

<sup>254</sup> Et donc également dans les pays européens.

<sup>255</sup> Et ses propriétaires normalement prudents et raisonnables.

<sup>256</sup> Comme propriétaires qui l'accompagnent dans cette démarche.

<sup>257</sup> Et/ou qui incitent leurs fournisseurs et leurs clients à l'émission de ces gaz.

<sup>258</sup> Ou d'autres pollutions.

<sup>259</sup> Voy. notamment Cass. 28 juin 2018, C.17.0696.N ; Cass. 8 janvier 2018, C.17.0075.F ; Cass. 12 juin 2017, C.16.0428.N. voy. également, *supra* n° 43-44.

Pour les entreprises et les propriétaires qui connaissent les émissions de gaz à effet de serre qu'ils génèrent directement et indirectement et qui savent qu'ils contribuent ainsi au réchauffement dangereux et aux dérèglements, l'argument est entaché de fraude. Ils se cachent derrière les activités frauduleuses, sinon fautives, d'autres entreprises et propriétaires, afin d'échapper à toute responsabilité pour les dommages causés sciemment et de continuer leur activité frauduleuse.<sup>260</sup> Pour cette raison déjà, l'argument doit être privé d'effet juridique : la fraude empêche qu'ils s'en servent en droit.

44. L'UNION FAIT LA FORCE – L'argument est fallacieux pour une deuxième raison. L'activité nocive et dommageable est en soi isolée, mais elle s'inscrit également dans un ensemble d'activités qui sont développées, simultanément et en connaissance de cause, par les entreprises et les propriétaires qui tous prennent part aux activités économiques, industrielles et financières.

Avec le même objectif<sup>261</sup>, ils contribuent aux émissions de gaz à effet de serre qui causent le réchauffement dangereux et les dérèglements climatiques et écologiques, sources de catastrophes qui font des victimes à l'échelle mondiale. Les dommages résultent d'un ensemble d'activités nocives et dommageables auxquelles contribuent toutes les entreprises et tous les propriétaires qui, directement et indirectement, émettent des gaz à effet de serre. A ce niveau, le constat est inéluctable : à défaut des émissions de gaz à effet de serre, imputables aux entreprises et aux propriétaires qui s'en servent, le réchauffement dangereux, les dérèglements climatiques et écologiques, les catastrophes qui en résultent et leurs dommages ne se seraient pas produits.

En fait, ces dommages sont causés par l'activité fautive de l'ensemble des entreprises et des propriétaires auxquels les émissions historiques, actuelles et futures, de gaz à effet de serre sont imputables. Par le cumul de leurs activités simultanées, ils causent et ont tous causé le même dommage ... Chaque émission était nécessaire et avec les émissions des autres « contributeurs » suffisante pour le réchauffement dangereux et les dérèglements, tels qu'ils se sont produits et se produisent toujours.

Pareille situation est loin d'être unique dans le droit de la responsabilité extracontractuelle. Elle conduit à une responsabilité *in solidum* ou, le cas échéant, solidaire.<sup>262</sup> Sous réserve d'un recours entre les coresponsables, chacun

<sup>260</sup> Dont ils savent en effet qu'elle cause des dommages à autrui, sans qu'ils comptent arrêter ou adapter leurs actes, comportements et activités frauduleux.

<sup>261</sup> Leur objectif étant la (meilleure) rentabilité de leurs activités.

<sup>262</sup> Solidaire en présence d'une faute commune ; *in solidum* en présence de fautes concurrentes. Voy. également T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia 2009, p. 818, n° 1290 et la doctrine citée. La théorie des causes concurrentes est repris à l'art. 5.163 de l'Avant-projet de loi du 1 septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, à consulter via [https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet\\_de\\_loi\\_-\\_voorontwerp\\_van\\_wet\\_-\\_livre\\_boek\\_5.pdf](https://justitie.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf).

d'eux endosse la responsabilité pour la totalité du dommage à l'égard de chaque victime.<sup>263</sup>

En interprétant en ce sens le dommage réparable, la faute imputable et le lien de causalité, ces notions légales respectent non seulement la protection des droits fondamentaux, mais aussi leur exercice, voulus par la Constitution, par la Convention EDH et par la volonté des législateurs qui les ont réalisés et limités par des lois raisonnables.

## 6. *Les droits fondamentaux en tant que droits subjectifs*

45. UNE RICHESSE INALIÉNABLE – Le droit subjectif se réfère au pouvoir et aux possibilités qu'une personne peut déduire d'une ou de plusieurs règles de droit qui s'appliquent à elle et aux personnes auxquelles s'adressent ces règles.<sup>264</sup> En se servant du droit subjectif, le titulaire peut obtenir d'une autre personne<sup>265</sup> un acte, une abstention ou une chose, déterminé(e) de façon suffisamment accessible et précise par la loi et les règles jurisprudentielles qui en sont déduites et qui s'appliquent, dans les faits, audit titulaire et/ou aux personnes auxquelles elles s'adressent.

La Constitution et de la Convention EDH accordent des droits fondamentaux aux personnes qui se trouvent sous l'autorité des pouvoirs publics des Etats concernés.

Ces droits fondamentaux sont non seulement importants dans la relation de leurs titulaires avec les pouvoirs publics, mais aussi dans les relations qu'ils ont avec les autres titulaires. Les pouvoirs publics ont l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect des droits fondamentaux et de l'homme. Ils ne peuvent en outre pas interdire ou rendre impossible l'exercice des droits fondamentaux. Cette obligation s'applique aussi bien au législateur qu'au pouvoir judiciaire et à l'exécutif. Elle concerne aussi les relations juridiques, qui sont gouvernées par le droit privés.<sup>266</sup> Les titulaires doivent dès lors pouvoir compter sur des pouvoirs publics qui veillent au respect de l'exercice de leurs droits fondamentaux, notamment lorsque les autorités publiques interviennent dans le cadre d'un litige ou d'un différend qui oppose plusieurs titulaires.

<sup>263</sup> Voy. El. L.A. OUKO, « Applying the precautionary principle to address the proof «problem» in climate change litigation », *Tilbury Law Review*, 2016, p. 56 et seq. (l'auteur introduit notamment le principe de précaution dans l'appréciation du lien de causalité).

<sup>264</sup> Voy. ég. M. KRUIJTHOF, « Privaatrechtelijke facetten van algemeen belangacties bij de Belgische justitiële rechter », *Preadviezen 2020-2021*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boomjuridisch, 2021, p. 82, n° 21 et 92, n° 37.

<sup>265</sup> Il peut s'agir d'une personne physique ou morale, d'une autorité publique ou d'un particulier.

<sup>266</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten, een mensenrechtelijke lezing van het contract*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 40, et suivantes, et l'analyse de la jurisprudence appliquant la Convention EDH p. 54 et suivants.

Les droits fondamentaux confèrent dès lors à leurs titulaires le pouvoir d'exiger en droit et en justice que les pouvoirs publics (en ce compris le pouvoir judiciaire<sup>267</sup>) et les autres titulaires respectent l'exercice de leurs droits fondamentaux et qu'ils s'abstiennent de toute atteinte illégitime à leurs droits fondamentaux, exercés en conformité avec leur réalisation et leur limitation par des lois raisonnables.<sup>268</sup> Lorsqu'il se prévaut d'un droit fondamental, le titulaire exerce inévitablement un droit subjectif.

Il échet toutefois de souligner<sup>269</sup> que l'effectivité des droits fondamentaux passe par leur réalisation et leur restriction raisonnable, confiées aux législateurs compétents. L'exercice d'un droit fondamental dans les limites (raisonnables), déterminées à l'occasion de sa réalisation et de sa restriction par le législateur compétent<sup>270</sup>, concrétise le droit subjectif, qui se déduit du droit objectif.

Les correctifs, qui viennent d'être rappelés, constituent des restrictions qui sont imposées par le législateur<sup>271</sup> à l'exercice des droits fondamentaux. Sous réserve d'un contrôle par la Cour constitutionnelle, ils sont estimés raisonnables dans leurs applications.

**46. L'HEURE DE VÉRITÉ** – L'heure de vérité sonne lorsque le titulaire d'un droit fondamental constate qu'il est privé de son exercice par le fait d'autrui.<sup>272</sup>

L'article 13 de la Convention EDH énonce que le titulaire dont les droits fondamentaux ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. La voie de recours doit permettre à l'instance nationale de mettre fin à la violation. Elle doit (i) pouvoir interdire les actes, les comportements ou les activités qui portent atteinte ou qui risquent sérieusement de porter atteinte à l'exercice d'un droit fondamental ou (ii) pouvoir ordonner des mesures préventives efficaces.<sup>273</sup> Ces remèdes peuvent être combinés avec une réparation du dommage que la violation du droit fondamental a déjà causé.<sup>274</sup> Il va sans dire que la décision, adoptée par l'instance nationale doit être suivie d'exécution.

A juste titre, il a donc été jugé dans les affaires *Urgenda* et *Shell* qu'il appartient au pouvoir judiciaire d'imposer des mesures ou des interdictions aux personnes

<sup>267</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten, een mensenrechtelijke lezing van het contract*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 52 et suivantes.

<sup>268</sup> Voy. aussi N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten, een mensenrechtelijke lezing van het contract*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 65 e.s.

<sup>269</sup> Voy. *supra* n° 17-18.

<sup>270</sup> La restriction est raisonnable lorsqu'elle est nécessaire dans une société démocratique, qu'elle répond à un besoin social impérieux dans cette société et qu'elle est pertinente et proportionnelle par rapport à l'objectif (légitime) que le législateur poursuit.

<sup>271</sup> Ou par le pouvoir judiciaire dans le cadre de l'interprétation de la loi.

<sup>272</sup> Ou qu'il court un risque sérieux d'en être privé.

