



HAL
open science

Chronique de Droit privé et droit économique de l'environnement

Isabelle Doussan, Pascale Steichen

► **To cite this version:**

Isabelle Doussan, Pascale Steichen. Chronique de Droit privé et droit économique de l'environnement. Revue juridique de l'environnement, 2020, 2, pp.359-379. halshs-03046174

HAL Id: halshs-03046174

<https://shs.hal.science/halshs-03046174v1>

Submitted on 24 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE DE DROIT PRIVÉ ET DE DROIT ÉCONOMIQUE DE L'ENVIRONNEMENT 2019-2021

Sous la direction de Isabelle DOUSSAN, Grégoire LERAY

avec la participation de Charlotte GARDES, Giulio Cesare GIORGINI, Gilles J. MARTIN, Ana-Maria ILCHEVA, Irina PARACHKEVOVA, Patrice REIS, Marina TELLER, Caroline VANULS

Résumé Une nouvelle fois, cette chronique montre la diffusion des enjeux environnementaux au sein du droit privé et du droit économique, mais sans doute de manière encore trop timide compte tenu de l'urgence à agir. C'est le cas pour la loi dite « climat et résilience », qui touche le droit des sociétés, le droit du travail, le droit de la commande publique, tandis que l'adoption de la taxonomie européenne permet de doter le droit financier d'une classification des activités économiques ayant un impact favorable sur l'environnement. C'est encore la question climatique qui donne lieu à de nouveaux types de contentieux dont cette chronique fait état ou au difficile traitement de l'empreinte écologique du numérique. Enfin, préjudice écologique et ORE reviennent sur le devant de la scène à l'occasion d'une QPC pour le premier et d'une tentative de neutralisation pour les secondes.

Mots-clés : Droit économique, droit de la concurrence, marchés publics, droit des sociétés, droit du travail, droit financier, responsabilité civile, changements climatiques.

Summary Once again, this column shows the diffusion of environmental issues within private law and economic law, but probably still in a too timid way considering the urgency to act. This is the case for the so-called "climate and resilience" law, which affects company law, labor law, and public procurement law, while the adoption of the European taxonomy provides financial law with a classification of economic activities with a favorable impact on the environment. It is also the climate issue that gives rise to new types of litigation, as described in this column, or to the difficult treatment of the ecological footprint of digital technology. Finally, ecological prejudice and the ORE are back in the spotlight with a QPC for the former and an attempt to neutralize the latter.

Keywords: Economic law, competition law, public procurement, corporate law, labor law, financial law, civil liability, climate change.

I. DROIT DES SOCIÉTÉS

A. L'APPORT DE LA LOI « CLIMAT ET RÉSILIENCE » EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Sévèrement critiquée en raison de la timidité des arbitrages opérés, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, dite loi « Climat et Résilience », peut paraître décevante. Toutefois, ses faiblesses sont, partiellement du moins, compensées par sa forte charge symbolique. Rappelons, en particulier, que certaines de ses dispositions sont issues des propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat, ce qui marque l'émergence d'un processus législatif original, confiant à l'opinion publique un rôle direct dans la fabrique d'un droit écologiquement soutenable. En outre, la loi confirme un mouvement de fond qui traverse le droit dans son

ensemble. Elle montre que la transition écologique transcende aujourd'hui toutes les branches du droit, y compris le droit des sociétés, appelé désormais en renfort de préoccupations environnementales et sociétales. Certes, le texte ne bouleverse pas le droit des sociétés. Il n'en consolide pas moins les orientations contemporaines.

Deux séries de dispositions sont à souligner principalement¹. La première introduit un nouvel élément de la déclaration de performance extra-financière, propre aux activités de transport et visant directement les entreprises chargeurs. Il s'agit de mieux identifier (et donc de réduire) les risques d'émissions de gaz à effet de serre².

La seconde série de dispositions intéresse spécifiquement le devoir de vigilance. La plus importante inclut expressément dans les obligations de vigilance l'objectif de lutte contre la déforestation importée³, un arrêté devant identifier les entreprises concernées. La mesure est à rapprocher du nouvel article L. 110-6 du Code de l'environnement relatif à l'élaboration et à la mise en œuvre par l'État d'une stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée. À nouveau, une approche transversale est adoptée au service de l'effectivité : le devoir de vigilance permettrait d'appréhender l'ensemble des filières, tandis qu'une plateforme d'assistance servirait à concevoir des plans plus précis et sincères. Dans le même esprit, le Code de la commande publique s'enrichit de deux nouveaux articles⁴ autorisant à exclure d'un marché public les personnes soumises au devoir de vigilance qui ne le respecteraient pas⁵. Nul doute que cette interdiction est de nature à renforcer les sanctions, et donc l'efficacité du devoir posé par le Code de commerce. Bien sûr, ces innovations sont à nuancer, ne serait-ce qu'en raison du champ d'application, pour l'heure restreint, des différentes obligations. Il reste que, si elle n'est pas révolutionnaire, la loi contribue à ancrer un peu plus dans le droit des sociétés le modèle de l'entreprise responsable.

B. NORMALISATION EXTRA-FINANCIÈRE ET ENJEUX DE SOUVERAINETÉ

Une refonte des systèmes comptables et de *reporting* apparaît indispensable à la transition écologique de l'entreprise⁶. Si une action du législateur sur les comptes au sens strict (bilan et compte de résultat) n'est pas encore envisagée⁷, l'actualité s'avère riche dans le champ du *reporting* extra-financier. Prenant acte du décalage existant entre la qualité des informations financières traditionnellement diffusées et le défaut de comparabilité et de contrôle des informations extra-financières, la Commission européenne entend améliorer la qualité des secondes en leur conférant un statut comparable à celui des premières⁸ ; rejoignant les

¹ Outre l'extension aux sites miniers de la responsabilité de la société mère en cas de défaillance de la filiale (article 65) et l'institution d'un droit de préemption destiné à lutter contre le recul du trait de côte (article 244).

² Article L. 225-102-1, III, alinéa 2, C. com., avec entrée en vigueur différée aux déclarations afférentes aux exercices ouverts à compter du 1^{er} juillet 2022.

³ Article L. 225-102-4, I C. com., avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024.

⁴ Articles L. 2141-7-1 et L. 3123-7-1, CCP.

⁵ Avec entrée en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard cinq ans après la promulgation de la loi.

⁶ B. Rocher (dir.), *Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte*, rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance et à la secrétaire d'État chargée de l'Économie sociale, solidaire et responsable, Paris, 19 octobre 2021, p. 60.

⁷ I. Doussan et P. Steichen (dir.), « Chronique de droit privé et droit économique de l'environnement » *RJE*, n° 2, 2020, p. 365-366.