<sup>273</sup> Voy. é.g. S. VAN DROOGHENBROECK, C. JADOT et C. DE BUEGER, *loc. cit.*, pp. 138-145.

<sup>274</sup> En aucun cas l'indemnité ne peut devenir « le prix » à payer pour la poursuite de la violation.

publiques ou privées dont les activités<sup>275</sup> portent atteinte ou risquent sérieusement de porter atteinte à l'exercice d'un ou de plusieurs droits fondamentaux.<sup>276</sup>

L'effectivité d'une décision judiciaire, qui se borne à ordonner une réduction d'émissions de gaz à effet de serre<sup>277</sup>, dont la réalisation est postposée à une date ultérieure<sup>278</sup> comme cela s'est fait dans l'affaire *Shell*, est cependant douteuse. Tout d'abord, par l'incertitude qui entoure l'objectif qui est à atteindre, compte tenu du fait que les hypothèses de départ s'avèrent dépassées par les faits, les émissions de gaz à effet de serre étant en constante augmentation.<sup>279</sup> Ensuite par l'absence de contrôle approprié sur les mesures qui sont à adopter (à temps), ce qui – d'un certain point de vue – se rapproche dangereusement d'un déni de justice. Surtout du fait que la violation des droits fondamentaux à cause du réchauffement dangereux et des dérèglements climatiques et écologiques consécutifs, dus à des activités économiques, industrielles et financières, est (depuis longtemps) « en cours ». Ces activités contribuent aux phénomènes décrits et font, de jour en jour, des victimes (effectives et potentielles), frappées dans l'exercice de leurs droits fondamentaux.

En décidant, implicitement, qu'il faut laisser faire les entreprises concernées et leurs propriétaires dans l'attente de la date d'échéance de la réduction des émissions à effet de serre, déterminée par les Cours et les Tribunaux, les droits fondamentaux des victimes sont sacrifiés, sinon suspendus. Elles devraient de fait renoncer pendant cette période à la protection effective de leurs droits fondamentaux, tels qu'ils ont été réalisés et limités raisonnablement par les législateurs compétents. Cette restriction, imaginée par le monde juridique, ne figure ni dans la Constitution, ni dans la Convention EDH.

47. LE REMÈDE EFFECTIF – La protection effective des droits fondamentaux ne saurait être refusée aux victimes (effectives et potentielles) du réchauffement dangereux en cours et / ou des dérèglements climatiques et écologiques, également en cours. L'idée qu'elles devraient attendre l'issue des recommandations préconisées par l'IPCC, reprises le cas échéant par des injonctions judiciaires, est contraire à la Constitution et à la Convention EDH. Elles sont au contraire en droit de demander et d'obtenir des mesures qui, dès à présent, mettent fin à la violation

<sup>275</sup> L'atteinte peut être due à des actes, comportements ou activités précis(es) ou, au contraire, résulter de l'absence de mesures correctives ou préventives.

<sup>276</sup> Voy. l'attendu 5.5.2 de l'arrêt *Urgenda*.

<sup>277</sup> Il s'agit d'une mesure préventive dont il est espéré qu'elle pourra limiter le réchauffement dangereux et les dérèglements climatiques et écologiques consécutifs.

<sup>278</sup> Tout en précisant qu'il appartient au condamné de déterminer les mesures à prendre et le calendrier à respecter.

<sup>279</sup> L'IPCC a déterminé la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui est à atteindre à la fin de 2030 en partant de l'hypothèse que leur volume mondial n'augmentera pas entre-temps. Puisque le contraire se produit, d'année en année, les chances de succès (>50%) attribuées à la réduction préconisée se sont déjà envolées.

de leurs droits fondamentaux<sup>280</sup> par les entreprises et les propriétaires, dont les activités économiques, industrielles et financières contribuent au réchauffement et aux dérèglements climatiques et écologiques, qui provoquent des catastrophes dont les retombées, ruinent ou sont susceptibles de ruiner, selon le cas, leur vie, leur santé, leur intégrité, leur liberté, leur vie privée, leur propriété, ... Les victimes (effectives et potentielles) doivent pouvoir obtenir l'arrêt immédiat de ces activités ou de leurs effets nocifs et dommageables sur le territoire national, à défaut d'une réduction immédiate des émissions de gaz à effet de serre, susceptible de neutraliser le réchauffement et les dérèglements consécutifs.

Le remède peut sembler « excessif » pour des esprits qui se sont habitués, depuis leur naissance, à l'idée que leur « bien-être<sup>281</sup> » dépend d'activités économiques, industrielles et financières qui engendrent le réchauffement et les dérèglements dont ils pourraient pourtant eux-mêmes souffrir. Mais est-il vraiment excessif ou le devient-il du fait que le cadre constitutionnel et conventionnel, qui ordonne notre vivre ensemble, est écarté ou perdu de vue ? En d'autres mots, s'agit-il d'un choix, à supposer qu'il reste à opérer ?

Les entreprises, qui polluent en connaissance de cause, et leurs propriétaires, souvent épaulés par les gouvernants, ne semblent avoir aucune difficulté à prétendre que leurs activités économiques, industrielles et financières<sup>282</sup> sont justifiées par l'exercice de *leurs* droits fondamentaux<sup>283</sup>, réalisés et limités raisonnablement par le législateur compétent. Ils en déduisent que les externalisations de risques, de coûts, de dépenses, de dommages, dont ils savent qu'elles accompagnent leurs activités, sont immunisées au motif que ces externalisations ne heurteraient aucune restriction raisonnable, imposée par le législateur compétent à l'exercice de *leurs* droits fondamentaux. Ils s'estiment donc non-concernés par les effets préjudiciables de leurs activités, dont ils ne cachent pas leur connaissance. Ils renvoient, en outre, aux permis et aux autres autorisations, obtenus de la part des autorités publiques.

**48. LE RAISONNEMENT À ÉVITER** – En invoquant « leurs » droits fondamentaux, ils reconnaissent la force contraignante de la Constitution et de la Convention EDH. Logiquement, ils doivent dès lors également reconnaître et admettre l'exercice des droits fondamentaux « des autres », réalisés et restreints, de façon raisonnable, par le législateur compétent.

Le point névralgique se situe donc au niveau des restrictions raisonnables qui sont imposées par les législateurs à l'exercice des droits fondamentaux, qui sont sous-jacents aux activités polluantes et dangereuses. Selon les entreprises

<sup>280</sup> Rappelons qu'il s'agit d'atteintes effectives ou potentielles au droit à la vie, à la santé, à l'intégrité physique ou psychologique, à la liberté, à la vie privée, à la propriété, ...des titulaires qui subissent ou risquent de subir les effets dommageables du réchauffement et des dérèglements.

<sup>281</sup> En fait, les conditions de vie auxquelles ils ont été habitués.

<sup>282</sup> Qui contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques.

<sup>283</sup> En particulier le droit à la liberté, à la vie privée, à la liberté d'expression, à la propriété....

concernées et leurs propriétaires, les externalisations observées<sup>284</sup> ne seraient pas visées par les restrictions (raisonnables) imposées par le législateur à l'exercice des droits fondamentaux, qu'ils mobilisent dans le cadre de leurs activités économiques, industrielles et financières.

Ainsi qu'il résulte notamment des correctifs qui viennent d'être rappelés<sup>285</sup>, l'affirmation est sans fondement. Les dispositifs, mis en place par ces correctifs, s'appliquent (aussi) aux activités économiques, industrielles et financières, de surcroît polluantes et à l'exercice sous-jacent des droits fondamentaux des entreprises et de leurs propriétaires. Il ne peut être conclu à une immunité en droit du fait que ces correctifs ne sont pas ou sont mal appliqués par les pouvoirs publics (exécutifs et judiciaires). Ces correctifs continuent à s'appliquer à toutes les activités économiques, industrielles et financières. L'Etat et les pouvoirs publics doivent prendre les mesures que les correctifs impliquent.

Il y a plus. Entreprises et propriétaires considèrent que l'absence alléguée de restrictions raisonnables, imposées par les législateurs à l'exercice de *leurs* droits fondamentaux, mobilisés dans le cadre de leurs activités polluantes, aurait un effet restrictif sur l'exercice par les autres titulaires de leurs droits fondamentaux quand ils sont confrontés aux effets préjudiciables de leurs activités. Ceux-ci devraient s'incliner et renoncer à la protection de leurs droits fondamentaux au motif que les entreprises (et leurs propriétaires) ont, par hypothèse, respecté les dispositions légales qui s'appliquent à leurs activités polluantes et qu'elles disposent des permis et des autorisations nécessaires.

Ce raisonnement rappelle celui des colons (européens) qui s'approprièrent des territoires au motif qu'ils les avaient « découverts », en méconnaissance de la présence des peuples qui les occupaient depuis des siècles.

Le fait que les entreprises respectent (par hypothèse) l'ensemble des règles de droit qui gouvernent leurs activités polluantes, ne justifie d'aucune manière que d'autres titulaires ne bénéficient plus des garanties constitutionnelles et conventionnelles en cas d'atteinte à leurs droits fondamentaux par ces activités polluantes.

Quand les pouvoirs publics régulent et/ou autorisent une activité et donc l'exercice des droits fondamentaux qui se trouvent à l'origine de cette activité, leur intervention ne concerne que ces droits fondamentaux, sous-jacents à l'activité régulée ou autorisée. Les entreprises et les propriétaires sont certes en droit d'en déduire, en cas d'absence de prohibition spécifique, que les pouvoirs publics n'ont pas interdit leurs activités (polluantes), mais pas qu'ils ont imposé des restrictions (raisonnables) à l'exercice des droits fondamentaux d'autres titulaires dont la vie, l'intégrité, la santé, la liberté, la vie privée et la propriété... sont atteintes (ou risquent sérieusement d'être atteintes) par leurs activités polluantes. Pour chaque

<sup>284</sup> Les risques, les coûts, les dépenses et les dommages entraînés ou causés par le réchauffement et par les dérèglements consécutifs.