⁸ Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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*, Bruxelles, 21 avril 2021, p. 33 et suivantes.

recommandations issues du groupe de travail mis en place par l'EFRAG⁹ ou celles ressortant du rapport du président de l'Autorité des normes comptables¹⁰. Par-delà la recherche d'un socle juridique contraignant applicable au plus grand nombre possible d'entreprises¹¹, se dessine une prise de conscience, celle de l'interdépendance des informations traditionnellement diffusées par les entreprises, suscitant l'intérêt des investisseurs, et des informations extra-financières, aujourd'hui qualifiées de durables¹². Le 21 avril 2021, la Commission européenne présentait ainsi un projet de directive visant à remplacer celle sur le *reporting* extra-financier des entreprises (NFRD)¹³. Quelques mois plus tard, le normalisateur comptable international (Fondation IFRS) n'entendait pas rester à l'écart du mouvement impulsé par l'Union européenne et profitait de la tenue de la COP26 pour annoncer une harmonisation des règles internationales en matière de *reporting* avec la création de l'ISSB (*International Sustainability Standards Board*). Ces initiatives ne participent toutefois pas d'un élan parfaitement uniforme. Deux visions du monde, particulièrement de l'entreprise, s'affrontent¹⁴ et laissent émerger des enjeux de souveraineté¹⁵.

II. DROIT FINANCIER ET ENJEUX CLIMATIQUES

L'article 2.1 de l'Accord de Paris (2015) prévoit un principe fondamental de la transition énergétique, en ce qu'il vise à rendre « les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre ». C'est dans cette lignée que la Commission européenne a publié, en mars 2018¹⁶, un plan d'action sur le financement d'une croissance durable. De là a dérivé une série de révisions réglementaires – ainsi que de réglementations nouvelles – dont l'ambition est tant d'aligner les flux de capitaux sur une trajectoire bas-carbone (tout en luttant contre les pratiques dites d'écoblanchiment) que d'offrir les outils adéquats au système financier afin de gérer les risques issus du changement climatique.

Au cœur de ce cadre politico-réglementaire européen – révisé en juillet 2021 avec une stratégie renouvelée¹⁷ – se situe le pilier de la Taxonomie, dont le règlement a été adopté en juin 2020¹⁸. Il revêt une double vocation : définir un langage commun de la transition énergétique sur les marchés à l'aide de critères de durabilité partagés (le plus souvent ambitieux car associés à la réalisation de l'objectif de neutralité carbone, pour les secteurs de l'économie responsables de la majeure partie des émissions de gaz à effet de serre dans l'Union); et remédier aux déficits informationnels existants sur les marchés, notamment par des obligations de transparence à l'intention des entreprises non-financières et financières. La

⁹ *European Financial Reporting Advisory Group* : Groupe consultatif européen sur l'information financière.

¹⁰ P. de Cambourg, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable*, mai 2019, p. 201 et 220.

¹¹ Celles de plus de 250 salariés.

¹² J. Bardy, « La norme comptable, clé d'analyse d'une finance en transition vers la durabilité », in B. Brehier (dir.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF France VIII*, RB Édition, 2022, p. 177.

¹³ B. Colasse et F. Dejean, « Représentation comptable de l'entreprise et développement durable », *L'Économie politique*, n° 93, février 2022, p. 30-31.

¹⁴ F. Dejean, « RSE : 'Les Européens promeuvent des rapports beaucoup plus complets que les Anglo-Saxons' », *Le Monde*, 1^{er} février 2022.

¹⁵ B. Colasse et F. Dejean, *op. cit.*

¹⁶ COM/2018/097 final, Plan d'action : financer la croissance durable

¹⁷ COM/2021/390 final, Stratégie pour le financement vers une économie durable

¹⁸ Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088. Disponible ici : EUR-Lex - 32020R0852 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

classification est définie par une succession d'actes délégués depuis 2021, visant à couvrir davantage d'activités économiques ainsi que de critères (selon les objectifs environnementaux concernés). En sus des exigences de transparence s'imposant aux entreprises et acteurs de marchés financiers quant au respect de ces critères au titre de son article 8 (détaillées dans un règlement délégué dédié publié en juillet 2021¹⁹), le règlement prévoit en ses articles 5 à 7 des exigences de transparence au niveau des produits financiers (dont les modalités sont en cours de précision par voie de standards de réglementation technique et s'ajoutent à celles issues du règlement dit « Disclosure »²⁰).

Enfin, des révisions réglementaires – en cours et à venir dans les prochains mois – opèrent des références étroites avec la Taxonomie, et ce au-delà des projets en cours de labels et standards pour les émissions obligataires vertes²¹ et les produits financiers à visée environnementale²². Elles concernent par exemple, dans le cadre du conseil financier, l'intégration des préférences des clients en matière de durabilité, la gouvernance produit et la gestion des conflits d'intérêts²³, mais aussi l'évolution de la réglementation prudentielle dans l'ensemble de ses piliers. Celui dédié à la transparence et la discipline de marché comprendra ainsi dès 2022 des informations en matière de durabilité, dont le respect des critères de la Taxonomie²⁴.

La voie est ainsi désormais ouverte afin que le droit financier européen intègre davantage de critères climatiques et environnementaux, notamment en se fondant sur l'apport de cette feuille de route pour le financement de la transition qu'est la Taxonomie.

III. DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'arrêt très remarqué rendu le 5 février 2020 par la Cour de cassation²⁵ confirmerait-il le conflit de logiques qui opposerait le droit des entreprises en difficulté au droit de l'environnement ?²⁶

En l'espèce, une société exploitait une installation classée sur un terrain donné à bail. À la suite de sa mise en liquidation judiciaire, le liquidateur désigné avait restitué le terrain à la bailleuse, laquelle avait assigné la débitrice en paiement d'une indemnité correspondant notamment à la contre-valeur des travaux réalisés par elle pour la mise en sécurité du site et sa

¹⁹ Disponible ici : [resource.html \(europa.eu\)](https://resource.html.europa.eu)

²⁰ 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.

²¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les obligations vertes européennes, COM (2021) 391 final, 6 juillet 2021

²² L'ensemble des documents sur l'évolution des propositions de la Commission sur les critères de l'Écolabel se trouve ici : [Product groups documents | Product Bureau \(europa.eu\)](https://product-groups-documents-product-bureau.europa.eu)

²³ Au regard de la révision des règlements délégués (UE) 2017/565 et (UE) 2017/593 au titre de la directive MiFID2 et celle des règlements délégués (UE) 2017/2358 et (UE) 2017/2359 au titre de la directive DDA – dont l'entrée en application interviendra entre août et novembre 2022.

²⁴ L'article 449 bis du règlement (UE) 575/2013 dit « CRR2 » prévoit que les établissements de crédit de grande taille ayant émis des valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé devront, à compter de juin 2022, publier des informations sur leurs expositions aux risques climatiques et, plus largement, à l'ensemble des risques ESG (annuellement la première année d'application, puis deux fois par an). Des standards contraignants ont été publiés par l'Autorité bancaire européenne le 24 janvier 2022.