<sup>285</sup> Voy. *supra* n° 21 *et seq.*

droit fondamental, la Constitution et la Convention EDH<sup>286</sup> déterminent les causes qui sont susceptibles de justifier une restriction de son exercice. La régulation ou l'autorisation d'une activité économique, industrielle ou financière<sup>287</sup> ne fait pas partie des causes de justification d'une atteinte aux droits fondamentaux d'autrui. A défaut de restriction, à tout le moins d'une restriction qui est justifiée au regard de la Constitution et la Convention EDH, la protection immédiate et effective ne peut pas être refusée aux victimes (effectives et potentielles) du réchauffement et des dérèglements climatiques et écologiques, dont les droits fondamentaux à la vie, à la santé, à l'intégrité, à la vie privée, à la liberté, à la propriété ... sont méconnus ou sont sérieusement menacés par des activités économiques, industrielles et financières qui contribuent à ces phénomènes et à leurs effets mondialement dommageables.

## 7. Conclusion mi-figue, mi-raisin

49. UNE CONCLUSION EN DEMI-TEINTE, EN EFFET – Les activités économiques industrielles et financières qui contribuent au réchauffement dangereux en cours et aux dérèglements climatiques et écologiques, également en cours, dépendent d'instruments juridiques. La neutralisation de ces instruments met fin aux activités polluantes et à leurs effets dommageables. Le réchauffement dangereux et les dérèglements climatiques et écologiques font mondialement des victimes effectives et potentielles, qui souffrent ou risquent sérieusement de souffrir d'atteintes à leur vie, leur santé, leur intégrité physique et psychologique, leur liberté, leur vie privée, leur propriété... protégées *en démocratie* par l'exercice des droits fondamentaux, accordés par la Constitution et la Convention EDH à leurs titulaires. Le lien étroit entre les atteintes aux droits fondamentaux et les activités économiques, industrielles et financières polluantes, qui contribuent au réchauffement dangereux et aux dérèglements climatiques et écologiques, n'est plus à établir. Il est devenu notoire face à la masse de données scientifiques qui vont dans le même sens.<sup>288</sup> Malgré leur connaissance de ce lien notoire, les entreprises polluantes et leurs propriétaires, au courant depuis plusieurs décennies, continuent (et intensifient même) le « *business as usual* », aggravant une situation qui est déjà alarmante pour les victimes (effectives et potentielles).

A la base du droit privé se trouve un arsenal de règles de droit correctives, voulues et mises en place par les législateurs compétents. Sur papier, ces correctifs imposent des restrictions raisonnables aux droits fondamentaux que les entreprises et leurs propriétaires mobilisent dans le cadre d'activités, directement

<sup>286</sup> Et les jurisprudences de la Cour constitutionnelle et de la Cour EDH, qui leur sont consacrées.

<sup>287</sup> Et des droits fondamentaux dont l'exercice se trouve à l'origine de cette activité.

<sup>288</sup> Nonobstant les efforts assidus des « marchands de doute » (voy. à ce sujet N. ORESKES et E.M. CONWAY, *Les marchands de doute ou comment une poignée de scientifiques ont masqué la vérité sur des enjeux de société tels que le tabagisme et le réchauffement climatique*, Paris, Le Pommier, 2012, p. 523.).

et indirectement, polluantes. Leur application théorique, sincère et cohérente s'oppose à la poursuite desdites activités. Ce résultat peut être obtenu par la neutralisation des instruments juridiques dont ces activités dépendent. Force est malheureusement de constater que ces correctifs ne sont pas appliqués de façon sincère et cohérente. En droit privé, la doctrine majoritaire et la jurisprudence ont manifestement choisi leur camp : la poursuite des activités économiques, industrielles et financières, même lorsqu'elles sont polluantes, préoccupe manifestement plus les esprits privatistes que les victimes effectives et potentielles que font ces activités, tant pis pour les correctifs, la Constitution et la Convention EDH. Après avoir réduit leur champ d'application ou de s'être montré aveugle et sourd quand les correctifs devaient et pouvaient être appliqués, les experts en droit privé ont eu « la bonne idée » de les ignorer, de les faire disparaître ou de les rendre inoffensifs. N'est il pas temps d'envisager les choses autrement ?

#### IV. LE CLIMAT ET LE FONCTIONNEMENT DES ENTREPRISES

50. LE CLIMAT ENTREPRENEURIAL CHANGÉ À JAMAIS – Depuis (beaucoup trop) longtemps, les questions écologiques et climatiques étaient pour la majorité des entreprises et de leurs propriétaires des externalités parmi beaucoup d'autres. Ils intervenaient dans la vie de l'entreprise quand son activité le requérait, par exemple si elle avait besoin d'un permis environnemental. Après son obtention, le climat et l'environnement se limitaient pour l'entreprise à l'application de la régulation environnementale, imposée et développée par les pouvoirs publics plus d'un siècle après le début de l'industrialisation.

Cette époque est définitivement révolue. Les défis climatiques et environnementaux sont devenus à ce point urgents et titanesques que des actions étatiques, même dans un cadre international, ne permettent pas de maîtriser ou de prévenir<sup>289</sup> le réchauffement (climatique) dangereux.<sup>290</sup> Dans sa déclaration à l'occasion du dernier rapport de l'IPCC, le secrétaire général de l'ONU, Mr. António GUTERRES, n'a rien laissé à l'imagination : « *Today's IPCC Working Group*

<sup>289</sup> Jugement *Shell*, § 4.4.26. Le Tribunal relève l'existence d'un consensus international à ce sujet depuis 2012.

<sup>290</sup> Conformément à l'art. 2, alinéa 2 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (J.O. L. 033 du 7 février 1994, p. 0013), l'objectif de cette Convention est d'empêcher « toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ». A cette fin, il échet d'atteindre une concentration de gaz à effet de serre qui permet d'empêcher cette perturbation « dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable » (Voy. ég. C.M. BILLIET, « Klimaatrechtspraak. Waarom rechters het klimaat (niet) zullen reddden. Huldeboek voor Prof. Dr. Luc Lavryssen », H. SCHOUKENS et C.M. BILLIET (eds.), die Keure, Bruges, 2021, (211 p.) p. 231, n° 34.

*I Report is a code red for humanity. The alarm bells are deafening, and the evidence is irrefutable : greenhouse gas emissions from fossil fuel burning and deforestation are choking our planet and putting billions of people at immediate risk. Global heating is affecting every region on Earth, with many of the changes becoming irreversible.*»<sup>291</sup>

Il s'adressait également explicitement au monde des entreprises : « *The climate crisis poses enormous financial risk to investment managers, asset owners, and businesses. These risks should be measured, disclosed and mitigated. I am asking corporate leaders to support a minimum international carbon price and align their portfolios with the Paris Agreement. The public and private sector must work together to ensure a just and rapid transformation to a net zero global economy.*»<sup>292</sup>

Le monde des entreprises n'a d'autre choix que de saisir la main tendue et de se mettre au travail. Différents chantiers sont à envisager. Certains de bon gré, volontairement ou sous la pression du « marché » ou d'actionnaires activistes. D'autres de mauvais gré, quand ils sont imposés par des régulations contraignantes ou par des injonctions judiciaires.

L'objectif ultime de ces chantiers est toujours la modification des activités des entreprises, afin d'éviter, dans la mesure de ce qui est encore possible, la survenance du réchauffement dangereux ou d'en réduire les effets nuisibles et dommageables autant que faire se peut. Des rapports scientifiques (notamment de l'IPCC) il résulte que tous les acteurs doivent travailler ensemble afin d'atteindre l'objectif de zéro émission de gaz à effet de serre en 2050.<sup>293</sup> Les entreprises, prises individuellement, font partie de ces acteurs. La manière dont elles doivent agir et le calendrier qu'elles doivent suivre ne sont malheureusement pas déterminés ou définis.<sup>294</sup> On peut toutefois s'attendre à ce que les « *Carbon Majors* »<sup>295</sup>, comme Shell, doivent plus rapidement modifier leurs activités qu'une entreprise modeste, artisanale. Il n'est dès lors pas étonnant que les « *Carbon Majors* » se trouvent déjà confrontés à des groupements qui défendent le climat, la biodiversité et les écosystèmes et qui exigent de leur part des engagements fermes quant à la réduction de leurs émissions dangereuses. Il est toutefois prévisible, même en l'absence de régulation contraignante, que chaque entreprise subira de plus en plus de pressions qui l'incitent à réduire ou à arrêter ses activités dans la mesure où elles contribuent par l'émission de gaz à effet de serre ou d'autres pollutions

<sup>291</sup> X., « Secretary-General's statement on the IPCC Working Group I Report on the Physical Science Basis of the Sixth Assessment », 2021, [www.un.org/sg/en/content/secretary-generals-statement-the-ipcc-working-group-1-report-the-physical-science-basis-of-the-sixth-assessment](http://www.un.org/sg/en/content/secretary-generals-statement-the-ipcc-working-group-1-report-the-physical-science-basis-of-the-sixth-assessment).

<sup>292</sup> [www.un.org/sg/en/content/secretary-generals-statement-the-ipcc-working-group-1-report-the-physical-science-basis-of-the-sixth-assessment](http://www.un.org/sg/en/content/secretary-generals-statement-the-ipcc-working-group-1-report-the-physical-science-basis-of-the-sixth-assessment).

<sup>293</sup> Jugement *Shell*, par. 4.4.34.

<sup>294</sup> *Ibidem*, par. 4.4.35 et 4.4.36.

<sup>295</sup> Il s'agit des producteurs de combustibles fossiles, en nombre réduit, auxquels 70% des émissions de gaz à effet de serre sont imputables, enregistrées depuis que l'IPCC a commencé ses observations (1988) (voy. C.M. BILLIET, *loc. cit.*, p.213, n° 1) ; voy. également sur cette notion A. SAVARESI et J. HARTMANN, « Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change : Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry (November 2, 2018) », accessible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3277568> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3277568>.

au réchauffement dangereux et aux dérèglements écologiques et climatiques (par exemple le chauffage avec des combustibles fossiles ; les avantages accordés sous la forme de voitures de fonction...). La pression viendra non seulement du côté des employés et des clients, sensibles aux défis climatiques et écologiques, mais aussi des concurrents plus performants en ces matières.

Lorsque de jour en jour, l'urgence deviendra de plus en plus visible par la répétition des catastrophes, les entreprises qui maintiennent le « *business as usual* » (pas plus que leurs propriétaires et leurs administrateurs) ne dormiront plus tranquillement, inquiètes d'être interpellées par les pouvoirs publics (en ce compris par le pouvoir judiciaire), d'être obligées à des changements rapides de comportement ou d'être déclarées responsable pour des dommages causés par les dérèglements qui accompagnent le réchauffement dangereux.

Quels sont dès lors les différents chantiers à envisager pour éviter des insomnies ? Nous les abordons ci-après en distinguant les chantiers volontaires des chantiers imposés.

## A. LES CHANTIERS VOLONTAIRES

51. *SUSTAINABLE CAPITALISM* – Le capitalisme<sup>296</sup> ne serait pas le capitalisme s'il ne voyait pas des opportunités dans les risques climatiques et écologiques. Ou comme l'a formulé récemment Larry FINK, chairman et CEO de Blackrock, un des plus grands gestionnaires de fortune au monde dans son Annual (2022) Letter, adressé aux CEO's : « *I believe the decarbonizing of the global economy is going to create the greatest investment opportunity in our lifetime* ». <sup>297</sup> Il appelle les CEO's à jouer un rôle de premier plan, soulignant que « *we focus on sustainability not because we're environmentalists, but because we are capitalists and fiduciaries to our clients* ». <sup>298, 299</sup> Malgré le fait que Mr. FINK est tout dévoué aux forces qu'il attribue au capitalisme, il souligne que les entreprises seules ne viendront pas au bout de la crise climatique et écologique. Seules, elles ne seront pas en mesure d'arriver à une société à zéro émission (de gaz à effet de serre) ou d'organiser la police du climat : « *We need governments to provide clear pathways and a consistent taxonomy for sustainable policy, regulation, and disclosure around markets.* » <sup>300</sup>

<sup>296</sup> Voy. sur la notion du capitalisme J. HICKEL, *Less is more. How degrowth will save the world*, London, Pinguin Random House, 2020, pp. 33-126.

<sup>297</sup> <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>.

<sup>298</sup> *Ibidem* ; le professeur J. BAKAN verrait dans ces affirmations la confirmation que les grandes sociétés de capitaux montrent au moins quelques signes psychopathiques (J. BAKAN, *The corporation. The pathological pursuit of profit and power*, Free Press, New York, 2004, p. 240).

<sup>299</sup> Ce message se fait aussi entendre chez nous, par exemple P. DE GROOTE, rédacteur en chef du journal *De Tijd*, dans son éditorial dans le cahier du 5 juin 2021, intitulé « Pioniers : zij durven kiezen voor duurzaamheid » : « *Is het klimaat gered ? Verre van. Zit de redding helemaal op de sporen ? Evenmin. Maar dat de klimaatzaak business is geworden, staat vast.* »

<sup>300</sup> <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>.

Ce n'est pas tous les jours qu'une personne, qui occupe une position comparable à celle de Mr. FINK, plaide pour des réglementations (contraignantes), même s'il passe sous silence les correctifs déjà disponibles en droit privé qui pourraient parfaitement répondre à son appel.

Même sans l'aveu de Mr. FINK, il ne fait déjà plus aucun doute qu'un chantier, destiné à la préservation du climat, ne parviendra pas à désamorcer la crise climatique et écologique en se servant des « lois » du capitalisme ou en se satisfaisant de règles de comportement, auxquelles adhèrent librement des entreprises qui, de ce fait, se déclarent « responsables » ou « durables ». <sup>301</sup> Des initiatives de ce type sont, de ce point de vue, vouées à l'échec. Elles comportent non seulement le risque d'un « green » ou « *purpose washing* », mais aussi d'interventions des pouvoirs publics nationaux qui ne tiennent pas (ou pas suffisamment) compte du « *level playing field* ». <sup>302</sup>

Ceci étant précisé, il n'est pas une mauvaise idée que les entreprises perçoivent également des opportunités lorsqu'elles sont confrontées au problème climatique qu'elles doivent combattre par des réductions d'émissions de gaz à effet de serre ou d'autres pollutions. Les efforts et les investissements que nécessite « la transition » vers une société à zéro émission devant, en effet dans une large mesure, venir des entreprises, dont la collaboration volontaire (massive et mondiale) est un atout majeur. A condition qu'elle s'inscrit parfaitement dans le trajet qui conduit à l'objectif et qu'elle respecte le cadre légal, la voie des opportunités rend leur tâche attractive.

52. *SUSTAINABLE CORPORATE GOVERNANCE* – Le monde des entreprises bénéficie d'une expérience trentenaire en matière de gouvernance autorégulée. Pour les sociétés cotées, la « *soft law* » a été partiellement « durcie » par la règle « *comply or explain* » dorénavant inscrite dans la loi <sup>303</sup> à la demande de l'Union européenne. Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2020, qui est le code de référence pour

<sup>301</sup> À titre d'exemples les « Guiding Principles on Business and Human Rights » : [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf) ; ainsi que les OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011 update) à consulter sur <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>, avec des recommandations de comportement responsable sous les entreprises et le « OFCD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018) » et le OECD sectoral guidance, à consulter sur <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>, commentés en grandes lignes par H. DE WULF, « ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ? », Financial Law Institute, Working Paper Series, 2022, p. 17 e.s. (à consulter sur [www.fli.ugent.be](http://www.fli.ugent.be)). Voy. également T. FANCY, « Blackrock hired me to make sustainable investing mainstream. Now I realise it's a deadly distraction from the climate change threat », opinion dans *The Globe and Mail*, 25 mars 2021.

<sup>302</sup> Voy. ég. L'Explanatory Memorandum expliquant le Draft Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, p. 2 ; la directive proposée « *will advance respect for human rights and the green transition, create a level playing field for companies within the Union and would avoid fragmentation resulting from Member States acting on their own* ».

<sup>303</sup> Voy. l'art. 3.6, § 2, 1° et 2° CSA.

les sociétés cotées belges, cherche à promouvoir la valeur durable.<sup>304</sup> D'après la *Note explicative concernant la création de valeur durable* de la Commission Corporate Governance, « ceci implique de mettre l'accent sur le long terme, sur le comportement responsable à tous les niveaux de la société et sur le fait de prendre en compte de manière permanente les intérêts légitimes des parties prenantes ». <sup>305</sup>

Le cas échéant sur instigation d'actionnaires activistes, la nomination d'administrateurs présentés par certains « stakeholders »<sup>306</sup>, la création d'un comité dont les activités se concentrent sur la pérennité des activités de l'entreprise<sup>307</sup>, et d'autres décisions de cette nature sont susceptibles d'améliorer la prise en compte des questions climatiques et écologiques au sein de l'entreprise. Des mesures qui vont plus loin comme la mise en place d'une participation des travailleurs dans la gestion et/ou dans le capital de l'entreprise ou des droits de vote que certains « stakeholders » peuvent exercer quant certaines questions sont à trancher, nécessiteront probablement une intervention du législateur compétent.<sup>308</sup>

Que des codes de gouvernance d'entreprises s'intéressent à la création de valeur durable et qu'ils montrent la voie à suivre, ne peut qu'être applaudi, même s'ils pourraient se montrer plus précis et fermes, notamment en se référant expressément aux défis climatiques et écologiques. Il s'agit toutefois toujours de « soft law » qui ne pourra pas faire face à ces défis, aux atteintes et aux menaces qui frappent, par voie de conséquence, l'exercice des droits et des libertés fondamentaux. Même la règle du « comply or explain » n'y parviendra pas.

**53. LES ENSEIGNES : LES ENTREPRISES SOCIALES ET LES ENTREPRISES À D'AUTRES BUTS** – Les rédacteurs du CSA ont remplacé la société à finalité sociale par l'entreprise sociale (en abrégé « ES »). L'entreprise sociale à l'ambition d'avoir un effet sur les 3 P (people, planet, profit).<sup>309</sup> Elle devrait dès lors être le véhicule par excellence pour la poursuite d'activités économiques durables. Malheureusement, elle se heurte à trop d'obstacles qui l'empêchent de jouer ce rôle.<sup>310</sup> Contrairement

<sup>304</sup> Voy. les dispositions 2.1 et 2.2 de ce Code.

<sup>305</sup> La Commission retient six éléments qui peuvent contribuer à la création de valeur durable : (i) donner la priorité au long terme, (ii) définir les buts sociaux de manière appropriée, (iii) intégrer la durabilité dans la stratégie de l'entreprise, (iv) intégrer la durabilité dans les activités de l'entreprise, (v) reporting structure et contrôle sur les critères ESG et (vi) engagement structuré du conseil (voir *note\_explicative\_creation\_de\_valeur\_durable\_0.pdf* (corporategovernancecommittee.be)).

<sup>306</sup> Des personnes ayant un intérêt dans l'entreprise; voy. H. DE WULF, « ESG en vennootschapsrecht: innig verbonden, maar ook duurzaam ? », *op. cit.*, p. 48 au sujet d'ExxonMobile à l'initiative du hedge fund Engine N° 1 et Blackrock).

<sup>307</sup> J. WINTER e.a. « Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer », *Ondernemingsrecht*, 2020, p. 86.

<sup>308</sup> Voy. H. DE WULF, « ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ? », *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>309</sup> Voy. l'art. 8.5, § 1, 1° CSA.