²⁵ Cass. com., 5 février 2020, n° 18-23.961 FS-P+B : *BJE* mars 2020, n° 117s3, p. 43, note D. Voinot ; *Gaz. Pal.* 21 avril 2020, n° 15, p. 73, note J.-L. Vallens ; *JCP E* 10 décembre 2020, n° 50, p. 20-25, note T. Stefania ; *Rev. proc. coll.* 2020, n° 2, p. 1-5, note B. Rolland ; *ibid.*, n° 4, p. 1, note A. Cerati ; *ibid.*, n° 6, p. 1-2, note C. Saint-Alary-Houin ; *RTD Com.* 2020, p. 470, note A. Martin-Serf.

²⁶ V. G. C. Giorgini, *Cours de droit des entreprises en difficulté 2020-2021*, 3^e éd., coll. Gualino, Paris, 2020, p. 192, n° 632.

dépollution. Les juges du fond avaient condamné le liquidateur ès qualités à indemniser la bailleuse sur le fondement des dispositions du Code de l'environnement, lesquelles mettent à la charge du *dernier exploitant* les frais de remise en état²⁷.

Dans le système de pénurie organisé par la procédure collective, la question était donc de déterminer si la créance de la bailleuse pouvait bénéficier du traitement préférentiel accordé aux créances postérieures *méritantes*, c'est-à-dire nées pour les besoins du déroulement de la procédure de liquidation judiciaire²⁸. La Cour d'appel avait répondu par l'affirmative en considérant que la créance indemnitaire était née de la mise à l'arrêt du site à la suite de l'ouverture de la liquidation judiciaire de l'exploitant. Sa décision est cassée par la Cour de cassation, selon laquelle, « à supposer que la créance de l'obligation du preneur de prendre en charge les frais de dépollution du site soit née (...) de la cessation définitive de l'exploitation, postérieure à la liquidation judiciaire, cette créance n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure ». La formule lapidaire pourrait laisser croire à un recul général, et incompréhensible, des préoccupations environnementales en droit des entreprises en difficulté.

Mais, d'abord, la créance dont la qualité était ici discutée n'était pas à proprement parler une « créance environnementale », mais la créance indemnitaire d'un bailleur qui avait repris le terrain et effectué lui-même les opérations de dépollution, alors qu'il n'en avait pas l'obligation légale. La Cour de cassation se place donc ici sur le terrain du contrat de bail – elle vise d'ailleurs expressément le *preneur* – et ne se prononce pas de manière catégorique quant au caractère antérieur ou postérieur de la créance, lequel dépend de son fait générateur.

Ensuite, à moins de soutenir que la dépollution constituât par elle-même une opération de liquidation judiciaire, le critère téléologique ne pouvait être réalisé dès lors qu'aucune cession du terrain en liquidation judiciaire n'était envisagée : la dépollution n'était pas *utile* pour la procédure collective elle-même.

Compréhensible, la solution est-elle vraiment satisfaisante ? En réalité, d'autres régimes que celui des créances postérieures méritantes étaient envisageables, notamment celui des garanties financières dont les conditions d'utilisation en cas d'ouverture d'une procédure collective sont désormais fixées²⁹. La question du sort des créances environnementales est donc loin d'être réglée³⁰.

IV. DROIT DU TRAVAIL

La transition écologique dans les entreprises gagne du terrain dans le champ des relations professionnelles. Issue de la Convention Citoyenne pour le Climat³¹ et d'un avis du CESE³², la loi « Climat et résilience » n° 2021-1104 du 22 août 2021 renforce les prérogatives environnementales des représentants du personnel (le Comité social et économique) dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

²⁷ Article L. 512-6-1 et article L. 512-7-6 C. env.

²⁸ Article L. 641-13, C. com.

²⁹ Article L. 516-1, alinéa 3, C. env.

³⁰ Cf. O. Buisine, « Droit de l'environnement et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2020, n° 3, Étude 17, p. 1-5.

³¹ www.conventioncitoyennepourleclimat.fr

³² CESE, Avis 27 octobre 2020, *préc.* - A. Bugada, « Le CESE, le développement durable et le dialogue social dans l'entreprise – CESE, 27 octobre 2020, avis », *JCP S* 2021, n° 1-2, 1001.

La mission dévolue aux élus qui consiste à « assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production » doit à présent être envisagée « au regard des conséquences environnementales de ces décisions »³³. Cette nouvelle mission est remplie au travers des attributions consultatives de l'instance.

Au titre des compétences générales du CSE, l'employeur le consulte désormais sur les impacts environnementaux de ses décisions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise³⁴. De plus, pour chacune des consultations récurrentes relatives aux orientations stratégiques, à la situation économique, à la politique sociale puis aux conditions d'emploi et de travail³⁵, le CSE est informé des conséquences environnementales de l'activité pour rendre son avis.

L'élargissement des attributions consultatives donne l'opportunité à l'instance représentative du personnel de signaler les impacts environnementaux de l'activité, des projets ou des décisions de l'entreprise qu'une direction pourrait sous-estimer. Cette consultation enrichie permettra aussi d'anticiper et de nourrir la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels qui doit répondre dorénavant aux enjeux de la transition écologique³⁶.

Toutefois, cette évolution pose des difficultés tenant à la nature des informations délivrées au CSE. La notion de conséquences environnementales est très vaste. S'agit-il seulement des effets de l'activité productive ou plus largement des effets induits par ses conditions d'exercice ? Des points de divergence risquent d'apparaître à propos de la qualité ou de la complétude de ces données. En l'état, les élus pourront déjà s'appuyer sur la base de données économiques et sociales qui sert de support aux consultations récurrentes. Celle-ci, renommée « base de données économiques, sociales et environnementales », a vocation à contenir des informations relatives à l'environnement³⁷ dont le contenu exact, s'il n'est pas précisé par accord collectif, sera déterminé par décret.

Pour aider les élus à traiter de ces nouvelles questions, la loi consacre quelques moyens. D'abord, l'expert-comptable que le CSE sollicite déjà dans le cadre des consultations récurrentes est amené aujourd'hui à apporter un éclairage sur les éléments d'ordre environnemental nécessaires à la compréhension de la situation économique, des orientations stratégiques ou de la politique sociale de l'entreprise³⁸. Ensuite, pour monter en compétences, la formation des élus s'enrichit d'un volet environnemental³⁹.

Si la nouvelle loi reconnaît au CSE un véritable rôle environnemental, il n'est pas certain que les moyens qui lui sont accordés suffisent à lui permettre d'exercer pleinement ses nouvelles attributions.

³³ Article L. 2312-8. I, modifié, C. trav.

³⁴ Article L. 2312-8. II et III C. trav.

³⁵ Articles L. 2312-17 et L. 2312-22 C. trav.