<sup>310</sup> A ce sujet A. FRANCOIS et M. VERHEYDEN, « Zijn de handvatten van het gemeen vennootschapsrecht tot realisatie van een duurzame economie aan versterking toe ? », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022 [en voie de publication].

à son prédécesseur et à l'exemple du *benefit corporation* américain, l'entreprise sociale doit être reconnue par le gouvernement représenté par le Ministre (fédéral) chargé de l'économie. Elle doit en outre adopter la forme juridique d'une société coopérative, qui bénéficie ou non d'une reconnaissance gouvernementale. Cette condition n'était pas imposée à la société à finalité sociale qui pouvait par exemple se présenter notamment comme une SA ou une SRL.<sup>311</sup> La barre a encore été placée plus haut : seules des entreprises qui adoptent les principes coopératifs (énoncés par les 7 principes de l'ICA) peuvent se présenter comme une société coopérative<sup>312</sup>, sous peine de leur dissolution judiciaire qui peut intervenir à la demande du Ministère public ou de toute personne intéressée. Même si nous dépassons largement les limites planétaires, il reste utopique d'attendre des sociétés qu'elles se transforment, à court ou à moyen terme, en entreprise sociale avec un cadre légal aussi peu accueillant.

Les articles 1:1 *juncto* 2:8, § 2, 11° CSA permettent d'inscrire dans les statuts d'autres buts, en plus de celui de la distribution des bénéfices.<sup>313</sup> Le droit des sociétés prévoit donc dès à présent des voies intermédiaires. De cette façon des entreprises qui veulent combattre le réchauffement, les dérèglements du climat, de la biodiversité et des écosystèmes ou encore l'atteinte aux droits fondamentaux par ces phénomènes sans s'astreindre au carcan de l'entreprise sociale, peuvent déjà inscrire ces buts dans leurs statuts. Elles peuvent le faire lors de leur constitution ou ultérieurement à l'occasion d'une modification statutaire en suivant la procédure, prévue, dans les types de sociétés les plus courants, pour la modification de l'objet.<sup>314</sup> Les sociétés qui poursuivent d'autres buts, en plus de la distribution des bénéfices, sont, actuellement peu régulées, ce qui devrait conduire à une plus grande attractivité de leur « statut ». La joie que peut générer cette liberté, peut toutefois aussi conduire à des abus<sup>315</sup> dont il faut se méfier,

<sup>311</sup> La grande majorité des sociétés à finalité sociale adoptaient toutefois la forme juridique d'une société coopérative à responsabilité limitée.

<sup>312</sup> Au sujet des principes de l'ICA, voy. M. VERHEYDEN, « Het uitgebreid CV van de 'eigenlijke CV' : praktische aandachtspunten in het licht van de internationale coöperatieve beginselen en verschillen met de BV », *Not. Fisc. Maand.* 2021, p. 182.

<sup>313</sup> La distribution des bénéfices aux associés fait partie du but en vertu du CSA, même si les statuts ne s'y réfèrent pas.

<sup>314</sup> Voy. les art. 5:101, 6:86 et 7:154 CSA s'appliquant à la société à responsabilité limitée, à la société coopérative et à la société anonyme. Dans les autres sociétés l'unanimité est requise sous réserve de disposition statutaire contraire. Voy. M. VERHEYDEN et A. FRANCOIS, « Quand il pleut à Paris et aux États-Unis... ? Analyse du Code des sociétés et des associations à la lumière de la loi PACTE française et des *benefit corporations* américaines », T. TILQUIN (ed.), *Les instruments de droit des sociétés et de droit financier de l'économie durable*, Bruxelles, Larcier, 2021, (277) pp. 317-318, n° 44. Dans les sociétés coopératives les seuils de présence et de vote sont par ailleurs de droit supplétif (art. 6:86, aliéna 3 CSA).

<sup>315</sup> Voy à ce sujet M. VERHEYDEN et A. FRANCOIS, « Quand il pleut à Paris et aux États-Unis... ? » *loc. cit.*, pp. 320-323, n° 46-47, ég. le blog de Maxime VERHEYDEN et Alain FRANCOIS sur Corporate Finance Lab du 11 juin 2021, [www.corporatefinancelab.org/2021/06/11/de-vennootschap-met-andere-doelen-anders-is-niet-per-se-beter/](http://www.corporatefinancelab.org/2021/06/11/de-vennootschap-met-andere-doelen-anders-is-niet-per-se-beter/). Pour quelques propositions afin d'éviter des abus moyennant quelques (petites) modifications du CSA, voy. A. FRANCOIS et M. VERHEYDEN,

notamment en rappelant que le droit privé abrite des correctifs, qui sont en mesure de s'y opposer.

Ces « *labels* » et d'autres enseignes comme la B-corporation<sup>316</sup> permettent à des entrepreneurs sérieux et sincères de se présenter au monde extérieur comme étant « *ESG-proof* ». Ces qualifications ne se méritent que par l'effort et le sérieux qui sont à déployer par l'entreprise pour en bénéficier durablement. Si l'entreprise parvient à respecter ces conditions, souvent contractualisées, l'utilité de ces enseignes ne saurait être contestée.<sup>317</sup>

Il n'en reste pas moins que « la labellisation » et les entreprises qui méritent réellement leur qualification ne parviendront pas à conjurer le réchauffement dangereux, les pollutions dangereuses et les dérèglements climatiques et écologiques.

## B. LES CHANTIERS IMPOSÉS

54. OBLIGATIONS DE DÉCLARATION ET D'INFORMATIONS – Sous l'effet d'une directive européenne<sup>318</sup> les grandes entreprises sont depuis longtemps obligées à la divulgation d'informations non financières au sujet de leurs efforts qui portent sur la protection du climat. Ces informations sont notamment utiles aux investisseurs (potentiels)<sup>319</sup> mais aussi à d'éventuels actionnaires activistes. Le résultat n'a toutefois pas été convaincant<sup>320</sup>, ce qui a amené la Commission de l'Union européenne à une proposition d'une Corporate Sustainability Reporting

---

« Zijn de handvatten van het gemeen vennootschapsrecht tot realisatie van een duurzame economie aan versterking toe ? », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022, [en voie de publication]. Voy ég. S. COOLS, « *Asset lock* bij verlies van erkenning als sociale onderneming », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021, p. 970.

<sup>316</sup> Voy. notamment M. VERHEYDEN et A. FRANCOIS, « Quand il pleut à Paris et aux États-Unis... ? », *loc. cit.*, pp. 343-345, n° 66-67.

<sup>317</sup> Comp. R. HOUBEN, « Intérêt de la société et intérêt général », *J.T.*, 2022, (33) pp. 42-43.

<sup>318</sup> La Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes (Non-Financial Reporting Directive, en abrégé « NFRD ») transposée en droit belge par la Loi du 3 septembre 2017 relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes, *M.B.*, 11 septembre 2017, 83180.

<sup>319</sup> Les investisseurs sont eux-mêmes soumis à des obligations de déclaration et d'information qui concernent la durabilité de leurs activités. Voy. H. DE WULF, « ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ? », *op. cit.* p. 14 ; ég. au niveau de l'Union par exemple la Sustainable Finance Disclosure Regulation (en abrégé « SFDR ») : Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, *J.O. L* 317, 9 décembre 2019, 1.

<sup>320</sup> Voy. l'Impact Assessment qui accompagne la proposition de la Commission d'une *Corporate Sustainability Reporting Directive* (SWD/2021/150 final) et la CEPS' *Study on the Non-Financial Reporting Directive* (Section 2). À consulter sur <https://www.ceps.eu/ceps-publications/study-on-the-non-financial-reporting-directive/>.

Directive (CSRD) qui renforce les obligations de déclaration et d'information et les étend à toutes les grandes entreprises et aux entreprises cotées.<sup>321</sup> La directive proposée prévoit, ce qui est particulièrement pertinent dans le cadre de cette contribution, que chaque société, visée par la proposition de directive, doit donner des informations dans son rapport annuel sur les « *les plans définis par l'entreprise pour garantir la compatibilité de son modèle et de sa stratégie économiques avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris* ». <sup>322</sup>

Les obligations de déclaration et d'information ont une teneur contraignante relativement faible, comparées à d'autres mesures que le législateur peut envisager lorsqu'il veut modifier le comportement de certaines personnes. La publicité qui en résulte est cependant un premier pas dans la prise de conscience qui vise la mise en place et le maintien d'activités économiques, industrielles et financières durables.

55. OBLIGATIONS DE « *DUE DILIGENCE* » – A la fois inspirée et déclenchée par des initiatives adoptées en France et en Allemagne<sup>323</sup> et par des propositions en cours dans d'autres pays, notamment en Belgique<sup>324</sup> et après une vaste consultation<sup>325</sup>, la Commission a publié le 23 février 2022 une proposition de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (en abrégé « CSDD »).<sup>326</sup>

La présente contribution ne se prête pas à une étude complète ou à une analyse approfondie de cette proposition (l'un d'entre nous a l'ambition de le faire dans un proche avenir), mais son article 15 (1) mérite d'être mis en lumière dès à présent. Dans le prolongement de l'obligation de déclaration imposée par le CSRD, cette disposition oblige les Etats-membres à veiller à ce que les administrateurs des

<sup>321</sup> Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2021 modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, à consulter sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0189&from=EN>.

<sup>322</sup> Nouvel art. 19bis, 2. a) iii).

<sup>323</sup> Voy. la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et la *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*, *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, 22 juli 2021*, 2959 examinés brièvement par H. DE WULF, « *ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ?* », *op. cit.*, p. 64 e.s.

<sup>324</sup> Projet de loi du 2 avril 2021 instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur, *Doc. Parl*, Chambre, 2020-2021, 1903/001 et l'avis partiellement négatif du Conseil d'Etat du 13 septembre 2021 (n° 69.788/2/V).

<sup>325</sup> Selon l'Explanatory Memorandum de la proposition de directive CSDD, 75,5% des grandes entreprises se déclarerait favorable à un cadre réglementaire de leur « *due diligence* ». La genèse de la proposition n'a toutefois pas coulé de source. Le Regulatory Scrutiny Board a notamment donné deux avis négatifs.

<sup>326</sup> *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM (2022) 71 final.

sociétés visées par la proposition de CSDD<sup>327</sup> établissent un plan qui garantit la compatibilité du modèle économique (« *business model*») et de la stratégie de la société avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement de la planète en conformité avec l'accord de Paris, c'est-à-dire à une augmentation maximale de la température moyenne de 1,5 °C comparée avec la température moyenne pendant la période pré-industrielle. Si la société identifie le changement climatique comme un risque clé pour ses activités, son plan doit comporter des objectifs indicatifs pour la réduction de ses émissions.

Les sociétés concernées par la proposition de CSDD doivent en outre identifier les effets « potentiellement » négatifs qu'engendrent ces sociétés elles-mêmes, leurs filiales et leur chaîne de valeur sur les droits de l'homme et sur l'environnement. Elles doivent prendre les mesures nécessaires qui préviennent ou réduisent ces effets potentiellement négatifs (art. 6 et 7 CSDD). Les sociétés doivent aussi identifier les effets « effectivement » négatifs qu'engendrent ces sociétés elles-mêmes, leurs filiales et leur chaîne de valeur sur les droits de l'homme et sur l'environnement. Dans cette hypothèse, il doit être mis fin à ces effets ou ils doivent à tout le moins être limités (art. 6 et 8 CSDD). En cas d'effets négatifs en cours qui touchent les droits de l'homme ou l'environnement, la proposition de directive envisage le paiement de dommages et intérêts aux personnes et aux collectivités qui en sont les victimes, l'élaboration d'un plan de remédiation (le cas échéant en concertation avec les « *stakeholders*») qui prévoit des délais raisonnables et précis, ainsi que des indicateurs qui permettent de vérifier la survenance d'améliorations, la réalisation d'investissements qui s'imposent compte tenu de la situation etc. L'article 9 de la proposition de CSDD prévoit une procédure sur plainte qui peut émaner des victimes (éventuelles), des syndicats et des groupements privés qui sont actifs dans les secteurs de la chaîne de valeur concernée. Dans chaque Etat-membre une ou plusieurs autorités indépendantes de surveillance doi(ven)t être instaurée(s) (article 17 CSDD). Ces autorités procéderont à des inspections et, en cas d'infraction, peuvent en ordonner l'arrêt, lorsqu'une entreprise méconnaît le droit national, issu de la transposition du CSDD. Elles peuvent également imposer des sanctions financières et des mesures provisoires qui neutralisent le risque d'un dommage irréversible (art. 18 CSDD). Les autorités de surveillance pourront être saisies en cas de préoccupations fondées (« *substantiated concerns*») de la part de personnes physiques ou morales (art. 19 CSDD). Il appartient aussi aux

<sup>327</sup> Il s'agit en résumé d'une part de sociétés constituées conformément au droit d'un Etat-membre ayant une moyenne de 500 travailleurs et un chiffre d'affaires net qui dépasse 150 millions d'euros dans la dernière année comptable et, d'autre part, de sociétés qui ne répondent pas à ces critères mais qui ont en moyenne 250 travailleurs et un chiffre d'affaires net qui dépasse 40 millions d'euros, dont 50% a été réalisé dans les secteurs (de risque) énumérés à l'art. 2(2) CSDD (notamment le secteur du textile, de l'agriculture et de la pêche, de l'alimentation, de l'extraction de matières premières minérales en ce compris le pétrole brut, le gaz, le charbon, le métal et du commerce en gros de combustibles et de produits chimiques). L'art. 2(2) étend le champ d'application *ratione personae* à des sociétés constituées dans des pays tiers avec un chiffre d'affaires net minimum réalisé dans l'Union.

Etats-membres de faire en sorte que les sociétés visées puissent être sanctionnées par des actions en responsabilité lorsqu'elles ont méconnu leurs obligations de remédier aux effets potentiellement ou effectivement négatifs de leurs activités (et de leurs filiales et de leur chaîne de valeur) sur les droits de l'homme et sur l'environnement et qu'elles ont de ce fait causé des dommages (art. 22 CSDD). Les sociétés qui visent l'attribution de marchés publics auront à démontrer qu'elles n'ont pas été sanctionnées pour la méconnaissance de la directive, telle qu'elle aura été transposée en droit national. La proposition de directive s'intéresse également à la diligence qui est attendue de la part des administrateurs des sociétés visées, ce qui est examiné ci-après.

La proposition d'une directive qui aborde le CSDD est innovante, même si elle se rapproche d'autres (projets de) régulations et d'instruments de gestion.<sup>328</sup> Elle mérite d'être prise au sérieux et de faire l'objet d'examen approfondis.

Il ne fait aucun doute que la proposition sera encore soumise à des fortes tempêtes<sup>329</sup>, mais elle semble enfin tirer profit des affaires judiciaires du climat, tout en renforçant la base juridique qui justifie ces affaires. Elle incite en outre les (grandes) entreprises à prendre au sérieux la protection des droits de l'homme d'autrui et de prendre soin de l'environnement dans un cadre légal, qui améliore la sécurité juridique des entreprises.

56. ELARGISSEMENT DE L'INTÉRÊT DE LA SOCIÉTÉ ? – Comme on le sait, l'intérêt de la société fait office de fourre-tout en droit des sociétés. Cette notion « vague » ou ouverte, dont l'empreinte écologique en encre qu'elle a fait couler est en soi déjà inquiétante, constitue la boussole dont les organes de la société sont censés s'inspirer lorsqu'ils gèrent la société. Le droit belge des sociétés n'a jamais été convaincu par la conception restrictive de l'intérêt de la société en vogue en « *common law* ». Dans la vision anglo-américaine les sociétés doivent se concentrer sur la maximalisation du profit des actionnaires, également à court terme et, le cas échéant, au détriment des intérêts des autres « *stakeholders* ». <sup>330</sup> Bien qu'un courant doctrinal ait plaidé – fidèle au modèle rhénan – pour une interprétation qui assimile l'intérêt de la société à l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire à l'intérêt de tous les « *stakeholders* », en ce compris la collectivité<sup>331</sup>, un compromis entre ces deux approches a su séduire la jurisprudence et la doctrine majoritaire belge. Tout en nuances, l'intérêt de la société conduit, dans cette

<sup>328</sup> Voy. p. 3 et suivants de l'*Explanatory Memorandum*.

<sup>329</sup> Par exemple la critique sévère de H. DE WULF visant un projet antérieur de la proposition : H. DE WULF, « *ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ?*, » *op. cit.*, p. 72 et suivants.

<sup>330</sup> La conception restrictive de l'intérêt de la société se trouve résumé en quelques mots dans un « *quote* » de Milton FRIEDMAN dans le *New York Times* du 13 septembre 1970 : « *The social responsibility of business is to increase its profits* ». D'autres voix s'élèvent même dans la doctrine américaine, notamment L. STAUT, *The shareholder value myth*, San Francisco, BK, 2012, p. 134.

<sup>331</sup> Par exemple Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 156.

interprétation, à la poursuite du profit dans l'intérêt collectif des actionnaires, étant précisé qu'il échet de prendre en considération l'avenir de la société et sa pérennité. Par un arrêt du 28 novembre 2013, la Cour de cassation a consacré cette vision nuancée en décidant que « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société ». <sup>332</sup> Cette vision permet d'introduire dans l'appréciation de l'intérêt de la société des circonstances et des situations qui dépassent les intérêts actuels et immédiats des actionnaires, aux prises avec les intérêts d'autres « *stakeholders* » ou de la collectivité. Dans certaines circonstances de fait, les organes de la société auront même l'obligation de les prendre en considération. <sup>333</sup> Dans cette conception nuancée, l'intérêt de la société n'est pas nécessairement un vecteur de la responsabilité sociétale de l'entreprise <sup>334</sup>, mais son irresponsabilité sociétale peut, en fonction des circonstances, conduire à la conclusion que la société a (manifestement) méconnu la recherche du profit collectif de ses actionnaires actuels et futurs. Dans ces conditions elle aura violé l'intérêt de la société.

La définition qu'a donné la Cour de cassation à l'intérêt de la société (dénommée « l'intérêt social ») n'a pas mis fin définitivement aux discussions, mais a fait que les rédacteurs du CSA n'ont pas eu recours à une définition légale de cette notion. Fidèle à la tradition en la matière, le législateur ne s'est donc pas prononcé à son sujet. L'absence de définition dans la loi indique toutefois que le CSA n'a pas voulu modifier la définition jurisprudentielle.

Le fait qu'un amendement de dernière minute a précisé que le but de la distribution du profit aux actionnaires peut être complété par d'autres buts (art. 1:1 CSA), comme il vient d'être rappelé ci-avant, ne modifie en rien cette conclusion. L'intérêt de la société sera bien entendu à apprécier en fonction des autres buts qu'elle aura inscrits dans ses statuts, mais la définition retenue par la Cour de cassation est assez large pour qu'elle englobe ces éléments même en l'absence d'autres buts statutaires. Quand il s'agit de déterminer le but de lucre collectif des actionnaires « futurs », cette appréciation dynamique, tournée vers l'avenir de la société en interaction avec l'ensemble des « *stakeholders* », oblige la

<sup>332</sup> Cass. 28 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 286, analysé notamment par A. FRANCOIS, « Eng is niet steeds *eng* : het vennootschapsbelang eindelijk gedefinieerd ! », E. ALOFS, H. CASMAN en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Liber Amicorum André Michielsens*, Mechele, Wolters Kluwer, 2015, pp. 343-360. *Comp.* D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation : « the Social Responsibility of Business is to Increase its Profits » ? », *T.B.H.*, 2014, n° 9, pp. 855-865.