³⁶ Article L. 2242-20, modifié, C. trav.

³⁷ Articles L. 2312-18 et L. 2312-36, modifié, C. trav.

³⁸ Article L. 2315-87-1, nouveau, C. trav. ; L. 2315-89, modifié, et L. 2315-91-1, nouveau, C. trav.

³⁹ Article L. 2315-63 modifié et L. 2145-1, modifié, C. trav.

V. RESPONSABILITÉ CIVILE

Des associations ayant posé une QPC pour contester la constitutionnalité de l'article 1247 du Code civil, le Conseil constitutionnel a eu à se pencher sur le régime de réparation du préjudice écologique introduit dans ce code par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁴⁰. Comme on le sait, ce texte donne la définition du préjudice écologique réparable en disposant qu'« [e]st réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». C'est la référence au caractère « non négligeable » de l'atteinte dont les demandeurs contestait la conformité aux règles constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel affirme sans réserve la constitutionnalité de la disposition, mais il en profite pour procéder à une analyse détaillée de ce texte, dans lequel il voit, avec l'article 1246 du même code, une déclinaison de l'article 4 de la Charte de l'environnement. Surtout, le Conseil saisit cette occasion pour consacrer l'originalité du préjudice écologique et la valeur intrinsèque que le Code civil reconnaît ainsi à l'environnement. Le juge constitutionnel rappelle d'abord qu'il convient de ne pas confondre les préjudices moraux ou les préjudices résultant des atteintes portées à la mission de protection de l'environnement, qu'exercent notamment les ONG, avec les préjudices écologiques. Les premiers doivent être réparés sur le fondement du droit commun et ne sont pas soumis aux dispositions des articles 1246 et suivants et notamment pas à l'exigence de constituer une atteinte « non négligeable ». Les seconds, au contraire, obéissent à ces règles et à cette exigence. Le Conseil explique ensuite que l'atteinte aux « bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » n'est pas un préjudice causé aux hommes, mais bien un préjudice causé à des processus environnementaux. Il est donc un préjudice écologique, même s'il est défini d'un point de vue anthropocentrique, c'est-à-dire à partir des services écologiques que ces processus rendent aux hommes. Quant à l'atteinte « aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes », elle constitue, pour sa part, un préjudice écologique défini d'un point de vue biocentrique, et obéit, comme le précédent, aux dispositions des articles 1246 et suivants du Code civil. Quant à la question – la seule qui était formellement posée ! – de savoir si l'exigence d'une atteinte « non négligeable » est contraire à la Constitution, le Conseil la balaie en une phrase en observant que l'article 4 de la Charte de l'environnement dispose simplement que « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement dans les conditions définies par la loi ». Le devoir étant seulement de « contribuer à la réparation des dommages » et de le faire « dans les conditions définies par la loi », les Sages estiment que c'est très précisément ce qu'a prévu la loi de 2016 en disposant dans l'article 1247 du Code civil que, pour être réparable, le dommage à l'environnement devait résulter d'une atteinte « non négligeable » aux intérêts protégés. Par-là, ils affirment - sans vraiment le démontrer - que cette exigence, à elle seule, n'est pas de nature à remettre en cause le principe posé dans l'article 4 de la Charte. Il faut reconnaître que les décisions, tant judiciaires qu'administratives, rendues sur le fondement des articles 1246 et suivants du Code civil démontrent, en effet, que cette exigence ne fait pas obstacle à la reconnaissance du préjudice écologique, même lorsqu'il est difficile à caractériser⁴¹.

⁴⁰ Cons. const., 5 février 2021, n° 2020-881, QPC, *Jurisdata* n° 2021-001269. Sur cette décision, cf. G.-J. Martin, « L'article 1247 du Code civil est-il contraire à la Constitution ? Libres propos », *JCP G* 2020, 1367, p. 2194-2196 ; « La définition du préjudice écologique à la lumière de l'article 4 de la Charte de l'environnement, Aperçu rapide », *JCP G*, 2021, 217, p. 379-381

⁴¹ Dans ce sens, G.-J. Martin, « La définition du préjudice écologique à la lumière de l'article 4 de la Charte de l'environnement », *Aperçu rapide*, *op. cit.*, p. 381

VI. DROIT DE LA CONCURRENCE

A. COMMANDE PUBLIQUE ET MISE EN CONCURRENCE

Depuis le 1^{er} avril 2019 est entré en vigueur le nouveau Code de la commande publique permettant de fixer l'ensemble des règles relatives aux marchés publics et aux concessions de service public et réaffirmant la place du développement durable⁴². L'actualité en matière de commande publique est marquée essentiellement par la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite loi « Climat et résilience ». Cette loi impose de nouvelles obligations aux acheteurs publics en dépit du fait que l'on puisse déjà regretter qu'elle ne soit pleinement applicable qu'en 2026 au regard des enjeux portés par ladite loi : l'urgence climatique ! Ce texte introduit pour certains en matière de commande publique une « révolution »⁴³, une « avancée »⁴⁴ ou alors plus modestement au regard de ladite urgence un « *greenwashing* législatif »⁴⁵.

Ce texte présente trois apports principaux. Le premier tient, au fait que les objectifs de développement durable figurent désormais explicitement à l'article L. 3-1 dans le titre préliminaire du Code de la commande publique, aux côtés des objectifs traditionnels d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics. Ces deux objectifs traditionnels ont conduit historiquement à analyser l'efficacité sous le seul angle de la promotion d'objectifs concurrentiels : la concurrence étant censée garantir la bonne efficacité de la commande publique et la bonne gestion des deniers publics. Le droit de la commande publique abandonne ainsi un principe de neutralité dans la mesure où désormais la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux peut s'analyser comme un « comportement de marché de l'acheteur public »⁴⁶.

Le second apport de la loi concerne le fait que, au plus tard le 22 août 2026, de nouvelles obligations seront introduites par décret concernant les spécifications techniques des marchés afin de prendre en compte les objectifs du développement durable conformément au nouvel article L. 2111-1 du Code notamment grâce à l'usage de labels ou de références équivalentes. Ce second apport de la loi au stade de la définition du besoin par l'acheteur public s'inscrit dans la continuité des nouveaux cahiers des clauses administratives générales qui contiennent tous une « clause environnementale générale »⁴⁷. Cette évolution permet désormais d'élargir la place du développement durable dans la phase de définition du besoin en matière de marchés de travaux, fournitures ou services par l'acheteur public en ne se contentant plus simplement de prévoir que seules la nature et l'étendue du besoin doivent prendre en compte les objectifs du développement durable⁴⁸.

Enfin, le dernier apport concerne l'attribution du contrat et son exécution. L'environnement devra être pris en compte dans les conditions d'exécution du marché et l'attribution de ce

⁴² V. notre précédente chronique, *RJE* n° 2, 2020, p. 359-379.