<sup>333</sup> Il y aura lieu de conclure à l'existence d'une obligation en cas de méconnaissance notamment d'une loi d'ordre public, de l'ordre public, du principe général de droit qui interdit l'abus de droit, des droits fondamentaux d'autrui (voy. à ce sujet le jugement *Shell*)... protégéant, dans le cas d'espèce, les intérêts de *stakeholders* qui n'ont pas la qualité d'actionnaires.

<sup>334</sup> Voy. D. VAN GERVEN qui plaide pour le développement de la responsabilité sociétale : D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 1281 ; voy. également W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel : veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meerlaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Malines, Kluwer, 2010, pp. 487-489, n° 189.

société, ses organes et ses actionnaires à tenir compte d'intérêts qui ne se limitent pas aux intérêts (immédiats) de ses actionnaires « actuels ».<sup>335</sup>

*De lege lata* il ne semble donc pas indispensable que le législateur intervienne avec une définition légale de l'intérêt de la société. Malgré ce constat, son intervention pourrait être opportun eu égard à l'urgence avec laquelle il convient de répondre aux défis du réchauffement de la planète et des dérèglements auxquels contribuent les activités économiques, industrielles et financières polluantes, confiées à des entreprises qui ont adopté la forme d'une société. Le législateur français a déjà répondu en ce sens avec la loi PACTE qui a ajouté à l'article 1833, 1<sup>er</sup> alinéa du Code civil français (« toute société doit avoir un but licite et être constituée pour l'intérêt commun des parties »)<sup>336</sup> un deuxième alinéa qui dispose : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Prometteur, l'intérêt de cette innovation a aussitôt été paralysé par l'ajout que la méconnaissance de cette nouvelle disposition ne peut pas entraîner la nullité de la société ou de ses actes.<sup>337</sup>

Dans la proposition de la directive CSDD, la Commission semble plus combative. Elle instaure une obligation de diligence dans le chef des administrateurs dans les termes suivants : « Member States shall ensure that, when fulfilling their duty to act in the best interest of the company, directors of companies referred to in Article 2(1) take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term (art. 25 (1)) ».<sup>338</sup>

Cette disposition mérite sans aucun doute un examen détaillé dans la mesure où elle semble donner la préférence à une définition large de l'intérêt de la société au niveau de l'Union européenne<sup>339</sup>, alors que ce choix n'est manifestement pas partagé par tous les Etats-membres. Des considérations qui précèdent les dispositions de la proposition il ne peut en outre pas être déduit avec certitude

<sup>335</sup> M. VERHEYDEN et A. FRANCOIS, « Quand il pleut à Paris et aux États-Unis... ? », *op. cit.* pp. 334-336, n° 59.

<sup>336</sup> L'ancien code des sociétés belge (art. 19, 1<sup>er</sup> al) consacrait la même disposition. Dans le CSA elle ne s'applique plus qu'à la société simple (« *maatschap* ») (art. 4:1, 1<sup>er</sup> al et 4:2 CSA). Il semble pourtant que cette règle a toujours une portée générale (voy. A. FRANCOIS et F. HELLEMANS, « De definities, de basisbeginselen en de structuur van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen : een grondige BENOvatie », H. DE WULF et M. WYCKAERT (eds.), *Het WVV doorgelicht*, Anvers, Intersentia, 2021, pp. 1-44, n° 5).

<sup>337</sup> Art. 1844-10 Code civil français. Voy. M. VERHEYDEN et A. FRANCOIS, « Quand il pleut à Paris et aux états-unis... ? », *op. cit.*, pp. 284-287, n° 7.

<sup>338</sup> Il échet également de tenir compte d'autres risques que font courir les activités de la société à la durabilité (art. 24 (2) CSDD). L'art. 24 (3) CSDD prévoit l'établissement d'un plan qui élabore la transition vers une économie durable et vers une limitation du réchauffement à 1,5 °C en conformité avec l'accord de Paris.

<sup>339</sup> A tout le moins pour les sociétés visées par la proposition de directive CSDD (voy. *supra* la note 330).

qu'elle aurait cette portée, qui dépasse les limites du champ d'application de la proposition de directive.<sup>340</sup> Il faudra dès lors consolider sa base. L'article 25 (1) de la proposition de directive CSDD a cependant le mérite d'exister et de relancer la discussion fondamentale qui porte sur la place qu'il convient de réserver aux sociétés dans le vivre ensemble. Ce débat, associé au « *stakeholderism* » et à la définition large de l'intérêt de la société semble déplaire aux professeurs BEBCHUK et TALLARITA (Harvard) qui considèrent qu'il s'agit d'une « *illusory promise* »<sup>341</sup>, ce qui est approuvé par les auteurs belges HOUBEN et DE WULF.<sup>342</sup> Leurs critiques sont connus depuis longtemps : les administrateurs n'auraient qu'une « perception » (vague) des intérêts des autres stakeholders, qui s'avèrent hétérogènes et souvent conflictuels, les administrateurs seraient privés de directives qui permettent de mettre les intérêts de tous les « *stakeholders* » en balance, de les pondérer et d'apprécier la légitimité du résultat. L'enchevêtrement des intérêts des « *stakeholders* » et le constat qu'ils n'ont qu'exceptionnellement accès au juge quand ils sont en désaccord avec l'appréciation des intérêts en cause par les administrateurs (ou par les actionnaires de contrôle (actuels)) auraient l'effet pervers que le « *stakeholderism* » donne aux administrateurs (et aux actionnaires de contrôle (actuels)) une liberté quasiment illimitée qui leur permet d'agir en « despotes éclairés ». <sup>343</sup> Cette situation n'est pas satisfaisante et ces arguments ne justifient pas que les intérêts des autres « *stakeholders* » se trouvent écartés de l'intérêt de la société, qui doit guider les actes et les comportements des organes (et des actionnaires de contrôle ou minoritaires disposant d'un pouvoir de blocage (actuels)) de la société. La définition retenue par Cour de cassation donne un critère, certes abstrait, mais assez large et flexible qui oblige les organes (et les actionnaires précités de la société) à se soucier des réactions et donc des intérêts des autres « *stakeholders* ». Il ne saurait être envisagé que les organes (et les actionnaires précités) justifient leurs actes et comportements par l'intérêt de la société, alors qu'ils méconnaissent ce qui est essentiel dans un vivre ensemble démocratique et répond, dans cette société, à un besoin (réellement)

<sup>340</sup> Le considérant 63 de la proposition de directive semble susceptible de deux interprétations : « *In all Member States' national laws, directors owe a duty of care to the company. In order to ensure that this general duty is understood and applied in a manner which is coherent and consistent with the due diligence obligations introduced by this Directive and that directors systematically take into account sustainability matters in their decisions, this Directive should clarify, in a harmonised manner, the general duty of care of directors to act in the best interest of the company, by laying down that directors take into account the sustainability matters as referred to in Directive 2013/34/EU, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term horizons. Such clarification does not require changing existing national corporate structures.* »

<sup>341</sup> L.A. BEBCHUK et R. TALLARITA, « The Illusory Promise of Stakeholder Governance », *Cornell Law Review*, pp. 91-177.

<sup>342</sup> Voy. R. HOUBEN, « Intérêt de la société et intérêt général », *loc. cit.*, pp. 36-38 et 43 ; H. DE WULF, « ESG en vennootschapsrecht : innig verbonden, maar ook duurzaam ? », *op. cit.*, p. 34 et suivantes.

<sup>343</sup> A. FRANCOIS, *Vennootschapsbelang*, Anvers, Intersentia, 1999, p. 649 et suivants.

« social » impérieux. A la base, les intérêts des « *stakeholders* » s'identifient, dans un Etat de droit démocratique, avec ce qui est nécessaire en démocratie et relève des besoins sociaux impérieux (de la collectivité). Les droits fondamentaux réalisés et limités par des lois raisonnables en sont l'émanation, concrétisés par l'exercice que peut en faire chaque titulaire. En aucun cas « l'intérêt de la société » est en mesure de justifier que les organes ou les actionnaires (actuels) de la société s'écartent, de quelque manière, de ces normes prioritaires. Ces lois (et les règles jurisprudentielles qui en sont déduites en conformité avec la volonté du législateur) encadrent impérativement et sans aucune possibilité dérogatoire l'intérêt de la société.

Interprétée en conformité avec la Constitution, la Convention EDH et d'autres instruments internationaux qui accordent des droits fondamentaux, la définition de l'intérêt de la société, retenue par la Cour de cassation, s'intègre sans heurts dans la portée que donne l'article 25(1) de la proposition de la directive CSDD à « *the best interest of the company* ». L'article 25 (1) ne dit en effet rien d'autre en soulignant que les administrateurs doivent tenir compte des conséquences de leurs actes, décisions et comportements notamment sur les droits fondamentaux (d'autrui), sur le changement climatique et sur les équilibres écologiques, à court, moyen et long terme. Ces éléments déterminent en effet la durabilité (« *sustainability* ») de la place qu'occupent les sociétés au sein du vivre ensemble et des lors l'intérêt de la société de chacune d'elles. Dans cette interprétation respectueuse des normes prioritaires, l'intérêt de la société n'intègre pas les intérêts des « *stakeholders* », mais est au contraire mis à leur épreuve. La société, ses organes et (même toutes) ses actionnaires auront à justifier que leurs actes, décisions et comportements sont cohérents et sont compatibles avec ce qui est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionné avec le but (par hypothèse légitime) qu'ils poursuivent.