⁴³ A. d'Argoubet Raybaud, *op. cit.*

⁴⁴ F. Linditch, *JCP A* 2021, n° 2275.

⁴⁵ A. Delavay, *op. cit.*

⁴⁶ A. d'Argoubet Raybaud, *op. cit.* ; F. Allaire, « L'avènement de la commande publique responsable », *JCP A*, n° 35, 30 août 2021, act. 501.

⁴⁷ CCAG – Arrêté du 30 mars 2021 relatif aux CCAG-FCS, travaux, MI, MOE, TIC et PI, les pouvoirs adjudicateurs pourront utiliser les exemples d'objectifs environnementaux visés par ces CCAG tel que le recyclage ou les économies d'énergie, voir en ce sens A. Delavay, *op. cit.*

⁴⁸ Article L. 2111-1 du Code de la commande publique.

dernier devra prendre en compte obligatoirement les caractéristiques environnementales de l'offre. Concernant tout d'abord les critères de choix des offres pour l'attribution du marché, l'article L. 2152-7 prévoit que « au moins un des critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ». Cette nouvelle obligation permet enfin d'abandonner les formulations incitatives en la matière qui se traduisaient par le fait que seuls 13,6 % des marchés publics contenaient une clause environnementale⁴⁹ bien que la France soit, ici, exemplaire au sein de l'Union européenne⁵⁰. Si le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse connaîtra donc un verdissement, il convient de regretter que les pouvoirs publics n'aient pas imposé une pondération minimale de ce critère environnemental alors même qu'un amendement parlementaire proposait une pondération à 20 %, amendement finalement récusé par le gouvernement. L'on peut donc aisément imaginer que le critère environnemental puisse devenir un critère de style faiblement pondéré d'autant plus que le Conseil d'État a déjà admis la pondération du critère financier à seulement 10 % sachant que ce dernier critère est considéré traditionnellement comme fondamental⁵¹. Le regret est d'autant plus prononcé que la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire⁵² précise que depuis le 1^{er} janvier 2021 les biens acquis dans le cadre de la commande publique sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit.

De plus, comme tous les critères d'attribution hiérarchisés et pondérés, le critère environnemental doit être lié à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. La question du lien avec l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution peut conduire à paralyser la volonté des pouvoirs publics face à une interprétation encore rigoriste de ce lien par la jurisprudence administrative⁵³ alors même qu'en droit européen, la Cour de justice a pu considérer qu'un critère relatif au bien-être des salariés n'était pas sans lien avec l'objet du marché⁵⁴. Ce lien avec l'objet du marché est aussi présent en matière de conditions d'exécution du marché pour lesquelles la loi « Climat » précise qu'elles devront intégrer des considérations environnementales quel que soit le montant du marché.

Il convient enfin de regretter que les pouvoirs publics n'aient pas saisi l'occasion de cette loi pour prévoir, comme cela est déjà le cas pour les infractions en matière fiscale et sociale, l'exclusion automatique – donc de plein droit – d'un candidat à un marché public condamné pour des infractions relevant du droit de l'environnement. Le caractère exemplaire de la commande publique en matière environnementale aurait pu aisément le justifier au regard de ladite urgence climatique. Au lieu de cela, la loi du 22 août 2022 se contente de prévoir un nouveau motif d'exclusion, facultatif, reposant sur l'absence d'établissement d'un plan de vigilance prévu à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, ce qui au demeurant ne concerne que les entreprises d'au moins 5000 salariés⁵⁵. Si cette exclusion peut sembler a

⁴⁹ Observatoire économique de la commande publique, *Étude sur les pratiques des acheteurs en matière d'accès aux PME/TPE à la commande publique d'achats innovants et durables*, juin 2020, p. 9.

⁵⁰ En Italie ou au Portugal le pourcentage frôle les 1 % ! J. Rosell, *Getting the green light on green public procurement: Macro and meso determinants*, *Journal of Cleaner Production*, 2021, 279, p. 123-710 ; F. Lichère, *op. cit.*

⁵¹ CE 10 juin 2020, *ministère de la Défense*, n° 431194, *AJDA* 2020. 1200.

⁵² Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JO* 11 février 2020.

⁵³ CE, 10 juin 2020, *ministère de la Défense*, n° 431194, *AJDA* 2020. 1200

⁵⁴ Trib. UE, 10 février 2021, *Sophia Group*, aff. n° T-578/19.

⁵⁵ Loi du 27 mars 2017, *JO* 28 mars 2017, P. Lequet, « Loi « devoir de vigilance » : de l'intérêt des normes de management des risques », *RJE*, n° 4, 2017, p. 705-725, le droit européen s'est emparé de la question avec la résolution du Parlement du 10 mars 2021 sur le devoir de vigilance et la responsabilité des sociétés, B. Lecourt, « Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés », *Rev. sociétés* 2021, p. 335 ; J. Camy, « La

priori intéressante d'un point de vue théorique, il convient de souligner que les acheteurs ne pourront procéder à cette exclusion que si elle ne conduit pas à restreindre la concurrence ou à rendre plus difficile l'exécution du contrat et l'acheteur devra apprécier, au regard des éléments dont il dispose et aux termes d'une procédure contradictoire, si l'exclusion du candidat doit être prononcée en l'absence d'un plan de vigilance.

B. PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Le verdissement de la politique de concurrence en droit interne et européen de la concurrence est au cœur de l'actualité juridique⁵⁶ de la période concernée par cette chronique. À cet égard, la Commission européenne annonce en 2021 dans le cadre du *Green Deal* de 2019, sa volonté de mettre la politique de concurrence de l'Union au service des ambitions environnementales de l'Europe⁵⁷. Ainsi, le droit des aides publiques pourra être mis au service du *Green Deal* de la même manière qu'il a été utilisé à l'occasion de la crise sanitaire. La réforme du règlement général d'exemption vise ainsi à promouvoir la transition écologique en favorisant l'innovation verte sans que les aides publiques ne soient considérées comme illégales au regard du traité de l'Union. La Commission annonce en même temps qu'elle sanctionnera plus durement les pratiques anticoncurrentielles visant à retarder les innovations vertes notamment dans le cadre des ententes anticoncurrentielles. Ainsi, par une décision du 8 juillet 2021⁵⁸, elle sanctionne pour la première fois une entente anticoncurrentielle visant à limiter le développement technique au service de l'environnement. En effet, dans le cadre de cette affaire, des constructeurs automobiles allemands se sont entendus pendant plusieurs années afin de limiter la concurrence quant à l'usage d'une nouvelle technologie d'épuration des émissions nocives pour l'environnement et la santé des moteurs diesels. Par ce biais, ils ont retardé l'introduction sur le marché de produits innovants et compétitifs susceptibles de permettre une meilleure protection de l'environnement. Cette décision démontre ainsi la capacité du droit des pratiques anticoncurrentielles à prendre en compte les objectifs de développement durable.