Même lu et interprété comme un élargissement de l'intérêt de la société, l'article 25(1) répond (au moins en partie) aux critiques qui sont adressées au « *stakeholderism* ». Il conclut à l'existence d'une obligation de diligence dans le chef des administrateurs de sorte qu'ils doivent identifier les effets négatifs potentiels et effectifs de leurs actes, décisions et comportements sur d'autres intérêts à savoir non seulement ceux des actionnaires futurs, mais aussi ceux d'autres protégés par des droits fondamentaux, notamment contre le réchauffement et les dérèglements climatiques et écologiques auxquelles contribuent les activités économiques, industrielles et financières polluantes, de leurs sociétés. Ils auront ensuite à intervenir afin d'arrêter ou, à tout le moins, de réduire ses effets négatifs potentiels ou effectifs. Le respect de cette obligation est en outre contrôlé par des autorités de surveillance. Les victimes, les syndicats et les groupements actifs dans les secteurs de la chaîne de valeur concernée, peuvent introduire une plainte. La fin du despotisme éclairé dans les « *boardroom* » semble se rapprocher.

57. PERCÉE DE LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE ? – La proposition de directive CSDD va-t-elle assez loin ? Pourquoi le devoir de diligence ne concerne-t-il que les administrateurs ? Ne devrait-il pas aussi viser l'assemblée générale et même les actionnaires ? Eux non plus échappent à l'application des normes prioritaires. Leurs actes, décisions et comportements sont à apprécier à la lumière de l'exercice des droits fondamentaux, protégés par des lois raisonnables. Pas plus qu'aux administrateurs, il n'appartient à l'assemblée générale et aux actionnaires de se désintéresser du réchauffement et des dérèglements climatiques et écologiques alors qu'ils savent que ces phénomènes, auxquelles contribuent les activités par hypothèse polluantes de leurs sociétés font des victimes effectives et potentielles. La responsabilité des administrateurs et de la société qui sera responsable du fait qu'ils n'ont, par hypothèse, pas respecté l'obligation de diligence, ne doit-elle pas être combinée avec la responsabilité des actionnaires, par exemple par la percée de la responsabilité limitée de la société dont ils bénéficient dans la majorité des cas ?

Le professeur PISTOR (Columbia) n'hésite pas.<sup>344</sup> Les actionnaires de sociétés qui continuent à méconnaître les droits fondamentaux des victimes effectives et potentielles du réchauffement et des dérèglements climatiques et écologiques sans qu'ils s'occupent de la responsabilité partagée qui repose sur « leur » société qui reste en défaut d'arrêter ou de réduire ses activités nocives et dommageables, devraient être privés de la responsabilité limitée. Par ailleurs, les décisions adoptées par ces actionnaires en méconnaissance de leur obligation de respecter les droits fondamentaux d'autrui peuvent invalider les décisions de l'assemblée générale.

S'il s'avère exact que Shell augmente actuellement ses émissions de gaz à effet de serre<sup>345</sup> alors qu'elle a été condamnée à leur réduction avec 45% net à la fin de 2030 (comparées aux émissions en 2019), ces questions méritent, déjà pour cette raison, d'être prises au sérieux.

## V. CONCLUSION

58. RETOUR AUX CORRECTIFS DE DROIT PRIVÉ – La sous-utilisation des correctifs du droit privé est imputable aux juristes et au pouvoir judiciaire, qui se tiennent en parfait équilibre. Au lieu d'être attentifs à leur application, le cas échéant d'office, ils préfèrent « laisser faire ». Ce constat est confirmé en droit des sociétés, ce qui était prévisible puisqu'il fait partie du droit privé.

<sup>344</sup> Dans le cadre d'un entretien avec le NRC, le 22 novembre 2021, le professeur Katharina PISTOR se montre critique au sujet de la responsabilité limitée des actionnaires de sociétés polluantes : <https://www.nrc.nl/nieuws/2021/11/22/niet-vergroenen-moet-voor-bedrijven-een-risico-word-en-a4066448>.

<sup>345</sup> <https://www.follow-this.org/shell-will-increase-emissions-by-4-percent-by-2030-new-gci-research-shows/>.

Dans la mesure où les activités économiques, industrielles et financières qui contribuent, directement ou indirectement, au réchauffement et aux dérèglements, sont le plus souvent le fait d'entreprises qui adoptent la forme juridique d'une société, personne morale dont la responsabilité est limitée, le constat n'a rien de réjouissant. Le droit des sociétés renforce ainsi l'apparence trompeuse que la « transition » climatique et écologique serait l'affaire de la volonté bienveillante des entreprises (les sociétés) et de leurs propriétaires (les actionnaires) ou du régulateur (national ou européen) à la recherche de la « roue » susceptible de résoudre les crises climatiques et écologiques, dont les entreprises polluantes et leurs propriétaires sont les co-responsables.

Cette apparence est non seulement trompeuse, mais aussi un obstacle dont les entreprises polluantes se servent pour que « les choses » n'avancent pas ou, à tout le moins, pas trop vite. Derrière l'apparence, les faits et les chiffres sont têtus.

59. LA VOLONTÉ BIENVEILLANTE – Il en résulte en effet qu'il ne faut pas trop compter sur la bienveillance des entreprises polluantes et de leurs propriétaires. Les faits et les chiffres qui retracent l'histoire du réchauffement climatique, des dérèglements et de l'inégalité patrimoniale consécutive sont sans appel. Conscients de ces phénomènes depuis au moins cinq décennies et au courant du fait qu'ils résultent d'activités économiques, industrielles et financières polluantes auxquelles ils contribuent en connaissance de cause, l'autorégulation qu'ils prônent se caractérise par son inefficacité. Ces « initiatives » (?) n'ont en rien arrêté, freiné ou limité le réchauffement et les dérèglements. Le contraire s'est produit et continue à se produire, comme le constate l'IPCC. Ils ne se sont pas transformés en entreprises socialement ou écologiquement responsables. Rien ne laisse augurer qu'ils seraient sur le point de modifier leur « modèle économique » ou qu'ils auraient décidé de limiter la casse climatique et écologique. Tout donne, au contraire, à penser qu'ils vendront très cher la peau de « leur *business as usual* ».

Les chantiers « volontaires » ne résoudront donc pas les défis climatiques et écologiques.

60. L'INVENTION DE LA ROUE – La roue n'est plus à inventer ; elle l'a été depuis fort longtemps. D'abord par le régulateur national lorsqu'il a accordé, le siècle dernier, des droits et des libertés fondamentaux aux personnes, qui se trouvent sous son autorité et dont il assume ainsi la responsabilité. Au moyen de lois raisonnables, il réalise et restreint l'exercice des droits fondamentaux en donnant des ordres et en imposant des interdictions qui s'adressent à l'ensemble des titulaires. Ce faisant, il préserve et protège la vie, la santé, l'intégrité physique et psychique, la capacité de travail, la vie privée, la liberté, la propriété... de leurs titulaires, c'est-à-dire les valeurs essentielles (du vivre ensemble) qui se trouvent à l'origine des droits fondamentaux, au point où elles en constituent l'objet.

En droit privé, le régulateur a, notamment, réalisé et limité l'exercice des droits fondamentaux par des correctifs qui sont appelés à s'appliquer à l'exercice par certains titulaires de leurs droits fondamentaux, qui déborde (déraisonnablement) sur l'exercice des droits fondamentaux « des autres ». Devenus « règles de droit », ces correctifs s'appuient sur des lois/règles raisonnables. Comme il vient d'être exposé (voy. *supra* § 3, II), ces correctifs ne sont plus à inventer. Ils existent et, à vrai dire, plusieurs d'entre eux sont de tous les temps. Pour les raisons décrites, ils sont malheureusement sous-utilisés et malmenés en droit privé par ceux qui devraient surveiller et garantir leur application.

Comparés à ces correctifs, l'intérêt de la société et même la percée de la responsabilité limitée d'une société sont des cache-misère, dont le droit des sociétés pourrait se passer si les correctifs de l'article 2 du Code civil, du principe général de droit « *fraus omnia corrumpit* », du principe général de droit qui interdit l'abus de droit, des règles juridiques en matière d'illicéité et de leur sanction et de la responsabilité civile étaient appliqués directement et sincèrement aux sociétés, à leurs organes, aux administrateurs et aux actionnaires à chaque fois que leurs conditions d'application se trouvent réunies, justifiant leur sanction.

**61. LA ROUE DE L'UNION** – Découverte par les régulateurs nationaux, les Etats-membres ont transformé la roue en valeurs de l'Union (art. 2 TUE) qui déterminent et guident ses objectifs (art. 3 TUE). Les propositions de directives CSRD et CSDD s'inscrivent dans ces valeurs et ces objectifs. Elles donnent un signal fort et clair, même si les jeux ne sont pas encore faits, loin de là.

En confirmant le lien, par ailleurs scientifiquement établi, qui existe entre, d'une part, le réchauffement et les dérèglements climatiques et écologiques et, d'autre part, l'atteinte aux droits de l'homme des victimes effectives et potentielles de ces phénomènes, le régulateur européen donne un signal indélébile. Il relève en droit l'existence d'un lien de cause à effet entre l'atteinte aux droits de l'homme des victimes effectives et potentielles de catastrophes, causée par le réchauffement et les dérèglements climatiques et écologiques, imputables à des activités économiques, industrielles et financières polluantes, que des entreprises et leurs propriétaires ont organisées et continuent en connaissance de cause.

Le fondement démocratique (ses principes, sa finalité et ses règles de fonctionnement) de l'Etat de droit oblige les régulateurs européen et nationaux de revenir, sans délai, aux correctifs de droit privé, alignés sur les droits fondamentaux. Ces correctifs, qu'il échet de renforcer au lieu de les affaiblir, appliqués de façon cohérente et sans détours, trouvent leur justification, par ailleurs raisonnable, dans la préservation et la protection des droits fondamentaux « des autres », qui dans leur absence, subiraient sans remède les effets nocifs et dommageables d'activités économiques, industrielles et financières polluantes qui continuent à contribuer au réchauffement, aux dérèglements et aux catastrophes qu'ils déclenchent.