VII. ACTUALITÉ DES CONTENTIEUX CLIMATIQUES EN FRANCE

Du côté du droit public, l'actualité des contentieux climatiques a été riche ces deux dernières années. En témoignent les deux affaires emblématiques devant les juridictions administratives françaises, à savoir l'affaire de *Grande-Synthe* (recours pour excès de pouvoir) et la très médiatisée « Affaire du siècle » (recours indemnitaire).

La première de ces affaires a donné lieu à deux décisions du Conseil d'État en date du 19 novembre 2020⁵⁹ et du 1^{er} juillet 2021⁶⁰. Dans la première décision, le Conseil d'État a

résolution du Parlement européen sur le devoir de vigilance. Une étape importante dans le sens de la régulation des activités des sociétés transnationales », *JCP E* 2021, p. 1396.

⁵⁶ C. Prieto (dir.), « L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence, mai 2021 », *Concurrences* n° 2-2021, article n° 99790 ; D. Bosco, « Verdir la politique de concurrence ? », *CCC*, n° 11, novembre 2021, repère 10.

⁵⁷ « *Competition policy in support of Europe's Green Ambition* », *Competition Policy Brief*, n° 1/2021.

⁵⁸ Commission européenne, décembre n° C (2021), 4955 final, 8 juillet 2021 relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 53 de l'Accord EEE (Affaire AT.40178 – *Émissions des véhicules automobiles*) ; D. Bosco, « Droit de la concurrence et *green deal* : sanction d'une entente limitant la concurrence sur l'innovation verte », *CCC* n° 1, janvier 2022, comm. 14.

⁵⁹ CE, 19 novembre 2020, n° 427301, *Lebon* ; D. 2020, p. 2292 ; *AJDA* 2021, p. 217 ; *AJDA* 2020, p. 2287 ; *JCP A* 2020, p. 2337, note R. Radiguet.

accepté de vérifier la légalité, au regard de l'article L. 100-4 du Code de l'énergie consacrant l'objectif de neutralité carbone en 2050, du refus opposé par le Premier ministre de prendre « toutes mesures tendant à rendre obligatoire la priorité climatique ». Toutefois, il a estimé que les éléments à sa disposition étaient insuffisants pour évaluer la compatibilité entre la trajectoire fixée de réduction des émissions de GES et le refus implicite de l'administration de prendre des mesures. Il a fallu attendre la seconde décision, rendue à la suite d'un supplément d'instruction, pour que le Conseil d'État enjoigne au gouvernement de prendre toutes mesures utiles permettant à la France de respecter ses engagements climatiques.

La seconde affaire dite l'« Affaire du siècle » a connu, elle aussi, deux épisodes. D'abord, dans un jugement avant-dire droit du 3 février 2021⁶¹, le Tribunal administratif de Paris a condamné l'État français à verser un euro de dommages et intérêts aux associations demanderesse au titre de leur préjudice moral et a ordonné un supplément d'instruction avant de statuer sur les mesures à imposer au titre de la réparation du préjudice écologique lié au non-respect des objectifs issus du premier budget carbone (2015-2018). Il restait donc à préciser le contenu de ces mesures. Ce fut chose faite (ou presque) le 14 octobre 2021⁶², lorsque le même tribunal a imposé au gouvernement d'adopter des « mesures sectorielles utiles » dans un délai suffisamment bref, étant précisé que l'État est seul arbitre de ces mesures⁶³. Il n'aura échappé à personne que le principal intérêt de cette affaire était de reconnaître la *réparabilité* du préjudice écologique en droit administratif. Un point plus problématique était celui de la *réparation* de ce préjudice. En se référant expressément à l'article 1249 du Code civil, le tribunal a rejeté la demande d'indemnisation du préjudice écologique à hauteur d'un euro symbolique, dès lors que les requérantes n'avaient ni démontré l'impossibilité de réparer ce préjudice en nature, ni proposé un montant satisfaisant pour son indemnisation. Les juges ont alors penché pour une réparation en nature, mais qui prend ici la forme d'une « compensation » ayant pour objectif de « prévenir » et de « ne pas aggraver » le préjudice. Faute de demandes appropriées et suffisamment étayées, le préjudice écologique n'est pas vraiment « réparé », ce qui fait dire à certains auteurs que le choix d'un recours indemnitaire plutôt que d'un recours pour excès de pouvoir n'était peut-être pas le meilleur⁶⁴, dès lors que l'objectif des associations était surtout d'obtenir une « injonction réparatrice », dans l'esprit de l'article 1252 du Code civil.

Ces deux affaires partent du même constat ; celui du manque de temps que nous avons pour accomplir nos objectifs climatiques⁶⁵ ; et, suivant des cheminements différents, aboutissent à la même conclusion : il faut agir sans plus tarder, en fixant une « feuille de route », une trajectoire pour l'avenir, et en renforçant les outils, afin de prévenir l'aggravation du préjudice écologique causé⁶⁶.

⁶⁰ CE, 1^{er} juillet 2021, n° 427301, Lebon ; *AJDA* 2021, p. 2115, note H. Delzangles ; *RFDA* 2021, p. 777, concl. S. Hoyneck ; *JCP* 2020, p. 1334, B. Parance, J. Rochfeld.

⁶¹ TA Paris, 3 février 2021, n° 1904967 ; *D.* 2021, p. 240, obs. J.-M. Pastor ; *D.* 2021, p. 281, comm. M. Hautereau-Boutonnet ; *D.* 2021, p. 709, chron. H. Gali ; *AJDA* 2021, p. 239 ; *RFDA* 2021, p. 747, note A. Van Lang, A. Perrin et M. Deffairi.

⁶² TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967 ; *AJDA* 2021, p. 2063.

⁶³ J.-M. Pastor, « Affaire du siècle : un constat et toujours pas de réponse », *Dalloz actualité*, 18 octobre 2021.

⁶⁴ V. not. J. Bétaille, « Le préjudice écologique à l'épreuve de l'*Affaire du siècle*. Un succès théorique mais des difficultés pratiques », *AJDA*, 2021, p. 2228.

⁶⁵ M. Torre-Schaub, « Le contentieux climatique : du passé vers l'avenir », *RFDA* 2022, p. 75.

⁶⁶ V. notamment C. Cournil (dir.), « La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1.5 » », ed. Pedone, 2021.

Du côté du droit privé, les avancées ont été plus timides. Dans la précédente chronique (*RJE* n° 2, 2020, p. 359 et suivantes), nous rendions compte de la décision du juge des référés du tribunal judiciaire de Nanterre, qui s'était reconnu incompétent pour connaître d'une action engagée par plusieurs collectivités locales et ONG considérant que la société Total n'avait pas correctement mis en œuvre le plan de vigilance imposé par la loi. Le juge avait décidé que seul le tribunal de commerce pouvait en connaître⁶⁷. Peu de temps après, le juge de la mise en état du même tribunal allait rendre une ordonnance prenant totalement le contrepied de cette première décision en insistant en des termes très clairs sur le caractère non commercial du plan de vigilance : « [S]i le plan de vigilance affecte incontestablement le fonctionnement de la SE Total, il excède très largement, par sa raison d'être et les risques dont il est destiné à prévenir la réalisation, le strict cadre de la gestion de la société commerciale » ; et le juge de poursuivre : « [I]es associations et collectivités territoriales demanderesse ne mettent pas en œuvre un intérêt de nature commerciale mais exclusivement la part de l'intérêt général qu'elles représentent et qui est précisément celle qui déborde de la dimension commerciale de la gestion de la SE Total »⁶⁸. L'ordonnance a été confirmée par la cour d'appel de Versailles⁶⁹.

Après avoir un court instant manifesté l'intention de confirmer cette solution dans le projet de « loi climat », le législateur y a d'abord renoncé⁷⁰, avant de se ressaisir et d'adopter un nouvel article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire⁷¹ prévoyant que « [l]e tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102 et L. 225-102-5 du Code de commerce ». Il faut dire que la Cour de cassation avait ouvert la voie par un arrêt du 15 décembre 2021 admettant que le plan de vigilance n'était pas un acte de commerce, et qu'en conséquence les demandeurs non commerçants disposaient d'une option de compétence⁷².

Nous déplorons, néanmoins, tout le temps perdu et nous envions l'audace du juge néerlandais qui n'a pas hésité, dans un litige similaire, à prononcer la condamnation du groupe pétrolier Royal Dutch Shell sur le seul fondement de la responsabilité civile délictuelle⁷³.

VIII. LOI ÉCONOMIQUE CIRCULAIRE

La loi du 10 février 2020 ambitionne d'accentuer le mouvement vers un changement de modèle de production et de consommation plus compatible avec la protection de l'environnement. Le texte a fait l'objet de multiples commentaires auxquels nous renvoyons

⁶⁷ TJ Nanterre, 30 janvier 2020, n° RG 19/022833.

⁶⁸ TJ Nanterre, 11 février 2021, Ord. JME, n° 20/00915. Sur cette ordonnance et le contexte, cf. Ph. Metais et E. Valette, « Devoir de vigilance : vers une option de compétence ? », *Dalloz Actualité*, 17 février 2021 ; *JCP E* 2021, n° 25, p. 34, comm. S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bigneat ; *D.* 2021, p. 614, note P. Abadie ; *ibid.* 1004, obs. G. Leray et V. Monteillet.

⁶⁹ CA Versailles, 18 novembre 2021, RG 21/01661 ; *Rev. sociétés* 2021, p. 297, note G. Leray *RTD com.* 2021, p. 135, obs. A. Lecourt ; A.-M. Ilcheva, « La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance », *RJE*, n° 1, 2022, p. 137-150.

⁷⁰ L'article 71 *ter a*, en effet, disparu du texte définitif adopté par la Commission technique paritaire.

⁷¹ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

⁷² Cass. 15 décembre 2021, n° 21-11.882, *D.* 2022, p. 7. Sur l'ensemble de la question, v. not. Xavier Delpech, « À la une - Action en justice - Devoir de vigilance des sociétés commerciales : action des associations », *JA* 2022, n° 652, p. 10.

⁷³ A.-M. Ilcheva, « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », *D.* 2021, p. 1968.

pour le détail⁷⁴. Très nombreux sont en effet les secteurs concernés, auxquels le législateur enjoint de développer une lecture des biens de production et des bâtiments selon une analyse du berceau à la tombe. Plusieurs des évolutions portées par la loi entrent dans le champ du droit économique de l'environnement.

L'un des thèmes essentiels, et sans doute le plus médiatisé, concerne la réduction des déchets plastiques dont on connaît les effets de long terme pour l'environnement et la santé. Le texte prévoit notamment la fin de la mise sur le marché des emballages en plastique à usage unique d'ici 2040, et échelonne les objectifs de réduction, de réutilisation et de réemploi et de recyclage (voir notamment article 5, 7 et 8). La loi prévoit en outre de renforcer un levier essentiel de la transition écologique : la sensibilisation et l'information du consommateur, afin qu'il soit en mesure d'adopter une attitude responsable (articles 19 et suivants). Parmi ces mesures, on trouve la mise en place d'un affichage environnemental qui sera d'abord mis en œuvre dans le secteur de l'habillement, la mention d'un indice de réparabilité et d'un indice de durabilité sur les équipements électriques ou électroniques. Ensuite, le texte développe un mécanisme à l'efficacité potentielle remarquable, déclinaison du principe pollueur-payeur : la responsabilité élargie du producteur (REP). Plusieurs nouvelles filières sont concernées par l'effet du texte. Il s'agit de celles du tabac, des jouets, des matériaux de construction ou de l'automobile (article 62). Les producteurs de cette filière sont dans l'obligation de mettre en place des plans quinquennaux d'amélioration de l'éco-conception de leurs produits et de participer à la gestion des déchets générés par leur production.

Enfin, si l'on en croit l'intitulé du Titre III de la loi, il semblait question d'aborder sous l'angle juridique la question essentielle de l'économie de fonctionnalité. Le sujet n'est toutefois pas même évoqué par les trente articles du titre⁷⁵. L'objectif du concept est de permettre la transition d'un système de cession de la propriété d'un bien vers celui de cession de l'usage du bien⁷⁶. L'économie de fonctionnalité consiste ainsi à remplacer la vente d'un bien par la vente d'une solution adossée à une performance contractualisée et fondée sur l'usage d'un ensemble intégré de biens et services. Nombreuses sont les entreprises à recourir à ce système (Michelin, Xeros, Elis...). Les biens ne sont alors plus traités sous l'angle d'un transfert de propriété, mais sous celui des services qu'ils procurent. Le mouvement invite les juristes à identifier les conséquences sur la pratique des relations d'échange. Identifier le contrat idoine, affiner la lecture du rapport ainsi mis en œuvre au regard des droits réels, cela aurait mérité une attention de la part du législateur, qui avait été envisagée mais qui n'aura finalement eu que les honneurs de l'intitulé d'un titre de la loi, sans davantage de détail.

IX. L'EMPREINTE ÉCOLOGIQUE DU NUMÉRIQUE

⁷⁴ V. dossier « Des entreprises écoresponsables dans l'économie circulaire », *RJE*, n° 1, 2022, p. 15 et suivantes ; Dossier loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *Énergie, Environnement, Infrastructure*, n° 8-9, août 2020, dossier 24 ; M. Boul et R. Radiguet (dir.), *Du droit des déchets au droit de l'économie circulaire. Regards sur la loi du 10 février 2020*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021, 252 p.

⁷⁵ **V. sur le sujet**

⁷⁶ V. pour une réflexion juridique dédiée au concept : F.-G. Trébulle, « Pour une 'production durable' : vers la fin de l'obsolescence programmée et l'économie de la fonctionnalité ? », *Environnement* 2013, repère 5 ; G. Leray « L'économie de la fonctionnalité et les mutations du droit civil », in *Du droit des déchets au droit du gaspillage. Regards sur la loi du 10 février 2020*, (dir. M. Boul, R. Radiguet), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. Colloques & Essais, 2021 ; « La loi 'économie circulaire' et l'économie de fonctionnalité : le rendez-vous manqué », *Énergie, Environnement, Infrastructure* n° 8-9, août 2020, dossier 26.

L'environnement et le numérique sont deux sujets au cœur de la transition économique et dont l'articulation s'avère complexe. En effet, le secteur du numérique présente un potentiel de croissance que le législateur ne peut ignorer ; mais il recèle aussi des coûts environnementaux cachés qui sont très loin d'être négligeables. Pris par des injonctions contraires, à savoir la promotion d'une économie favorable au numérique tout en assumant une politique de lutte contre le changement climatique et les émissions de carbone, le législateur a trouvé un point d'équilibre avec la loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (dite loi REEN). Cette loi s'inscrit à la suite des travaux menés dans le cadre du rapport d'information parlementaire intitulé « Pour une transition numérique écologique »⁷⁷ qui avait posé clairement les enjeux : si rien n'est fait pour réduire son impact sur l'environnement, le numérique pourrait représenter près de 7 % des émissions de gaz à effet de serre de la France en 2040, soit une augmentation de 60 % par rapport à aujourd'hui. La loi REEN « vise à orienter le comportement de tous les acteurs du numérique, qu'il s'agisse des consommateurs, des professionnels du secteur ou encore des acteurs publics, afin de garantir le développement en France d'un numérique sobre, responsable et écologiquement vertueux ». Pour ce faire, le législateur a élaboré une feuille de route autour de cinq axes :

- faire prendre conscience aux utilisateurs du numérique de son impact environnemental ;
- limiter le renouvellement des terminaux, principaux responsables de l'empreinte carbone du numérique ;
- encourager le développement d'usages du numérique écologiquement vertueux ;
- aller vers des centres de données et des réseaux moins énergivores ;
- promouvoir une stratégie numérique responsable dans les territoires.

La loi REEN a donc pour objectif de rendre visibles les coûts écologiques cachés du numérique. C'est une démarche à laquelle nous ne pouvons qu'adhérer. Néanmoins, nous formulons un regret de taille lié à la suppression, à l'occasion des débats parlementaires, d'une disposition visant à inscrire l'impact environnemental du numérique dans la déclaration de performance extra financière des entreprises. La culture de l'évaluation et de la transparence aurait pu s'étendre aux pratiques numériques des grandes entreprises, comme cela fut le cas précédemment en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE), faisant du rapport de gestion un instrument au service de la transparence numérique. Les rédacteurs de la version finale du texte ont préféré écarter le concept naissant de « responsabilité numérique des entreprises » qui nous semble demeurer malgré tout un concept d'avenir⁷⁸. La loi reste donc principalement cantonnée au domaine du droit de l'environnement et de la consommation, là où le droit des sociétés aurait un rôle important à jouer⁷⁹.

X. LES OBLIGATIONS RÉELLES ENVIRONNEMENTALES

La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a introduit dans notre droit les obligations réelles environnementales (ORE). Elle

⁷⁷ Rapport d'information de MM. Guillaume Chevrollier et Jean-Michel Houllégatte, fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, n° 555 (2019-2020), 24 juin 2020.

⁷⁸ V. M. Teller, « De la RSE à la RNE : cette petite lettre qui change tout », in *Droit bancaire et financier - Mélanges AEDBF-France VIII*, sous la direction de Bertrand Bréhier, 2022, p. 333

⁷⁹ Ce travail a bénéficié d'une aide de l'État gérée par l'Agence Nationale de la Recherche au titre du projet Investissements d'Avenir 3IA Côte d'Azur portant la référence n° ANR-19-P3IA-0002.

prévoyait dans son article 73 que « [d]ans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement dépose sur les bureaux de l'Assemblée nationale et du Sénat un rapport sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales prévu à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Ce rapport porte aussi sur les moyens de renforcer l'attractivité, notamment au moyen de dispositifs fiscaux incitatifs, du mécanisme d'obligations réelles environnementales ».

Ce rapport qui aurait dû être déposé au mois d'août 2018, l'a été au mois de janvier 2021⁸⁰. Malgré ce retard considérable, il ne fait qu'un bilan très incomplet de la mise en œuvre de ce nouvel outil, d'une part, parce qu'il s'arrête aux données recueillies au 31 décembre 2019⁸¹, d'autre part et surtout parce qu'il reconnaît que la puissance publique ne s'est pas donné les moyens de collecter les informations sur les signatures de contrats constitutifs d'une ORE, alors qu'il s'agit de contrats authentiques obligatoirement soumis à la publicité foncière. Enfin, ce rapport évoque quelques pistes de possibles incitations fiscales, sans en retenir aucune, et ne porte donc pas sur « les moyens de renforcer l'attractivité, notamment aux moyens de dispositifs fiscaux » des ORE. Ce pseudo rapport est une manifestation éclatante de l'absence de portage politique et administratif du dispositif innovant introduit par la loi.

Sans doute encouragés par cette absence d'engagement de l'État, certains milieux professionnels, connus pour leur hostilité à ce dispositif, ont cru pouvoir profiter de l'examen du projet de loi « 3DS »⁸² pour tenter d'éliminer les ORE de notre paysage juridique. Un amendement a donc été déposé relatif à un article traitant des « obligations incombant à l'acquéreur d'un bien préalablement préempté [...] pour la préservation des ressources en eau destinées à la consommation humaine » ! Le Sénat suivant les recommandations de sa Commission des lois a voté cet amendement, qui conduisait à supprimer les ORE et à les remplacer par « une obligation accessoire à un droit réel » qui ne pourrait être consentie que « dans les cas prévus par la loi ». Comme la loi ne prévoyait la possibilité de recourir à une ORE que pour mettre en œuvre une action de compensation, c'était mettre un terme à toutes les ORE patrimoniales ou de conservation. Devant la réaction d'un certain nombre d'associations de protection de l'environnement, l'amendement a été heureusement écarté devant l'Assemblée nationale, qui a seulement profité de cette discussion pour insérer dans l'article L. 132-3 du Code de l'environnement la règle selon laquelle « [l]a durée prévue au contrat ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans ».

⁸⁰ <https://www.vie-publique.fr/rapport/279397-mecanisme-d-obligations-reelles-environnementales>.

⁸¹ Alors que de nombreux contrats ont été signés en 2020 !

⁸² Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale