

Recueil

Panorama des transitions 2018-2022

CABINET HUGLO LEPAGE



JSS

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
DEPUIS 1898

Sommaire

3	Energie	<ul style="list-style-type: none">> Droit de l'énergie - p.3> Décentralisation énergétique - p.16> L'énergie au cœur des débats - p.31
62	Climat	<ul style="list-style-type: none">> Droit du climat - p.62> Adaptation au changement climatique - p.76> La forêt : un levier essentiel dans la lutte contre le dérèglement climatique - p.100> Les avancées environnementales nous font garder le moral - p.115> Projet de loi climat, ce qui va réellement changer - p.130> Le climat dans tous ses états - p.162> Panorama du contentieux climatique 2020-2021 : vers une accélération - p.197
212	Santé environnementale	<ul style="list-style-type: none">> Santé et environnement - p.212> Loi EGalim, un an après - p.227> Le droit face à la crise sanitaire - p.245
270	Biodiversité	<ul style="list-style-type: none">> Droit de la biodiversité - p.270> Biodiversité 2021 : Au cœur des préoccupations - p.287> Vers une nouvelle ère pour les sols et l'agriculture ? - p.309> Les mers et les océans au cœur des transitions - p.346
377	RSE, ESG et finance verte	<ul style="list-style-type: none">> Focus sur les nouvelles obligations environnementales et sociales des entreprises - p.377
406	Risques	<ul style="list-style-type: none">> Accident et risque industriel - p.406
423	Economie circulaire	<ul style="list-style-type: none">> Droit de l'économie circulaire - p.423> Numéro spécial sur l'immobilier durable - p.437
458	Droit public et droit public des affaires	<ul style="list-style-type: none">> Le droit de la commande publique - p.458> Contrats et engagements à l'épreuve de la Covid-19 - p.474

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 26 mai 2018 – numéro 37

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Droit de l'énergie



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

DROIT DE L'ÉNERGIE

- Questions juridiques autour de la programmation pluriannuelle de l'énergie 3
- Les enjeux de l'autoconsommation collective 5
- Le contrat : cet instrument juridique convié au grand bal des évolutions technologiques et financières 7
- Certificats d'économie d'énergie : les défis de la quatrième période 9
- Le stockage de l'énergie : pour une approche juridique d'ensemble 11
- Écocide et grand pardon 14
- Semaine européenne du développement durable 16
- Réussir la transition énergétique ! 17
- Concours CUBE 2020 18
- Plan Climat Air Énergie 19

AGENDA

10

AU FIL DES PAGES

- Déclaration universelle des droits de l'humanité 13
- Code de l'animal 48

ANNONCES LÉGALES

20

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés

8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02

R.C.S. PARIS B 552 074 627

Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00

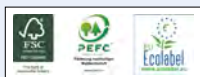
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
 Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
 Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
 I.S.S.N. : 0994-3587
 Périodicité : bihebdomadaire
 Imprimerie : Roto Presse Numeris

Vente au numéro : 1,50 €

Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2018

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le droit de l'énergie est un droit en plein essor et surtout en profonde mutation. Certes, il possède un Code qui lui est propre, mais l'évolution faisant apparaître de nouvelles questions que le droit n'avait pas nécessairement anticipées, la transition énergétique se double aujourd'hui d'une véritable transition juridique.

La question énergétique est concomitante de la question économique et, comme l'explique brillamment Jérémie Rifkin dans son ouvrage *La troisième révolution industrielle*, tout nouveau mode de production énergétique est étroitement lié à un mode communicationnel propre. Le droit de l'énergie a généré une législation et une réglementation dérogatoires du droit commun, destinées à permettre le développement de nouvelles sources énergétiques dans les meilleures conditions possibles. Ainsi, le Code minier a accompagné le charbon, des décrets-lois de l'entre-deux-guerres ont permis l'exploitation pétrolière, et le développement de l'électricité – en matière nucléaire en particulier – s'est fait en France en l'absence totale d'intervention du législateur.

L'entrée dans la transition énergétique, qui se heurte souvent aux énergies conventionnelles, a nécessité de nouvelles lois, une réglementation plus qu'abondante – parfois « *cafouilleuse* » –, et la difficulté d'assurer une conformité aux objectifs communautaires et une compatibilité avec les multiples outils de planification dont notre pays a le don. Au-delà, le développement de nouveaux secteurs économiques et de nouvelles filières, la compétition internationale, et la rapidité des évolutions technologiques – entraînant d'importants mouvements sur les prix – constituent autant de bouleversements auxquels le droit doit répondre.

Les sujets sont multiples et il n'était évidemment pas possible, même dans le cadre d'un numéro spécial que le *Journal Spécial des Sociétés* a accepté de consacrer au sujet du droit de l'énergie, de traiter de tous les sujets. Le choix s'est donc fait autour de certains thèmes d'actualité, dans la mesure où les questions juridiques qu'ils posent et les solutions qui seront apportées seront lourdes de conséquences, non seulement sur l'avenir énergétique de la France, mais encore sur l'activité économique et les créations d'emplois qui y seront associées.

Cinq thématiques ont donc été retenues, à commencer bien entendu par la PPE,



Corinne Lepage

DR

ouverte depuis le 19 mars dernier au débat public dans une certaine discrétion, et dont les choix sont pourtant essentiels pour l'avenir. Seront ensuite abordés deux sujets juridiques controversés. D'abord, celui du développement de l'autoconsommation – et plus précisément de l'autoconsommation collective – dont le sens est d'aller vers un modèle énergétique décentralisé, en parfaite contradiction avec le modèle centralisé lié à notre histoire et aux particularités de l'énergie nucléaire. Le second sujet faisant débat qui a été retenu est celui de la sécurité juridique attachée aux contrats résultant d'appel d'offres, lorsque les évolutions technologiques et la chute massive des prix remettent en cause l'équilibre du contrat. Enfin, deux autres thématiques d'avenir seront abordées. D'une part, l'efficacité énergétique et le fonctionnement du système des certificats d'économie d'énergie dont le régime très intéressant est transposable, dans sa logique, à d'autres domaines d'activité. D'autre part, la question très importante du stockage de l'énergie, qui conditionne le passage à une société décarbonée et dénucléarisée grâce aux énergies renouvelables.

Ces choix peuvent être discutés car d'autres sujets auraient pu être abordés, mais il nous a semblé qu'ils répondaient à des questions précises et essentielles que les professionnels du droit et les entreprises du secteur pouvaient se poser.

Corinne Lepage,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate et Présidente

2018-3863

Questions juridiques autour de la programmation pluriannuelle de l'énergie



Corinne Lepage,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate et Présidente

Théophile Bégel,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

La programmation pluriannuelle de l'énergie (ci-après « PPE ») est un rendez-vous central que le ministère de l'Écologie – et, de manière plus large, le gouvernement – donne à l'économie et à tous les Français sur l'évolution de leur avenir énergétique, lequel conditionne dans une large mesure notre effort contributif à la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, l'évolution de notre santé, la lutte contre la précarité énergétique, le développement économique global, la création de nouvelles filières et le développement de celles qui existent déjà, en particulier dans le domaine de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables, ainsi que les perspectives d'emplois associées.

Malheureusement, le débat public qui s'est ouvert le 19 mars 2018 dernier sur la programmation pluriannuelle de l'énergie¹ est non seulement très éloigné de l'esprit et même de la lettre des textes, mais risque de déboucher sur un projet parfaitement incohérent et incompatible avec les documents censés l'orienter.

LES OBJECTIFS DE LA PPE

Selon l'article L. 141-1 du Code de l'énergie, la PPE a pour vocation d'établir « les priorités d'action des pouvoirs publics pour la gestion de l'ensemble des formes d'énergie sur le territoire métropolitain continental, afin d'atteindre les objectifs définis aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 du présent code ». Parmi ceux-ci, l'article L. 100-4 I. du Code de l'énergie fixe neuf objectifs, pour la plupart quantitatifs, dont les PPE successives doivent permettre la satisfaction :

- la réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030, ainsi que la division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050, un budget carbone devant préciser la trajectoire ;



- la réduction de la consommation énergétique finale de 50 % en 2050 par rapport à la référence 2012, en visant un objectif intermédiaire de 20 % en 2030 ;
- la réduction de la consommation énergétique primaire des énergies fossiles de 30 % en 2030 par rapport à l'année de référence 2012 ;
- l'augmentation de la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32 % de cette consommation en 2030, en visant 40 % d'énergies renouvelables dans la production d'électricité, 38 % de la consommation finale de chaleur, 15 % de la consommation finale de carburant et 10 % de la consommation de gaz ;
- la réduction de la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025 ;
- la contribution à l'atteinte des objectifs de réduction de la pollution atmosphérique prévus par le plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques défini à l'article L. 222-9 du Code de l'énergie ;
- la rénovation de l'ensemble du parc immobilier, à l'horizon 2050, en fonction des normes

« bâtiment basse consommation » ou assimilés ;

- une autonomie énergétique dans les DOM à l'horizon 2030 avec un objectif intermédiaire de 50 % d'énergies renouvelables à l'horizon 2020 ;
- et enfin, la multiplication par cinq de la quantité de chaleur et de froid renouvelable ainsi que la récupération livrée par les réseaux de chaleur et de froid à l'horizon 2030.

L'article L. 141-3 prévoit que chaque programmation couvre deux périodes successives de cinq ans, hormis pour la première période de la première programmation qui s'achèvera fin 2018.

La PPE définit en outre les objectifs quantitatifs de la programmation et l'enveloppe maximale indicative des ressources publiques de l'État et de ses établissements publics mobilisées pour les atteindre. Elle est accompagnée d'une étude d'impact qui non seulement évalue l'impact économique social et environnemental, mais également l'impact sur la soutenabilité des finances publiques, les modalités de développement des réseaux et le prix de l'énergie (art. L.141-3).

1) Voir sur : <https://ppe.debatpublic.fr/>.

LES INTERROGATIONS QUANT À LA VALIDITÉ DE LA PROCÉDURE ACTUELLEMENT SUIVIE

La première PPE publiée par décret en date du 27 octobre 2016² avait été largement critiquée pour le caractère sommaire du décret, se contentant pour une large part de renvoyer à une page du site internet du ministère de l'Écologie, ne comportant qu'un calendrier à titre indicatif, oubliant les énergies marines et ne faisant figurer aucun élément sur le nucléaire – si ce n'est le renvoi à l'article L. 311-5-7 du Code de l'énergie, pour qu'EDF établisse un plan stratégique compatible avec les orientations de la PPE.

Les conditions dans lesquelles s'est récemment engagé le débat public sur la PPE sont tout autant discutables et en définitive assez éloignées des obligations de la loi.

En effet, si la Commission nationale du débat public a ouvert un débat public le 19 mars dernier – qui doit se terminer le 30 juin 2018 – force est de constater que ne figure aucun document spécifique concernant la période 2018-2023 dans ce débat. Celui-ci semble en effet compromis, étant donné que les documents soumis au public sont ceux qui avaient servi à l'élaboration du décret du 27 octobre 2016 ; en outre, le projet de PPE lui-même pour la période 2018-2023 ne devrait pas être connu avant la fin du mois de juin 2018, soit quelques jours avant la fin du débat public, ce qui semble pour le moins paradoxal.

Ce paradoxe est d'autant plus grand que le sujet majeur de la part du nucléaire dans le mix électrique a récemment été bouleversé, depuis que le gouvernement a annoncé son intention de ne pas respecter les objectifs de la loi, en particulier concernant l'objectif de 50 % à l'horizon 2025. En conséquence, les documents soumis au débat public auraient dû comporter de nouveaux documents concernant le changement d'objectif et ses implications à la fois sur la filière nucléaire (augmentation du coût) et sur les filières de renouvelables. Afin que le débat ne soit pas faussé, il aurait donc fallu refaire une étude d'impact ou tout au moins mettre à jour celle qui existait, ce qui n'a pas été fait.

De plus, le dossier soumis au débat public ne comporte aucun élément sur les conditions dans lesquelles s'est déroulée la première période, la manière dont les objectifs ont été ou n'ont pas été atteints, et les changements de stratégie qu'il conviendrait éventuellement de mettre en place. Par exemple, chacun sait qu'il nous sera impossible d'atteindre 23 % d'énergies renouvelables en 2020. C'est pourtant toujours l'objectif qui figure, sans aucun changement.

Or, en application de l'article L. 100-4 II du Code de l'énergie, un rapport au Parlement doit être déposé dans les six mois qui précèdent l'échéance de la période permettant d'indiquer la manière dont les objectifs ont été atteints. Il va de soi qu'il eût été indispensable pour le débat public que ce rapport ait été mis à disposition des citoyens. Compte tenu que le délai de six mois précédant la fin de l'année 2018 n'est pas atteint ce jour, il aurait été opportun de reporter le débat public ou d'avancer la remise du rapport. Le fait de demander au public son avis sur la deuxième période de la première PPE sans qu'il ait pu être informé des conditions de réalisation de la première est en effet fortement regrettable.

L'ABSENCE DE RÉELS SCÉNARIOS DIFFÉRENTS

L'article L. 141-2 du Code de l'énergie prévoit également l'élaboration de scénarios différents « reposant sur différentes hypothèses d'évolution de la démographie, de la situation économique, de la balance commerciale et d'efficacité énergétique », afin de permettre le choix le plus éclairé possible.

En novembre 2017, RTE a réalisé un document de plus de quatre cents pages proposant cinq scénarios très divers, allant du quasi-maintien de la part du nucléaire à un scénario visant à terme à sa réduction quasi complète³. Or, le gouvernement a exclu tout débat en ne retenant que deux scénarios sur les cinq, très proches l'un de l'autre, pour le moins favorables au nucléaire et en tout cas en contradiction avec l'objectif de la loi visant à la réduction de la part du nucléaire, à 50 % à l'horizon 2025. Ainsi, le débat majeur sur la place du nucléaire dans notre mix électrique est-il évacué dès le départ.

Dès lors, sur la procédure suivie pour le débat public, et de manière générale pour l'élaboration de cette PPE, les plus grandes réserves méritent d'être faites, puisque la procédure suivie ne paraît pas conforme aux dispositions prévues par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁴.

SUR LES RISQUES D'INCOMPATIBILITÉ ET D'INCOHÉRENCE DU DOCUMENT À VENIR

La PPE a un effet juridique certain, puisque les stratégies territoriales et les documents de planification concernant l'énergie doivent être compatibles, qu'il s'agisse des appels d'offres pour les installations de production d'électricité de l'injection du méthane dans les réseaux de gaz, du plan stratégique d'EDF, ou encore du niveau

de sécurité d'approvisionnement. Or, tout laisse à supposer que c'est la logique inverse qui prévaut. Le niveau de sécurité d'approvisionnement et la volonté d'EDF de maintenir le tout nucléaire sont préalables à la PPE, de telle sorte que celle-ci devient en réalité un habillage de choix.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que la PPE doit s'articuler avec nombre de documents opérationnels : stratégie nationale de mobilisation de la biomasse (article 175 de la loi du 17 août 2015), stratégie pour le développement de la mobilité propre (art. 40), plan de programmation de l'emploi et des compétences (art. 182), stratégie bas carbone (art. 173), plan stratégique d'EDF (art. 181), ou encore plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques (art. 64). Or, si ces différents documents figurent dans le dossier de la PPE, ils lui sont préalables, et, par voie de conséquence, soit la PPE devient compatible avec ces documents et la logique de la loi est renversée, soit ils devront être modifiés, et, dans ce cas, des indications en ce sens devraient être données.

L'explication de cette « politique de gribouille » se trouve sans doute dans l'avis rendu le 28 février 2018 par le Conseil économique, social et environnemental (CESE)⁵.

Observant que « la trajectoire observée n'est pas la bonne [...] les émissions de gaz à effet de serre (GES) ont augmenté de nouveau en 2015 et 2016 [et que] la France demeure un des pays d'Europe les plus en retard sur les objectifs fixés pour 2020 en matière de déploiement des énergies renouvelables », le CESE conclut notamment son avis en relevant que : « Les premiers exercices de programmation ont laissé de côté des questions qui font dissensus dans la société comme le nucléaire ou les agrocarburants bien que celles-ci soient centrales pour la transition énergétique. Le suivi actualisé des indicateurs pertinents et l'adoption rapide de mesures correctives par les pouvoirs publics restent eux aussi très insatisfaisants. Cela concerne en particulier la question de l'emploi, des qualifications professionnelles et de la formation professionnelle, facteur clé de la réussite de la transition. Le niveau des dispositifs et des moyens mis au service de la transition énergétique demeure insuffisant et leur stabilité et leur prévisibilité ne sont pas assurés ».

Il est malheureusement probable, les mêmes causes produisant souvent les mêmes effets, que la deuxième période de la PPE se heurte aux mêmes difficultés, aux mêmes incohérences, et donc aux mêmes résultats.

2018-3864

2) Décret n° 2016-1442 du 27 octobre 2016 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

3) <https://www.rte-france.com/fr/article/bilan-previsionnel>.

4) Loi numéro 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

5) Comment accélérer la transition énergétique ? Avis sur la mise en œuvre de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, Conseil économique, social et environnemental, Séance du 28 février 2018.

Les enjeux de l'autoconsommation collective



Matthieu Galey,
Huglo Lepage Avocats,
Avocat à la Cour,
Chargé d'enseignement à l'Université Paris-Est Créteil

L'autoconsommation collective est l'opération par laquelle un groupe de producteurs et de consommateurs d'électricité consomment eux-mêmes l'électricité qu'ils produisent par leurs installations. Son développement actuel est rendu possible par la baisse du coût de production des énergies renouvelables décentralisées. C'est dans le cadre d'une stratégie de transition énergétique reposant sur la démocratisation de la production décentralisée d'énergie renouvelable, mais aussi pour rattraper le retard pris sur l'Allemagne, que la loi numéro 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, et l'ordonnance numéro 2016-1019 du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation d'électricité, ont procuré un cadre légal à l'autoconsommation collective (I). Pour autant, le développement des collectifs de production et de consommation d'énergie lance d'importants défis au système français de production et de distribution d'électricité. La réflexion sur la définition des moyens propres à faciliter l'essor de l'autoconsommation collective n'en est ainsi qu'à son commencement et s'annonce d'autant plus difficile que les réticences sont grandes (II).

LE CADRE LÉGAL DE L'AUTOCONSOMMATION COLLECTIVE : UN STATUT À PARFAIRE

L'autoconsommation collective est entièrement adossée dans sa définition au réseau public de transport et de distribution d'électricité (A). Son régime juridique vise en conséquence, pour l'essentiel, à définir la nature de ses rapports avec le gestionnaire dudit réseau (B).

LA NOTION D'AUTOCONSOMMATION COLLECTIVE

D'après l'article L. 315-2 du Code de l'énergie, « l'opération d'autoconsommation est collective lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale, et dont les points de soutirage et d'injection sont situés en aval d'un même poste public de transformation d'électricité de moyenne en basse tension ». Le service de fourniture d'électricité

se rattache ainsi à une opération d'autoconsommation collective, dès lors qu'il s'effectue au sein d'un collectif de producteurs et de consommateurs d'électricité, que le législateur caractérise à partir du critère d'une double appartenance de ses membres : appartenance, d'une part, à un même périmètre géographique, défini en termes de situation des points d'injection et de soutirage de chacun de ses membres au sein du réseau public de distribution d'électricité ; appartenance, d'autre part, à une même personne morale.

L'opération d'autoconsommation collective s'appuie donc *a priori* entièrement sur le réseau public de distribution d'électricité, même si elle est par ailleurs combinable avec le recours à un réseau fermé de distribution d'électricité. Cette dernière faculté est ouverte aux consommateurs exerçant des activités de nature industrielle, commerciale ou de partages de services à l'intérieur d'un site géographique limité. Son exercice doit être motivé soit par des raisons spécifiques ayant trait à la technique ou à la sécurité des opérations ou des processus de production intégrés dans ledit réseau, soit par le contrôle économique exercé sur ses utilisateurs, par le propriétaire ou le gestionnaire dudit réseau, au sens de l'article L. 233-3 du

Code de commerce. Elle est en revanche fermée aux consommateurs résidentiels, qui devront nécessairement inscrire leur collectif dans le cadre ouvert du réseau public (art. L. 344-1 du Code de l'énergie).

Conformément à la recommandation de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), le législateur ne s'est pas prononcé sur la forme juridique de la personnalité morale du collectif. Elle peut donc résulter des relations contractuelles autres que celles caractérisant les seules associations, coopératives ou syndicats de copropriétaires, initialement visés. Le collectif énergétique reste ainsi libre de définir la forme de sa gouvernance.

L'ORGANISATION DES RAPPORTS AVEC LE GESTIONNAIRE DU RÉSEAU PUBLIC DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ

Le régime juridique organisant les relations entre l'opération d'autoconsommation collective et le gestionnaire du réseau public de distribution d'énergie est empreint de libéralité. Une obligation de déclaration incombe à chacun des exploitants d'installations de production d'électricité participant à l'opération, préalablement à leur mise en service (art. L. 315-7 du Code de l'énergie). Il appartient par ailleurs à la personne morale organisatrice de l'opération de saisir le gestionnaire du réseau d'une demande d'autoconsommation



collective en vue de conclure avec lui un contrat de raccordement adapté (art. D. 315-8 et D. 315-9 du Code de l'énergie). Le gestionnaire n'est pas libre de le refuser. Le droit d'accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité est en effet garanti aux opérations d'autoconsommation collective (art. L. 111-91, §1, 4° du Code de l'énergie). Il est tenu au contraire de mettre en œuvre les dispositifs techniques et contractuels nécessaires pour permettre la réalisation desdites opérations dans des conditions transparentes et non discriminatoires, notamment en ce qui concerne le comptage de l'électricité produite et consommée (art. L. 315-6 du Code de l'énergie).

Le processus est évidemment beaucoup plus lourd en cas de constitution d'un réseau fermé de distribution, dès lors que son propriétaire ou gestionnaire est substitué au gestionnaire du réseau public dans l'exercice de ses responsabilités d'exploitant, en matière notamment d'équilibre et de sécurité (art. L. 344-5 et L. 344-6 du Code de l'énergie). Une autorisation préalable devra donc être obtenue (art. L. 344-7 du Code de l'énergie).

LA POLITIQUE PUBLIQUE D'INCITATION À L'AUTOCONSUMMATION COLLECTIVE : UNE RÉTICENCE CERTAINE

Les questions que soulève le développement de l'autoconsommation collective sont principalement de deux ordres. Les premières sont liées au problème technique délicat de la synchronisation des opérations d'autoconsommation et d'autoproduction (A). Les secondes procèdent du lien étroit existant traditionnellement entre la centralisation du réseau de distribution d'électricité et les principes cardinaux de solidarité énergétique gouvernant la définition des tarifs réglementés d'accès au réseau et d'achat d'électricité, et révèlent les freins considérables opposés en France à l'autoconsommation collective (B).

LE DÉCOMPTE DES ÉCARTS ENTRE INJECTION ET SOUTIRAGE D'ÉLECTRICITÉ

L'efficacité de l'autoconsommation collective, c'est-à-dire sa capacité à diminuer la sollicitation du réseau public de distribution, que ce soit en termes d'injection ou de soutirage d'électricité, dépend directement de l'aptitude de chaque collectif à synchroniser les profils de production et de consommation en son sein, aptitude qui est elle-même directement corrélée aux capacités de stockage disponibles. C'est dans cette perspective que le législateur s'est appliqué à exclure la méthode du comptage compensé (« *net metering* »), consistant à compenser des kWh injectés par des kWh soutirés au cours d'une même journée, quel que soit le moment auquel

intervient chacune de ces opérations. Dans le cadre d'une opération d'autoconsommation, « *la part de l'électricité produite qui est consommée l'est soit instantanément, soit après une période de stockage* » (art. L. 315-1 du Code de l'énergie). Les écarts entre les injections et les soutirages d'électricité se calculent selon la méthode du pas de mesure mise en œuvre, dans le cadre de l'article L. 321-15, pour le règlement des écarts dont sont responsables les producteurs d'électricité et les consommateurs ayant exercé leur droit de choisir son fournisseur d'électricité (art. D. 315-1 du Code de l'énergie), en fonction du coefficient de répartition de la production autoconsommée entre les consommateurs finals concernés, tel que stipulé par le contrat liant le gestionnaire du réseau public à la personne morale organisatrice de l'opération (art. L. 315-4 et D. 315-4 du Code de l'énergie). L'unité de stockage d'électricité éventuellement comprise dans l'opération est assimilée à un consommateur final quant aux quantités stockées, et à un producteur quant aux quantités déstockées (art. D. 315-5 du Code de l'énergie).

Pour l'heure, le format retenu par le législateur est celui d'opérations d'autoconsommation collective de petite taille, afin de tenir compte des difficultés techniques pendantes. Leur raccordement au réseau est circonscrit aux seuls départs basse tension et non aux postes de moyenne tension. De même, la dérogation à l'obligation de conclure un contrat de vente avec un tiers pour le surplus de l'électricité non consommée (art. L. 315-5 du Code de l'énergie) est limitée aux opérations disposant d'une puissance installée maximale de 3 kWh, ce qui correspond aux opérations domestiques.

L'ADAPTATION DES TARIFS AUX SPÉCIFICITÉS DE L'AUTOCONSUMMATION COLLECTIVE

En dépit des réticences affichées de la CRE, le législateur s'est efforcé de mettre en place un cadre fiscal et réglementaire favorable à l'autoconsommation collective, tenant compte notamment de la diminution des coûts de gestion du réseau public susceptible d'être engendré du fait d'une moindre sollicitation.

C'est ainsi que les opérations d'autoconsommation collective sont exonérées de la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité, de l'obligation de mettre en place une tarification spéciale « *produit de première nécessité* », ainsi que des diverses obligations, notamment d'information, que prescrit le Code de la consommation relativement aux contrats de fourniture d'électricité (art. L. 315-2 du Code de l'énergie). La CRE est chargée de son côté d'établir des tarifs spécifiques d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) pour les consommateurs participant aux opérations d'autoconsommation, lorsque la puissance

installée est inférieure à 100 kWh (art. L. 315-3). Ce soutien indirect est complété par une série d'aides directes sous forme de tarifs d'achat et d'appel d'offre pour l'allocation de primes en fonction du taux de consommation, mis en œuvre dans le cadre de la programmation pluriannuelle de l'énergie.

Avant qu'elle ne soit finalement chargée de les mettre en œuvre, la CRE a manifesté à plusieurs reprises, dans ses différents avis, son hostilité à la création de catégories tarifaires spécifiques. Selon elle, le développement de l'autoconsommation collective tend à remettre en cause les mécanismes nationaux de solidarité énergétique, tels que le principe du timbre-poste – consistant à découpler tarification de l'accès au réseau et distance entre site d'injection et site de soutirage –, ou celui de la péréquation tarifaire – consistant à appliquer des tarifs identiques sur l'ensemble du territoire national. Il est frappant de constater que l'argumentaire ainsi développé valorise en creux les garanties censées être apportées auxdits principes par l'électricité nucléaire. C'est dans cette perspective plus générale que doit être replacée la proposition récente d'introduire dans le TURPE applicable à l'autoconsommation collective une composante de soutirage spécifique visant à inciter les autoconsommateurs collectifs à privilégier les flux locaux d'électricité. Cette composante serait « *fondée sur une distinction entre flux locaux et autre flux* » et permettrait ce faisant de « *valoriser la sollicitation moindre des réseaux amont* ». Cette proposition a d'ores et déjà été dénoncée comme discriminatoire par les professionnels du secteur, qui constatent qu'elle aboutit à leur faire supporter une composante de soutirage supérieure de 15 % à celle du TURPE standard, et que ne justifie aucun coût supplémentaire propre à l'autoconsommation collective.

La CRE s'inquiète également d'un risque de réduction de l'assiette de la contribution au service public de l'électricité (CSPE), dont s'accompagnerait, selon elle, l'essor de l'autoconsommation collective. Elle recommande, en conséquence, de ne pas étendre à l'autoconsommation collective l'exemption de CSPE et de diverses taxes locales de l'énergie bénéficiant à l'autoconsommation individuelle. L'autoconsommation collective serait, ce faisant, doublement discriminée. La CRE fonde son rejet de l'exemption de CSPE sur une préférence de principe pour un soutien direct (tarif d'achat ou appel d'offres). L'échec du dernier appel d'offre d'autoconsommation, qui n'a sélectionné que 2,2 MW de projets d'autoconsommation, contre les 50 MW initialement prévus, permet de douter du bien-fondé de ce postulat.

Le contrat : cet instrument juridique convié au grand bal des évolutions technologiques et financières



Madeleine Babès,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour

Raphaëlle Jeannel,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour

P*acta sunt servenda*. Cette locution latine résume à elle seule la philosophie des relations contractuelles. La loyauté de ces relations implique, quant à elle, une fidélité des parties à l'égard des clauses du contrat, indifféremment, qu'il s'agisse d'un contrat régi par des règles de droit privé, ou d'un contrat public. Pour autant, cela ne saurait signifier que les termes d'un contrat sont immuables.

En réalité, le contrat est un instrument juridique au service des parties, répondant à un besoin défini, et sachant évoluer au gré de celui-ci. Le contrat ne doit pas être un carcan contraignant au point de devenir inadapté voire préjudiciable aux parties.

La difficulté réside dans la question de savoir jusqu'à quel point un contrat peut évoluer, pour ne pas mettre à mal la sécurité juridique.

À l'heure où les évolutions technologiques peuvent être notables, la philosophie contractuelle a dû évoluer.

Certaines de ces évolutions technologiques sont d'ailleurs à l'origine de la mutation des techniques de contractualisation, comme le développement de contrats d'adhésion sur Internet ou encore le développement de la dématérialisation et de la signature électronique, posant naturellement des questions en matière de sécurité juridique et d'identification des cocontractants.

La sphère contractuelle s'en trouve bouleversée, et l'enjeu de l'anticipation des évolutions financières et économiques vient complexifier la donne.

Du développement de techniques de révision des clauses dans les contrats publics, à la théorie de l'imprévision consacrée par le Code civil depuis le



1^{er} octobre 2016, le contrat est en pleine mutation et a répondu présent à l'invitation au grand bal des évolutions technologiques qui lui a été lancée.

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION MISE EN MUSIQUE PAR LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

LA PRATIQUE CONFRONTÉE À LA JURISPRUDENCE CIVILE

Par son arrêt dit « *Canal de Craponne* » rendu en 1876, alors que la France entrait pleinement dans la révolution industrielle et connaissait une accélération des évolutions technologiques, la Cour de cassation a interdit au juge français de réviser une convention devenue déséquilibrée à la suite de la survenance d'un événement imprévisible lors de sa conclusion. Il s'agissait en l'espèce d'une dépréciation monétaire intervenue

sur trois siècles et qui, du fait du caractère devenu dérisoire du prix fixé au contrat, revenait à priver l'un des cocontractants d'une contrepartie à l'exécution de ses obligations contractuelles.

Face au risque que représente une forte modification de l'équilibre contractuel par des circonstances extérieures aux parties et à la quasi-fermeture de la voie judiciaire pour y trouver une issue¹, la pratique a intégré dans le contrat des clauses permettant d'encadrer ce risque.

Peuvent ainsi être introduites des clauses de renégociation ou de « *hardship* » qui contraignent les parties à renégocier le contrat à la suite de la survenance d'événements imprévisibles. Ces clauses doivent préciser les événements qui déclenchent leur application, elles peuvent ainsi être spécifiques et ne

1) Pour une obligation de renégociation fondée sur le principe de bonne foi : Cass. com., 3 novembre 1992, Huard, 90-18547.

viser que certains événements ou être formulées de façon plus générale. Les clauses doivent également indiquer le degré de bouleversement de l'équilibre contractuel à partir duquel l'obligation de renégociation intervient, et ses modalités de mise en œuvre. L'échec de la renégociation doit également être anticipé.

Les clauses d'indexation monétaire permettent, elles, une variation du prix sans renégociation du contrat en indexant le prix sur les évolutions d'un indice de référence.

CODIFICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION PAR LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Tenant compte de la pratique, la réforme du droit des contrats a introduit dans le Code civil un nouvel article 1195, et, par conséquent, la révision et la résolution pour imprévision dans le droit commun des contrats.

L'obligation de faire droit à une demande de renégociation ne joue toutefois que si trois conditions particulièrement restrictives et sujettes à interprétation sont réunies. Sont ainsi requis un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, une exécution rendue excessivement onéreuse et un risque que le débiteur n'a pas accepté d'assumer.

Si ces trois conditions sont réunies, une procédure à deux volets, judiciaire et extra-judiciaire, est désormais prévue par le droit commun. Celle-ci peut aboutir à une révision du contrat ou à une résolution sur décision des parties. Un désaccord est bien entendu anticipé et les parties peuvent saisir le juge soit d'un commun accord soit unilatéralement pour qu'il procède à l'adaptation du contrat ou à sa résiliation.

Il apparaît ainsi désormais possible pour une partie d'obtenir du juge la résiliation (ou la révision) d'un contrat lorsque une modification imprévisible des circonstances dans lesquelles il a été conclu se traduit par un déséquilibre particulièrement criant. Texte supplétif de volonté et pensé plutôt comme une forte incitation aux parties à renégocier entre elles plutôt qu'à en demander la révision au juge², ce nouvel article trouvera à s'appliquer à moins que son application ait été écartée par les parties. La logique est ainsi désormais inversée et il convient d'en tenir compte dans la rédaction contractuelle.

L'EUROPE, CHEF D'ORCHESTRE DE L'ÉVOLUTION DES CONTRATS PUBLICS

Face aux évolutions technologiques, des directives européennes ont fait évoluer les contrats publics à deux égards.

LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DES TECHNIQUES DE CONTRACTUALISATION

La réforme de la commande publique entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, sous l'impulsion des directives européennes de 2014, fixe un objectif de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics d'un montant supérieur à 25 000 euros HT.

Le plan de transformation numérique de la commande publique, qui fixe divers objectifs de 2017 à 2022, devra notamment permettre de faire de la dématérialisation une obligation, et plus une simple possibilité.

Naturellement, de tels bouleversements suscitent des interrogations au sein des administrations, tant sur un plan organisationnel, que sur le plan de la sécurité juridique.

Cette grande réforme a dû s'accompagner d'une évolution des pratiques et des mentalités, mais également, et la tâche n'est pas des moindres, d'une sécurisation des procédures, notamment afin d'éviter les piratages informatiques, ou encore de s'assurer de l'identification du signataire électronique et de son consentement.

Autant de problématiques qui résultent des évolutions informatiques. Mais la lourde tâche de mise en œuvre des procédures de dématérialisation totale est encore loin d'être achevée, et des questions de sécurité juridique persistent.

DES CONTRATS PUBLICS ÉVOLUTIFS

La transposition de trois directives européennes en date du 26 février 2014, par deux ordonnances³ complétées par l'intervention du pouvoir réglementaire⁴, marque la réforme du droit de la commande publique.

Parmi les points notables de la réforme, et eu égard au sujet du présent article, soulignons le développement de techniques empruntées à la sphère privée telles que les négociations, déjà existantes mais renforcées, et la disparition du vocable « *avenant* », au profit d'un terme plus générique, celui de la modification des contrats en cours d'exécution, s'inspirant largement de la jurisprudence européenne.

Un contrat en cours d'exécution peut être modifié par le pouvoir adjudicateur, sous certaines conditions fixées par le pouvoir réglementaire.

Seul impératif : la sécurité juridique impose que ces modifications n'altèrent pas de manière substantielle le contrat d'origine.

Partant, les possibilités de modifications contractuelles offrent plus de marge de manœuvre que jadis, permettant de faire évoluer davantage les relations contractuelles.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir une clause de réexamen dans ses contrats publics, afin de revoir, en cours d'exécution, certaines conditions contractuelles, sous réserve naturellement, d'en avoir informé les candidats potentiels en amont.

Cette clause permet au pouvoir adjudicateur de faire évoluer ses engagements contractuels et financiers, notamment en cas d'évolutions technologiques impactant le contrat de base. Et une telle hypothèse n'est pas sans rappeler l'actualité à laquelle l'État français est confronté avec ses marchés publics « d'éolien en mer ».

MARCHÉS PUBLICS ET ÉVOLUTION TECHNOLOGICO-FINANCIÈRE : LE CAS FRANÇAIS DE L'ÉOLIEN OFFSHORE

Pour mémoire, la France a attribué des marchés publics relatifs à l'installation de parcs éoliens en mer en 2012 et 2014. Mais les nombreux recours dirigés contre l'installation de ces parcs et les difficultés liées à l'obtention des autorisations nécessaires font que ces projets ne sont pas encore sortis de mer. Les années passant, les évolutions technologiques et financières ont conduit à une modification importante des coûts initiaux. Un amendement avait alors été ajouté à l'article 34 du projet de loi « *Pour un État au service d'une société de confiance* », envisageant la révision du prix de rachat de l'électricité prévu par les marchés publics conclus entre l'État et les attributaires. Mais cet amendement allait jusqu'à envisager de mettre fin aux marchés publics attribués, si les négociations n'aboutissaient pas. Naturellement, la sécurité juridique des contrats imposait au Sénat de rejeter fermement cet amendement.

Les évolutions techniques et financières ou leur gestion peuvent être anticipées, notamment le fait du prince en matière de contrat public. Des techniques existent ainsi en matière de rédaction de clause afin d'aider les cocontractants à faire évoluer leurs contrats, tout en garantissant la sécurité juridique. Encore faut-il maîtriser la rédaction de ces clauses, à utiliser subtilement afin de ne pas bouleverser le contrat initial et éviter tout risque contentieux.

2018-3865

2) O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – commentaire article par article* », Lexis Nexis, Paris, 2016, p.385 et s.
3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
4) Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Certificats d'économie d'énergie : les défis de la quatrième période



Valérie Saintaman,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour, *of Counsel*

Benoît Denis,
Huglo Lepage Avocats,
Avocat à la Cour, *of Counsel*

Le dispositif des Certificats d'Économie d'Énergie (CEE) (I) est entré dans sa quatrième période de fonctionnement depuis le début de l'année 2018 (II). La forte croissance de ce marché et les suspicions de fraude qui l'accompagnent (III) expliquent en partie les blocages rencontrés par les opérateurs avec le Pôle National des Certificats d'Économies d'Énergie (PNCEE) (IV). Les parties prenantes ont tout intérêt à limiter leur exposition au risque en adoptant les dispositions contractuelles adéquates (V).

L'ÉCONOMIE DU DISPOSITIF DES CEE

On rappellera qu'instauré par la loi POPE du 13 juillet 2005, modifié par les lois Grenelle et la loi LTECV du 17 août 2015, le dispositif des CEE prévoit une obligation de réalisation d'économies d'énergie imposée par les pouvoirs publics sur une période donnée aux grands fournisseurs d'énergie (électricité, gaz, GPL, chaleur et froid, fioul domestique et carburants pour automobiles). Ces vendeurs d'énergie – les obligés – peuvent se libérer de leurs obligations en réalisant directement ou indirectement des économies d'énergie, ou en acquérant des CEE, ou encore en contribuant à des programmes de réduction de la consommation énergétique des ménages les plus défavorisés.

Chaque obligé doit remplir un objectif d'économie d'énergie, en fonction de ses volumes de vente.

En contrepartie, il se voit remettre en fin de période un nombre de CEE correspondant au volume d'énergie économisée, mesuré en kilowatts heure cumulés et actualisés (kWh cumac), grâce aux travaux effectués, classés par secteur (agricole, industriel, tertiaire, transports, résidentiel) et correspondant à des opérations prédéfinies.

C'est le PNCEE qui a pour mission de vérifier l'éligibilité des opérations donnant lieu à la délivrance de CEE.

S'ils ne respectent pas leurs obligations, les obligés sont tenus de verser une pénalité pour chaque kWh cumac manquant.

Après un bilan positif pour les deux premières

périodes (les objectifs ayant été largement dépassés puisque les obligations cumulées se sont élevées à 501 TWh cumac sur les années 2006-2014), le dispositif des CEE a achevé sa troisième période le 31 décembre 2017, « avec un objectif de 700 TWh cumac pour 2015-2017, auquel s'est ajoutée une obligation spécifique à réaliser au bénéfice de ménages en situation de précarité énergétique avec un objectif de 150 TWh cumac sur 2016-2017 » (cf. site du ministère de la transition écologique et solidaire).

Le dispositif, qui rencontre donc un franc succès, poursuit ainsi sa montée en puissance déjà amorcée lors de la troisième période.

L'ENTRÉE DANS LA QUATRIÈME PÉRIODE DES CEE (2018/2020)

Le 1^{er} janvier 2018, le dispositif des CEE est entré dans sa quatrième période d'obligation pour une durée de trois ans, s'achevant le 31 décembre 2020.

Le décret n°2017-1848 du 29 décembre 2017 organise les modalités d'instruction, de contrôle et de délivrance des CEE pour la quatrième période.



Le décret n° 2017-690 du 2 mai 2017 modifiant pour sa part les dispositions réglementaires du Code de l'énergie relatives aux CEE définit les objectifs de la quatrième période du dispositif, une augmentation importante des volumes de CEE à produire par les obligés étant prévue.

L'objectif fixé équivaut ainsi à 1 200 TWh cumac d'actions classiques sur la période 2018-2020 et 400 TWh cumac « précarité » à réaliser au bénéfice des ménages en situation de précarité énergétique.

Le marché en jeu, qui atteint plusieurs milliards d'euros, augmente proportionnellement le risque financier pour les intervenants comme le risque de fraude, ce dont se sont émus les pouvoirs publics comme les opérateurs sérieux.

LES CEE : UN MARCHÉ EN PLEINE EXPANSION ATTISANT LES CONVOITISES

TRACFIN, dans un rapport d'analyse publié à la fin de l'année 2017, a souhaité illustrer le développement des escroqueries sophistiquées à grande échelle par le cas des fraudes aux CEE (cf. *rapport annuel tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en 2016*).

L'autorité y expose en particulier que « les délégataires apparaissent comme les acteurs les plus sensibles du dispositif », la tentation étant grande d'obtenir la délégation d'un obligé pour présenter au PNCEE des dossiers fictifs, ne correspondant à aucune prestation, mais permettant néanmoins l'octroi de CEE monnayables sur le marché.

De fait, plusieurs enquêtes sont vraisemblablement en cours sur les réseaux présumés de fraude aux CEE sous la houlette du pôle financier de Paris.

Ce faisant, la Justice exerce le contrôle social qui lui est dévolu et qu'il est nécessaire de mettre en œuvre lorsque des mécanismes incitatifs créés par l'État aiguissent les appétits criminels.

© D.R.

Agenda



AGENCE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA MAÎTRISE DE L'ÉNERGIE, AGENCE NATIONALE DE LA RECHERCHE

Journées R&D : la recherche au service de la transition énergétique

4/5 juin 2018

Palais des Congrès

25, avenue Victor Cresson 92130 Issy-les-Moulineaux

denis.tappero@ademe.fr

www.journees-rd-transition-energetique.ademe.fr

2018-2765

ADEME

Climat 2050, vers un monde décarboné

12/13 juin 2018

Centre international de conférences Sorbonne Universités

4, place Jussieu 75005 Paris

nelly.saliou@ademe.fr

www.colloque-climat.ademe.fr

2018-2763

SYNDICAT DES ÉNERGIES RENOUVELABLES

5^{es} assises nationales des énergies marines renouvelables

12 juin 2018

La cité de la Mer

Allée du Président Menut 50100 Cherbourg

contact@ser-evenement.com

www.assises-nationales-emr.fr

2018-2764

FNSER, SER ET APCA

Agriculture et énergies renouvelables : de réelles opportunités pour les exploitations agricoles

21 juin 2018

APCA

9, avenue Georges V Hall Olivier de Serres 75008 Paris

www.ademe.fr

2018-2766

CEREMA, CNFPT, TISSÉO COLLECTIVITÉS, ADEME

Journées nationales du management de la mobilité 2018

4/5 juillet 2018

Centre de congrès Pierre Baudis

11, Espl. Compans Caffarelli, 31000 Toulouse

jnmm2018@cerema.fr

www.ademe.fr/actualites/manifestations/journees-nationales-management-mobilite-2018

2018-2767

||| Droit de l'énergie

Ce fut le cas, notamment, de la formation professionnelle, des crédits impôt recherche, de la TVA intra-communautaire...

La délinquance environnementale, qui attire les réseaux criminels en raison de son rapport bénéfique/risque excessivement favorable, obéit à un schéma similaire.

Afin d'endiguer les réseaux criminels, et outre le bras armé de la justice qui tombera en dernier ressort, le PNCEE a ainsi été invité à renforcer ses contrôles.

La difficulté à laquelle est confronté le PNCEE, pointée par TRACFIN dans son rapport, résulte néanmoins d'un manque de moyens humains.

LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

PAR ET AVEC LE PNCEE

Devant l'ampleur de la tâche consistant à séparer le bon grain de l'ivraie, le PNCEE comme les entreprises sérieuses du secteur sont confrontés à une situation de blocage qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre comme à la performance énergétique.

Il peut sembler paradoxal que les incitations à la réduction des consommations énergétiques assignées par le législateur ne soient pas suivies d'effet alors même que l'ensemble des parties prenantes sont éminemment disposées à y répondre favorablement.

Les obligés jouent le jeu et organisent, seuls ou avec leurs délégataires, le marché des CEE.

Les bénéficiaires des travaux éligibles sont évidemment prêts à dépenser un euro pour répondre favorablement aux sollicitations commerciales incitatives.

Les entreprises et délégataires œuvrent de concert pour réaliser effectivement les travaux convenus et en justifier auprès de l'obligé et du PNCEE, dans le but d'obtenir *in fine* les CEE convoités.

Les autorités administratives de contrôle, et, le cas échéant, l'autorité judiciaire, s'attachent légitimement à ce que le dispositif des CEE ne conduise pas les grands groupes de l'énergie français à financer des réseaux criminels transnationaux, même si selon TRACFIN « *l'État n'en subit pas directement les conséquences sur le plan financier, car il ne décaisse pas lui-même de fonds.* »

Mais, et c'est là que le bât blesse, les sommes investies pour réaliser les travaux ne sont pas immédiatement compensées par les CEE dont la délivrance apparaît bien souvent comme tardive. Afin de limiter le risque de défaillance financière des entreprises qui résulte de cette situation de fait, les aménagements contractuels se révèlent impératifs en la matière.

LIMITER L'EXPOSITION AU RISQUE PAR LA TECHNIQUE CONTRACTUELLE

En terme de responsabilité contractuelle, il

apparaît incontournable de faire supporter le risque de refus des dossiers déposés au PNCEE qui se révéleraient effectivement non conformes, voire frauduleux, aux entreprises ayant réalisé ou fait réaliser les travaux d'économie d'énergie.

Il n'en va pas nécessairement de même du risque de blocage temporaire des dossiers au PNCEE.

Les retards apportés au traitement des dossiers déposés, les contrôles poussés, voire tatillons, alors même que la réalité des travaux ne peut être sérieusement mise en doute, tout concourt à fragiliser les entreprises intermédiaires qui ont fait, seules ou avec leurs bailleurs de fonds, l'avance de sommes qui peuvent conduire à des cessations de paiements voire à des défauts en chaîne.

La réduction du risque d'insuffisance de trésorerie passe ainsi par une meilleure coordination avec le PNCEE, mais aussi par des aménagements contractuels entre les parties.

Il est par exemple souhaitable de demander à l'obligé de régler tout ou partie du tarif convenu dès le dépôt des dossiers au PNCEE, sans attendre que ce dernier ait achevé son instruction.

L'obligé, qui est la partie forte au contrat, dispose en effet de la surface financière suffisante pour supporter les délais d'instruction, à la différence de son délégataire et des entreprises intervenantes.

Une attention doit être apportée également aux clauses relatives au renouvellement et à la résiliation des contrats afin d'en objectiver les causes et en équilibrer les clauses dans l'intérêt bien compris des parties.

À cet égard, les conditions dans lesquelles sont assumés les rôles actifs et incitatifs (antériorité, preuve préconstituée) et réalisés les travaux (certifications, contrôle qualité, recours à la sous-traitance), doivent idéalement faire l'objet de stipulations contractuelles.

En conclusion, il apparaît que les défis auxquels sont aujourd'hui confrontés les CEE, et le renforcement légitime des contrôles de la part du Pôle national, ne doivent pas obérer la pérennité du dispositif, qui est le gage du respect par la France de ses obligations de performance énergétique.

La réduction de l'exposition corrélative des opérateurs de ce marché au risque de défaillance doit également passer par la sécurisation de leurs relations contractuelles en amont.

Le temps n'est pas encore venu où le juge consulaire portera son regard sur les relations contractuelles des parties, mais ce temps viendra assurément et, avec lui, la nécessité de lire, voire d'interpréter les contrats conclus par les parties.

2018-3866

Le stockage de l'énergie : pour une approche juridique d'ensemble



Corinne Lepage,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate et Présidente

La question du stockage de l'énergie et plus précisément de l'électricité est un sujet central qui fait le lien entre la production et la consommation d'énergie. Dans sa fiche d'information intitulée « Nouvelle organisation du marché de l'électricité et nouvelle donne pour les consommateurs » du 15 juillet 2015¹, la Commission européenne précise : « *il devient plus complexe d'assurer la sécurité du fonctionnement du réseau du fait de la croissance rapide des énergies renouvelables variables, et tant les producteurs que les consommateurs doivent être capables de répondre à ce besoin d'adaptabilité et incités à le faire. L'intégration du stockage dans le marché de l'électricité renforcerait la flexibilité requise : l'électricité devrait être stockée en cas de surplus de prix bas, et déstockée en cas de production limitée et de prix élevés, de façon à effacer les effets de la production d'électricité variable* ». Il n'est évidemment pas possible, dans le cadre d'un simple article, de traiter de tous les aspects juridiques de ce sujet – qui renvoie en outre à la question de l'organisation économique et financière des marchés, des conditions techniques du stockage lesquelles reposent sur des technologies très différenciées répondant à des normes juridiques très différentes, de la sécurité d'approvisionnement, de l'adaptation des réseaux et du comportement des consommateurs.

Mais, compte tenu de l'importance stratégique de ce sujet, de son caractère central sur le plan des filières industrielles à mettre en œuvre, l'objectif est ici de démontrer qu'une approche globale est indispensable pour permettre à notre pays d'entrer réellement, et non pas virtuellement, dans la transition énergétique, de favoriser par une législation

adaptée et des conditions financières attrayantes le développement d'une industrie nationale dans un des secteurs industriels les plus prometteurs des années qui viennent, et dans lequel malheureusement nous avons déjà accumulé du retard.

L'approche globale est rendue difficile par la multiplicité des techniques de stockage, dont certaines sont encore très éloignées de la maturité. Le rapport de l'ADEME en date du 21 octobre 2013, c'est-à-dire déjà ancien compte tenu de la rapidité de l'évolution des technologies, sur le potentiel du stockage d'énergies, énumère et présente les différentes technologies de stockage (page 150 du rapport) :

- stockage gravitaire par STEP (stations de transfert d'énergie par pompage) qui permet de stocker l'eau (STEP conventionnelles terrestres, marines, souterraines, système de transfert d'énergie par lest maritime) ;
- stockage thermodynamique désigné sous le sigle CAES, qui est un système par compression d'air (avec cinq solutions techniques) ;
- stockage chimique H2 par électrolyse alcaline ou électrolyse PEM ;
- stockage électrochimique par batterie Plomb-Acide, Nickel-Zinc, Lithium-Ion, Métal-Air Zinc, ou Sodium-Soufre ou encore Sodium-Nickel Chloride (ZEBRA) ;
- stockage électrochimique à circulation avec des batteries Zinc-Bromine ou à circulation Vanadium ;
- stockage électrostatique avec des supers condensateurs ;
- stockage inertiel avec un volant d'inertie à haute ou à basse vitesse ;
- système « *power to gas* » et « *power to power* », promis à un très grand avenir, qui produit de l'hydrogène par électrolyse alcaline

ou PEM en utilisant le surplus d'énergie renouvelable inutilisée et permet également le nouveau procédé de la méthanation grâce à la production de méthane par conversion catalytique directe du CO2 ;

Il faut également ajouter les solutions de stockage thermique :

- chaleur latente avec la glace et la paraffine ;
- chaleur sensible avec l'eau chaude atmosphérique, l'eau chaude sous pression ou les sels fondus ;

- le stockage thermochimique grâce à l'utilisation de l'alumine phosphate thermochimique ;

Enfin, on peut rajouter, bien entendu, le stockage du gaz naturel, qui obéit à une législation qui lui est propre, et qui vient d'être réformé, à la suite de la loi du 30 décembre 2017² et de la publication de la délibération de la CRE du 22 février 2018³.

Il va de soi que toutes ces technologies renvoient à la législation des installations classées, à des rubriques bien entendu très différentes, mais qui à l'origine n'ont pas été prévues pour ce type d'usage. Il est donc indispensable d'avoir une nouvelle approche permettant de développer ces technologies dont l'objectif climatique est indubitable.

LE CAS PARTICULIER DU POWER TO GAS OU DU POWER TO POWER ET DE LA FABRICATION ET L'USAGE DE L'HYDROGÈNE

L'exemple de l'hydrogène fabriqué à partir du *power to gas* est particulièrement intéressant. Tout d'abord, cette technologie qui n'est pas nouvelle⁴ est intégrée par l'agence allemande de maîtrise de l'énergie dans tous les scénarios depuis 2011 ; il s'agit d'utiliser le surplus d'énergie renouvelable pour, grâce à l'électrolyse de l'eau, fabriquer de l'hydrogène qui, mélangé à du CO2, produit

1) Nouvelle organisation du marché de l'électricité et nouvelle donne pour les consommateurs, Commission européenne – fiche d'information, 15 juillet 2015.

2) Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

3) Délibération n°2018-037 de la Commission de régulation de l'énergie du 22 février 2018 portant projet de décision d'introduction d'un terme tarifaire stockage dans le tarif d'utilisation des réseaux de transport de GRTgaz et TIGF.

4) Voir notamment ma contribution cosignée avec le professeur Robert I. Bell lors du débat sur la transition énergétique au Parlement de l'Union européenne, en mai 2013.

un méthane artificiel. Quatorze démonstrateurs ont été mis en place en Allemagne, et plusieurs démonstrateurs sont actuellement en construction en Europe, dont un projet Jupiter mené par GRT gaz dans les Bouches-du-Rhône.

Une fois le méthane obtenu, il est possible soit de l'utiliser comme carburant, soit de l'utiliser comme gaz, soit encore de le transformer en électricité dans une centrale à cogénération. Les co-produits que sont la chaleur et l'oxygène sont bien entendus également utilisables. Ce système particulièrement intéressant permet d'intégrer plus facilement les énergies renouvelables, de rendre des services aux systèmes électriques, d'utiliser les infrastructures existantes sans nécessiter la création de nouveaux réseaux et enfin de décarboner le mix énergétique. À titre d'exemple, la combustion de 25 térawatt-heures d'hydrogène permet de réduire les rejets de CO₂ de 5 à 8 millions de tonnes selon qu'il se substitue à du gaz naturel ou à du charbon, et 10 térawatt-heures d'hydrogène permet d'alimenter une flotte de 2,4 millions de véhicules légers⁵.

Jusqu'à présent cependant, l'essentiel de l'hydrogène est produit de manière « sale », dans le cadre de la pétrochimie et constitue un émetteur de gaz à effet de serre considérable. (La production d'hydrogène par réformation du gaz naturel produit 10 kg de CO₂ par kilo hydrogène produit). La rubrique de la Nomenclature des ICPE qui concerne l'hydrogène est la rubrique 4715 dédiée à la fabrication industrielle d'hydrogène. Peut-on considérer néanmoins que l'électrolyse de l'eau, qui ne produit aucun effet toxique, est assimilable à la production classique d'hydrogène dans un processus pétrochimique ? La réponse devrait être négative, mais la réponse juridique est positive, et la directive communautaire du 24 novembre 2010 dite IED est applicable, comme l'est la rubrique 4715 de la Nomenclature.

Dès lors, une réflexion globale s'impose pour favoriser sur le plan réglementaire le développement de ces technologies.

LA QUESTION DU MARCHÉ ET DE SON ORGANISATION III

Le débat sur l'organisation du marché du stockage de l'électricité est particulièrement intéressant par l'opposition manifeste entre la volonté européenne et la position française. La commission européenne souhaite en effet éviter un monopole étatique et assurer une véritable concurrence. Elle propose donc que



le gestionnaire du réseau détermine les lieux où il a besoin de stockage et lance des appels d'offres pour que des entreprises les mettent en œuvre.

Si des dérogations doivent être possibles dans l'hypothèse où l'appel d'offres est infructueux, il est clair que la position française va très au-delà et marque une fois de plus son opposition à une organisation décentralisée de l'électricité à laquelle le stockage pourrait participer de manière majeure. En réalité, dans la mesure où le stockage constitue pour l'électricité intermittente le moyen de répondre de manière permanente aux besoins et où en conséquence il anéantit le seul moyen sérieux de défense de l'électricité nucléaire, à savoir sa permanence, il n'est en réalité pas souhaité par le système français.

LA TRANSFORMATION DES RÔLES DE PRODUCTEURS ET DE CONSOMMATEURS

La volonté européenne est très clairement exprimée dans la note du 15 juillet 2015 : « un changement radical du rôle que les consommateurs jouent sur le marché est indispensable. Nous devons donner aux consommateurs la possibilité d'adapter leur consommation énergétique afin de tirer profit de l'évolution temps réelle de l'offre et de la demande.

Les consommateurs doivent être à même d'agir comme des vendeurs et des acheteurs – avec l'appui d'entreprises innovantes leur proposant de nouveaux services fondés sur des règles de facturation et de publicité plus claires et comparables qui facilitent le changement de fournisseur, mais aussi grâce à des outils

fiables et pertinents de comparaison des prix des actions collectives permettant de faire jouer leur pouvoir de négociation considérable. Les consommateurs doivent avoir la liberté de produire et de consommer leur propre énergie dans des conditions équitables afin de faire des économies de préserver l'environnement et de garantir la sécurité des approvisionnements ».

Ainsi, la production décentralisée d'énergie et d'électricité, le stockage de l'électricité, la régulation de la production et la consommation par les consommateurs, l'autoconsommation collective et individuelle constituent autant de moyens nouveaux dont les règles du jeu restent trop restrictives, trop coûteuses, et très insuffisamment soumises à la concurrence. Là aussi, la mise en place d'une approche globale encourageant et facilitant l'action des consommateurs est indispensable.

Le stockage de l'électricité est la clé d'une transition énergétique réussie, rapide et financièrement accessible. Elle représente également une capacité de développement industriel considérable pour notre pays qui malheureusement a manqué le train des filières industrielles de construction des énergies renouvelables. Cette approche combinée du développement industriel, du changement mix énergétique, de l'implication des consommateurs devenus producteurs et en tout cas acteurs de la sobriété et de l'efficacité énergétique est indispensable. Elle passe par un régime juridique approprié qui n'est pas encore mis en place. Peut-être le débat autour de la PPE pourra-t-il être l'occasion d'ouvrir une discussion sur cette thématique.

2018-3867

5) Philippe Boucly : le power to gas ou comment relever le défi du stockage de l'électricité, BDEI 8 décembre 2015, page 9.

Déclaration universelle des droits de l'humanité

Commentaire article par article

La Déclaration universelle des droits de l'humanité repose sur l'énoncé de quatre grands principes :

- responsabilité, équité et solidarité ;
- dignité ;
- continuité de l'existence de l'humanité ;
- non-discrimination en raison de l'appartenance à une génération.

Son objectif est de concilier, de façon pérenne, les droits de l'homme, la dignité humaine et le maintien des droits de l'environnement pour l'ensemble de la planète.

Rédigée à l'initiative du président de la République française par une équipe de juristes spécialisés, sous la conduite de Corinne Lepage, elle énonce de nouveaux droits et devoirs face à l'urgence climatique et à la relative impuissance des États à s'y consacrer.

À propos des auteurs

Dans cet ouvrage, la Déclaration universelle des droits de l'humanité est assortie de commentaires, article

par article, rédigés par Jean-Christophe Barboto, Baptiste Bonnet, Laurence Burgorgue-Larsen, Hubert Delzangles, Nicolas de Sadeleer, Édouard Dubout, Émilie Gaillard, Julian Jernandez, Catherine Le Bris, Rafaëlle Maison, Maurice Meda, Agnès Michelot, Laurent Sermet, François-Guy Trébulle, Sébastien van Drooghenbroeck et Claire Vial.

L'ouvrage est orné d'une préface de Corinne Lepage et d'un avant-propos de Jean-Paul Laborde.

Sous la direction de :

Christian Huglo, avocat au barreau de Paris.

Fabrice Picod, professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Chaire Jean Monnet, et directeur du Centre de droit européen.

Déclaration universelle des droits de l'humanité,

Commentaire article par article. Sous la direction de Christian Huglo

et Fabrice Picod, Préface de Corinne Lepage, Éditeurs Bruylant,

125 pages – 60 euros

2018-3860



D.R.

Retrouvez dès maintenant votre Journal en ligne sur

www.jss.fr

Brèves

COMPTEURS LINKY

Action collective contre Enedis

Plus de 5 000 Français ont lancé une action collective en référé le 2 mai dernier contre le compteur communicant déployé par Enedis. Ses opposants estiment que les ondes électromagnétiques émises par le compteur sont « nocives » pour la santé, et dénoncent une « atteinte à la vie privée », ce dernier transmettant directement à Enedis les habitudes de consommation des utilisateurs. Ils demandent à la justice de contraindre la société à respecter le choix de ceux qui refusent d'abandonner leur ancien compteur pour le nouveau compteur connecté Linky. Ils réclament également le droit de faire désinstaller les compteurs déjà installés. L'action de groupe est menée par quatre avocats du barreau de Paris, dont Corinne Lepage, ancienne ministre de l'Environnement.

VAL-DE-MARNE

La plus vaste toiture photovoltaïque de la région

C'est dans le Val-de-Marne, à l'Hay-les-Roses, qu'a été installée la plus grande toiture photovoltaïque francilienne. S'étendant sur près de 12 000 m², les panneaux solaires recouvrent un réservoir d'eau potable, géré par Eau de Paris. Inauguré le 16 décembre dernier par la maire de Paris Anne Hidalgo, ce projet s'inscrit dans le nouveau Plan climat de la capitale, visant à faire de Paris une ville neutre en carbone et 100 % énergies renouvelables en 2050.

NOMINATION

Arnaud Leroy, nouveau président de l'ADEME

Suite à la proposition, le 1^{er} mai dernier, du conseil d'administration de l'ADEME (Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie), les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ont approuvé la candidature d'Arnaud Leroy au poste de président-directeur général. « Convaincu de l'urgence pour la France et pour l'Europe d'accélérer sur la transition écologique, mon objectif est de mobiliser toutes les ressources et expertises de l'ADEME au service des ambitions de notre Plan climat » a déclaré le nouveau président. Se disant « très honoré et fier », celui-ci est vivement mobilisé, « il en va tout simplement de la survie de notre espèce » assure-t-il.

ASSISES EUROPÉENNES

DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

La 20^e édition se tiendra à Dunkerque

En janvier 2019, c'est en France, et plus précisément à Dunkerque, que se tiendront les vingtièmes Assises Européennes de la Transition Énergétique. Rendez-vous annuel des acteurs territoriaux européens engagés dans la transition énergétique, les assises seront l'occasion pour les organisateurs « de jeter un bref coup d'œil dans le rétroviseur sur 20 ans de politique territoriale Climat Air Énergie, d'en tirer des enseignements, d'aborder les grands enjeux actuels, et surtout de se projeter dans 20 ans pour faire le plein d'inspiration et imaginer ensemble un futur où activités humaines, qualité de vie, santé et environnement trouvent leur équilibre ». Cette année, du 30 janvier au 1^{er} février 2018, c'est le Grand Genève qui avait accueilli la 19^e édition des Assises Européennes de la Transition Énergétique, dont le thème principal était « Coopérer pour réussir la transition énergétique ».

-40 %

C'est la réduction d'émission de gaz à effet de serre que la France envisage en 2030, par rapport à 1990.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 29 mai 2019 – numéro 40

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Décentralisation énergétique



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

DÉCENTRALISATION ÉNERGÉTIQUE

Les révolutions potentielles issues de la directive du 11 décembre 2018.	2
Les corporate PPAs comme vecteurs innovants de la transition énergétique	5
Autoconsommation collective et individuelle : vers la création de communautés d'énergie renouvelable	7
La blockchain : un outil intéressant au service de l'autoconsommation collective	10
Le stockage au travers de l'hydrogène : solution à l'intermittence des renouvelables.	13
Décentralisation énergétique : le Syndicat professionnel des entreprises locales d'énergie avance les arguments.	16

AGENDA 9

ENVIRONNEMENT

5 juin, Journée mondiale de l'environnement	
Combattre la pollution de l'air	17

AU FIL DES PAGES

Code de l'environnement 2019	18
--	----

ÎLE-DE-FRANCE

Des boucles énergétiques locales de 5 ^e génération déployées en Essonne	19
--	----

ANNONCES LÉGALES 21

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bimensuelle
Imprimerie : SIEP
Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2019

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

La question de la transition énergétique est évidemment au cœur des débats. L'Europe a pu progresser dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre en 2018 grâce à une croissance sans précédent de la part des énergies renouvelables. Même la France, pourtant très réticente, commence à entrer dans cette nouvelle logique. Mais pour notre pays, c'est une révolution. En effet, nous avons un système énergétique totalement centralisé en ce qui concerne la production et la distribution d'électricité. Or, la transition énergétique et le recours aux énergies renouvelables passe par le développement d'une énergie décentralisée qui sert en même temps de moteur au développement économique local. C'est donc pour la France une double révolution, non seulement un changement majeur de mix énergétique dans le domaine de l'électricité, mais également le passage d'un modèle totalement centralisé à un modèle décentralisé. Il ne faut donc pas s'étonner des résistances que rencontrent encore ces transformations qui sont pourtant inéluctables. Le présent numéro traitera donc d'un certain nombre de sujets majeurs pour la décentralisation énergétique :

- tout d'abord, les transformations induites nécessairement par la directive du 21 décembre 2018 qui va imposer de très grands changements de notre système juridique, changements qui se feront par une ordonnance pour laquelle le Parlement aura à donner son autorisation dans le cadre de la petite loi énergie ;
- le recours à l'autoconsommation collective jusqu'ici largement bloquée pour favoriser l'énergie nucléaire, et dont l'ouverture s'effectue de manière progressive ;
- le développement de nouveaux contrats, les PPA, permettant de garantir sur la durée les prix de l'électricité ;



Corinne Lepage

- le recours à la blockchain qui permet d'appliquer à l'énergie une technologie jusque-là utilisée dans d'autres domaines, et qui va permettre un développement rapide de l'autoconsommation et des opérations effectuées dans le domaine énergétique ;
- le développement du stockage de l'électricité comme adjonction des systèmes de production intermittente et décentralisée de l'énergie.

Ces sujets ne sont évidemment pas les seuls et il n'est pas possible, dans le cadre d'un article, de prétendre à l'exhaustivité. Toutefois, l'objectif est de permettre aux lecteurs juristes d'avoir une première approche des transformations auxquelles nous commençons d'ores et déjà à assister.

*Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour*



Les révolutions potentielles issues de la directive du 11 décembre 2018



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

La petite loi énergie prévoit que le gouvernement devra transcrire par ordonnance les différentes directives intervenues en 2018 dans le domaine de l'énergie. Parmi elles, la directive 2018/2001 du Parlement européen du 11 décembre 2018 relative à la promotion et l'utilisation de l'énergie produite à partir des sources renouvelables devrait constituer une véritable révolution en France et conduire à des modifications considérables de notre système juridique, et ce tant dans le domaine de l'urbanisme que de celui de l'environnement, que dans celui de l'énergie et des systèmes d'aide.

Cette directive, dont l'entrée en vigueur dans les dispositions législatives et réglementaires doit se faire avant le 30 juin 2021, introduit un effet de très profonds changements.

Tout d'abord, on soulignera que l'énergie renouvelable s'oppose à l'énergie décarbonée, ce qui signifie que dans les énergies renouvelables telles qu'elles sont visées par la directive, ne figure pas l'énergie nucléaire, malgré les efforts faits en sens contraire par le gouvernement français. Ce texte a pour objet de rendre réellement effectif le changement de mix énergétique et s'attaque donc à tous les obstacles qui pourraient rendre plus difficile le développement massif du recours au renouvelable. C'est dire que le droit français, qui a multiplié les obstacles de toute nature sur la voie du développement du renouvelable, doit être transformé. Nul n'ignore en France, et ceci continue à être vrai, que tout est fait pour valoriser et aider le maintien de la part de nucléaire au niveau actuel, d'où l'abîme qui sépare les paroles et les actes, c'est-à-dire la communication en faveur du renouvelable et la réalité juridique. D'où le retard considérable de la France par rapport à ses objectifs communautaires en matière d'énergies renouvelables puisque nous sommes le deuxième bonnet d'âne d'Europe : nous plafonnons à 17,5 % en 2017, soit à 6,7 points de notre objectif, seuls les Pays-Bas font plus mal que nous.

C'est dire l'enjeu de la transposition de cette directive pour la réalisation effective de la transition énergétique. Sans prétendre à l'exhaustivité, on se limitera à aborder successivement les changements de nature économique et financière, le régime des autorisations, l'urbanisme et l'aménagement du territoire, l'autoconsommation collective. Cependant, il convient de souligner que le texte comporte également des



dispositions très importantes concernant l'utilisation des énergies renouvelables dans les transports et les installations de chaud et de froid.

I. LES CHANGEMENTS À ATTENDRE DE NATURE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

A. UN RÉGIME D'AIDE TRANSPARENT

L'article 4 établit les principes d'un régime d'aides destinées à l'électricité produite à partir de sources renouvelables, le point 4 précisant que « les États membres garantissent que les aides sont accordées pour l'électricité produite à partir de sources renouvelables de manière ouverte, transparente, concurrentielle, non discriminatoire et efficace au regard des coûts. »

Cela signifie donc que l'État n'a pas le droit d'établir des distorsions de concurrence entre telle ou telle source d'énergie, à la condition bien sûr qu'elle soit renouvelable. Cela signifie que pour les autres formes d'énergie, les règles habituelles restent applicables. Ce régime d'aide se fait donc en dérogation de toutes les interdictions liées aux aides d'État ; il peut même s'agir d'une aide accordée sous forme de prime de marché variable ou fixe dans le cadre d'un régime de soutien direct des prix.

Les petites installations et les projets de démonstration peuvent être exemptés de mise en concurrence, et la limitation des procédures de mise en concurrence est possible pour un certain nombre de cas définis à l'article 4.5.

Lorsqu'une mise en concurrence est mise en place pour garantir un taux élevé de réalisation des projets, la directive précise les conditions de cette concurrence.

Enfin, un régime dérogatoire est prévu pour les régions ultrapériphériques et les petites villes pour tenir compte des coûts de production spécifiques.

Ces nouvelles dispositions devraient exclure les régimes différenciés qui peuvent exister aujourd'hui et conduire la CRE à revoir ses mécanismes.

B. LA FIN DES GARANTIES D'ORIGINE DISCUTABLES

L'article 5 définit les mesures qui peuvent être prises pour favoriser l'électricité produite à partir de sources renouvelables permettant qu'une part indicative de la capacité puisse être ouverte aux producteurs situés dans d'autres États membres à hauteur de 5 % entre 2023 et 2026 et 10 % de 2027 à 2030.

Par ailleurs, la directive autorise les États membres à exiger la preuve d'une importation physique de l'électricité produite à partir des sources renouvelables. L'article 19 crée en effet des garanties d'origine de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et fixe un système de contrôle, de durée de validité et de contenu de la garantie d'origine.

Ceci change tout, dans la mesure où, aujourd'hui, une part non négligeable de l'offre soi-disant d'énergies renouvelables consiste en réalité en la production de certificats plus ou moins sérieux mais

qui, dans l'immense majorité des cas, correspond en France à une production physique d'énergie nucléaire.

C. LE CONTRÔLE DE L'EFFICACITÉ DES AIDES

Enfin, l'article 6 précise les conditions permettant de stabiliser l'aide financière et oblige les États membres à évaluer au moins tous les cinq ans l'efficacité de leur régime d'aides en faveur de l'électricité produite à partir de sources renouvelables ainsi que leurs effets redistributifs majeurs sur les différentes catégories de consommateurs et sur les investissements. Cette disposition est extrêmement importante car elle va contraindre l'État à se doter des outils nécessaires pour apprécier les effets des aides mises en place, non seulement en ce qui concerne les différentes sources énergétiques, mais également en ce qui concerne le problème redistributif dont les événements récents ont montré l'importance.

II. LES PROCÉDURES D'AUTORISATION

Le second volet concerne l'allègement des procédures et l'interdiction faite de systèmes qui constituent des blocages au développement des énergies renouvelables.

Tel est l'objet de l'article 15 qui en 8 points détaille la manière dont les règles relatives aux procédures d'autorisations, de certifications ou d'octrois de licences doivent être proportionnées, nécessaires et conformes au principe de primauté de l'efficacité énergétique.

Le principe est celui d'une simplification et d'une accélération des procédures, des règles objectives, transparentes et proportionnées ne créant pas de discrimination, des frais administratifs transparents et calculés réellement en fonction des coûts, des procédures d'autorisations simplifiées y compris de notification simple pour des dispositifs décentralisés et pour la production et le stockage d'énergie à partir de sources renouvelables.

Le moins que l'on puisse dire est que l'application de ces nouvelles règles va conduire à des transformations profondes de différentes branches du droit. Par exemple, on sait aujourd'hui que le raccordement peut être à géométrie variable dans sa durée, qu'il est payant lorsqu'il s'agit de renouvelable, ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'électricité conventionnelle, etc.

Enfin, les États membres évaluent les barrières administratives réglementaires aux contrats d'achat de long terme d'électricité renouvelable et suppriment les barrières injustifiées. Cette disposition vise notamment la possibilité de mettre en place des PPA (voir p.5 l'article concernant ce type de contrat). Or, jusqu'à présent, rien n'a été fait en France pour faciliter le recours à ce type de contrat.

III. L'URBANISME ET L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE

Le troisième volet concerne les simplifications dans la mise en place des systèmes renouvelables.

S'agissant de l'urbanisme, non seulement il va falloir fixer des procédures permettant d'obtenir les autorisations dans les délais prévus par la directive, mais également

modifier les règles d'aménagement du territoire (SCOT, PLU, SRADET, PCET...) puisque les dispositions relatives à l'intégration et au redéploiement de l'énergie renouvelable y compris l'autoconsommation et les communautés d'énergies également renouvelables devront être prises en compte. La construction, la rénovation d'infrastructures, d'espaces industriels, commerciaux ou résidentiels, d'infrastructures énergétiques, notamment les réseaux d'électricité et de chaleur et de froid, de gaz naturel et d'autres combustibles (article 15.3) devront également figurer dans ces documents.

« Ce texte a pour objet de rendre réellement effectif le changement de mix énergétique et s'attaque donc à tous les obstacles qui pourraient rendre plus difficile le développement massif du recours au renouvelable ».

La réglementation doit également être changée pour introduire, et c'est une obligation en matière de construction, des mesures propres à augmenter la part de tous les types d'énergie provenant des sources renouvelables dans la construction. Ainsi, très probablement, non seulement les obstacles juridiques liés à l'installation de sources d'énergies renouvelables devront disparaître mais, au contraire, à l'instar de l'Espagne, qui oblige toute construction nouvelle à disposer de panneaux solaires, des règles de cette nature trouveront à s'appliquer. En effet, le texte prévoit que les États membres devront imposer l'application de niveaux minima d'énergie provenant des sources renouvelables dans les bâtiments neufs et les bâtiments existants qui font l'objet de travaux importants, et ceci vaut également pour les bâtiments publics qui doivent être exemplaires. Bien évidemment, ces dispositions vont poser des problèmes rendant obsolète un chauffage électrique dépendant uniquement du nucléaire puisque les mécanismes propres de production d'énergie renouvelable sur les bâtiments devront devenir la règle.

Le même article, en son point 5, prévoit la possibilité de prévoir que les toits des bâtiments privés et publics soient utilisés par des tiers pour y établir des installations qui produisent de l'énergie à partir de sources renouvelables.

S'agissant des octrois de permis, l'article 16 paragraphe 5 prévoit un délai de deux ans maxima pour l'octroi des permis portant sur les permis administratifs pertinents pour la construction, le renforcement et le fonctionnement d'installations produisant de l'énergie à partir de sources renouvelables ainsi que sur les moyens nécessaires à la connexion au réseau.

Pour les installations d'une capacité électrique inférieure à 150 kilowatts, la procédure ne doit pas excéder un an. Il en va de même du rééquipement des installations existantes utilisant des sources d'énergie renouvelables.

Et l'article 17 précise que pour la connexion au réseau des petites installations, une notification simple suffit.

Ces délais ne comprennent évidemment pas les obligations découlant du droit applicable dans le domaine de l'environnement et des recours juridictionnels.

Cela signifie que les délais d'instruction des dossiers qui aujourd'hui sont extrêmement longs devront systématiquement être raccourcis.

IV. L'ENCOURAGEMENT MASSIF DE L'AUTOCONSOMMATION COLLECTIVE ET LES COMMUNAUTÉS D'ÉNERGIE

Il faut comprendre que l'autoconsommation collective peut et doit être la clé de voûte de la décentralisation énergétique. C'est en effet en soutenant massivement les collectivités locales, les sociétés locales, les citoyens dans une démarche d'autoconsommation que la France pourra développer rapidement,

comme elle en a besoin, les énergies renouvelables. Rappelons que l'Allemagne est passée de 5 à 35 % d'énergies renouvelables dans son bouquet énergétique en quelques années, grâce précisément à la mobilisation citoyenne et locale. Les articles 21 et 22 de la directive fixent les règles concernant d'une part les autos-consommateurs et d'autres par les communautés d'énergie. Les dispositions qui sont examinées plus en détail ci-dessous (voir article sur l'autoconsommation) ont pour objectif de permettre réellement un cadre favorable au développement de l'autoconsommation. La directive précise que ce cadre favorable concernées l'accessibilité, les obstacles injustifiés au financement des obstacles réglementaires injustifiés à l'autoconsommation compris pour les locataires l'accès non discriminatoire à l'électricité renouvelable qui a été produite. Les frais ne doivent pas être discriminatoires, les systèmes d'exploitation de stockage d'électricité doivent pouvoir être installés. Cela signifie que tout le système mis en place aujourd'hui pour bloquer en réalité le développement de l'autoconsommation collective doit être supprimé purement et simplement.

S'agissant des communautés d'énergie visées à l'article 22, il s'agit de la possibilité donnée aux ménages de participer à ces communautés sans être soumis à des conditions des procédures injustifiées ou discriminatoires. Cela doit permettre de produire, de consommer, de stocker de l'énergie, de la partager, d'accéder à tous les marchés. Là aussi, le monopole français, qu'il s'agisse de celui d'Enedis ou de RTE, devra composer avec ces nouvelles règles y compris en ce qui concerne les conditions de comptabilité au sein de ces communautés qui devront bénéficier d'une réelle liberté quant aux moyens utilisés.

Ainsi, on est bien loin des misérables discussions récentes pour réduire au minimum les périmètres auxquels peuvent avoir accès les systèmes d'autoconsommation collective. C'est en réalité une refonte complète du système pour aller vers l'encouragement de la décentralisation, ce qui est évidemment à l'opposé du système centralisé rigide qui est le nôtre.

Les corporate PPAs comme vecteurs innovants de la transition énergétique



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

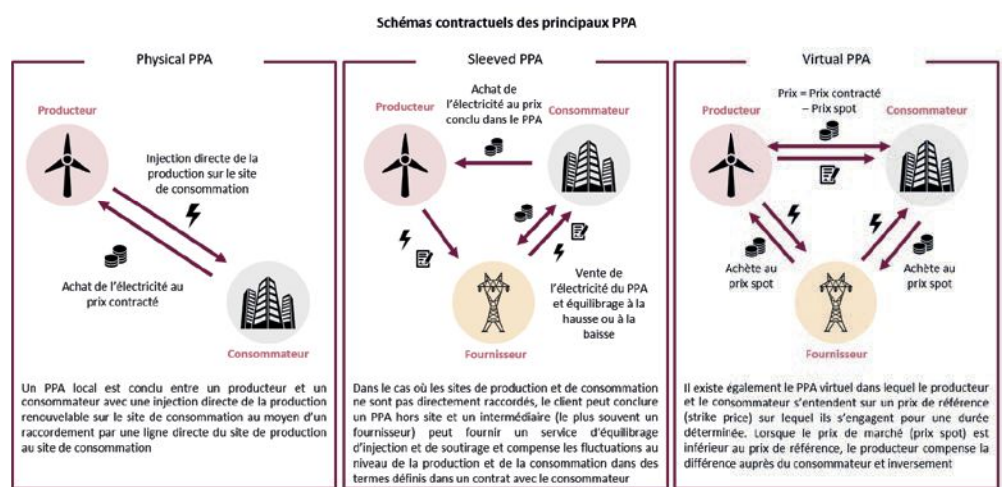


Amélie Noilhac,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

Les corporate Power Purchase Agreement (PPA) sont des contrats entre un producteur d'électricité et un consommateur personne morale/entreprise qui définit un prix d'achat et un volume d'énergie devant être fourni sur une certaine période, généralement sur le long terme¹. Ce type de contrat est avantageux pour les deux parties : le producteur est assuré de percevoir le prix de la vente de l'électricité de manière régulière et l'acheteur bénéficie d'une visibilité sur la stabilité du prix de cette dernière. Ce type de contrat permet donc d'attirer de potentiels investisseurs pour de nouveaux projets, sécurisant ainsi un financement parfois difficile.

De nombreux États ont pour objectif de promouvoir la transition énergétique et l'utilisation des énergies renouvelables sans pour autant pouvoir proposer de subventions sur le long terme : l'Espagne a en effet été victime de son succès et du cadre de subventions ou *feed in tariffs* (premiums d'achat) qu'elle avait institués². En effet, la suppression postérieure de ces derniers a fait perdre au pays de nombreux millions d'euros dans le cadre d'affaires d'arbitrage international des investissements. Ainsi, promouvoir l'utilisation des corporate PPAs peut être une solution idoine pour des États ayant des objectifs de transition énergétiques conséquents.

Le corporate PPA est à opposer à l'*utility PPA* qui engage, dans ce cas, un fournisseur d'énergie avec un consommateur, et qui est, de facto, beaucoup plus courant. Il existe trois types principaux de PPA dépendant de l'infrastructure de production d'énergie renouvelable (principalement éolien et photovoltaïque) : tout d'abord, le PPA local, c'est-à-dire un contrat conclu entre un



producteur et un consommateur avec une injection directe de la production renouvelable sur le site de consommation, ce contrat étant le plus simple. Deuxièmement, le PPA hors site ou « *sleeved PPA* », pertinent dans le cas où les sites de productions et de consommation ne bénéficient pas de raccordement direct et impliquant par conséquent un fournisseur se chargeant du raccordement. Enfin, le virtual PPA ou PPA financier, contrat où le producteur et le consommateur s'entendent sur un prix de référence sur lequel ils s'engagent pour une durée déterminée.

L'intérêt du virtual PPA est que ce type de contrat peut être signé entre des acteurs localisés dans des zones d'équilibrage différentes, l'acheteur récupérant les garanties d'origine et pouvant ensuite les céder. La plupart des corporate PPA qui sont signés à l'heure actuelle sont des PPAs virtuels.³ Force est de constater que le modèle séduit aussi en France, puisque le premier corporate PPA français a été signé fin mars 2019 entre

Eurowatt, l'agrégateur Agregio (EDF) et le groupe de distribution Metro, dans le cadre éolien. Ce PPA n'est contracté que pour une période de trois ans et ne couvrira que 20 % du volume de consommation de Metro,⁴ mais cela constitue un bon début. À l'étranger, de nombreux PPAs sont conclus entre de grandes entreprises (HSBC, Facebook, Google ou Mercedes) et des producteurs d'énergie renouvelable, atteignant presque 18 GW de capacité au niveau mondial en 2016.⁵ Cette étude s'intéressera donc au régime français applicable aux PPAs, en soulignant les difficultés susceptibles d'intervenir mais aussi ses nombreux avantages.

LE CADRE JURIDIQUE FRANÇAIS OUVERT AUX PPAS

L'article L. 331-1 du Code de l'énergie dispose ainsi que « Les fournisseurs souhaitant exercer l'activité d'achat d'électricité pour revendre aux consommateurs finals ou aux gestionnaires de réseaux pour leurs pertes doivent être titulaires d'une autorisation délivrée par l'autorité

1) <https://energypost.eu/ppa-2-0-future-proofing-corporate-energy-funding/>

2) <https://www.greenunivers.com/2019/04/la-bulle-solaire-espagnol-prete-a-eclater-201298/>

3) Commission de Régulation de l'Énergie, Monographie n° 8 sur le consommateur dans la transition énergétique : les perspectives stratégiques de l'énergie, mai 2018, p. 17.

4) GreenUnivers, 29 mars 2019, Eurowatt, Agregio et Metro signent un premier corporate PPA éolien.

5) <http://www.energie.sia-partners.com/20181204/la-montee-en-puissance-des-corporate-ppa-nouveau-defi-pour-les-acteurs-de-la-filiere-des>

administrative », le cadre juridique imposant ainsi une autorisation de l'autorité administrative. Par ailleurs, d'autres obligations sont applicables aux corporate PPAs, notamment dans le cadre du rattachement à un périmètre d'équilibre ou de participation au mécanisme de capacité.

L'article 34 de la directive 2009/72 du 13 juillet 2009 pour le marché intérieur de l'électricité (dont la refonte est imminente) prévoit par ailleurs que les critères relatifs à l'octroi des autorisations de construction de lignes de raccordement à condition qu'ils soient « *objectifs et non discriminatoires* ». Par ailleurs, il peut surtout y avoir des contraintes liées aux systèmes de raccordement au réseau. À titre d'exemple, la construction de ligne de raccordement est elle aussi soumise à une autorisation de l'autorité administrative dont les critères sont déterminés en application de l'article R. 343-5 du Code de l'énergie.

En ce qui concerne les modalités de rémunération des producteurs d'électricité, ces dernières prennent deux formes, soit par l'obligation d'achat par le fournisseur (les installations éligibles étant mentionnées aux articles D. 314-15 et D. 314-16 du Code de l'énergie) soit par un complément de rémunération (pour les installations mentionnées aux articles D. 314-23 à D. 314-25 du même Code). Dans le cadre de l'obligation d'achat, le prix du kilowattheure est ainsi fixé à l'avance. En revanche, le dispositif d'obligation d'achat, dont le régime est précisé aux articles L. 314-1 à L. 314-13 du Code de l'énergie concerne principalement les petites installations.

Le dispositif de complément de rémunération prévu aux articles L. 314-18 à L. 314-27 du Code de l'énergie prévoit une commercialisation de l'énergie produite directement sur les marchés, la prime applicable visant à compenser l'écart entre les revenus de cette vente et une rémunération de référence. Le décret n° 2016-882 du 27 mai 2016 clarifie par ailleurs les modalités d'application de ces deux régimes.

Les corporate PPAs sont donc susceptibles d'être contractés dans le cadre du complément de rémunération concernant la vente directe sur les marchés. Ainsi, ces contrats peuvent permettre une fixation conventionnelle du prix de l'électricité entre les acteurs parties prenantes, permettant une visibilité supplémentaire pour les investisseurs d'installations de production d'énergies renouvelables.⁶

II. LA VALORISATION ET LA CESSION DE GARANTIES D'ORIGINE AU TRAVERS DES PPAS |||||||

Outre l'avantage du corporate PPA lié à la sécurisation des coûts d'approvisionnement

en électricité verte sur une longue période, un acheteur peut se prévaloir de garanties d'origine. Ces dernières peuvent être vendues sur le marché européen dans des pays dont le cadre fiscal promeut leur achat.

Les articles R. 314-46 et suivants du Code de l'énergie prévoient la notion de garanties d'origine dans le cadre des énergies renouvelables, dont la partie législative a été modifiée par le décret 2018-243 du 5 avril 2018. Pour attester de la source renouvelable de l'électricité consommée, la garantie d'origine doit provenir d'une production du même mois que le mois de consommation qu'elle certifie, ces garanties pouvant également être vendues séparément de l'électricité à laquelle elles sont attachées.

« Ces contrats peuvent permettre une fixation conventionnelle du prix de l'électricité entre les acteurs parties prenantes, permettant une visibilité supplémentaire pour les investisseurs d'installations de production d'énergies renouvelables ».

L'article 2(12) de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 (refonte) définit la garantie d'origine comme « *un document électronique servant uniquement à prouver au client final qu'une part ou une quantité déterminée d'énergie a été produite à partir de sources renouvelables* ». L'article 19(2) de la même directive précise qu'une garantie d'origine correspond à 1 MW et qu'elle est émise au maximum pour chaque unité d'énergie produite. Les garanties d'origine permettent donc à des fournisseurs d'énergie de pouvoir proposer des offres vertes à leurs clients adossées à des garanties d'origine françaises ou européennes.

Les dispositions de la loi n° 2017-227 du 24 février 2017 relative à l'autoconsommation d'électricité modifient les articles L. 314-20 et suivant du Code de l'énergie et interdisent aux producteurs de cumuler un mécanisme de soutien public (complément de rémunération ou obligation d'achat) avec une valorisation des garanties d'origine. L'article 13 de cette loi introduit la possibilité de valorisation de ces mêmes garanties et autorise leur cession couplée ou non avec la cession de l'énergie correspondante.

III. L'INCERTITUDE DU RÉGIME FISCAL APPLICABLE AUX INSTALLATIONS DE PRODUCTION D'ÉLECTRICITÉ |||||||

Le cadre juridique français ne s'oppose donc pas *a priori* à la conclusion de tels contrats. En revanche, le cadre fiscal français apparaît

peu enclin à promouvoir ce type de projet puisque les exonérations du TURPE et de la CSPE ne concernent que les installations d'autoconsommation individuelle jusqu'à 1 MW. Les projets susceptibles d'être concernés par les corporate PPAs produisent beaucoup plus et sont donc assujettis à la taxe intérieure de consommation finale de l'électricité (TICFE) régie par l'article 266 quinquies C du Code des douanes et, au Tarif d'Utilisation des Réseaux Publics d'Electricité (TURPE).

L'incertitude pesant sur le régime fiscal en ce qui concerne la production d'énergie de sources renouvelables crée une suspicion de la part des investisseurs à financer ce type de projet. Du fait de ces incertitudes, le corporate PPA ne concerne pour le moment que les

grandes entreprises bénéficiant d'une assiette financière pouvant y faire face, ce qui exclut d'autres acteurs intéressés tels les PME.

Par conséquent, le modèle du corporate PPA présenterait l'avantage de rendre possible une transition énergétique sans l'aide de subventions étatiques tout en permettant le développement de nouveaux projets d'installations de production d'électricité de sources renouvelables. En revanche, l'incertitude quant au régime fiscal apparaît ainsi comme un obstacle majeur au financement de ces projets au travers de corporate PPAs, restreignant ainsi les acheteurs corporate susceptibles de s'y intéresser.

Il faut espérer que, sur la base de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018, l'élimination des discriminations d'ordre fiscal notamment mais pas seulement, permettront ainsi le développement de ce nouveau type de contrat. Les premiers corporate PPAs viennent d'être signés en France⁷ ouvrant la voie à un développement déjà largement commencé par des acteurs français à l'étranger. Mais, dans ce domaine comme dans bien d'autres, la massification de ce type de contrats ne sera possible que pour autant que l'État accepte enfin un développement rapide et exponentiel des énergies renouvelables, l'abandon progressif d'une énergie uniquement centralisée et la réduction effective de la part du nucléaire dans le bouquet énergétique.

6) GreenUnivers, 12 avril 2019, Le modèle économique des « corporate PPA » français reste incertain.

7) GreenUnivers, 29 mars 2019, Eurowatt, Agregio et Metro signent un premier corporate PPA éolien.

Autoconsommation collective et individuelle : vers la création de communautés d'énergie renouvelable



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Le projet actuel de programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), qui établit les priorités d'action du gouvernement en matière d'énergie, fixe comme objectif de déployer 65 000 à 100 000 sites photovoltaïques en autoconsommation d'ici 2023. L'autoconsommation apparaît donc comme un nouveau moyen d'augmenter la part de sources de production d'électricité renouvelables dans le mix énergétique français.

L'autoconsommation se définit comme la possibilité pour un consommateur de produire lui-même tout ou partie de sa consommation d'électricité. On distingue l'autoconsommation individuelle, consistant pour un consommateur à produire pour lui-même l'électricité qu'il consomme, et l'autoconsommation collective, où plusieurs consommateurs s'associent avec un ou plusieurs producteurs (articles L. 315-1 et L. 315-2 du Code de l'énergie).

Ce statut juridique est en vigueur depuis février 2017, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 ayant habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relatives à l'autoconsommation ; celle-ci est intervenue le 27 juillet 2016 (n° 2016-1019) et a été ratifiée par la loi du 24 février 2017. L'adoption de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables consacre cette nouvelle modalité de production/consommation d'énergies renouvelables, l'encourageant par de nombreux moyens.

Ce mécanisme présente en effet de nombreux intérêts pour l'ensemble des acteurs, aussi bien privés (entreprises, particuliers) que publics (collectivités territoriales). Il permet de réduire la facture énergétique et de sécuriser la production face à la volatilité du prix de l'électricité sur le marché mais également de réduire l'impact environnemental (baisse des



émissions de gaz à effet de serre). Il permet également, produisant au plus proche de la consommation, de réduire considérablement les pertes en ligne et de responsabiliser les acteurs et en particulier les ménages qui, devenant leurs propres producteurs et/ou gérant directement leur consommation, ont un rapport tout à fait différent à l'utilisation de l'électricité. Enfin, dans le cadre de l'évolution vers la construction passive et la réduction de la consommation énergétique des bâtiments anciens et nouveaux, l'autoconsommation collective et individuelle peut jouer naturellement un rôle central.

Tous ces avantages semblent toutefois inexistantes aux yeux des pouvoirs publics français, puisque seulement 30 000 autoconsommateurs individuels seraient dénombrés en France, ce qui est très peu comparé aux autres pays européens comme l'Allemagne (1,5 millions), le Royaume-Uni (750 000) ou encore l'Italie (630 000). S'agissant de l'autoconsommation collective, une vingtaine d'opérations seraient en cours

d'expérimentation et une centaine en cours de montage. Cette situation est d'autant plus aberrante que sur un plan purement économique pour les ménages, l'effet ciseau lié à la baisse des coûts de production d'électricité renouvelable et à la hausse des prix de l'électricité en général devrait favoriser cette orientation.

Mais force est de constater que la complexité du cadre réglementaire (I) s'y oppose, d'où l'attente très forte des transformations législatives et réglementaires à attendre du fait de l'entrée en vigueur de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (II).

I. LA COMPLEXITÉ DU CADRE RÉGLEMENTAIRE POUR RÉALISER DES OPÉRATIONS D'AUTOCONSUMMATION |||

Le premier frein est d'ordre financier : l'investissement initial pour le montage de l'opération est très souvent un obstacle pour le particulier ou la collectivité. Le recours à un tiers finançant l'installation leur permettrait de

réaliser des économies d'énergie tandis que ce tiers récupérerait son investissement *via* la revente du surplus d'électricité produite. Or la réglementation applicable interdit le tiers financement en matière de vente ou de revente d'énergies aux termes de l'article L. 381-1 du Code de la construction et de l'habitation. Afin d'échapper à cette interdiction, des montages contractuels complexes sont mis en place à travers la mise à disposition des toitures ou d'un terrain *via* des contrats de bail emphytéotique, de bail à construction, de bail commercial ou encore de bail à usage. Ainsi, le tiers se substitue juridiquement au propriétaire de l'installation pour devenir l'autoproduiteur. Ces contrats devront prendre en compte la durée de l'installation, la mise en place de servitudes pour la société de maintenance ou encore la pose des câbles électriques reliant l'installation au réseau.

Le deuxième frein concerne le périmètre de l'autoconsommation collective limité « *en aval d'un même poste public de transformation d'électricité de moyenne en basse tension* » (poste HTA-BT), selon l'article L. 315-2 du Code de l'énergie. Cela n'est pas cohérent avec la réalité spatiale des projets d'autoconsommation qui sont le plus souvent raccordés à plusieurs postes HTA-BT, et pour lesquels des regroupements par logique territoriale semblent plus pertinents, incluant des bâtiments à la fois tertiaires et industriels. Cela permettrait alors d'aligner les plages horaires de consommation avec celles d'autoproduction.

L'autoconsommation collective fait intervenir plusieurs producteurs ou consommateurs, regroupés au sein d'une personne morale organisatrice (article L. 315-2 du Code de l'énergie). Le législateur n'a pas spécifié la forme que devait prendre cette personne morale. Les statuts suivants peuvent alors être envisagés : association, coopérative, syndicat de copropriété ou société. L'objet social reste lui aussi indéterminé, si bien qu'il peut recouvrir un champ limité à l'opération d'autoconsommation ou alors un champ élargi, prenant en compte la sobriété énergétique globale d'un quartier par exemple. Il n'est pas non plus précisé si la personne morale peut assurer la gestion de plusieurs opérations d'autoconsommation. Le traitement des données personnelles relatives à la consommation des ménages par la personne morale, *via* notamment la clé de répartition, doit également être un sujet d'attention pour le promoteur du projet.

Il existe également un frein fiscal. En effet, le développement de la production décentralisée de l'électricité

vient réinterroger les deux principales catégories d'utilisateurs, les producteurs (injection) et consommateurs (soutirage), qui peuvent être la même personne dans une opération d'autoconsommation. Actuellement, la part variable du tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE) – c'est-à-dire l'électricité soutirée du réseau public – ne s'applique pas à l'autoconsommation individuelle ; en revanche, une double tarification optionnelle pour l'utilisation du réseau est appliquée pour l'autoconsommation collective depuis le 1^{er} août 2018 avec un tarif plus bas que la moyenne pour les flux autoconsommés et plus haut pour l'électricité achetée. Ce tarif « *alloproduit* » majoré de l'ordre de 15 % pour les kilowattheures consommés par l'autoconsommateur auprès de son fournisseur habituel a pour conséquence de pénaliser le développement de ces opérations. De plus, l'article L. 315-2 du Code de l'énergie exonère les opérations

« L'autoconsommation, victime d'un cadre réglementaire défavorable, répond pourtant à un souhait des citoyens de devenir des consommateurs actifs, privilégiant les circuits courts et soutenant la production locale ».

d'autoconsommation collective du régime de l'achat pour revente, rendant plus attractif ce système à l'autoconsommation sur site. Concernant la contribution au service public de l'électricité (CSPE) et des taxes locales sur la consommation finale d'électricité (TLCFE), une différence de traitement existe entre l'autoconsommation individuelle et collective puisque la première bénéficie d'une exonération pour toutes les installations de moins de 1 000 kW en autoconsommation totale ou partielle (article 266 quinquies C du Code des douanes) ce qui n'est pas le cas pour la seconde. Cette exonération est pourtant indispensable au développement économique des projets.

Enfin, le monopole du gestionnaire du réseau public de distribution (ENEDIS) engendre des relations difficiles. Elles sont le fruit d'un système énergétique centralisé et nécessitent des ajustements en raison du développement de l'autoconsommation, instrument au service d'une énergie décentralisée. L'article L. 315-6 du Code de l'énergie prévoit ainsi que le gestionnaire doit mettre en œuvre les dispositifs techniques et contractuels « *dans des conditions transparentes et non discriminatoires des opérations d'autoconsommation* ». ENEDIS a longtemps rejeté les demandes de raccordement indirect, c'est-à-dire une installation

raccordée à un réseau privé, lui-même raccordé au réseau public de distribution. La Cour de cassation a confirmé cette position défavorable au développement de l'autoconsommation collective, considérant que seuls les gestionnaires de réseau public d'électricité pouvaient être en mesure d'assurer une mission de gestion d'un réseau (Cass. Com., 4 septembre 2018, n° 17-13015). La loi du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures a ensuite consacré la notion de réseaux intérieurs des bâtiments (articles L. 345-1 et suivants du Code de l'énergie). Est ainsi permise l'installation d'un unique compteur pour tout un immeuble avec un réseau intérieur acheminant l'électricité à tous les bureaux. Ils ne sont en revanche réservés qu'aux bâtiments à usage tertiaire ou accueillant un service public. Le problème demeure pour les opérations d'autoconsommation collective à usage d'habitation.

II. UNE LEVÉE FUTURE DES CONTRAINTES RÉGLEMENTAIRES ANNONÇANT L'ESSOR DE L'AUTOCONSUMMATION |||||

A. LA CONSÉCRATION DE L'AUTOCONSUMMATION PAR LA DIRECTIVE EUROPÉENNE DU 11 DÉCEMBRE 2018

La directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables fixe un objectif contraignant de produire 32 % d'énergie à partir d'énergie renouvelable d'ici 2030, renforçant l'intérêt de l'autoconsommation. L'article 21 consacre le droit pour les consommateurs de devenir des autoconsommateurs d'énergies renouvelables, de manière individuelle ou collective.

Tout d'abord, il est prévu que les autoconsommateurs ne doivent pas être soumis à des procédures et à des frais discriminatoires ou disproportionnés en ce qui concerne l'électricité qu'ils prélèvent ou injectent dans le réseau et l'électricité produite à partir de sources renouvelables qu'ils ont eux-mêmes produites et qui reste dans leurs locaux. La France devrait ainsi réviser le régime fiscal applicables à l'autoconsommation (TURPE, CSPE, TLCFE). Ensuite, les opérations d'autoconsommation doivent pouvoir recourir à des installations de stockage d'électricité sans être tenues de s'acquitter de quelconques frais payés en double, notamment de frais d'accès au

réseau pour de l'électricité stockée qui reste dans leurs locaux. Cela s'inscrit en accord avec la proposition de révision de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité adoptée fin décembre 2018 et qui définit pour la première fois le stockage de l'énergie [article 2 (47)].

De plus, la possibilité pour les États membres d'imposer des frais, non discriminatoires et proportionnés, aux autoconsommateurs est conditionnée à trois hypothèses : 1) si l'électricité produite fait l'objet d'un soutien *via* un régime d'aide ; 2) si la part globale des installations en autoconsommation dépasse 8 % de la capacité électrique installée après le 1^{er} janvier 2026 ; 3) si l'électricité renouvelable produite par les autoconsommateurs est produite dans des installations d'une capacité électrique installée totale supérieure à 30 kW. Il en résulte surtout une volonté d'interdire les frais et charges jusqu'en 2026 pour l'énergie autoconsommée afin de parvenir à un déploiement économiquement rentable.

La directive ne restreint pas le périmètre d'une opération d'autoconsommation contrairement au droit français existant et enjoint les États membres à lever les obstacles injustifiés existants. La France semble avoir anticipé ces dispositions puisque la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE) adoptée définitivement le 11 avril 2019 prévoit d'élargir le périmètre de l'autoconsommation collective selon des critères de proximité géographique qui seront fixés par arrêté ministériel. Cependant il ne s'agit que d'une expérimentation d'une durée de cinq ans faisant courir un risque pour les investisseurs. Enfin, l'installation de l'autoconsommateur d'énergies renouvelables peut être détenue ou gérée par un tiers, confirmant ainsi la volonté de rendre possible le tiers investissement en France.

L'adoption de la présente directive devrait contribuer prochainement à la révision de la réglementation française concernant l'autoconsommation. Elle s'accorde parfaitement avec les déclarations faites dans le cadre du plan gouvernemental « *Place au soleil* » du 28 juin 2018 et de la délibération du 15 février 2018 de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE).

B. L'AUTOCONSOMMATION, VECTEUR FUTUR DE CRÉATION DE COMMUNAUTÉS D'ÉNERGIE RENOUVELABLE

L'autoconsommation, victime d'un cadre réglementaire défavorable, répond pourtant à un souhait des citoyens de devenir des consommateurs actifs, privilégiant les

circuits courts et soutenant la production locale. L'autoconsommation permet de comprendre les enjeux de la production d'électricité et donc, *in fine*, de contribuer à maîtriser la consommation.

Ces comportements s'inscrivent dans la démarche de sobriété énergétique, c'est-à-dire la préparation à une contrainte énergétique durable, l'adaptation à une offre énergétique renouvelable, une répartition plus équitable de l'énergie et le renforcement de la capacité d'adaptation, de la résilience des territoires et de leurs populations.

À ce titre, l'article 22 de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables consacre la notion de communautés d'énergie renouvelable et ce n'est pas un hasard si cet article suit celui relatif à l'autoconsommation (article 21).

Une communauté d'énergie renouvelable correspond à une entité juridique reposant sur une participation ouverte et volontaire, autonome, contrôlée effectivement par des actionnaires ou membres se trouvant à proximité des projets dont l'objectif premier est de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses membres. Les États membres doivent veiller à ce qu'elle soit autorisée à « *produire, consommer, stocker et vendre de l'énergie renouvelable, y compris par des contrats d'achat d'électricité renouvelable* » en prévoyant un cadre favorable visant à promouvoir leur développement en levant « *les obstacles réglementaires et administratifs injustifiés* » et les « *traitement[s] discriminatoire[s]* ».

À la lecture de la directive, l'autoconsommation collective apparaît comme une sous-catégorie de la notion de communauté d'énergie renouvelable. Lors de la transposition de la directive, devant intervenir avant le 30 juin 2021, la France devra donc veiller à la compatibilité du régime de l'autoconsommation collective avec la notion de communauté d'énergie renouvelable.

Les communautés d'énergie renouvelable apparaissent comme une nouvelle façon de faire interagir à la fois les populations, les collectivités publiques, les entreprises et les territoires. Elles ne sont en rien assimilables à du communautarisme mais bien au contraire, elles rassemblent consommateurs et producteurs pour une prise de conscience des enjeux climatiques.

2019-4885

Agenda



JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Les pactes d'actionnaires : principales évolutions jurisprudentielles récentes et nouveau régime à la veille de la ratification de l'ordonnance de réforme du droit des obligations
6 juin 2019

Journal Spécial des Sociétés

8, rue Saint Augustin 75002 Paris

Renseignements : Marie-Louise Bona 01 47 03 10 10

formations@jss.fr

www.jss.fr/Formations-Calendar.awp

2019-3215

COLLÈGE DES BERNARDINS ET AVOCATS DES BERNARDINS

Conférence-débat : Celui qui a l'autorité détient-il le pouvoir ?

11 juin 2019

Collège des Bernardins

20, rue de Poissy 75005 Paris

Renseignements : 01 53 10 74 44

webmaster@collegedesbernardins.fr

www.collegedesbernardins.fr/content/celui-qui-lautorite-detient-il-le-pouvoir

2019-3268

UNIVERSITÉ DE RENNES 1

La gouvernance des entreprises familiales

13 juin 2019

Faculté de droit et de science politique – Amphi III

9, rue Jean Macé 35000 Rennes

Renseignements : Élisabeth Huard 02 23 23 30 33

secretariat-iode@univ-rennes1.fr

gef.sciencesconf.org

2019-3225

PLATEFORME RESSOURCES HUMAINES D'ÎLE-DE-FRANCE ET MINISTÈRE DE LA JUSTICE

2^e édition du Forum mobilité inter fonction publique d'Île-de-France

13 juin 2019

Ministère de la Justice, Le Millénaire 3

35, rue de la Gare 75019 Paris

www.eventbrite.fr/e/billets-2e-edition-du-forum-mobilite-inter-fonction-publique-60917623251

2019-3265

COMPAGNIE DES CONSEILS ET EXPERTS FINANCIERS

Quelle valorisation des PME en 2019 ?

13 juin 2019

Hotel Carlton Lille

3, rue Pierre Mauroy 59000 Lille

Renseignements : 01 44 94 27 70

ccef@ccef.net

www.ccef.net

2019-3265

La blockchain : un outil intéressant au service de l'autoconsommation collective



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Amélie Noilhac,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

Comme rappelé précédemment, l'autoconsommation collective est l'opération permettant à un groupement de consommateurs et/ou producteurs géographiquement proches de réaliser des transactions d'électricité à l'échelle locale. Pour effectuer une telle opération, il convient donc de mettre en place un cadre contractuel de transactions d'électricité entre sites d'injection et de soutirage, et donc de gérer au mieux l'offre et la demande de ces sites. L'article L. 315-2 du Code de l'énergie tel que modifié par le décret 2017-676 du 28 avril 2017 dispose en effet que l'« opération d'autoconsommation est collective lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale et dont les points de soutirage et d'injection sont situés en aval d'un même poste public de transformation d'électricité de moyenne en basse tension ».

L'article 43 de la loi PACTE adoptée le 11 avril 2019 modifie cet article et précise que la mise en œuvre de la tarification spéciale prévue à l'article suscitée n'est pas applicable aux utilisateurs participant à une opération d'autoconsommation collective « sur le réseau basse tension et respectent un critère de proximité géographique défini par arrêté du ministre chargé de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie ». La loi PACTE contribue donc à un élargissement des exonérations relatives à l'autoconsommation collective ainsi que du périmètre de celle-ci.

Après avoir défini l'intérêt que peut avoir le recours à la technique de blockchain (I),

il s'agira de définir ses avantages (II), ses premières réalisations (III) et les difficultés juridiques auxquelles elle se heurte (IV).

I. LA BLOCKCHAIN : POUR QUOI FAIRE ?

Des initiatives de recherches et les différents projets actuels indiquent que la technologie de la blockchain pourrait potentiellement apporter de nombreuses solutions aux défis énergétiques. Les exigences des systèmes énergétiques futurs peuvent être résumées par trois grands principes : la décarbonation, la décentralisation et la digitalisation, tel que spécifié dans le paquet « union de l'énergie » de la Commission européenne¹. Cependant, la structure des réseaux énergétiques apparaît peu adaptée à la génération d'électricité de la part de particuliers et surtout à l'injection de cette dernière sur les réseaux.

La blockchain est un système collaboratif de gestion d'un registre distribué, pouvant fournir différents services liés à la donnée comme son stockage, son échange ou encore l'exécution d'un code dans le cadre des *smart contracts*. La blockchain possède désormais un mode de gestion évitant qu'un seul acteur détienne les droits de détention, de lecture, d'écriture et de validation de ces données. Ce modèle peut être intéressant dans les opérations d'autoconsommation collective, en dématérialisant le processus d'analyse de l'énergie consommée et/ou disponible ainsi qu'en dématérialisant les contrats de fourniture d'électricité.

La blockchain pourrait ainsi représenter un vecteur de désintermédiation pour l'autoconsommation collective au travers de

la désignation d'un opérateur de comptage/prestataire de service qui serait chargé d'interpréter les données recueillies par le comptage de la consommation électrique. Les opérateurs transmettent des données de comptage « brutes » au prestataire qui leur rendent les résultats intégrant les transactions entre participants à l'autoconsommation collective.

Un réseau énergétique utilisant la blockchain permet également une productivité plus conséquente en supprimant les intermédiaires : en effet, les transactions étant automatisées, le lien de confiance envers les acteurs du secteur n'a pas besoin d'être réaffirmé. L'architecture de la blockchain dans le cadre énergétique permet donc la réalisation de transactions relatives à des flux électriques sans la présence d'intermédiaires, ce qui implique une traçabilité parfaite des données tout en rendant impossible la création de transactions fictives.

II. LES AVANTAGES LIÉS À LA BLOCKCHAIN DANS LE CADRE DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

La transition énergétique présente de nombreux défis : la production d'énergie est en pleine transformation en devenant plus volatile et décentralisée, les consommateurs peuvent devenir producteurs et les fournisseurs agrégateurs (les « *prosumers* » ou « *consomm'acteurs* »), tandis que les autres acteurs intermédiaires doivent s'adapter à ces évolutions. La blockchain peut permettre l'avènement de marchés locaux de l'électricité (« *microgrids* ») ainsi qu'une meilleure information des consommateurs quant à leur consommation énergétique.²

1) Communication de la Commission européenne, Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique, Paquet « union de l'énergie », 25 février 2015, COM 2015 (80) final.

2) *Blockchain technology in the energy sector : A systematic review of challenges and opportunities*, M. Andoni et al, Renewable and Sustainable Energy Reviews, vol. 100, février 2019 : <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364032118307184>

Dans le contexte énergétique, la technologie blockchain repose ainsi sur quatre piliers principaux : (1) la technologie *peer-to-peer* où les utilisateurs sont interconnectés sans aucune autorité centrale ; (2) le registre d'information est « distribué », c'est-à-dire que tous les participants au réseau ont accès à la même information ; (3) les informations sont cryptées afin de protéger leur intégrité et leur sécurité ; (4) la vérification de la modification du registre d'information est effectuée par les participants eux-mêmes qui confirment les modifications.³

Ce système de blockchain pourrait ainsi tout d'abord contribuer à une plus grande certification d'informations, en assurant la véracité des certifications d'origine, des paiements de taxes sur le CO₂, ou du système d'échange des droits d'émission. En effet, la fraude à ces certifications ne pourrait intervenir dans un système élaboré pour la blockchain puisque les modifications du registre ne peuvent être effectuées qu'avec l'approbation de ses participants. Par ailleurs, ce système peut également être utilisé afin d'enregistrer de manière fiable les informations relatives à la consommation réelle des collectivités et des particuliers, permettant ainsi une facturation plus exacte et plus transparente.

La blockchain permet également la souscription de *smart contracts*, c'est-à-dire un contrat dont les termes ont été élaborés de manière automatique, le système lui-même garantissant l'honnêteté de la transaction.

La blockchain permet surtout la sécurité des données, le registre contenant l'ensemble de l'historique des enregistrements effectués depuis sa création, sans que l'on puisse le modifier. Le caractère décentralisé du registre permet également de maximiser sa disponibilité, car la probabilité qu'aucun serveur ne puisse répondre à un instant donné est très faible.

Par ailleurs, un désavantage de la blockchain réside dans son empreinte énergétique, dûment évaluée dans le cadre de la « mine » des Bitcoins. En effet, « l'exploration de données » implique de résoudre des problèmes mathématiques pour valider des transactions. Le grand nombre de machines fonctionnant simultanément entraîne donc une énorme consommation d'énergie. En mars 2018, le réseau bitcoin a atteint 57 TWh de besoins annuels en électricité, (soit plus de 85 %



sujet de la photo

de la consommation de la République Tchèque). Une seule transaction bitcoin nécessite plus de 500 000 fois plus d'énergie qu'une transaction Visa, ce qui entraîne d'énormes émissions de carbone.⁴ Le système blockchain dans le cadre de l'autoconsommation collective serait évidemment simplifié en comparaison avec le minage des bitcoins (ou le système blockchain Ethereum), mais il convient cependant de s'intéresser à l'empreinte carbone que cela créerait dans le contexte de l'objectif de neutralité carbone en 2050⁵.

Dans le cadre de la vérification de garanties d'origine, la blockchain pourrait permettre un meilleur suivi de l'échange de ces dernières, tout en garantissant leur authenticité. Greenpeace a en effet informé le public dans un rapport de 2018 quant au *greenwashing* effectué par les fournisseurs d'énergies prétendant vendre une électricité « verte » lorsque ce n'était pas le cas⁶. Pourtant, la directive 2009/28/CE, désormais la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation d'énergie à partir de sources renouvelables, précise la procédure devant être effectuée en ce qui concerne les garanties d'origine.

L'article 19(2) de cette dernière dispose que « Les États membres peuvent prévoir que des garanties d'origine soient émises pour des énergies produites à partir de sources non renouvelables. L'émission de garanties d'origine peut être soumise à une limite

minimale de capacité. La garantie d'origine correspond à un volume type de 1 MWh. Une garantie d'origine est émise au maximum pour chaque unité d'énergie produite. Les États membres veillent à ce que la même unité d'énergie produite à partir de sources renouvelables ne soit prise en compte qu'une seule fois. ».

Dans ce cadre, la blockchain peut permettre la traçabilité de l'électricité dans un registre digital, en inscrivant sur ce dernier les caractéristiques propres à une certaine quantité d'énergie produite. L'on pourrait ainsi envisager le remplacement du registre du régulateur national Povernext par un registre tenu grâce à la blockchain. Cela permettrait une clarté plus conséquente pour les consommateurs et les producteurs en évitant le *greenwashing* actuel. En revanche, il convient de déplorer le fait que la directive ne prévoient des garanties d'origine que pour des unités de 1 MWh, puisque cela ne peut concerner les petits et moyens projets ne produisant que des faibles montants d'énergies.

Enfin, la blockchain serait évidemment un outil majeur dans le suivi et le diagnostic en temps réel de la consommation énergétique. En effet, elle pourrait permettre d'instaurer de l'échange *peer-to-peer* et de l'autoconsommation collective dans un système décentralisé. Les producteurs et les consommateurs pourraient ainsi échanger l'énergie dans un cadre harmonisé, stable et sécurisé.

3) <https://www.pwc.fr/fr/assets/files/pdf/2018/12/fr-pwc-transition-energetique-blockchain.pdf>

4) Que signifie la blockchain pour le secteur des énergies renouvelables ? EKOenergy : <https://www.ekoenergy.org/fr/what-does-blockchain-mean-for-the-renewable-energy-sector/>

5) Communication de la Commission Européenne, A Clean Planet for all A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy, COM 2018/773, 28 novembre 2018 : https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/pages/com_2018_733_en.pdf

6) <https://www.guide-electricite-verte.fr/>

III. LES EXEMPLES DÉJÀ EN COURS

De nombreux États ont mis en place des projets liés à la blockchain et plus spécifiquement dans le cadre de « *quartiers connectés* » à New York ou Amsterdam, et ce afin de permettre une meilleure maîtrise de la consommation énergétique.

À Amsterdam, le projet City-zen connecte plus de 10 000 personnes à un réseau intelligent permettant des optimisations à moindre coût, l'intégration de la production d'électricité renouvelable et l'assurance de la bonne distribution de l'énergie électrique. En effet, un citoyen connecté à ce réseau peut aisément produire de l'électricité et la vendre à son voisin. Aux États-Unis, un excellent exemple de l'interaction entre blockchain et autoconsommation collective est le projet de *Transactive Grid* dans le quartier de Brooklyn, qui met en relation des maisons d'un même quartier produisant de l'énergie photovoltaïque et dont la rémunération des transactions est effectuée en cryptomonnaie (bitcoin majoritairement)⁷. En Allemagne, le projet local Conjoule s'est allié avec l'entreprise énergétique Innogy afin de créer un micro-réseau où les producteurs d'énergie et les consommateurs peuvent interagir sans intermédiaire. Ce projet compte ainsi sur un compteur intelligent installé chez chaque producteur et mesure le soutirage de l'électricité sur le réseau. En retour, les consommateurs peuvent savoir à quel moment de la journée l'électricité est plus abondante et donc bon marché, l'intégralité des données étant partagée entre participants.⁸

En France, les entreprises Microsoft, Bouygues construction et Energisme ont mis en place un projet similaire dont le but est d'intégrer des solutions innovantes aux éco-bâtiments du quartier Confluence à Lyon⁹. Ce projet de micro-réseau permet une solution basée sur une technologie blockchain pour la gestion de l'autoconsommation collective. Les données de consommation et de production d'électricité sont cryptées, signées et enregistrées directement à partir des compteurs communicants¹⁰.

Le développement de cette interaction entre blockchain et autoconsommation se fait cependant discret, du fait du cadre juridique français incertain autour de l'autoconsommation collective ne favorisant pas de tels projets. En effet,

le périmètre susceptible d'être utilisé en autoconsommation est trop restreint pour des projets plus conséquents, malgré l'adoption de l'amendement sur la loi PACTE et dans l'attente de l'arrêté ministériel prévu par son article 43.

IV. LES ÉCUEILS DU CADRE JURIDIQUE FRANÇAIS RELATIVEMENT À LA BLOCKCHAIN

En dehors des lacunes quant au régime juridique entourant l'autoconsommation collective en France, laquelle prévoit l'intervention du gestionnaire de réseau et des conditions fiscales peu encourageantes (par ex. le TURPE), d'autres obstacles juridiques freinent le développement de la blockchain dans le secteur énergétique.

Par exemple, la souscription de *smart contracts* peut être délicate *a priori*, puisque les contrats en droit français ne sont pas formés de manière automatique, tel que disposé depuis la réforme de 2016 par les articles 1101 et suivants du Code civil. L'on pourrait cependant imaginer une adaptation permettant de souscrire à un contrat une seule fois de manière « *classique* », mais dont les dispositions changeraient en fonction des données recueillies par l'opérateur

« Différents projets actuels indiquent que la technologie de la blockchain pourrait potentiellement apporter de nombreuses solutions aux défis énergétiques ».

du système grâce à la blockchain (prix dégressifs, baisse de consommation). Les échanges réalisés, s'ils ne nécessitent pas de tiers comme un distributeur, ne sont pas couverts par un contrat, la validation de la transaction sur la blockchain ne s'y substituant pas légalement. Ce vide légal serait bien problématique en cas de litige sur les volumes fournis.

En ce qui concerne le potentiel usage des cryptomonnaies, l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier dispose que la monnaie en France reste l'euro. La loi PACTE prévoit des aménagements quant à l'utilisation des cryptomonnaies comme le Bitcoin dans le domaine des assurances-vie, mais pas spécifiquement en ce qui concerne le paiement relatif à une exécution contractuelle.

Enfin, un obstacle demeure quant au rôle que joue le gestionnaire de réseau dans l'autoconsommation collective, puisque ce dernier contrôle l'injection d'énergie sur le réseau. Or, ce passage par un intermédiaire va à l'encontre de réseaux liés par la blockchain dans un périmètre plus élargi qu'un quartier d'une ville. L'article 17(1) de la directive 2018/2001 dispose que « *Les États membres établissent une procédure de notification simple pour les connexions au réseau par laquelle les installations ou les unités de production agrégées des autoconsommateurs d'énergies renouvelables et les projets de démonstration d'une capacité électrique inférieure ou égale à 10,8 kW, ou équivalente pour le raccordement autres que les connexions triphasées, doivent être raccordés au réseau à la suite d'une notification au gestionnaire de réseau de distribution* ». La transposition de la directive devant être effectuée avant 2021, il semble que les modalités ou le rôle joué par le gestionnaire de réseau doivent évoluer afin d'atteindre l'objectif de promotion de l'utilisation des énergies renouvelables présent dans cette dernière.

V. CONCLUSION

La blockchain pourrait permettre un vrai changement s'inscrivant dans la transition écologique et énergétique. Les producteurs d'électricité pourraient vendre l'électricité produite directement sur le réseau, l'usage de la blockchain permettant de mesurer la distribution de l'énergie et surveiller le respect des clés de répartition. Cette configuration en *peer-to-peer* modifierait le rôle pour le moment attribué au gestionnaire de réseau puisque son intervention ne serait plus requise. Par ailleurs, cette technologie peut avoir un impact net sur la société et les consommateurs en leur laissant le choix de consommer de l'énergie vraiment verte au travers des garanties d'origine qui seraient ainsi infalsifiables.

7) <https://lo3energy.com/>

8) <http://newenergyupdate.com/blockchain-energy/innogy-and-conjoule-offer-community-solar-test-case-key-questions-remain>

9) <https://www.actu-environnement.com/ae/news/bouygues-blockchain-lyon-photovoltaïque-autogestion-smart-grid-27675.php4>

10) <https://www.bouygues-immobilier-corporate.com/fr/communiqué-de-presse/bouygues-immobilier-sassocie-straturn-et-energisme-pour-deployer-une>

Le stockage au travers de l'hydrogène : solution à l'intermittence des renouvelables



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Amélie Noilhac,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

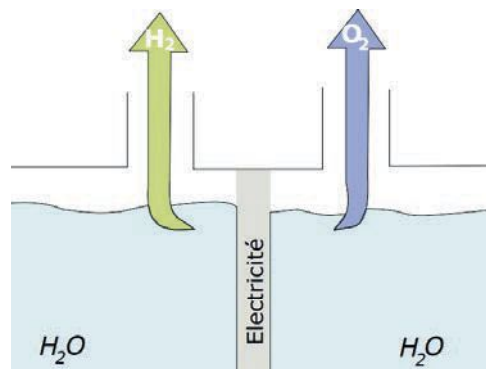
Dans le contexte actuel de transition énergétique et écologique, le stockage de l'énergie apparaît comme une solution idoine pour favoriser l'insertion des énergies renouvelables par nature intermittentes, l'énergie éolienne dépendant du vent et le photovoltaïque de l'ensoleillement. Le stockage de l'énergie apparaît surtout comme un instrument de flexibilité pour le réseau électrique, permettant ainsi d'en diminuer les coûts au travers d'une gestion plus maîtrisée de la demande énergétique. En effet, la France étant un État particulièrement nucléarisé, elle accuse régulièrement des déséquilibres entre consommation et production d'électricité qui pourraient être allégés par une intégration croissante du stockage des énergies renouvelables¹. Le stockage de l'énergie est ainsi un sujet éminemment contemporain dans le contexte de la transition énergétique, tel que reconnu par l'Union européenne lors de l'adoption de son paquet législatif « Une énergie propre pour tous les Européens » en décembre 2018.

En l'absence de documents réglementaires définissant le stockage en droit de l'Union européenne, la Commission européenne le définit dans un document interne comme étant « le fait de reporter une partie de l'énergie produite jusqu'au moment de l'utilisation, soit comme énergie finale, soit comme énergie convertie en un autre vecteur énergétique »². Autrement dit, le stockage de l'énergie consiste à préserver une quantité d'énergie pour une utilisation ultérieure. Cette énergie, stockée lorsque sa disponibilité est supérieure aux besoins, peut être restituée à un moment où la demande s'avère plus importante.

En droit français, l'article 1 de l'arrêté du 7 juillet 2016 pris en application des articles D. 141-12-5, D. 142-9-2, D. 142-9-3 et D. 142-9-5 du Code de l'énergie liste de manière non exhaustive les installations de stockage de l'énergie comme étant « un ensemble

d'équipements de stockage stationnaire de l'électricité permettant de stocker l'énergie électrique sous une autre forme, puis de la restituer en énergie électrique tout en étant couplé aux réseaux publics d'électricité. Les technologies de ces équipements regroupent notamment les stations de transfert d'énergie par pompage, le stockage par air comprimé, le stockage par conversion de l'électricité en hydrogène, les batteries électrochimiques et les volants d'inertie. L'installation est raccordée directement à un réseau public d'électricité ou indirectement, par l'intermédiaire d'installations appartenant à un utilisateur de ce réseau. »

Dans un avis publié début avril 2019, le CESE considère le stockage de l'énergie au travers de l'hydrogène selon la technique du « power to gas » comme « le moyen le plus prometteur de stockage massif inter-saisonnier des énergies renouvelables électriques intermittentes »³. En effet, l'hydrogène peut devenir un vecteur de stockage selon le schéma ci-dessous : l'électricité excédentaire, c'est-à-dire celle non consommée sur place, est utilisée pour réaliser une électrolyse de l'eau (les molécules d'eau sont décomposées en hydrogène et oxygène à l'aide d'un courant électrique) ; l'électricité ainsi convertie en hydrogène est stockable sous forme gazeuse, liquide ou solide.



[Schéma simplifié explicatif de l'électrolyse, permettant ainsi la production de dihydrogène (H₂) à partir d'électricité]

Quand le besoin se manifeste, cette énergie est ensuite restituée *via*, par exemple, une pile à combustible, qui reconvertit l'hydrogène et l'oxygène en électricité (et en eau) pendant les périodes de forte consommation. Il est également possible d'utiliser l'hydrogène en l'injectant dans le réseau de gaz naturel, qui peut absorber en France une proportion d'hydrogène allant de 5 à 15 % en moyenne.

Les différentes techniques de stockage de l'énergie sont par ailleurs reprises dans le projet de consultation de la PPE (point 5.3.6 du projet de la PPE). On peut également différencier ici le stockage de gaz naturel, qui obéit à un cadre réglementaire particulier et qui ne consiste pas à transformer une énergie existante dans le but de la stocker.

La présente étude se concentrera ici sur le stockage d'énergies renouvelables, plus particulièrement de l'électricité produite par des panneaux photovoltaïques ou encore par l'énergie éolienne, du fait que le caractère intrinsèquement intermittent de ces sources renouvelables résulte en un besoin de stockage plus prépondérant.

De nombreux projets concernant le stockage de l'énergie produite par des sources ENR voient le jour, la communauté urbaine de Dunkerque a ainsi développé depuis juin 2018 le projet « Grydh », une installation « power to gas » qui permet de stocker l'excédent d'énergies renouvelables produit *via* la conversion de l'électricité en hydrogène. Ce projet alimente 100 logements situés à vol d'oiseau de l'installation et devrait en alimenter 200 à l'avenir. Dans ce cadre, l'ADEME a publié le 25 février 2019 un appel d'offre pour la production et fourniture d'hydrogène décarboné pour des consommateurs industriels, visant à inscrire les développements de l'hydrogène dans une trajectoire de transition écologique et énergétique et dans une démarche de compétitivité de la filière.

1) <http://www.uic.fr/Positions-expertises/Publications/Guides-techniques/DT-117-Flexibilite-de-consommation-electrique-Effacement>

2) <https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/Proposed%20definition%20and%20principles%20for%20energy%20storage.pdf>

3) CESE, avis sur la PPE, avril 2019 p. 31, https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2019/2019_10_climat_energie.pdf ; voir également rapport de l'ADEME de 2014 : https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/20140409_rapport-potential-stockage-NRJ.pdf

Le 11 janvier 2019, la Commission de Régulation de l'Énergie a lancé un appel à contribution sur le stockage de l'électricité par batteries, rappelant que le développement du stockage en France est moindre à comparaison de nos voisins européens et recommandant une insertion facilitée dans le système électrique.

En effet, le cadre juridique du stockage de l'énergie varie selon les États de l'UE : à titre d'exemple, l'Allemagne dispose d'un cadre juridique particulièrement développé quant à la promotion des énergies renouvelables au travers de sa politique d'*Energiewende* (2011). Le développement du stockage des énergies renouvelables étant tributaire de la production de cette dernière, les États ayant un mix énergétique plus diversifié sont ainsi dotés d'une plus grande capacité de stockage, l'Allemagne disposant en 2018 d'une capacité de stockage de 600 MW⁴, alors qu'elle ne dispose pas de réglementation particulière. Par ailleurs, l'Union européenne s'est engagée à ce que 32 % de sa consommation énergétique soit d'origine renouvelable en 2030 lors de l'adoption de la directive 2018/2001 le 11 décembre dernier. Il faudra donc une intégration plus conséquente du stockage de ces énergies afin de pouvoir répondre à ces objectifs. Par conséquent, nous analyserons tout d'abord les multiples fonctions du stockage de l'énergie, plus particulièrement au travers de l'hydrogène (I.) avant de s'intéresser au cadre juridique français régissant ces technologies (II.).

I. LES MULTIPLES USAGES DU STOCKAGE DE L'ÉNERGIE DANS UNE STRATÉGIE DE DÉCARBONATION PROGRESSIVE DE LA SOCIÉTÉ

Afin de respecter les objectifs établis par l'article 1 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte de « porter la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie en 2020 et à 32 % de cette consommation en 2030 », le ministère de la Transition écologique et solidaire a publié en juin 2018 son plan de déploiement de l'hydrogène pour la transition énergétique, dans lequel il explique la nécessaire utilité de l'hydrogène pour atteindre ces objectifs afin de créer le « fondement d'un cercle économique vertueux ».

L'ADEME avait préalablement identifié, dans un rapport d'avril 2018, quatre contributions majeures de l'hydrogène à la transition énergétique et écologique, notamment au travers de la flexibilité des réseaux énergétiques, la promotion de l'autoconsommation et des mobilités propres ainsi que la décarbonation de l'utilisation de l'hydrogène industriel.



A. LE STOCKAGE COMME VECTEUR DE STABILITÉ DANS L'INTERMITTENCE DES RENOUVELABLES

La PPE mentionne ainsi que le stockage « *power to gas* », dont fait partie l'hydrogène, « permet d'aplanir les pointes de production et de transférer l'énergie vers les pointes de consommation et ce à de différentes échelles temporelles » et « apparaît ainsi comme une solution complémentaire aux effacements et au déploiement de réseaux intelligents pour accroître la part des énergies renouvelables » (partie 5.3.6). L'augmentation souhaitable du taux de pénétration des renouvelables augmentera de facto les besoins de stockage, pouvant être évalués quantitativement grâce à des études de scénario, tels ceux examinés dans la PPE (scénarios Volt et Ampère⁵). Il est évident que les besoins de stockage relatifs à l'approvisionnement énergétique dépendent néanmoins de l'utilisation de l'énergie nucléaire pour les prochaines années ainsi que des priorités mises par l'exécutif sur les énergies renouvelables.

Le stockage pourra ainsi permettre aux gestionnaires de réseaux de pouvoir mieux répondre à la demande énergétique, l'hydrogène permettant un stockage sur le long terme (d'une saison à l'autre), l'énergie stockée pouvant donc prendre le relai lors d'une demande énergétique particulièrement importante (notamment en hiver), en utilisant l'énergie produite au préalable par les parcs éoliens ou photovoltaïques.

Par conséquent, une utilisation pérenne du stockage de l'énergie contribuerait à favoriser le développement des énergies renouvelables en leur donnant une utilité plus adaptée à leurs caractéristiques et dont la génération est par définition intermittente.

Dans un second temps, l'hydrogène apparaît comme un vecteur énergétique intéressant pour rendre plus accessible l'autoconsommation, particulièrement dans les secteurs aujourd'hui isolés. L'autoconsommation peut être définie comme le fait pour un même acteur de consommer l'électricité qu'il a produite. En effet, le stockage au travers de l'hydrogène peut permettre un stockage d'électricité hybride au travers de batteries à court ou moyen terme couplé avec la chaîne hydrogène. Cela permettrait ainsi aux producteurs individuels d'électricité de consommer leur production sur le long terme, en ayant moins recours au réseau énergétique dans les saisons creuses. Dans le cadre d'un réseau gazier, il serait possible d'envisager que l'électricité produite puisse être consommée ou transformée en chaleur (« microcogénération ») ou, le cas échéant, réinjectée dans le réseau électrique.

Ainsi, le stockage de l'énergie et plus particulièrement au travers de l'hydrogène du fait de la technologie d'électrolyse permet de répondre à un besoin grandissant d'utilisation des énergies renouvelables, et ce afin de permettre la transition énergétique.

B. L'HYDROGÈNE COMME VECTEUR DE DÉCARBONISATION DE LA SOCIÉTÉ

Dans un premier temps, le stockage au travers de l'hydrogène permettrait un verdissement progressif des consommations industrielles. En effet, l'ADEME considère qu'à l'horizon 2035, le système électrique français comprendra 64 % de renouvelables susceptibles de fournir jusqu'à 30 TWh/an d'hydrogène, dont le coût avoisinerait les 5 €/kg, rendant donc l'hydrogène compétitif dans la mobilité mais surtout

4) https://www.bves.de/wp-content/uploads/2018/07/Speichermonitoring_Jahresbericht_2018_ISEA_RWTH_Aachen.pdf, p. 38.

5) <https://www.rte-france.com/fr/article/bilan-previsionnel>

l'industrie⁶. En effet, l'industrie, notamment la raffinerie et la chimie, est une grosse consommatrice d'hydrogène, pour le moment majoritairement issu d'énergies fossiles.

Dans son avis sur la PPE d'avril 2019, le CESE rappelle que la PPE prévoit un taux de pénétration de l'hydrogène décarboné de 10 % en 2023 et jusqu'à 40 % en 2028 (p. 31). Le plan de déploiement de l'hydrogène du MTES précise ainsi que l'utilisation d'hydrogène fossile est responsable de l'équivalent de 10 millions de tonnes de CO₂ par an. Si le stockage de l'électricité produite par des sources renouvelables était effectué au travers de l'hydrogène, cet hydrogène produit serait donc décarboné⁷, et permettrait une consommation verte pour les industries.

et non à sa production au travers de sources renouvelables, créant par conséquent un hydrogène décarboné. Il ressort également de l'article L. 142-9-1 du Code de l'énergie que ces installations doivent être enregistrées sur un registre mis à disposition du ministre chargé de l'énergie par le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité.

En ce qui concerne les opérations d'autoconsommation dans lesquelles le stockage des énergies renouvelables est abordé, l'article L. 315-1 du Code de l'énergie dispose qu'« une opération d'autoconsommation individuelle est le fait pour un producteur, dit autoproducteur, de consommer lui-même et sur un même site tout ou partie de l'électricité produite par son installation. La part de

autoconsommateurs individuels ou collectifs l'autorisation d'« b) Installer et exploiter des systèmes de stockage d'électricité combinés à des installations produisant de l'électricité renouvelable en vue d'une autoconsommation sans être tenus à s'acquitter de quelconques frais payés en double, notamment des frais d'accès au réseau pour de l'électricité stockée qui reste dans leurs locaux ».

Il est également important de souligner que dans le cadre de la directive, l'électricité stockée doit rester dans les « locaux » où elle a été produite, ce terme n'étant cependant pas défini au sein de ce texte et pourra être interprété largement. Il apparaît donc que ce sera à la législation des États de le définir, ce qui est intéressant dans le cadre des centrales de production d'électricité virtuelles et décentralisées, qui injectent généralement l'intégralité de leur production sur le réseau.

Les articles L. 341-1 et suivants du Code de l'énergie prévoient déjà que les utilisateurs du réseau paient un tarif réglementé de manière « transparente et non discriminatoire » et que les tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité peuvent être réduits d'un maximum de 50 % « pour les installations permettant le stockage de l'énergie en vue de sa restitution ultérieure au réseau, en fonction de l'efficacité énergétique de l'installation ».

Ainsi, la transposition de l'article 21 de la directive 2018/2001 en ce qu'elle prohibe les doubles taxations relativement à l'accès au réseau sera donc *a priori* déjà effective en droit français, les règles d'accès au réseau étant susceptibles de modifications dans le cadre de l'intégration de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

« Une utilisation pérenne du stockage de l'énergie contribuerait à favoriser le développement des énergies renouvelables »

Dans un second temps, le développement du stockage par l'hydrogène permettrait un verdissement de la mobilité, et ce au travers d'une utilisation croissante des batteries dans le parc voiturier électrique. L'hydrogène stocké dans un véhicule peut ainsi être converti en chaleur ou électricité *via* une pile et une batterie, ce qui permet la mobilité du véhicule ainsi que le chauffage de son habitacle. Selon l'ADEME, cette option paraît notamment pertinente dans les domaines des véhicules utilitaires et pour des flottes privées ou encore pour les trains. Ainsi, le gouvernement veut favoriser le développement de la mobilité en déployant jusqu'à 100 stations à hydrogène sur le territoire français en 2023 et faire passer de 350 à 5 000 le nombre de véhicules utilisant l'hydrogène, ces objectifs étant triplés pour 2028⁸.

l'électricité produite qui est consommée l'est soit instantanément, soit après une période de stockage ». Le stockage de l'énergie provenant de sources renouvelables est donc prévu en droit français dans le cadre de l'autoconsommation.

Par ailleurs, l'article D. 315-5 du même Code dispose quant à lui que « lorsque l'opération d'autoconsommation comprend une unité de stockage de l'électricité produite dans ce cadre, les quantités stockées par cette installation sont considérées comme celles d'un consommateur final de l'opération et les quantités déstockées comme celles d'un producteur de l'opération ».

En ce qui concerne le coût d'accès au réseau, l'article R. 341-1 du Code de l'énergie prévoit que les producteurs étant raccordés au réseau soient assujettis au paiement du TURPE, ce qui serait le cas des installations de stockage.

II. UN CADRE JURIDIQUE EN DÉVELOPPEMENT EN FRANCE ET DANS L'UE

Malgré ces multiples atouts du stockage de l'énergie au travers de l'hydrogène, il n'existe, en droit français et européen, qu'un cadre juridique précaire. Ainsi, l'on verra que l'exploitant d'opérations de stockage peut être considéré tantôt comme consommateur et tantôt comme producteur, en ignorant les réalités pragmatiques de ce type d'installations.

A. UNE RÉGLEMENTATION FRANÇAISE NON SPÉCIFIQUE À L'HYDROGÈNE

En premier lieu, les installations relatives à l'hydrogène en France ne sont pour le moment régies que par la rubrique 7415 des ICPE, qui renvoie à la production classique d'hydrogène,

B. UNE RÉGLEMENTATION DESTINÉE À ÉVOLUER PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Le considérant n° 60 de la directive 2018/2001 (refonte) du 11 décembre 2018 sur la promotion et l'utilisation des énergies renouvelables prévoit « qu'il est nécessaire de soutenir l'intégration au réseau de transport et de distribution de l'énergie produite à partir de sources renouvelables ainsi que l'utilisation de systèmes de stockage de l'énergie pour une production variable intégrée (...) notamment en ce qui concerne les règles en matière d'appel et d'accès au réseau ».

Seul l'article 21(2) de cette directive, dispose d'une obligation relative au stockage puisqu'elle prévoit, dans le cadre de l'autoconsommation, que les États membres doivent garantir aux

CONCLUSION

Le cadre juridique français régissant les installations de stockage ne semble pas suffisamment développé au regard des possibilités offertes par les technologies, les objectifs de la PPE et des normes européennes appelant à une intégration plus développée de ces dernières afin de pouvoir atteindre une société décarbonée. Ce n'est qu'au travers d'un cadre juridique incitatif que les énergies de sources renouvelables pourront se développer, il convient donc de souhaiter une transposition ambitieuse des nouvelles normes du paquet législatif « Une énergie propre pour tous les Européens » en droit national, à la hauteur des objectifs de transition énergétique pourtant maintes fois affirmés.

2019-4812

6) https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/fiche-technique_hydrogene_dans_la_te_avril2018_2.pdf

7) Il faut toutefois être prudent avec l'usage du mot décarboné qui, en France, joint aux énergies renouvelables, l'énergie nucléaire.

8) <http://www.afhypac.org/documents/divers/Hydrogene-en-France-2018.pdf>, p. 8.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

MERCREDI 28 SEPTEMBRE 2022 – N° 39

JOURNAL OFFICIEL D'ANNONCES LÉGALES, D'INFORMATIONS GÉNÉRALES,
JURIDIQUES, JUDICIAIRES ET TECHNIQUES DEPUIS 1898

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS ☎ 01 47 03 10 10

www.JSS.FR – 1,50 € – I.S.S.N. : 2491-1897

NUMÉRO THÉMATIQUE

L'ÉNERGIE AU CŒUR DES DÉBATS



**La sobriété et le droit
de l'environnement
d'aujourd'hui et demain - p.4**

**Le projet de loi d'accélération
des énergies renouvelables
répond-il aux attentes ? - p.18**

**Le cadre juridique
de l'hydrogène
décarboné - p.21**



**Confiez au JSS
vos annonces et
formalités légales**

 **WWW.JSS.FR**

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr
annonces@jss.fr

formalites@jss.fr
redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0623 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : hebdomadaire (mercredi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi
Journal imprimé sur papier recyclé – Certification PEFC

Vente au numéro : 1,50 € TTC
Abonnement annuel bi-média : 52 € TTC
Abonnement annuel numérique : 29 € TTC

Copyright 2022 :

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

ANNONCES LÉGALES

Par arrêté des préfets des départements concernés, le **Journal Spécial des Sociétés** est habilité à publier les annonces judiciaires légales dans les départements de **Paris (75)** du 30 décembre 2021, des **Yvelines (78)** du 28 décembre 2021, de l'**Essonne (91)** du 13 décembre 2021 des **Hauts-de-Seine (92)** du 16 décembre 2021, de la **Seine-Saint-Denis (93)** du 22 décembre 2021, du **Val-de-Marne (94)** du 31 décembre 2021, du **Val-d'Oise (95)** du 24 décembre 2021.

Les annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce publiées dans notre journal, sont automatiquement mises en ligne sur www.actulegales.fr.

Les prix sont fixés par l'Arrêté du 19 novembre 2021.

La direction décline toute responsabilité quant à la teneur des annonces légales.

TARIFS HT DES PUBLICITÉS AU CARACTÈRE

• Paris, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, et Val-de-Marne : 0,237 euros
• Yvelines, Essonne et Val-d'Oise : 0,226 euros

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES CONSTITUTIONS :

• EURL : 121 € • SNC : 214 €
• SAS : 193 € • SC : 216 €
• SARL : 144 € • SA : 387 €
• SCI : 185 € • SASU : 138 €

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES DISSOLUTIONS :

• Dissolution : 149 €
• Clôture : 108 €

SOMMAIRE

DROIT ET ÉNERGIE

▶ La sobriété et le droit de l'environnement d'aujourd'hui et demain	4
▶ Quel mix énergétique au regard des contraintes actuelles ?	8
▶ Puits de carbone, compensation carbone, crédit carbone : où en sommes-nous ?	11
▶ Le projet de loi d'accélération des énergies renouvelables répond-il aux attentes ?	18
▶ Le cadre juridique de l'hydrogène décarboné	21
▶ Financements publics, CPPA...	
Quel modèle économique pour le photovoltaïque ?	27
▶ Biodiversité et projets EnR : un équilibre fragile	30

ÎLE-DE-FRANCE

78 Trois mois consacrés à la rénovation énergétique autour de Saint-Germain-en-Laye	33
95 Val Parisis : produire de l'énergie par les toitures	34
75 Sobriété énergétique : la ville Lumière s'éteint	34
92 Le quartier d'affaires La Défense projette de réduire sa consommation de 15 % cet hiver	35
91 Les habitants de la communauté d'agglomération Val d'Yerres Val de Seine invités à participer au Plan Climat Air Energie	36
93 Les fournisseurs d'énergie et le département se mobilisent pour aider les ménages à payer leurs factures	37
94 Incendie à Rungis	37

AGENDA

35

ANNONCES LÉGALES

▶ Paris (75) _____	38
▶ Yvelines (78) _____	50
▶ Essonne (91) _____	51
▶ Hauts-de-Seine (92) _____	53
▶ Seine-Saint-Denis (93) _____	57
▶ Val-de-Marne (94) _____	59
▶ Val-d'Oise (95) _____	60

Lorsqu'au mois de juin nous avons décidé, avec la direction du JSS, de traiter de l'énergie dans le numéro de septembre, nous ne pensions pas que ce dernier serait à ce point d'actualité.

Ce sujet est aujourd'hui au cœur de tous les débats, et il peut être appréhendé de multiples façons.

Nous avons choisi de nous concentrer sur quelques problématiques majeures structurant tout le débat énergétique, qui dépassent bien évidemment le cadre français, et même le cadre européen, du fait de la guerre en Ukraine.

Ce numéro spécial commencera par traiter de la sobriété, qui est indéniablement passée de débat académique à réalité politique et économique.

Différent de l'efficacité énergétique auquel il s'ajoute, le concept de sobriété nous conduit à avoir une vision différente de notre développement économique.

C'est en outre un sujet éminemment structurant, comme l'est celui du choix du mix énergétique, normalement établi pour la France par la programmation pluriannuelle de l'énergie. Cependant, les circonstances actuelles remettent très clairement en cause cette programmation.

Le troisième article sera consacré au sujet de la compensation carbone et des crédits carbone, ou climat, dont le poids économique et financier, ainsi que l'importance pour la lutte contre le dérèglement climatique, sont essentiels.

Les papiers suivants seront consacrés à différents secteurs des énergies renouvelables, en commençant par un commentaire du projet de loi sur l'accélération des énergies renouvelables qui sera discuté au cours des mois de septembre et d'octobre. Ce projet de loi est centré sur le développement des énergies renouvelables (EnR). Toutefois, comme le démontrera la lecture de cet article, si un certain nombre de progrès sont faits dans le domaine de la simplification ou de l'accès de nouveaux territoires au développement des EnR, on est encore très loin de la massification indispensable pour parvenir à 40 % d'énergies renouvelables en 2030, objectif fixé par nos obligations communautaires.

Puis, nous nous intéresserons à l'hydrogène, source énergétique majeure pour l'avenir, et pour laquelle les investissements à l'échelle internationale sont de plus en plus considérables.

Enfin, nous consacrerons quelques pages au CPPA solaire, c'est-à-dire au développement des contrats susceptibles d'encadrer la vente d'électricité renouvelable. Cet article sera lu en complément de celui consacré au rapport entre la biodiversité et les énergies renouvelables, mettant en particulier l'accent sur l'intérêt du développement de l'agrivoltaïsme.

Cette édition thématique ne prétend pas à l'exhaustivité, car il faudrait un tome entier pour traiter le sujet, mais nous espérons qu'elle permettra au lecteur d'obtenir des réponses sur les questions à la fois économiques et juridiques qu'il est susceptible de se poser autour des sujets de l'énergie. La question énergétique nous confronte aujourd'hui à des défis majeurs.



*Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats*

2022-8871

La sobriété et le droit de l'environnement d'aujourd'hui et demain



**Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit**

Il est des époques où certains mots sont pleins de résonance et deviennent des slogans : tel est le cas aujourd'hui du vocable « sobriété ».

Le vrai sujet est de savoir si l'apparition d'untel concept qui n'a pas, a priori, de connotation sociale ou politique, mais plutôt une connotation individuelle, comme moyen et idéal à suivre pour une vie de mesure et de sagesse, est adapté à la situation invoquée. Voilà qu'il fait son apparition dans un contexte de basculement de civilisation, car la situation actuelle est telle du point de vue du risque lié au changement climatique. Il ne s'agit plus aujourd'hui de parler de transition écologique, mais de transformation écologique, tout cela dans un contexte d'organisation du droit international en plein basculement.

Toutefois, la question fondamentale pour le juriste est qu'il lui faut rechercher si l'appel à ce concept peut nous protéger de l'ivresse d'une société de production et de consommation, et contribuer alors à fonder une politique adaptée aux besoins des temps présents et futurs. Cela est une nécessité si nous voulons vraiment protéger et préserver les générations qui suivent.

Définition de la sobriété

Quoi qu'il en soit, l'appel au concept de sobriété nécessite d'en mesurer la portée sur trois plans différents : le plan des idées, le plan du politique, mais surtout, ce qui nous concerne particulièrement, le plan juridique.

Sur le plan des idées, pour bien comprendre l'intérêt et l'importance du concept de sobriété, il nous apparaît indispensable de prendre soin d'éviter deux erreurs d'interprétation qui consistent à assimiler cette notion à une forme de décroissance et de récession.

Sur le plan de la décroissance, l'appel à la sobriété peut impliquer une critique radicale de la modernité sur trois points. Une attaque centrée sur le modèle de croissance en termes quantitatifs et de produit intérieur brut d'abord. Ensuite, une critique de la technologie qui tendrait à nous déposséder des moyens de diriger notre existence et enfin, un projet de définition des limites intérieures brut d'abord. Ensuite, une critique de la technologie qui tendrait à nous déposséder des moyens de diriger notre existence et enfin, un projet de définition des limites imposées à l'activité humaine.

La deuxième erreur d'interprétation serait d'assimiler la question de la sobriété à celle de la récession. L'enrichissement des prix, en particulier des stocks d'énergies, connaît une véritable explosion entraînant une réduction du pouvoir d'achat et un appauvrissement

généralisé, voire précisément une récession qui pourrait effectivement conduire à une forme de rationnement.

Telles sont les variations d'interprétations susceptibles d'être retenues mais qu'il conviendra d'éviter, même si cela semble désormais évident que rien ne sera plus comme avant.

Sur le plan politique, l'interprétation que l'on peut donner à la notion de sobriété dépend étroitement du contexte dans lequel il s'inscrit.

Si elle est clairement associée à la fin de l'abondance, ceci implique effectivement de faire de la sobriété l'expression d'une contrainte, et non l'expression d'un choix qui peut conduire alors à l'affrontement de deux principes fondamentaux : le principe d'égalité et celui lié la protection des libertés fondamentales, car il faudrait d'un côté qu'il n'y ait pas « de moins sobres que d'autres », et de l'autre que la sobriété ne conduise pas à des contrôles liberticides.

En tout cas, si l'on n'a plus d'autre solution que la sobriété et qu'il n'y a aucune perspective constructive pour l'avenir, le danger est grand d'entraîner son rejet pur et simple avec toutes les conséquences sociales et économiques que cela pourrait engendrer.

Heureusement, l'appel au droit permet d'envisager une autre perspective.

Cela fait longtemps que le droit de l'environnement a intégré la notion de sobriété.

On la trouve dans le droit de l'Union européenne, dans la Charte de l'environnement, et même dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le biais du concept d'intégration des enjeux environnementaux dans les autres branches du droit.

Mais au-delà de cette démarche instaurée ces dernières années, c'est un système de droit beaucoup plus étroit qui s'est mis en place dans différentes branches d'activités.

On en prendra trois exemples : celui de la gestion sobre de l'utilisation des sols qui est reliée au droit de la séquence ERC, la question de la sobriété énergétique liée aux mesures prises pour le respect des impératifs climatiques résultant de l'Accord de Paris (qui, on le rappelle, devraient en principe permettre d'atteindre une température moyenne sur la surface de la planète de +1,5°C par rapport à la base 1990), et enfin dans les éléments de la réforme relative à l'économie circulaire.

Le principe d'intégration

On pourrait sans doute prendre divers exemples relatifs à l'intégration de l'environnement dans les politiques agricoles, dans le nouveau droit des activités minières par exemple, mais on restera sur le plan des principes.

Sa base légale, comme on l'a indiqué,



se trouve tout d'abord dans le droit de l'Union européenne. C'est ce que dispose l'article 3, alinéa 3 du Traité de l'Union européenne ainsi rédigé :

« L'Union établit un marché intérieur, elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée, sur la stabilité des prix, une économie de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. »

Selon la jurisprudence de la Cour de l'Union européenne, il est clair que la recherche d'un niveau élevé de protection suppose, par nature, comme l'a relevé le professeur Éric Naim-Gesbert, que ce concept soit à la hauteur d'un principe général du droit de l'environnement, même s'il n'est pas reconnu en tant que tel¹.

On doit ensuite relever que l'article 11 du même traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise, quant à

lui, que les exigences de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable.

On ne saurait être plus clair.

La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg rappelle l'importance de parvenir à un tel équilibre entre les droits de la société et ceux de l'individu par rapport à la question de l'environnement².

S'agissant de notre droit interne, on se rapportera tout simplement au texte de l'article 6 de la Charte de l'environnement selon lequel *« les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. Elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social³. »*

On peut aussi penser que le principe d'intégration, qui n'est pas un principe général du droit mais un principe directionnel, s'est développé dans le droit

1) Voir « L'intégration des enjeux environnementaux dans les branches du droit », publication des presses universitaires d'Aix-Marseille, préface de Éric Naim-Gesbert, p. 8 ; voir pour la jurisprudence Cour de justice de l'Union européenne, 14 juillet 1998, C341-95, CJCE 1998, 1 p. 4 355.

2) Voir CEDH, 21 février 1990, Powell et Raynerd c/ Royaume uni, Rec. T. série 1 n° 172, paragraphe 41.

3) Voir sur ce sujet, Conseil constitutionnel 28 avril 2005, n° 2005-514 DC, JORF du 4 mai 2005.

de l'aménagement du territoire grâce aux politiques relatives et issues du devoir de vigilance. Ce sont les politiques relatives à la responsabilité sociale et environnementale et aux lanceurs d'alertes qui y participent au moins indirectement.

Les avancées de ce principe en droit grâce à différents blocs

Aujourd'hui, il existe de véritables blocs de droit dans lesquels l'avancée est effectivement plus performante.

Il s'agit, comme on l'a signalé plus haut, de la séquence ERC, la politique énergétique et la législation relative à l'économie circulaire, lesquelles méritent quelques développements.

Le bloc de la séquence ERC

La séquence ERC « Éviter, Réduire, Compenser » est issue de la loi du 8 août 2016 et intégrée sous les articles L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement, ainsi que de la loi Climat et Résilience du 22 août 2021, n° 2021-1104. Cette séquence fixe comme objectif pour 2050 la zéro artificialisation nette des sols et paraît constituer un véritable modèle de sobriété dans l'utilisation du territoire à des fins environnementales.

On sait que la séquence « Éviter, Réduire, Compenser » est assez artificielle, en ce sens que la phase d'évitement, si elle existe en droit, n'est guère sanctionnée. En outre, la phase de réduction correspond à ce que l'on obtient à travers la conduite d'une bonne étude d'impact. Par conséquent, la compensation reste la reine du sujet grâce aux techniques de droit privé, achat

ou location de terrains ou achat d'actions qui ont d'ailleurs beaucoup de difficultés à se mettre en place.

Un récent rapport d'information du Sénat, n° 743 sur les outils financiers de l'objectif de zéro artificialisation nette, cherche à rendre effectif ce mécanisme. Jusqu'à présent, notre développement s'est appuyé sur une consommation d'espaces sans précédent puisque, pour imager ce propos, on indique généralement qu'en 15 ans, la surface entière d'un département français a été artificialisée.

C'est pourquoi le rapport du Sénat précité rappelle clairement que face à ces évolutions de long terme, si la loi a posé un principe fort, elle n'a pas défini pour autant les outils financiers permettant sa mise en œuvre.

Si l'intégration du principe de compensation et de zéro artificialisation nette implique une réforme de tous les instruments de planification en matière d'aménagement et d'urbanisme, l'objectif pourrait être mieux atteint par une reconquête des territoires occupés par des opérations industrielles ou des terrains en friche.

On est malheureusement encore loin de la possibilité matérielle d'obtenir un résultat concret d'ici 2050, car ces principes paraissent difficiles à mettre en œuvre sur le terrain, à la fois vis-à-vis des collectivités locales que vis-à-vis des particuliers qui sont en général mal informés sur les obligations réelles environnementales.

Le bloc de la sobriété énergétique

Le deuxième bloc est celui de la sobriété énergétique.

Comme on le sait, la perspective qu'elle implique trouve sa source dans le paquet

législatif du dispositif climat énergie adopté par la Commission européenne le 23 avril 2009. Cela correspond à la règle des trois 20 % : réduire de 20 % les émissions de gaz à effet de serre, améliorer de 20 % l'efficacité énergétique et intégrer dans la consommation énergétique finale une part d'énergie renouvelable égale à 20 %.

Comme on le sait, le Green deal a fait évoluer les objectifs, mais la France est totalement en retard sur l'ensemble de ces sujets.

Toute la stratégie de transition initiée en 2012 a été fondée sur deux principes : l'efficacité de la sobriété énergétique et la priorité donnée aux énergies renouvelables.

La loi du 17 août 2015 avait institué, comme moyen de mise en œuvre de la transition énergétique, une programmation pluri annuelle de l'énergie qui établit les priorités d'actions du Gouvernement pour l'ensemble des formes d'énergies pour les dix années à venir. Toutefois, ces objectifs n'ont pas été tenus.

Dans les deux décisions rendues dans l'affaire dite de Grande Synthèse, le Conseil d'État a reconnu la valeur contraignante des objectifs de réduction des gaz à effet de serre inscrits à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie, et a relevé que les modifications du budget carbone résultant du décret de 2020 induisaient, en réalité, un décalage de trajectoire qui conduit à reporter l'essentiel de l'effort après 2020, selon une trajectoire qui n'a jamais été atteinte.

Le premier arrêt rendu date du 19 novembre 2020 (voir *Énergie-Environnement-Infrastructure*, décembre 2020). Le second date du 1^{er} juillet 2021.

Le Conseil d'État a annulé le refus du Premier ministre et a enjoint l'État de prendre des mesures supplémentaires permettant d'atteindre les objectifs de

4) Conseil d'État 1^{er} juillet 2021, n° 427301.

réduction des gaz à effet de serre avant le 31 mars 2020⁴.

Le projet de loi Climat et Résilience de 2021 n'a pas permis de le faire, selon les mots mêmes du président de la Commission du développement durable du Sénat, qui affirmait qu'il fallait en faire quatre fois plus que ce que la loi avait prévu.

C'est pourquoi le Conseil d'État devra statuer prochainement sur les sanctions à mettre en œuvre pour rendre cette sobriété effective, et cela malgré un contexte totalement défavorable sur deux terrains.

Le premier terrain est celui lié aux conséquences de la guerre en Ukraine et l'utilisation des énergies fossiles, entraînant le renchérissement du prix des énergies actuellement disponibles.

Le second terrain est celui de la totale privation des aides pour le développement des énergies renouvelables qui sont actuellement centrées essentiellement sur le développement des énergies fossiles.

Un rapport de l'OCDE rappelle en effet que sur la période d'une seule année, les subventions relatives à l'énergie fossile ont atteint 600 milliards, soit le double des 300 milliards d'euros de l'année précédente.

Il est évident qu'un tel système de subventions est doublement négatif pour la protection du climat puisqu'il encourage le développement infini du recours aux énergies fossiles, et surtout détourne les sommes d'argent qui auraient dû être consacrées aux énergies renouvelables...

Le bloc de la politique des déchets

Le troisième bloc juridique concerne l'actuelle politique des déchets révisée par une directive cadre n° 2008-98 du 19 novembre 2008. Il s'agit d'une



recherche d'équité sociale qui constitue l'un des piliers du développement durable et l'interdiction de la pratique de délocalisation des pays industrialisés vers des pays pauvres. La directive incite à lutter contre le gaspillage et à promouvoir la promotion de l'économie circulaire.

La loi de transition énergétique du 17 août 2015 a, en recherchant une nouvelle prospérité, voulu fonder pour l'économie circulaire définie aujourd'hui à l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement, une politique de consommation sobre et responsable des ressources naturelles, des matières premières ainsi que la prévention de la production des déchets, notamment par le réemploi des produits.

Le but de l'opération est de limiter effectivement les prélèvements des stocks de ressources non renouvelables de la planète. À ce titre, l'article L. 110-1-1 dispose que l'économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires.

La technique utilisée est double : organiser des synergies entre entreprises sur un territoire donné et substituer à l'achat de biens l'achat d'un droit d'usage de ces biens. Tels sont les concepts fondamentaux (voir sur ce sujet, Agathe Van Lang, *Droit de*

l'environnement, Éditions Thémis, n° 744 et les observations critiques du professeur Fonbaustier).

Cependant, tout cela ne suffit pas, car il ne s'agit plus, compte tenu de l'urgence, d'aboutir à une transition écologique, mais à une véritable transformation.

Cette transformation ne peut s'opérer sans combattre un certain nombre d'obstacles persistants.

La politique de sobriété ne peut pas tenir l'objectif fixé si, par exemple, la multiplication des subventions aux énergies fossiles se confirme.

La situation ne peut pas évoluer non plus si une véritable planification écologique n'est pas mise en place dès lors que, pour l'instant, la question de la sobriété est simplement présentée en termes négatifs.

Enfin, effectivement, il ne peut pas y avoir de maintien de la sobriété indispensable sans une amélioration du développement des procédures de protection issues du droit classique de l'environnement. L'attaque systématique tendant à une limitation des pouvoirs du juge administratif et qui s'oriente finalement vers une récession du droit de l'environnement constitue ici une contradiction majeure face au développement nécessaire d'une sobriété positive.

2022-8877

Quel mix énergétique au regard des contraintes actuelles ?



Corinne Lepage,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats,
Ancienne ministre de l'Environnement

Les objectifs fixés par les PPE

Il convient de rappeler que les programmations pluriannuelles de l'énergie (PPE) pour les périodes 2019-2023 et 2024-2028 ont fixé un certain nombre d'objectifs dans le but d'atteindre la neutralité carbone en 2050 :

- une baisse des émissions de 7,6 % en 2023 et de 16,5 % en 2028 par rapport à 2012 en ce qui concerne la consommation finale d'énergie ;
- une baisse de 20 % de la consommation primaire d'énergies fossiles en 2023 et de 35 % en 2028 par rapport à 2012 ;
- une réduction de 27 % en 2023 et 40 % en 2028 par rapport à 1990 de nos émissions de gaz à effet de serre ;
- une augmentation de la production de biogaz de 24 à 32 TWh en 2020 ;
- une augmentation de 25 % et de 40 à 60 % de la production d'énergies renouvelables en 2028 par rapport à 2017 ;
- la fermeture de quatre à six réacteurs nucléaires d'ici 2028, dont deux à Fessenheim, ainsi que la fermeture de 14 réacteurs nucléaires d'ici 2035.

Un certain nombre de politiques ont été mises en œuvre pour parvenir à cet objectif.

Parallèlement, plusieurs scénarios ont été proposés tant par RTE que par l'ADEME pour atteindre la neutralité carbone en 2050.



Les scénarios de RTE

RTE propose ainsi cinq scénarios de consommation :

- celui de la sobriété, entre 550 et 600 TWh en 2050 ;
- celui de la réindustrialisation forte entre 700 et 750 TWh ;
- celui de l'efficacité énergétique dégradée entre 700 et 730 TWh ;
- celui de l'électrification entre 580 et 720 TWh ;
- et enfin, celui de la révolution hydrogène qui permettrait de porter la consommation d'hydrogène à 120 TWh en 2050. La consommation globale serait alors comprise entre 680 et 770 TWh.

Face à cela, six scénarios de mix de production ont été proposés dans la version de juin 2021 :

- un scénario de sortie complète du nucléaire en 2050 avec 200 GW de solaire, 74 GW d'éolien terrestre et 62 GW d'éoliens en mer ;
 - un scénario 100 % ENR en 2060 fondé sur une répartition diffuse d'installations renouvelables permettant d'atteindre 200 GWh d'électricité, 58 GWh d'éolien terrestre et 45 GWh d'éolien en mer ;
 - un troisième scénario consistant en une massification du développement renouvelable via de grands parcs éoliens sur terre et sur mer, et de grandes centrales solaires. Cela permettrait d'atteindre 125 GWh de solaire, 72 GWh d'éolien terrestre et 60 GWh d'énergies renouvelables.
- Dans les deux derniers scénarios, une petite part de nucléaire demeurerait de

36 GWh, correspondant aux nucléaires historiques. Les trois scénarios cités plus haut ne prévoient pas la construction de nouvelles centrales nucléaires.

Les trois autres scénarios prévoient quant à eux la construction de nouvelles centrales nucléaires avec trois scénarios :

- un programme minimal de construction de réacteurs sur des sites existants à raison d'une paire tous les cinq ans à partir de 2035. Dans ce scénario, le solaire ne représenterait que 110 GWh, l'éolien terrestre 55 GWh, l'éolien en mer 45 GWh et aux 36 GWh de nucléaires historiques, s'ajouteraient 13 GWh, ce qui correspond à 8 EPR fonctionnant en 2050 ;
- le second scénario part sur l'idée d'un programme plus rapide de construction de nouveaux réacteurs avec une paire tous les trois ans à partir de 2035, permettant d'atteindre 23 GWh et de diminuer la part de solaire à 85 GWh, celle d'éolien terrestre à 50 GWh et celle d'éolien en mer à 35 GWh ;
- le dernier scénario repose également sur les renouvelables et le nucléaire, soit 28 GWh correspondant à 14 EPR et quelques SMR, 24 GWh de nucléaire historique, 70 GWh de solaire, 43 GWh d'éolien terrestre et 22 GWh d'éolien en mer.

Les options de l'ADEME

Le scénario de l'ADEME présente quatre options :

- une option « *génération frugale* » prévoit un mix de consommation d'énergie finale de 301 TWh d'électricité, 265 TWh de chaleur, 110 TWh de gaz et 70 TWh de combustibles liquides. C'est l'hydrogène qui est utilisé comme levier de décarbonation du gaz ;

- le second scénario intitulé « *coopération territoriale* » repose sur une panoplie d'usages directs et indirects de l'hydrogène ;

- le troisième intitulé « *technologie verte* » repose également sur de l'hydrogène ;

- et le dernier intitulé « *pari réparateur* » repose sur l'utilisation massive de l'électricité et le développement très important des puits de carbone.

Ceci correspond à quatre mix énergétiques.

Dans tous ces scénarios, les combustibles fossiles liquides disparaissent quasiment au profit de l'électricité, du gaz et de la chaleur.

Les énergies renouvelables distribuées hors réseau augmentent de 32 à 45 % dans tous les scénarios par rapport à 2015 ; la quantité d'électricité à produire varie quant à elle selon les scénarios d'une baisse de 20 % à une augmentation de 65 %.

Dans tous les scénarios, les énergies renouvelables deviennent majoritaires dans l'approvisionnement énergétique, jusqu'à couvrir de 70 à 88 % de la consommation finale d'énergie. Une part modeste, voire inexistante dans certains cas, est accordée au nucléaire.

Quel(s) scénario(s) favoriser au regard des circonstances actuelles ?

Toutefois, par rapport à ces scénarios, la situation actuelle pose-t-elle la problématique de manière différente ?

Une réponse positive s'impose assurément.

Tout d'abord, les exigences de l'Union européenne ont changé. Or, tous ces scénarios reposaient sur un objectif de réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre. Cet objectif est

aujourd'hui porté à 55 %.

Cela nécessite bien évidemment une adaptation des perspectives de consommation et de production d'électricité, et plus généralement d'énergies pour répondre à cette ambition.

En second lieu, la guerre en Ukraine a rebattu les cartes avec la disparition du gaz russe. Même si d'autres sources d'approvisionnement ont été recherchées, l'objectif affiché par la Commission est bien celui de la réduction de la part du gaz importé en Europe, et plus largement de la réduction de la consommation d'énergie, d'où des reports possibles entre différentes sources du mix énergétique.

La sobriété qui est ainsi évoquée trouve bien davantage sa source dans une réalité physique que dans une volonté soudaine d'ajouter à une efficacité énergétique, qui est toujours restée le parent pauvre des politiques, un volet de sobriété.

Enfin, en troisième lieu, la situation spécifique du nucléaire en France remet totalement en cause ce schéma.

Tout d'abord, l'indisponibilité de très nombreux réacteurs nucléaires du fait de la corrosion fait douter de la possibilité de maintenir un nucléaire historique au niveau auquel il avait été envisagé dans les différents scénarios, en particulier des RTE.

La faiblesse de la production comprise aujourd'hui entre 280 et 300 térawattheures devrait légèrement remonter en 2023 et 2024 pour atteindre entre 315 et 345 TWh, contre 393 en 2018, et 430 en 2005.

Quelle sera donc la part réelle du nucléaire en 2030 et a fortiori en 2040 ou 2050 ?

Il est très difficile d'anticiper cette question, et personne n'avait sérieusement envisagé que la production nucléaire française puisse

baisser de moitié, créant une grande difficulté pour notre pays mais aussi pour toute l'Europe du fait de l'absence d'exportations françaises.

La capacité de nos centrales à récupérer le niveau de sûreté indispensable est posée en ce qui concerne la réponse aux corrosions.

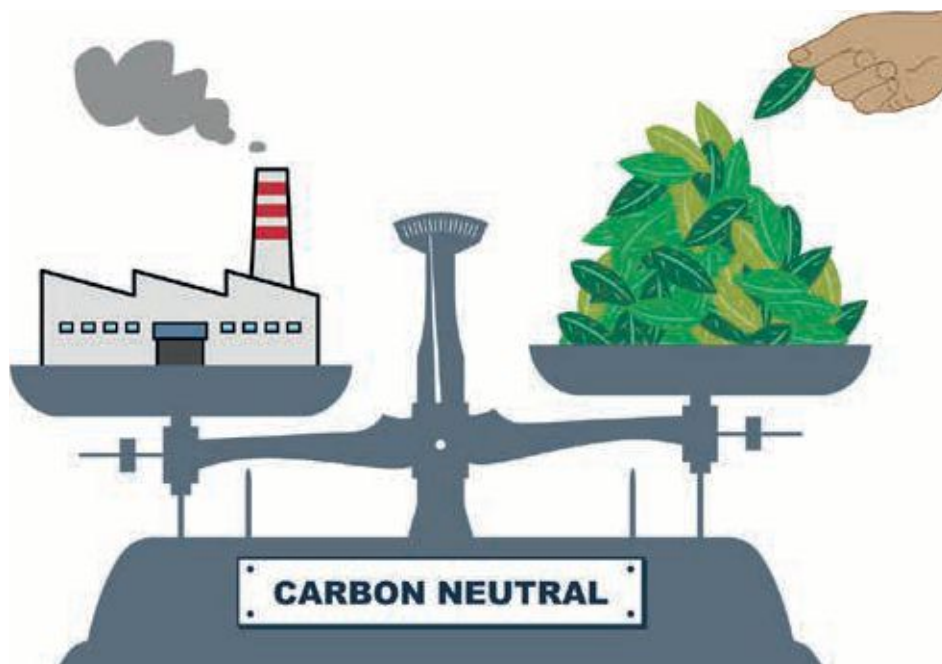
De plus, la mise en œuvre du grand carénage devrait également immobiliser successivement un certain nombre de réacteurs au cours des dix ans qui viennent.

En second lieu, les retard pris par la construction de l'EPR de Flamanville rend très aléatoire la construction tous les cinq ou deux ans d'une nouvelle paire de centrales nucléaires à partir de 2035, soit dans 13 ans.

En conséquence, la réalité et la faisabilité du scénario envisagé avec une forte part de nucléaire paraît extrêmement aléatoire, d'autant plus que la taxinomie verte telle que modifiée pour intégrer le nucléaire, exige que les nouvelles demandes de construction centrale soient formulées avant 2045.

S'agissant du développement des énergies renouvelables, un doute extrêmement sérieux plane, en l'état actuel des choses, sur notre capacité à atteindre un objectif de 40 % d'énergies renouvelables en 2030 ainsi que le prévoit le nouveau contexte communautaire qui, de toute façon, modifie les objectifs intermédiaires du mix énergétique et des objectifs de production.

Certes, le projet de loi énergies renouvelables va permettre d'accélérer les projets d'éolien en mer et certains projets photovoltaïques, mais il ne répond pas en l'état actuel du projet à la nécessaire massification des énergies renouvelables. Celle-ci implique une option en faveur de l'énergie décentralisée que l'État ne semble pas prêt à prendre.



À ce jour, le retard français nous expose à une amende communautaire et une procédure comparable à celle qui a été menée dans le cadre de Grande Synthèse pour l'insuffisance de mesures en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Enfin et surtout, production et consommation doivent bien évidemment s'accorder.

La nouvelle politique de sobriété, ajoutée à celle de l'efficacité énergétique qui pourrait enfin être mise en œuvre, crée un nouveau contexte. Même s'il faut être parfaitement conscient que cette politique de sobriété s'impose en raison de l'insuffisance de production d'électricité, et non pour de bonnes raisons qui concerneraient la politique climatique, elle est indispensable.

En effet, les différents scénarios du mix énergétique tablent tous sur une augmentation considérable de la consommation d'électricité et une réduction de la consommation é n e r g é t i q u e . D é s o r m a i s , c'est également une baisse de la consommation d'électricité qui est visée, au moins à court terme, ce qui change bien évidemment les bases de l'équation.

En définitive, c'est toute l'économie du

mix énergétique qui est à revoir, et qui le sera en 2023 afin de définir la nouvelle phase 2024-2028.

Cette réflexion s'intégrera dans l'obligation mise à la charge de l'État par le Conseil d'État de revoir sa copie quant à ses efforts en termes de réduction de nos émissions de gaz à effet de serre, efforts qui étaient d'ores et déjà insuffisants et qui le seront d'autant plus en raison du recours au charbon et au gaz naturel liquéfié.

À cet égard, la décision du Conseil constitutionnel du 12 août 2022 qui émet de très sérieuses réserves aux dispositions de la loi pouvoir d'achat en ce qui concerne l'usage du méthane au Havre et le recours au charbon, réduit à ce type de choix climaticides et contraint à une véritable compensation. Mais, une fois encore, c'est la réalité qui déterminera les bases réalistes de la nouvelle PPE et très probablement le choix d'un nouveau mix énergétique.

À force de se donner des objectifs impossibles à atteindre en comptant sur des chimères, la France s'est mise dans la plus grande des difficultés sur le plan électrique et énergétique.

Il serait temps de changer de braquet.

2022-8874

Puits de carbone, compensation carbone, crédit carbone : où en sommes-nous ?



Corinne Lepage,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats,
Ancienne ministre de l'Environnement

Dans un précédent numéro du *JSS* daté du 17 novembre 2021, intitulé « *Le climat dans tous ses états* », avaient été abordées les questions de la compensation carbone pour l'État et les collectivités territoriales et celle des puits carbone dans les forêts. Le sujet a pris beaucoup d'ampleur depuis un an en raison de la croissance du sujet de la compensation carbone et du développement du marché des crédits carbone.



Quelques définitions

Les puits de carbone sont les éléments naturels capables de stocker, en principe de manière définitive, des tonnes de carbone.

Il en existe trois grandes catégories : les océans, les forêts et les sols. Jusqu'à présent, les efforts de stockage ont porté principalement sur les forêts et les mangroves. Les sols sont constitués de matière organique, elle-même composée de plus de 50 % de carbone provenant de l'atmosphère et synthétisé par les plantes, puis intégrée dans le sol par les racines, la chute des feuilles etc. Pour augmenter le stock de carbone, il faut que le flux entrant soit supérieur au flux sortant. Ce

flux entrant correspond à la perte de biomasse restituée au sol et le flux sortant par la minéralisation de la matière organique effectuée par les micro-organismes du sol qui transforment le carbone en CO₂ ou en CH₄.

Les experts du climat considèrent que pour atteindre les objectifs climatiques à l'échelle planétaire, 70 % des efforts viendront de la réduction des émissions de gaz à effet de serre et les 30 % restants de l'amélioration des puits de carbone.

À l'échelle européenne, les objectifs fixés à destination des États dans le Fit for 55 s'expriment en émissions nettes. Cela signifie donc que sont déduites des émissions brutes de

tonnes de CO₂ les tonnes de carbone qui sont stockées.

Pour la France, nous annonçons des puits de carbone à un niveau très important, soit 3,58 Gt de carbone équivalent à 13,4 tonnes de CO₂. Une augmentation de 4 % par an de ce stock compenserait de l'ordre de 12 % des émissions françaises de gaz à effet de serre. Ce niveau de 12 % de compensation des émissions de gaz à effet de serre est toutefois relativement faible au regard des 30 % qui seraient nécessaires pour atteindre la neutralité carbone. Et encore faut-il être sûr que les tonnes stockées soient bien réelles.

Cette situation, qui n'est pas propre à la France, a conduit l'Union

européenne à se montrer de plus en plus rigoureuse sur l'évaluation et la vérification des tonnes de carbone qui seraient ainsi stockées. Ce sujet n'est pas mince, ainsi qu'on le verra ci-dessous.

Les répercussions politiques et économiques sont considérables puisque toute suppression d'une tonne de carbone stockée équivaut à un effort supplémentaire d'une tonne des réductions d'émissions à fournir.

Parallèlement, les mécanismes dits de compensation carbone se sont progressivement mis en place. Par compensation carbone, on entend la volonté de contrebalancer ses propres émissions de CO₂ par le financement de projets de réduction d'autres émissions ou de séquestration de carbone. Il s'agit de compenser les émissions de gaz à effet de serre émises par une activité quelle qu'elle soit par des tonnes de carbone qui seraient stockées.

Si le système peut sembler satisfaisant en ce qu'il réduit l'impact carbone des activités, il est en réalité totalement neutre pour l'objectif global puisqu'aucune tonne supplémentaire n'est économisée. C'est la raison pour laquelle la compensation carbone ne peut en aucune manière servir de paravent pour continuer des activités qui, par ailleurs, sont délétères pour le climat. La compensation ne peut se faire qu'en sus des efforts de réduction et non pas à leur place.

Il n'en demeure pas moins que le système économique et financier s'est emparé du sujet de la compensation carbone.

Mais au-delà, la compensation se développe de plus en plus dans le monde économique.

On laissera ici de côté la question des quotas d'émissions à l'échelle

européenne (ETS) qui fait l'objet d'une réglementation bien précise, pour se focaliser sur la question des crédits carbone.

Il faut rappeler que le protocole de Kyoto, adopté en 1997 et entré en vigueur, en 2001 a prévu un engagement de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 5 % sur la période de 2008 à 2012, puis de 18 % par rapport à 1990 pour la période de 2013 à 2020.

L'acquisition de crédits carbone a donc commencé dans ce cadre par les contres-parties des mécanismes mis en place à l'époque sous le nom de « *mécanisme d'opérations conjointes* » (MOC) ou de « *mécanisme de développement propre* » (MDP).

Les parties de l'annexe 1 (c'est-à-dire les pays industrialisés), ont pris des engagements exprimés en quantités attribuées « *Assigned amount* » divisibles en unités négociables à une tonne de CO₂ équivalent « *Assigned amount unit* » (AAU), également désignées comme « *droit d'émissions* » dans le protocole de Kyoto permettant un échange entre États.

L'objectif de ce premier marché international du carbone est de permettre aux États de réaliser à faible coût des réductions d'émissions de gaz à effet de serre et de vendre les droits d'émissions à ceux dont le coût de dépollution est plus élevé.

Cependant, l'article 6 paragraphe 2 de l'Accord vise « *des démarches concertées passant par l'utilisation de résultats d'atténuation transférés au niveau international aux fins des contributions déterminées au niveau national* ». Les résultats d'atténuation peuvent être obtenus soit par une réduction des émissions

« *émissions évitées* », soit par des puits de carbone.

Les démarches concertées sous-entendent en réalité un marché du carbone avec un transfert des résultats d'atténuation (Internationally Transferred Mitigation Outcomes (ITMOs). ITMOs désigne une unité négociable et exprimée en tonnes d'équivalent CO₂.

L'Accord de la COP26 a permis de fixer des modalités concrètes de mise en œuvre des échanges d'ITMOs entre pays.

Lors de la Conférence d'Oxford, en novembre 2021, les signataires ont trouvé un compromis sur l'article 6 de cet accord qui organise le marché des crédits carbone et ce afin d'éviter une double comptabilisation par les États émetteurs et par les États receveurs. Ce marché du carbone non « *réglementé* » permet aux États et aux entreprises d'acquérir des crédits carbone.

Ainsi l'État français, lorsqu'il dépasse son budget fixé par la Stratégie nationale bas-carbone, achète-t-il des crédits à des pays ou finance-t-il des puits générant des crédits carbone.

Toutefois, ces crédits ont eu quelques difficultés à trouver leur place en raison d'une qualité « *plus ou moins douteuse* ». D'où le besoin de mieux encadrer ce marché volontaire.

Le système actuel

Les Accords de Paris ont permis aux États de généraliser l'accès au marché carbone où les entreprises se sont également placées. Ce marché volontaire

est aujourd'hui pléthorique du fait de la présence en stock de plusieurs millions de crédits carbone issus du protocole de Kyoto et de ceux générés par ce que l'on appelle des « projets de déforestation évitée » qui représentent déjà entre 25 et 50 % des crédits carbone ayant été écartés du marché à l'issue de l'article 6.

Une très grande partie des crédits carbone est représentée par des projets visant à améliorer l'efficacité énergétique des projets de plantation d'arbres ou de restauration de mangroves qui entrent bien dans le cadre visé.

Cependant, le problème majeur reste bien entendu celui de la qualité et donc de la valeur intrinsèque de ces crédits carbone.

En effet, par exemple, un hectare d'arbres plantés dans une essence ou dans une autre, à un endroit ou à autre endroit du monde, ne va pas produire le même stock de carbone. Le recours aux certifications est donc largement nécessaire.

Un certain nombre d'initiatives ont vu le jour pour définir des standards de qualité, notamment au Royaume-Uni avec la Voluntary Carbon Markets Integrity Initiative, pensée avec le soutien du gouvernement, ou encore la Taskforce on Scaling Voluntary Carbon markets lancée par un ancien gouvernant de la banque d'Angleterre.

Le marché (voir sur ce point, Sophie Chauliac « *Vers une standardisation des marchés carbonés volontaires* », Fitch Ratings, 15 juin 2022) présenterait aujourd'hui 1 milliard de dollars et pourrait être multiplié par 50 d'ici 2050 d'après la Bank Of America.

Le prix de la tonne de carbone était



à peine de 3 ou 4 dollars pour les crédits de très mauvaise qualité, ils vont aujourd'hui de 10 ou 15 dollars pour des projets certifiés ou apportant des co-bénéfices sociaux, et le prix ne cesse de monter pour atteindre, dans certains cas, 40 ou 50 dollars.

Par conséquent, la labélisation est très importante.

Il existe aujourd'hui deux grands programmes de certification à l'échelle internationale : le Verified Carbon Standard et le Gold Standard.

Le VCS, fondé en 2007, est le programme le plus utilisé au monde. Il vérifie que les projets entraînent effectivement une réduction des émissions, ce qui permet au développeur de recevoir des crédits de gaz à effet de serre négociables appelés « unité de carbone vérifiée » (VCU), lesquels peuvent être vendus sur le marché libre et achetés par des entreprises pour compenser leurs propres émissions. Les projets VCS peuvent couvrir aussi bien des projets d'énergies renouvelables que des projets forestiers. Ce programme

est géré par Verra, une organisation indépendante à but non lucratif qui dispose d'un registre ouvert au public. Les critères de vérification sont la :

- réalité : il faut apporter la preuve que les réductions ont effectivement lieu ;
- mesurabilité : les réductions doivent être quantifiables ;
- permanence : s'il y a risque de réversibilité, une garantie doit être mise en place pour être certain qu'en cas d'inversion, la réduction est remplacée ou compensée ;
- supplémentarité : toutes les réductions doivent être supplémentaires par rapport à un scénario de statu quo ;
- audit indépendant : il faut un organisme de validation accrédité et une expertise suffisante pour vérifier les réductions ;
- unicité : chaque VCU est associé à une seule activité de réduction.

Le programme est assez simple : une fois le projet certifié, les développeurs reçoivent des crédits de GES négociables (VCUs) qui peuvent ensuite être vendus sur le marché libre et acheté par des particuliers ou des entreprises.

Le système registre centralise les données de tous les projets enregistrés, suit la génération, le retrait et l'annulation de tous les VCU.

À la fin de l'année 2019, 1 700 projets certifiés avaient permis de réduire ou supprimer 907 millions de tonnes d'émissions de carbone et autre gaz à effet de serre. Le VCS vérifie la qualité des audits indépendants et tient un système de registres qui suit l'émission, le retrait et l'annulation de tous les crédits.

De son côté, le label Gold Standard a été mis en place par la Gold Standard Foundation qui certifie des projets de compensation depuis 2004. 1 500 projets sont labellisés Gold Standard pour environ 100 millions de tonnes de CO₂. Ce label a été créé par le WWF et d'autres organisations gouvernementales.

Ces projets de compensation labellisés par Gold Standard doivent respecter un certain nombre de points :

- additionnalité ;
- fiabilité ;
- traçabilité ;
- irréversibilité ;
- contribution au développement durable, ce qui signifie que tous les piliers du développement durable doivent être satisfaits par le projet.

Il labellise des projets de coopération Nord-Sud dans le cadre de la mise en œuvre des Mécanismes de développement propre (MDP).

Les critères sont très proches de ceux qui précèdent, avec néanmoins l'ajout du critère de la contribution au développement durable.

Tous les piliers du développement sont interpellés, de même que les perspectives sociales et économiques.

Le Gold Standard a été notamment utilisé pour la mise en place des

mécanismes de développement propre.

Enfin, il faut citer, au niveau français, le label bas-carbone qui vise également à certifier les projets, notamment dans le domaine de la forêt.

La délicate question de la forêt et des émissions évitées et le nouveau sujet du stockage dans les sols

Le mécanisme REDD+

Ce mécanisme trouve sa source dans les débats autour de l'intégration ou non des projets forestiers dans le mécanisme du développement propre prévu dans le protocole de Kyoto. Le mécanisme REDD+ est né de la volonté de compenser financièrement les pays qui réduisaient la déforestation.

Le mécanisme qui était au départ RED avec un seul D « RED » (pour Reducing emissions from deforestation) est devenu REDD avec deux D, le deuxième D correspondant à la dégradation évitée. Puis se sont ajoutées l'augmentation du stock de carbone, la gestion forestière dans les forêts naturelles et la conservation des forêts qui ont donné le mécanisme « REDD+ ».

Toutefois, beaucoup de difficultés sont apparues : la mesure de la dégradation évitée, l'inclusion d'une gestion forestière durable qui pose la question des acteurs, le recours à des plantations aux dépens de la biodiversité, et enfin le fait que la conservation n'apporte rien en terme d'additionnalité.

Les actions mises en œuvre dans le cadre de REDD+ peuvent concerner à la fois des politiques et des mesures, elles peuvent s'appliquer au secteur lié à l'utilisation des terres en plus du secteur forestier.

Pour entrer dans le mécanisme REDD+, les émissions évitées ou les absorptions doivent être additionnelles et les activités mesurées, notifiées et vérifiées par le biais d'un système national de surveillance des forêts.

Des activités pilote ont été mises en œuvre, donnant lieu à des crédits REDD+ sur le marché de la compensation carbone.

Toutefois, d'autres formes de financement comme le programme REDD des Nations unies, le programme de la banque mondiale pour la forêt, le fonds amazonien peuvent également participer à la compensation financière.

REDD+ n'est pas nécessairement un instrument de marché, alors que le mécanisme de développement propre en est un, mais le mécanisme de développement propre ne concerne pas la déforestation évitée.

Dans le secteur forestier les programmes REDD+ peuvent être crédités à l'aide d'un cadre juridictionnel, le cadre VERRA *Jurisdictional and Nested* qui permet un véritable contrôle.

Les obstacles techniques mis en lumière par Marta Torre-Schaub, directrice de recherche au CNRS consistent tout d'abord dans le caractère non permanent des absorptions par les forêts et les plantations qui peuvent disparaître. En conséquence, le carbone stocké peut être réémis dans l'atmosphère par la suite.

Concernant le critère de l'additionnalité, seules doivent être récompensées des réductions ou des absorptions qui n'auraient pas été observées sans l'activité. Une non-permanence de la séquestration du carbone est prise en compte dans le MDP forestier qui peut donner lieu à des crédits spécifiques, les « URCE temporaires », mais aussi les « URCE longue durée ». Les URCE temporaires « URCE-T » ont une validité limitée à la période d'engagement et doivent être remplacés par d'autres unités à la fin de cette période, les « URCE-LD » expirent à la fin de la période de comptabilisation, qui s'achève à l'issue d'une période maximale de trente ans ou de vingt ans reconductible deux fois.

En revanche, pour REDD+, rien n'est prévu par les directives, afin de tenir compte de la non-permanence. Certains labels, comme le VCS, exigent qu'une partie des crédits carbone générés par chaque projet soit allouée à un fonds de réserve fonctionnant comme un dépôt de garantie collectif. Dans tous les cas, la non-permanence de la séquestration fait peser une incertitude sur les crédits issus du carbone forestier qui sont moins demandés et donc moins cotés.

La question de l'additionnalité est la plus délicate et la plus incertaine. C'est la différence entre les absorptions nettes de référence et les absorptions nettes résultant du projet. Des procédures simplifiées sont prévues pour des activités de boisement ou de reboisement de faible ampleur, c'est-à-dire des absorptions nettes inférieures à 8 kilos tonnes de



CO₂ par an qui sont faites par des collectivités ou des particuliers.

L'additionnalité des initiatives REDD+ se mesure à partir des niveaux de référence pour les émissions et pour les forêts basées sur les tendances historiques de déforestation et d'émissions associées au niveau national. Cela suppose de les connaître et de prendre en considération un risque de surévaluation des estimations pour générer des paiements supérieurs. Il faut également vérifier les dispositifs mis en place : c'est l'objet des « MRV » (Mesure, Rapportage et Vérification), et télédétection (imagerie satellitaire ou technique « LiDAR »). Des mesures aux sols sont utilisées et sont très onéreuses, ce qui rend les projets moins attractifs. De plus, les projets sont parfois perçus par les populations locales comme une menace pour eux-mêmes ou pour l'environnement et comme n'apportant pas de bénéfice ou de progrès.

Le « MDP » forestier a pu laisser craindre des incidences très négatives pour la biodiversité

de même que les projets pilotes REDD+ (par exemple, la plantation de palmiers à huile dans des aires protégées au Cameroun).

Enfin, au niveau communautaire, une consultation a été lancée par la Commission pour repenser l'intégration de l'élimination du carbone dans le cadre climatique de l'Union européenne.

Le questionnaire de consultation publique sur les certifications de l'élimination a été lancé et beaucoup de critiques ont été formulées, notamment par l'Institut pour l'agriculture et une politique commerciale, sur le risque lié aux compensations susceptibles de retarder la mise en œuvre de la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Les programmes de compensation seraient propices à la fraude (voir les crédits de compensation forestière des États-Unis et de l'Australie) et vulnérables à l'inversion (à cause des incendies). Le « MDP » et « REDD+ » auraient montré comment le système de compensation n'a pas réussi à tenir ses engagements. La comptabilité

nette implique que le carbone, une fois retiré de l'atmosphère, ne soit pas réintroduit dans un délai pertinent pour la société humaine. Si des absorptions de carbone sont utilisées pour compenser des émissions continuées, des absorptions sont ainsi inversées et il en résultera des émissions encore plus élevées.

La question du stockage dans le sol

Le carbone fossile et le carbone biogénique sont très différents à l'échelle de temps. Le carbone fossile libéré dans l'atmosphère surcharge le cycle court du carbone biogénique et l'agriculture du carbone ne peut pas réparer ces dommages.

Nous sommes émetteurs de carbone à cause du système agricole. L'extraction du carbone et son stockage dans les sols peuvent remédier à certaines des actions passées mais ne peuvent pas neutraliser les émissions actuelles ou futures.

C'est donc un sujet majeur pour l'avenir de l'agriculture qui pourrait passer d'une activité très émettrice de gaz à effet de serre, en particulier du fait de l'usage des intrants (protoxyde d'azote), à une activité de stockage, et ce grâce à de nouvelles méthodes agronomiques et à une agriculture extensive.

Mais tant que l'agriculture intensive continuera d'augmenter ses émissions totales, le fait d'encourager la réduction de l'intensité des émissions ne permettra pas d'atténuer la crise climatique, voire même peut inciter

à une production accrue de gaz à effet de serre.

Les projets commencent à être nombreux, et l'idée de mettre en place des PPA avec les agriculteurs comme il en existe entre producteurs d'énergie renouvelable et distributeurs fait son chemin.

Toutefois, la mesure et la comptabilisation précises des émissions sont très difficiles. Les sols ne sont pas comparables, les méthodes d'échantillonnage sont très coûteuses et il faut en fait aller à grande profondeur pour avoir une vision claire. L'échantillonnage des sols peu profonds surestime la quantité de carbone séquestrée.

Les protocoles de surveillance MRV (Monitoring, Reporting, Verification) reposent sur des hypothèses qui peuvent ne pas être applicables aux sols auxquels ils sont appliqués, comme la persistance et l'accumulation du carbone du sol dans le temps. Les techniques de capteurs et de télédétection ne seraient pas suffisamment fiables.

Les marchés du carbone pourraient ne pas être équitables et fiables pour les agriculteurs parce qu'ils sont très volatils. De plus, l'additionnalité semble illusoire pour le carbone du sol et, même si la mesure peut être réalisée, la séquestration du carbone tend à se stabiliser une fois que les sols sont saturés au niveau du carbone le plus élevé. Dans le meilleur des cas, les sols peuvent mettre jusqu'à 25 ou 30 ans selon leur type pour atteindre la saturation.

La complexité des protocoles MRV risque de faire dépendre les agriculteurs des consultants carbone, et plus encore des

entreprises agroalimentaires qui feront peser sur eux tous les risques et les charges en échange d'une faible compensation.

Les protocoles MRV actuels présentent un large éventail de critères pour un projet autorisant le MRV pour cinq ans.

Le gouvernement canadien propose une durée de cent ans.

Cependant, se pose la question de la responsabilité. En outre, certains craignent que l'approche fondée sur le marché n'encourage l'agriculture industrielle et n'augmente le coût des terres et la spéculation foncière. Les grandes étendues de terres, très utilisatrices d'intrants et de pratiques industrielles, donnent de grandes possibilités de stockage de carbone.

En conclusion de cette thématique, il faut souligner la volonté croissante de nombreuses parties prenantes de valoriser la protection de la biodiversité, l'engagement social, et plus généralement les avantages non liés au carbone pour la viabilité à long terme de la mise en œuvre des activités REDD+ et de stockage.

Quelles évolutions ?

Tout d'abord, les spécialistes considèrent que l'acquisition de crédits carbone va considérablement augmenter puisque le marché EU ETS a vu ses prix monter en flèche, que les quotas gratuits vont diminuer, et que l'achat de crédits carbone pourrait être un moyen de compenser cette baisse dans la mesure où, bien évidemment, les crédits seront certifiés.

Par ailleurs, il faut souligner le fait que cette affaire de compensation devient également un sujet financier considérable.

En effet, dans le cadre des modifications de la finance liées à la mise en place de la taxonomie et la mise en place d'une directive sur le reporting extrafinancier, la question du carbone est évidemment centrale.

L'EFRAG, le groupe consultatif européen sur l'information financière, a mis en consultation un premier volet de standards (European Sustainability Reporting Standard ESRS). Or le volet climat joue un rôle très important, avec l'obligation d'un plan de transition dans lequel la question de la compensation carbone sera tout naturellement posée.

En troisième lieu, le domaine d'émission des crédits carbone va très probablement s'étendre dans les années qui viennent à la question de l'agriculture. En effet, l'agriculture générative et d'autres méthodes agronomiques peuvent permettre de stocker le carbone. Même si les études sont aujourd'hui assez contradictoires sur la quantité de carbone qui pourrait être séquestrée et sa durabilité, le sujet est plus qu'à l'ordre du jour.

Enfin, les règles vont très certainement se renforcer et les risques contentieux augmenter au niveau du droit privé comme au niveau du droit public.

En effet, des compensations carbone non labélisées risquent de tomber sous le coup de l'écoblanchiment et voire poser la question d'une atteinte au devoir de vigilance des entreprises, dans la mesure où celles-ci n'auraient



pas vérifié la qualité des crédits carbone dont elles se targueraient. De plus, la valeur financière des crédits carbone peut être mise en cause et ainsi dévaloriser des portefeuilles de crédit carbone.

Toutefois, le système de compensation peut également être imposé aux pouvoirs publics et poser problème.

Ainsi, la loi pouvoir d'achat et la décision du Conseil constitutionnel du 12 août 2022 sont particulièrement intéressantes en ce que des règles ont été posées par le Conseil constitutionnel pour la mise en œuvre de la compensation carbone obligatoire pour l'État dès lors que des émissions supplémentaires de gaz à effet de serre sont émises par rapport à la trajectoire initiale.

Outre le fait que cette possibilité n'est donnée à l'État que dans la mesure où il y aurait un impératif de sécurité nationale l'imposant, les règles sur l'évaluation et le contrôle des tonnes de carbone ainsi compensées sont précisées par le Conseil constitutionnel, et

il n'est pas du tout évident que le décret du 14 septembre 2022, qui fait application de l'article 36 de la loi du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, soit respectueux des règles mises en place par le Conseil constitutionnel.

On peut en douter dans la mesure où, alors que le Conseil constitutionnel exige un mécanisme d'évaluation et de vérification très précis des tonnes de CO₂ compensées, le décret se contente de fixer un prix de la tonne de CO₂ et de renvoyer à un fonds ainsi constitué le soin dans les huit ans de financer des opérations de décarbonation.

Quel que soit l'avenir de ce texte et son application, il est tout à fait clair que le sujet des crédits carbone, de leur valeur, des conditions de leur échange et de leur contrôle est désormais devenu un sujet juridique comme un sujet financier incontournable.

2022-8878

Le projet de loi d'accélération des énergies renouvelables répond-il aux attentes ?



Corinne Lepage,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats,
Ancienne ministre de l'Environnement

► *Le gouvernement a récemment annoncé son intention de modifier le projet de loi consacré aux énergies renouvelables en supprimant l'article 3 et en intégrant une nouvelle disposition relative à l'autoconsommation. A l'heure où nous écrivons ses lignes, nous n'avons pas eu connaissance de ce nouveau texte.*

Si il est un consensus en France aujourd'hui, c'est bien celui de développer les énergies renouvelables (EnR). Non seulement les partisans de l'atome reconnaissent depuis quelques mois cette nécessité, mais les Français sont majoritairement d'accord sur cette ligne, même si, évidemment, les oppositions à certains projets, généralement éoliens, continuent à se manifester.

Un fort retard à rattraper

De fait, notre retard est abyssal et nous sommes le seul pays en Europe à n'avoir pas atteint nos objectifs en matière d'énergies renouvelables. Ce n'est pas un hasard. Ce retard résulte d'un choix politique délibéré : celui de privilégier notre production nucléaire au détriment du développement des énergies renouvelables.

Les partisans de cette énergie, c'est-à-dire tous les gouvernements qui se sont succédé, ont depuis 25 ans tout fait pour empêcher l'installation d'éoliennes d'abord, puis du photovoltaïque ensuite. Cette politique s'est traduite par une réglementation abusive, un système de taxation empêchant la rentabilité des opérations d'autoconsommation

collective, une politique de raccordement détestable...

La situation actuelle qui a fait de la France un grand importateur d'électricité en raison de la faible production nucléaire n'est pas tenable tant pour des raisons financières que pratiques... et juridiques ! Nous ne respectons effectivement pas nos engagements communautaires.

Nous sommes aujourd'hui – et de loin – le pays qui achète le plus cher son électricité (le double des Allemands), et qui perturbe tout le marché européen en raison de ses énormes besoins d'importation. Le changement de cap est un impératif reconnu par tous, y compris la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

La volonté du gouvernement de (re)lancer le renouvelable est donc tout à fait louable. Pour autant, le texte répond-il aux attentes ?

Les prémisses de ce projet de loi

Il convient tout d'abord de souligner que ce projet de loi repose sur deux prémisses qui posent problème, outre les difficultés juridiques qu'il soulève.

Tout d'abord, il se place dans une perspective de crise alors que ce que nous vivons est une transformation structurelle. La massification des EnR doit être une

politique pérenne et une accélération dans la durée, et non une simple série de mesures dérogoires sur quatre ans.

En second lieu, la faiblesse du développement est imputée au public qui, par son opposition en amont et en aval, dans les phases de concertation et au contentieux, bloquerait les projets. S'il est vrai qu'un véritable « tir aux pigeons » a été orchestré contre les éoliennes, l'acceptabilité des projets, lorsqu'ils sont portés localement, ne fait guère de problèmes. En réalité, la situation est très largement imputable à des procédures complexifiées volontairement et surtout à un manque de rentabilité des opérations d'autoconsommations collectives en raison des taxes, et plus précisément du Tarif d'utilisation du réseau public d'électricité (TURPE).

Or, sur l'aspect économique, le texte est muet. En revanche, en autorisant un modeste partage de valeur et en simplifiant certaines procédures, il pourrait faciliter une part de développement.

Les dispositions de ce texte

Les semaines qui viennent permettront bien évidemment d'ouvrir le débat.

Le texte est construit autour de plusieurs chapitres : deux ont une vocation assez

générale, trois une vocation spécifique :

- au titre des dispositions générales, le titre I et le titre IV ;
- au titre des dispositions particulières, les articles destinés au photovoltaïque, à l'éolien en mer et au gaz bas-carbone.

Le titre I

Les huit premiers articles qui constituent le titre I sont destinés à faciliter les procédures en instaurant un régime dérogatoire pour quatre ans. Il est intéressant de noter que l'article premier, qui cite les activités et opérations concernées, est infiniment plus large que les seules énergies renouvelables. Il vise non seulement les activités de fabrication et d'assemblage destinées au développement des EnR et de l'hydrogène, mais également les réseaux publics, la préparation des déchets en vue de leur réutilisation, de leur recyclage ou de leur valorisation autre qu'énergétique, toutes les activités couvertes par la taxonomie (ce qui concerne la quasi-totalité des activités économiques qui s'inscrivent dans la durabilité), et enfin la modification d'installations ou leur remplacement si elles sont destinées à réduire l'empreinte carbone. Compte tenu des coups de canif violents faits aux règles de procédure environnementale, l'impact effectif de ces dispositions pourrait être très notable, bien au-delà du développement des seules EnR qui doit évidemment être accéléré.

Il y a donc un sujet, d'autant plus que, comme précisé ci-dessus, il faut penser le système dans la durée et non sous forme dérogatoire pour une durée de quatre ans.

L'article 2 comme l'article 5 « simplifient » les procédures dans la droite ligne des opérations de déconstruction du droit de l'environnement engagées depuis 2017. La suppression des enquêtes publiques et leur remplacement par des consultations digitales, la possibilité d'engager des consultations ou des enquêtes publiques



sans que tous les avis aient été au préalable rendus, pourraient éventuellement être admis pour réduire les délais d'installation des petits projets EnR, mais compte tenu du contenu extrêmement vaste de l'article 1, ces mesures constituent une régression considérable de la démocratie environnementale.

Il serait plus intéressant de réduire drastiquement les délais d'instruction par l'État et laisser les parties prenantes s'exprimer loyalement en amont des projets. En revanche, l'article 5, qui ne vise que les EnR, permet de ne pas passer par la révision du PLU mais par sa modification, ce qui est une bonne mesure.

Pour leur part, les articles 3 et 6 sont très problématiques et il n'est pas certain qu'ils passent le cap du Conseil constitutionnel si jamais le Parlement les votait en l'état.

L'article 3 permet de déroger au principe de non-régression environnementale en considérant que ce principe n'est pas mis en cause en raison de la modification des seuils de soumission aux études environnementales. Si l'on peut effectivement admettre que le développement des EnR est destiné à réduire les émissions de gaz à effet de serre – ce qui favorise l'environnement y compris la biodiversité – on peut arguer qu'il n'y a pas réellement de réduction de la protection de l'environnement.

Toutefois, cet argument ne peut pas fonctionner pour toutes les activités visées par l'article premier du projet de loi. De plus, les questions de biodiversité sont essentielles, y compris pour lutter contre le dérèglement climatique. Il aurait été plus intéressant de raisonner comme la taxonomie, en fixant comme objectif de ne pas nuire notablement aux autres intérêts environnementaux.

Quant à l'article 6, il est encore plus problématique. Il vise à considérer qu'a priori, il y a une raison impérieuse d'intérêt public majeur pour toutes les installations d'EnR et de transport. Le texte assimile en réalité la raison impérieuse d'intérêt public majeur à l'utilité publique, ce qui est juridiquement faux, et l'abondante jurisprudence administrative ne corrobore absolument pas cette manière de voir les choses.

De plus, la raison impérieuse d'intérêt public majeur dépend du site choisi et de l'absence d'alternative. En supprimant toute référence à ce critère, l'article 6 pose réellement un problème juridique et pourrait ne pas être en conformité avec le droit communautaire et la charte de l'environnement.

Les dispositions de procédure visées aux articles 6 et 7 cherchent à mettre en échec la jurisprudence du Conseil d'État en ce qui concerne l'impossibilité de remettre en cause

la RIIPM une fois la DUP devenue définitive, et en obligeant le juge administratif à surseoir à statuer pour permettre la régularisation, sauf à motiver le refus de surseoir.

Enfin, l'article 8 prévoit des ordonnances concernant les réseaux et les règles de raccordement.

Au total, ces différentes dispositions visent à réduire les procédures et les droits des citoyens tant au niveau de la concertation et des enquêtes publiques qu'au niveau de la contestation des projets. Si certaines d'entre elles, comme l'article 5, sont bienvenues et vont effectivement faciliter le développement des EnR, la philosophie générale du texte est tout à fait discutable, et ce d'autant plus que raisonner en termes de dérogation n'est pas satisfaisant.

Mieux vaudrait repenser les procédures pour effectivement faciliter l'installation des énergies renouvelables, mais dans un esprit de concertation avec les parties prenantes, et non dans l'état d'esprit qui consiste à considérer a priori les parties prenantes comme des ennemies.

Le titre II

Le titre II traite des questions liées au photovoltaïque. En réalité, les réformes sont utiles mais ne portent pas sur l'essentiel. Seront désormais autorisés l'usage des délaissés routiers et autoroutiers avec une simplification des systèmes de mise en concurrence, l'utilisation des friches dans la zone littorale et l'utilisation des réserves industrielles de saumures. L'article 11 simplifie les règles de procédure pour réaliser des installations d'EnR en zones de montagne dans des communes dotées d'une carte communale.

Un point important est l'obligation mise à la charge des exploitants de parking de plus de 2 500 m² de réaliser des ombrières sur au moins 50 %

des parkings dans un délai de trois ans pour les parkings existants, et de cinq ans pour les parkings de plus de 10 000 m². L'exposé des motifs précise que cela permettrait de créer entre 7 et 11 gigawatts le titre. En revanche, l'on constate aucune disposition pour faciliter l'installation des toits solaires, encourager l'autoconsommation collective, alléger le TURPE et réduire les coûts de raccordement.

Le titre III

Le titre III concerne l'éolien en mer. Les articles 13 à 17 créent un véritable statut des éoliennes marines flottantes en assimilant les installations et les îles à des navires, et en généralisant les règles applicables aux éoliennes flottantes dans la mer territoriale aux éoliennes à cheval sur la zone économique exclusive et la mer territoriale. De plus, l'article 17 permet, nonobstant les règles de la loi littorale, de mettre en place des installations de transport d'électricité.

Les dernières dispositions particulières concernent le gaz bas-carbone avec la création d'un contrat particulier d'expérimentation.

Le titre IV

Enfin, le titre IV intitulé « *Mesures transversales de financement des énergies renouvelables et de partage de la valeur* » contient deux types de dispositions :

- les premières ont pour objet d'ouvrir le champ de la possibilité de la prise en charge des pertes en cas de vente d'électricité à des particuliers et crée une forme de statut pour les PPA¹, en mettant en compatibilité ces contrats avec le Code de l'énergie. Est rendue possible en particulier la prise en compte des

variations de prix de manière à maintenir la compétitivité des entreprises, par analogie avec ce qui se passe dans le domaine des contrats dits Excellium ;

- les deuxièmes dispositions visent à instituer un partage de valeurs par une ristourne sur les factures d'électricité pour les voisins des installations d'énergie renouvelable et les communes d'accueil. C'est une bonne initiative, mais il ne faut pas oublier que l'acceptabilité est d'autant plus grande que les habitants et/ou les collectivités locales sont porteurs de projets.

Il est certain que ce texte donnera lieu à de très nombreuses discussions en amont du Parlement et durant les débats.

Il allège incontestablement certaines procédures et ouvre des parties du territoire au photovoltaïque. Il est particulièrement efficace pour les grandes installations de l'éolien en mer et pour l'instauration d'une obligation d'installer des ombrières sur les parkings, deux techniques qui sont de nature à produire assez rapidement un nombre important de mégawattheure. Cela correspond à plusieurs tranches de centrales nucléaires.

En revanche, ils ne comportent pas les mesures nécessaires à une massification du recours aux énergies renouvelables alors que nombre de nos concitoyens et de nos entreprises souhaitent se tourner vers la production décentralisée d'énergie. Or, c'est bien cette massification qui permet de faire baisser la facture d'électricité pour les particuliers et les entreprises de manière durable. S'agissant en particulier des PME, la France pourrait légitimement s'inspirer de l'exemple allemand qui vient de mettre en place un système de financement spécifique pour les PME, afin de leur permettre d'investir vite et massivement dans l'efficacité et l'autonomie énergétiques. C'est précisément ce dont nous avons besoin !

2022-8875

1) PPA Power Purchase Agreement qui sont des contrats complexes de vente d'électricité sur le long terme.

Le cadre juridique de l'hydrogène décarboné



Pauline Maurus,
Avocate,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

L'hydrogène décarboné fait l'objet d'un cadre juridique en cours de déploiement depuis plusieurs années, tant en termes de planification que de réglementation.

L'hydrogène est aujourd'hui largement produit à partir d'énergies fossiles (charbon, gaz naturel, pétrole...) via des procédés fortement émetteurs de gaz à effet de serre. Mais il peut également être produit par électrolyse de l'eau, à partir d'électricité décarbonée ou renouvelable. L'hydrogène est alors dit « décarboné », car ni sa production ni son utilisation n'émettent de CO₂.

L'objectif est d'inscrire l'hydrogène décarboné comme fondement d'un cercle économique et environnemental vertueux. L'hydrogène décarboné représente ainsi un enjeu à la fois scientifique, technologique, environnemental et économique.

L'hydrogène décarboné doit permettre de servir les objectifs que la France s'est fixés en matière de développement des énergies renouvelables et de réduction des émissions de gaz à effet de serre et des polluants, tout en étant compétitif. Il s'agit de créer et structurer un écosystème industriel de pointe qui soit compétitif à l'international.

Le plan de déploiement de l'hydrogène pour la transition énergétique

Le plan hydrogène présenté dès 2018 par Nicolas Hulot, ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire, a pour



objectif d'accompagner l'innovation et les premiers déploiements industriels de l'hydrogène décarboné, pour être prêt à en faire un pilier de la transition énergétique à moyen terme. Il fixe ainsi des objectifs de développement de l'hydrogène dans la transition énergétique.

Le plan hydrogène part du constat que l'hydrogène est actuellement utilisé en raison de ses propriétés chimiques dans l'industrie pétrolière, et dans l'industrie chimique (consommation française de l'ordre de 900 000 tonnes par an qui engendre de l'ordre de 9 millions de tonnes de CO₂ par an). Cette molécule présente cependant un intérêt énergétique majeur qui n'est pas exploité aujourd'hui. L'hydrogène peut être utilisé pour la production d'énergie sur le réseau, ou dans les transports, et c'est une solution pour le stockage de l'énergie, notamment de l'électricité, ce qui sera le défi des systèmes énergétiques du 21^e siècle.

En outre, grâce aux progrès de la technologie de l'électrolyse, il peut être produit de façon

décarbonée, économique, et contribuer aux objectifs que la France s'est fixés, en particulier pour la poursuite de la transition énergétique vers la neutralité carbone à l'horizon 2050.

Le plan repose sur les forces de la filière française, particulièrement présente dans la production d'hydrogène, et cherche avant tout à « verdier » les usages industriels existants de l'hydrogène, en commençant par les usages les plus proches de la rentabilité économique. En capitalisant sur ces développements, il sera alors possible de développer les nouveaux usages, liés à la mobilité, d'abord autour de flottes captives, puis de stockage de l'énergie renouvelable dans le réseau de gaz, lorsque le besoin apparaîtra.

Ce plan nourrira la stratégie du gouvernement en matière d'hydrogène qui aura vocation à se traduire en particulier dans la Programmation Pluriannuelle de l'énergie (PPE) pour la période 2019-2028, et dans les PPE qui seront réalisées pour chacune des zones non interconnectées au réseau métropolitain.

La feuille de route hydrogène se structure ainsi autour des trois axes suivants :

AXE 1 : Production d'hydrogène par électrolyse pour l'industrie, phase d'amorçage du plan français. Le plan français propose de démarrer la courbe d'apprentissage de la filière électrolyse sur la production de l'hydrogène à usage industriel en mettant en place des dispositifs de soutien public au déploiement, qui viendront en complément des soutiens déjà existants sur la R&D et l'innovation.

AXE 2 : Une valorisation par des usages de la mobilité en complémentarité des filières batterie.

AXE 3 : Un élément de stabilisation des réseaux énergétiques sur le moyen-long terme. À un horizon plus lointain (>2035), l'hydrogène sera un élément de stabilisation des réseaux énergétiques. Outre les expérimentations d'injection d'hydrogène dans les réseaux de gaz à accélérer, des premières expérimentations et premiers déploiements de services au réseau électrique pourront être lancés dans les zones non interconnectées (ZNI) dont le contexte différent rend cette technologie potentiellement plus intéressante plus rapidement.

Le soutien apporté par l'État à la filière, ces dernières années, a ainsi été important :

- le programme d'investissements d'avenir (PIA) a mobilisé plus de 100 millions d'euros en soutenant la mise en œuvre de démonstrateurs et la prise de participation dans des entreprises à fort potentiel ;
- l'agence nationale de la recherche (ANR) a soutenu la recherche publique en mobilisant plus de 110 millions d'euros sur les dix dernières années ;
- Bpifrance a accompagné de nombreuses start-up ou des PME

dans leurs projets d'innovation et de développement technologiques ;

- l'Ademe a soutenu le déploiement de la mobilité hydrogène en apportant 80 millions d'euros ;
- la Banque des Territoires a soutenu des projets de déploiements portés par les collectivités.

La stratégie nationale pour le développement de l'hydrogène décarboné en France

Dans le cadre du plan de relance « France Relance », la ministre de la Transition écologique, Barbara Pompili, et le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, Bruno Le Maire, ont présenté, en septembre 2020 la stratégie nationale pour le développement de l'hydrogène décarboné en France.

La stratégie pour le développement de l'hydrogène décarboné constitue un axe prioritaire d'investissement pour la France, compte tenu :

- des enjeux environnementaux : l'hydrogène est pourvoyeur de nombreuses solutions pour décarboner l'industrie et les transports ;
- des enjeux économiques : l'hydrogène offre l'opportunité de créer une filière et un écosystème industriels créateurs d'emplois ;
- des enjeux de souveraineté énergétique : pour réduire notre dépendance vis-à-vis des importations d'hydrocarbures ;
- des enjeux d'indépendance technologique : pour valoriser les atouts dont dispose la France dans la compétition mondiale.

Dotée d'une enveloppe significative de 2 milliards d'euros dans le cadre du plan de relance, la stratégie pour le développement de l'hydrogène décarboné s'étend au-delà de la période 2020-2022 et fixe une trajectoire qui court jusqu'en 2030 avec au total 7 milliards d'euros de soutien public.

La stratégie fixe ainsi trois priorités.

Première priorité : décarboner l'industrie en faisant émerger une filière française de l'électrolyse

- **Faire émerger une filière française de l'électrolyse** : la stratégie retient l'électrolyse qui apparaît comme le plus prometteur des procédés, sur lequel la France dispose déjà d'industriels à fort potentiel. Le marché de la production d'hydrogène décarboné par électrolyse doit évoluer vers des projets de plus grande taille et de plus importante capacité. La France se fixe ainsi un objectif de 6,5 GW d'électrolyseurs installés en 2030.
- **Décarboner l'industrie en remplaçant l'hydrogène carboné** : l'objectif est de remplacer les procédés de production à partir de combustibles fossiles pour décarboner cet hydrogène. C'est un des axes de la programmation pluriannuelle de l'énergie.

Deuxième priorité : développer une mobilité lourde à l'hydrogène décarboné

- **Développer une offre de mobilité lourde à l'hydrogène** : particulièrement adaptées aux véhicules lourds, les technologies de l'hydrogène offrent une capacité de stockage complémentaire à celle des batteries électriques. L'hydrogène répond aux besoins de fortes puissances motrices ou aux besoins de longue autonomie, notamment pour les flottes captives parcourant de longues distances à flux tendus. Le déploiement de l'hydrogène sur ce segment répond à l'objectif de décarbonation de ces mobilités dites « lourdes ».
- **Développer des projets territoriaux d'envergure en incitant à mutualiser les usages** : pour accélérer le déploiement des mobilités professionnelles à l'hydrogène sur le territoire national, la stratégie propose la mutualisation de la demande, à la fois dans le secteur

industriel et dans celui de la mobilité, à l'échelle des territoires. Il s'agit de faire émerger des partenariats forts entre collectivités et industriels afin de synchroniser au mieux l'émergence de l'offre et le développement des usages.

Troisième priorité : soutenir la recherche, l'innovation et le développement de compétences afin de favoriser les usages de demain

- **Soutenir la recherche et l'innovation** : pour accélérer la préparation de la future génération des usages de l'hydrogène, la stratégie propose un ensemble d'outils qui permettront de poursuivre l'effort de R&D dans le domaine de l'hydrogène et rester à la pointe au niveau international, la France possédant une recherche de premier plan dans ce domaine, de soutenir l'innovation en faveur de l'industrialisation de nouvelles technologies.

- **Développer les compétences** : la stratégie mise sur le renforcement des compétences, afin de soutenir le développement des usages de l'hydrogène sur le territoire. L'enjeu est de former à la spécificité du gaz hydrogène et de ses utilisations, aux composants et aux modalités d'intervention.

En janvier 2021, l'installation du nouveau Conseil national de l'hydrogène a été annoncée, afin d'assurer la mise en œuvre de la Stratégie nationale pour le développement de l'hydrogène décarboné. Ce nouveau conseil devra structurer les échanges entre l'État et les parties prenantes (en particulier les filières industrielles) de la mise en œuvre de la stratégie, et identifier les éventuels freins.

La loi Climat et Énergie et l'ordonnance n° 2021-167 relative à l'hydrogène

La loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat



(dite « Énergie-Climat ») a complété l'article L. 100-4 du Code de l'énergie de la politique énergétique nationale avec un objectif relatif à l'hydrogène, à savoir « *développer l'hydrogène bas-carbone et renouvelable et ses usages industriel, énergétique et pour la mobilité, avec la perspective d'atteindre environ 20 à 40 % des consommations totales d'hydrogène et d'hydrogène industriel à l'horizon 2030* ».

En outre, la loi Énergie-Climat habilite le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure dans le domaine de la loi aux fins de :

- définir la terminologie des différents types d'hydrogènes en fonction de la source d'énergie utilisée pour sa production ;
- permettre la production, le transport, le stockage et la traçabilité de l'hydrogène ;
- définir un cadre de soutien applicable à l'hydrogène produit à partir d'énergie renouvelable ou par électrolyse de l'eau à l'aide d'électricité bas-carbone.

Ainsi, l'ordonnance n° 2021-167 du 18 février 2021 vient compléter le Code de l'énergie par un livre VIII dédié à l'hydrogène. Ce texte doit être complété par le pouvoir réglementaire par l'adoption de différents décrets et arrêtés.

Définitions des différents types d'hydrogènes

L'ordonnance définit les différents types d'hydrogènes qui font l'objet de régimes particuliers, hydrogène renouvelable, bas-carbone ou carboné.

L'« hydrogène » est désigné comme le gaz composé, dans une proportion déterminée par arrêté du ministre chargé de l'énergie, de molécules de dihydrogène, obtenu après mise en œuvre d'un procédé industriel.

L'hydrogène « renouvelable » est l'hydrogène produit soit par électrolyse en utilisant de l'électricité issue de sources d'énergies renouvelables, soit par toute une autre technologie utilisant exclusivement une ou plusieurs de ces mêmes sources d'énergies renouvelables et n'entrant pas en conflit avec d'autres usages permettant leur valorisation directe. Dans tous les cas, son procédé de production émet, par kilogramme d'hydrogène produit, une quantité d'équivalents dioxyde de carbone inférieure ou égale à un seuil.

L'hydrogène « bas-carbone » est l'hydrogène dont le procédé de production engendre des émissions inférieures ou égales au seuil retenu pour la qualification d'hydrogène renouvelable, sans pouvoir, pour autant, recevoir cette dernière qualification, faute d'en remplir les autres critères.

L'hydrogène « carboné » est l'hydrogène qui n'est ni renouvelable, ni bas-carbone.

Systèmes de traçabilité pour attester de l'origine de l'hydrogène

L'ordonnance prévoit deux systèmes de traçabilité de l'hydrogène pour que son caractère bas-carbone ou renouvelable puisse être connu de l'acheteur ou que cet acheteur sache que l'achat de la garantie constitue un soutien effectif à une filière vertueuse :

- une « garantie d'origine » pour l'hydrogène renouvelable ou bas carbone susceptible d'être mélangé à d'autres gaz entre l'étape de production et l'étape de consommation ;
- une « garantie de traçabilité » dès lors que l'hydrogène n'est pas mélangé à un autre type d'hydrogène ou à un autre gaz entre l'étape de production et celle de consommation et que la garantie émise est cédée en même temps que l'hydrogène produit.

Les garanties d'origine et de traçabilité seront gérées par un organisme indépendant, sur le modèle de celui qui existe déjà pour les garanties d'origine de l'électricité renouvelable.

Ce système doit pouvoir accueillir les garanties délivrées par nos voisins européens conformément à la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

Le cadre du soutien public à l'hydrogène renouvelable et bas-carbone par électrolyse de l'eau

L'ordonnance prévoit également la mise en place d'un mécanisme de soutien exclusivement pour les filières de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone par électrolyse de l'eau.

Le mécanisme de soutien pourra prendre deux formes distinctes : une aide au fonctionnement ou une combinaison d'une aide financière à l'investissement et d'une aide au fonctionnement.

Le soutien sera accordé à l'issue d'une procédure de mise en concurrence, organisée selon les principes de transparence d'égalité de traitement, décomposée en une phase de sélection préalable des candidats éligibles et d'une phase de désignation qui reposera sur des critères de rentabilité économique tels que le prix de l'hydrogène produit mais aussi des critères environnement tels que le bilan de GES du fonctionnement de l'installation et de sa contribution aux objectifs définis par la loi énergie-climat.

L'aide sera formalisée par contrat conclu entre le bénéficiaire et l'État. Ce contrat précise le montant de l'aide accordée, qu'il s'agisse d'une aide au fonctionnement ou d'une aide à l'investissement et au fonctionnement. Il détermine, notamment, les modalités de versement de l'aide, leur durée, le rythme des versements et les conditions auxquelles elle est subordonnée. Il comporte les engagements du bénéficiaire, en termes économiques et environnementaux, sur la même période. La durée maximale du contrat prévoyant une aide au fonctionnement ne peut dépasser vingt années. Le niveau de l'aide au fonctionnement accordée ne peut conduire à ce que la rémunération totale des capitaux immobilisés, résultant du cumul de toutes les recettes prévisionnelles de l'installation et des aides financières ou fiscales dont elle bénéficie, excède un niveau de rémunération raisonnable des capitaux, compte tenu des risques inhérents aux activités sur lesquelles porte l'aide.

Injection de l'hydrogène dans les réseaux

L'ordonnance introduit plusieurs dispositions relatives à l'injection d'hydrogène dans les réseaux de gaz naturel. L'ordonnance

prévoit, d'une part, qu'en cas d'injection, les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution de gaz naturel doivent mettre en œuvre les dispositions nécessaires pour assurer le bon fonctionnement et l'équilibrage des réseaux, la continuité du service d'acheminement et de livraison du gaz naturel et la sécurité des biens et des personnes. D'autre part, l'ordonnance prévoit la mise en place d'un dispositif de garanties d'origine du gaz renouvelable injecté dans le réseau de gaz naturel, auquel serait éligible l'hydrogène renouvelable injecté dans le réseau de gaz naturel.

Modifications mineures de la législation en vigueur

Cette ordonnance prévoit deux modifications mineures de la législation en vigueur. D'une part, une modification du Code minier visant à étendre le régime légal applicable au stockage souterrain à l'hydrogène. D'autre part, une extension des pouvoirs d'enquête et de contrôle prévus par le Code de l'énergie (et applicables à l'électricité et au gaz) à l'hydrogène.

La loi Climat et Résilience

Les articles 87 et 88 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « Climat et Résilience »), précisent le cadre juridique de la production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone.

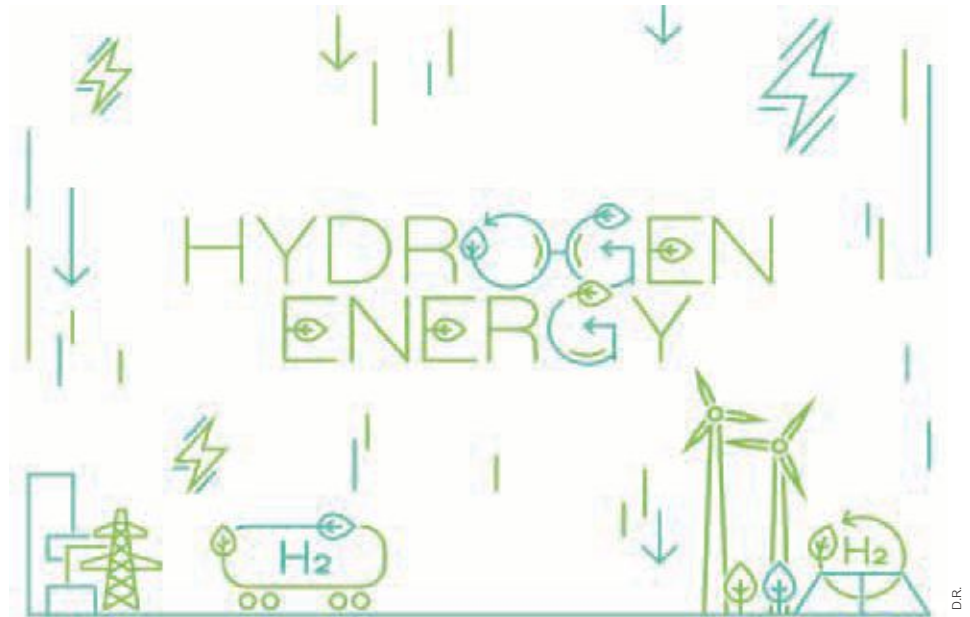
D'abord, la production d'hydrogène renouvelable et bas-carbone intègre la liste des objectifs et priorités de la politique énergétique nationale, définis à l'article L. 100-1 A du Code de l'énergie. Cet article prévoit l'adoption, avant le 1^{er} juillet 2023, puis tous les cinq ans, d'une « loi

de programmation quinquennale » qui déterminera les objectifs et fixera les priorités d'action de la politique énergétique nationale pour répondre à l'urgence écologique et climatique. Cette loi devra mettre en cohérence l'ensemble des documents de planification de la politique énergétique de la France.

Ensuite, le législateur simplifie la procédure d'occupation du domaine public de l'État par les installations de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone par électrolyse de l'eau. En effet, le développement d'un projet de production d'hydrogène renouvelable ou d'hydrogène bas-carbone sur le domaine public nécessite en principe deux mises en concurrence :

- une mise en concurrence au titre de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). Depuis l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, l'attribution d'un titre permettant à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, doit faire l'objet d'une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, librement organisée par l'autorité compétente, sauf exception ;
- une mise en concurrence destinée à sélectionner les projets qui feront l'objet d'un soutien financier public au titre de l'article L. 812-2 du Code de l'énergie.

Ces deux mises en concurrence successives occasionnent des délais incompressibles tout en présentant une incohérence dans leurs objectifs (maximisation du niveau du loyer à verser pour l'occupation du domaine public d'un côté et réduire la dépense publique de l'autre). La loi Climat et Résilience ajoute une exception (article L. 2122-1-3-1 du CGPPP) et permet à l'autorité compétente de renoncer à effectuer une mise en



concurrence au titre du L. 2122-1-1 du CGPPP pour les projets de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone par électrolyse de l'eau, dès lors qu'ils font l'objet d'une mise en concurrence pour attribuer un soutien financier public. L'autorité compétente conserve la faculté d'organiser une procédure de mise en concurrence si elle le souhaite, et doit en toute hypothèse imposer des conditions au projet via un cahier des charges.

Par ailleurs, le législateur complète le Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour permettre l'intervention des collectivités territoriales dans les projets de production de l'hydrogène renouvelable ou bas-carbone.

La loi Climat et Résilience complète l'article L. 2224-32 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), qui autorise les communes et les EPCI, sur leur territoire, à aménager et exploiter une nouvelle installation produisant de l'énergie (hydroélectricité, énergies renouvelables ou valorisation énergétique des déchets ménagers). La loi ajoute à cette liste des compétences des communes l'aménagement et l'exploitation d'une nouvelle installation de production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone. Le législateur autorise également les communes et les EPCI à déléguer cette compétence à un tiers.

En principe, sauf exceptions légales ou sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas prendre de participations directes au capital d'une société commerciale ou de tout autre organisme à but lucratif (art. L. 2253-1 et suivants ; art. L. 3231-6 et suivants ; art. L. 4211-1 et L. 4253-3 et suivants). La loi Climat et Résilience complète la dérogation issue de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (LTECV), en permettant aux collectivités territoriales et leurs groupements de participer au capital d'une société commerciale (SA ou d'une SAS) dont l'objet social est la production d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone, par des installations situées sur leur territoire ou des territoires limitrophes. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent consentir à ces sociétés des avances en compte courant aux prix du marché et dans les conditions prévues pour les sociétés d'économie mixte.

Enfin, le législateur confirme par ailleurs sa volonté d'accélérer le développement du stockage de l'hydrogène. L'article 81, 3°d) de la loi Climat et Résilience autorise en effet le gouvernement à moderniser le droit minier par ordonnance, en « *précisant les régimes légaux de stockages souterrains*

et des mines afin, notamment, de définir les modalités de leur extension à d'autres substances, comme l'hydrogène ».

Un enjeu européen

La stratégie hydrogène pour l'Union européenne

La stratégie nationale s'inscrit dans une logique européenne. La Commission européenne a publié en juillet 2020 sa stratégie hydrogène pour l'Union européenne : l'Europe consacre ainsi l'hydrogène comme une technologie clé pour atteindre ses objectifs climatiques et la création d'emplois industriels.

À cette occasion, la Commission européenne a créé la Clean Hydrogen Alliance, qui permettra d'organiser et coordonner les travaux collectifs des États membres et des différents industriels sur cette thématique.

La forte implication de la France dans la Clean Hydrogen Alliance doit permettre de garantir la bonne articulation entre la stratégie française et les travaux menés au niveau européen. La France sera mobilisée, aux côtés de ses partenaires européens et de la Clean Hydrogen Alliance, pour l'instruction et la construction d'un Projet important d'intérêt européen commun (PIIEC), qui permet de financer conjointement la création d'une chaîne de valeur à l'échelle européenne sur l'hydrogène, à l'instar des projets qui ont été financés dans le cadre du « plan batteries ». Des échanges rapprochés avec l'Allemagne permettront notamment d'identifier des projets communs à porter dans le cadre de ce PIIEC. La France sera également impliquée dans les travaux permettant de lever différents verrous (réglementaires, normatifs, financiers) afin de favoriser l'émergence d'une chaîne de valeur européenne durable et résiliente.

La stratégie française mobilisera également les outils financiers développés par la Commission européenne dans le cadre du plan de relance, notamment Next Generation EU.

Le cadre réglementaire européen pour l'hydrogène renouvelable

La Commission européenne a lancé en mai 2022 des consultations sur le cadre réglementaire de l'hydrogène renouvelable, dans le cadre de la directive (UE) 2018/2001 (dite directive RED II) relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (EnR) :

- une proposition de règlement établissant les obligations pour l'électricité d'origine renouvelable à utiliser pour produire les carburants d'origine renouvelable ;
- une proposition de règlement établissant une méthodologie pour évaluer les réductions d'émissions de gaz à effet de serre des carburants liquides et gazeux renouvelables et des carburants à base de carbone recyclé.

Selon le communiqué de la Commission européenne, la première proposition porte sur les carburants renouvelables d'origine non-biologique. Ainsi, elle fixe les critères applicables aux produits entrant dans la catégorie « hydrogène renouvelable ». Cette dernière est importante pour atteindre les objectifs en matière d'énergies renouvelables dans le secteur des transports. La deuxième proposition porte sur la méthodologie pour les économies de GES. Elle propose un schéma détaillé pour calculer les émissions sur le cycle de vie de l'hydrogène renouvelable, ainsi que des carburants à base de carbone recyclé. Ceci pour atteindre le seuil de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixé dans la directive sur les énergies renouvelables.

Une fois adoptés, ces documents compléteront la proposition globale de la Commission relative à un cadre réglementaire pour l'hydrogène renouvelable.

L'hydrogène permet de soutenir les objectifs de décarbonisation de l'UE. Ceux-ci sont renforcés par l'objectif de REPowerEU de supprimer progressivement la dépendance de l'UE à l'égard des importations de gaz russe. Ainsi, ces actes délégués visent à permettre à l'UE d'atteindre ses ambitions et de stimuler les investissements dans l'hydrogène.

Toutefois, la production d'hydrogène pourrait inciter à la production d'électricité à partir de sources fossiles. Par conséquent, cela compromettrait les avantages de l'hydrogène pour le climat, tout comme son rôle dans le renforcement de la sécurité énergétique de l'UE. C'est pourquoi la Commission fixe également des exigences qui garantiront que l'augmentation de la production d'hydrogène renouvelable s'accompagne d'une augmentation correspondante de la production d'électricité renouvelable.

L'hydrogène a été identifié comme un élément important de la solution pour les secteurs difficiles à décarboniser. Cela concerne l'aviation, la marine et certains secteurs industriels. Dans le plan REPowerEU, la Commission présente le concept d'accélérateur d'hydrogène afin de déployer cette nouvelle technologie encore plus rapidement. Ainsi, la Commission dévoile des actions visant à accroître la demande et l'offre encore plus rapidement et plus fortement que dans la stratégie 2020 pour l'hydrogène.

En outre, l'ambition de REPowerEU est de produire 10 millions de tonnes d'hydrogène renouvelable dans l'UE d'ici à 2030. Ceci en augmentant les 5,6 millions de tonnes déjà prévues dans les propositions du cadre de l'UE pour décarboniser les marchés du gaz publiées en décembre 2021. De plus, l'Union souhaite importer 10 millions de tonnes d'hydrogène renouvelable de pays tiers.

2022-8873

Financements publics, CPPA... Quel modèle économique pour le photovoltaïque ?



Sylvain Hamanaka,
Juriste,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le récent rapport « Futurs énergétiques 2050 » de RTE (Réseau de transport d'électricité) a montré que le développement des énergies renouvelables électriques était nécessaire pour atteindre la neutralité carbone en 2050, indépendamment même des choix effectués sur le nucléaire. Or, la France accuse encore un retard dans le déploiement des moyens de production d'énergie renouvelable. Elle compte donc en particulier sur l'énergie solaire photovoltaïque pour y remédier.

Afin d'y parvenir, le gouvernement compte sur un nouveau projet de loi qu'il a choisi de désigner comme relatif « à l'accélération des énergies renouvelables ». Au cas présent, l'accélération consiste principalement à raccourcir voire supprimer les procédures de consultation du public ou celles relevant de la protection de l'environnement, ce qui a déjà suscité de nombreuses observations. Moins commentée a été la partie relative aux financements de ces énergies renouvelables. Pourtant, sur ce sujet, si le développement de l'énergie solaire photovoltaïque continue d'être favorisé en priorité par des mécanismes de soutien s'appuyant sur nos finances publiques, de nouveaux mécanismes tendent à voir le jour, dans un contexte de hausse des coûts de l'électricité et de soutien législatif accru aux énergies



D.R.

renouvelables. Les praticiens se posent donc désormais la question suivante : quel modèle économique choisir pour le photovoltaïque ?

Jusqu'à aujourd'hui, une filière nécessairement soutenue par les pouvoirs publics

Tout d'abord, il convient de rappeler que les pouvoirs publics accompagnent l'installation de centrales photovoltaïques, qu'il s'agisse d'un soutien par appel d'offres, destiné aux plus grandes installations, ou d'un soutien dans le cadre du guichet ouvert, lequel permet aux plus petites centrales de bénéficier d'un tarif d'achat ou d'un complément de rémunération, dès lors qu'elles sont éligibles au sens de l'article D. 314-15 du Code de l'énergie.

Le récent décret n° 2021-1300 du 6 octobre 2021 est venu étendre le périmètre du guichet ouvert pour les installations photovoltaïques. En plus des simples bâtiments, sont désormais concernés les ombrières et les hangars. Surtout, le plafond est réhaussé à une puissance de crête installée inférieure ou égale 500 kW, contre 100 kW précédemment.

De même, le projet de loi « relatif à l'accélération des énergies renouvelables » prévoit en son Titre II des mesures spécifiques « à l'accélération du photovoltaïque » tenant à « démultipli[er] les possibilités d'implantation, afin d'atteindre l'objectif de multiplier par huit notre capacité de production d'énergie solaire pour dépasser les 100 GW à l'horizon 2050 ».

Ces mécanismes ont certainement contribué à favoriser le développement de panneaux solaires et des résultats

sont d'ores et déjà à observer : selon les chiffres de France Territoire Solaire, ce sont 2,574 GW qui ont été raccordés sur l'année 2021. Il s'agit d'une forte augmentation qui ne doit pas uniquement aux réaffectations des résultats de 2020.

Limites du système actuel des financements publics et nouveaux modèles économiques

Cela étant, ce modèle économique fait face à certaines limites. Outre les développeurs évincés ou dont le projet n'entre pas dans des installations éligibles à l'obligation d'achat, le signal prix, qui a longtemps empêché ces porteurs de projets de s'émanciper d'un mécanisme de soutien, pourrait désormais, au contraire, les pousser à chercher des solutions alternatives de financement.

En effet, l'obligation d'achat de l'électricité par EDF à un tarif réglementé (L. 314-1 du Code de l'énergie) et le complément de rémunération – dispositif permettant de recevoir, après vente sur les marchés de l'électricité, un complément de revenus afin que le revenu total atteigne le niveau de tarif garanti par l'État – sont fondés sur le principe de la fixation d'un prix par l'État, censé être supérieur aux prix des marchés et permettant aux développeurs de rentabiliser l'opération. Or, les prix de l'électricité augmentent. Comme l'indique France Territoire Solaire, au 4^e trimestre, cette augmentation du prix du marché a été si élevée qu'elle a dépassé le tarif fixé dans le cadre du complément de rémunération. Si cette augmentation se pérennise, des producteurs d'énergie renouvelable pourraient être conduits à

reverser le surplus à l'État. En effet, si le prix de marché est supérieur à ce tarif, le producteur doit en reverser la différence à l'État (R. 314-49 du Code de l'énergie). Parallèlement, de nouvelles solutions se démocratisent.

L'une d'entre elles consiste en la conclusion d'un contrat d'approvisionnement de long terme conclu directement avec le consommateur final, en dehors de tout mécanisme de soutien. Ces contrats répondent à la dénomination de « Corporate Power Purchase Agreement » ou « CPPA ».

Avantages et inconvénients du CPPA

Il s'agit d'un contrat de droit privé liant un producteur d'électricité à un ou plusieurs consommateurs et dans lequel le producteur et le consommateur s'obligent réciproquement à produire et acheter l'électricité durant une période définie à un certain prix.

Pour le consommateur, l'avantage peut être double. Sur le plan économique, ce type de contrat permet de s'assurer d'être livré d'une électricité à un coût constant. Sur le plan environnemental et réputationnel, il offre au consommateur la possibilité de disposer d'une électricité issue d'une source d'énergie renouvelable.

À l'inverse, pour le producteur, ce contrat de vente directe d'électricité n'offre en principe pas la même garantie qu'un contrat d'obligation d'achat au sens de l'article L. 314-1 du Code de l'énergie, et pour cause : contrairement à l'État, rien ne garantit au producteur d'électricité que son cocontractant sera effectivement à même d'acheter sa production définie dans le contrat, qui est de plusieurs

années, voire de plusieurs décennies. Le risque financier n'a longtemps laissé qu'une place marginale aux CPPA.

CPPA et commande publique : l'application des CPPA aux communes

Les communes pourraient figurer parmi les premières intéressées à la conclusion de ces corporate PPA. En effet, à l'instar d'une entreprise, les collectivités ont des dépenses énergétiques incompressibles et subissent en conséquence l'augmentation et l'instabilité des prix du marché. Toutefois, elles doivent faire face à un obstacle supplémentaire : le droit de la commande publique.

Plus précisément, un risque d'illégalité eu égard à la durée des contrats, dans laquelle réside pourtant tout l'intérêt de ces contrats, pourrait surgir. En effet, celle-ci dépasse largement le cadre des contrats de fourniture passés en matière de commande publique. Le risque est réel : les candidats évincés par les appels d'offres constituent autant d'éventuels requérants.

Malheureusement, le projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables ne vient pas apporter de solution directe à cette situation. Il n'a néanmoins pas encore été soumis à amendements du Parlement. Ainsi, l'avis rendu par le Conseil National de la Transition Écologique le 8 septembre 2022 encourage le développement de ces contrats d'achat et note que certains de ses membres souhaitent voir « *étendue la possibilité de contractualisation aux collectivités, en veillant au respect des principes d'égalité de traitement des territoires et de leurs habitants* ». Affaire à suivre donc.

Évolutions proposées par le projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables : cadre juridique des CPPA et acceptabilité des projets

Le projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables, paru cet été, comprend un Titre IV dénommé « Mesures transversales de financement des énergies renouvelables et de partage de la valeur ».

S'agissant, en premier lieu, du financement des énergies renouvelables, le projet de loi vient opportunément créer un cadre juridique aux contrats CPPA, qui n'existait pas jusqu'alors. Ainsi, l'étude d'impact du projet de loi précise que l'objectif poursuivi par l'article 18 dudit projet est de « définir un cadre juridique pour les producteurs qui vendent l'électricité qu'ils produisent à un consommateur final, en précisant les conditions dans lesquelles cette activité s'exerce dans le cadre des dispositions mentionnées à l'article L. 333-1 du Code de l'énergie ».

À ce titre, l'article L. 333-1 du Code de l'énergie, qui régit les conditions de l'activité d'achat d'électricité pour revente aux consommateurs finals, serait modifié pour accueillir l'hypothèse de « producteurs d'électricité concluant un contrat de vente directe d'électricité à des consommateurs finals ou à des gestionnaires de réseaux pour leurs pertes ». En conséquence, ces acteurs devront également être titulaires d'une autorisation délivrée par l'autorité administrative, ou bien pourront convenir avec un titulaire de cette autorisation qu'ils assurent par délégation les obligations pesant sur les fournisseurs d'électricité, notamment celles prévues au chapitre V du présent titre III et relatives à la



contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité. Cette disposition clarifie donc dans la loi la possibilité pour les producteurs de vendre l'électricité qu'ils produisent à un consommateur final.

S'agissant, en second lieu, du partage de la valeur, il convient de rappeler que celui-ci répond à l'objectif de rendre plus acceptables les projets pour les riverains – ou de leur faire accepter les projets, en particulier en leur octroyant une contrepartie.

C'est ainsi que le projet de loi propose d'imposer aux fournisseurs d'électricité d'accorder une remise sur leur facture aux riverains des parcs, qui leur serait remboursée au titre des charges de service public de l'électricité.

Si cette solution venait à être choisie, il s'agirait d'une petite révolution. En effet, la question de l'acceptabilité des projets d'énergie renouvelable fait débat et a même pu nourrir la campagne présidentielle. Jusqu'alors et en application du droit européen – Directive (UE) n° 2018/2001 du 11 décembre 2018, dite « RED II » –, les articles L. 291-1 et suivants du Code de l'énergie prévoyaient la possibilité de créer des « communautés d'énergie renouvelable » fondées sur un double principe de

partage de la valeur et de partage de la gouvernance. Ces communautés reposaient sur l'idée qu'en partageant la gouvernance des projets d'énergie renouvelable, ceux-ci deviendraient plus acceptables aux yeux des riverains.

Tel qu'il est rédigé, le projet de loi semble cependant mettre de côté le partage de la gouvernance. Étant toujours en attente des décrets d'application desdits articles, il semblerait que le gouvernement a modifié sa stratégie en matière de renouvelable en cours de route.

En conclusion, s'il est certain que la question du mode de financement des projets d'énergie solaire photovoltaïque n'est pas encore stabilisée, on ne peut que constater l'émergence, *a minima* dans le débat public que les débats du Parlement autour du projet de loi relatif à l'accélération des énergies renouvelables devraient amplifier, d'une évolution vers des modèles économiques excluant le soutien de finances publiques. Pour les consommateurs intéressés, entreprises ou collectivités, comme pour les développeurs, il s'agit donc de se tenir informé, voire de chercher conseil, car le droit positif et la pratique en découlant risquent d'évoluer rapidement.

2022-8876

Biodiversité et projets EnR : un équilibre fragile



Arielle Guillaumot,
Avocate,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Les oppositions les plus véhémentes aux projets d'énergies renouvelables se sont souvent cristallisées autour de la protection du paysage, que des éoliennes ou des champs de panneaux solaires viendraient altérer. À l'heure actuelle, il semble toutefois de plus en plus rare que le seul argument du paysage permette de mettre fin à un projet, à moins d'un caractère exceptionnel – l'exemple récent d'un projet de parc éolien annulé en raison de son emplacement dans un paysage cité abondamment dans l'œuvre de Marcel Proust en est une illustration singulière¹.

Il est néanmoins un autre intérêt majeur avec lequel doit impérativement composer tout projet de production d'énergies renouvelables : la protection de la biodiversité. C'est ainsi que le risque avicole et chiroptère est l'un des premiers étudiés lors de l'implantation d'un projet d'éoliennes, par exemple. Les enjeux naturalistes conduisent alors souvent les porteurs de projet à devoir demander une dérogation à l'interdiction stricte de destruction et de perturbation des espèces protégées, prévue par l'article L. 411-2 du Code de l'environnement.

Cette dérogation peut être obtenue lorsque trois conditions sont réunies : premièrement, une raison impérative

d'intérêt public majeur justifie le projet, deuxièmement, aucune alternative satisfaisante au projet n'existe, et troisièmement, l'espèce protégée est maintenue dans un état de conservation favorable.

Il peut être délicat de réunir ces trois conditions, que le juge s'est appliqué à interpréter à de nombreuses reprises, conduisant parfois à l'annulation de certains projets d'énergies renouvelables.

Cependant, il faut aller toujours plus vite pour rattraper le retard colossal pris dans le développement de la filière. C'est sans doute ce qui a conduit le gouvernement à déposer un projet de loi qui permet de créer une sorte de régime d'exception pour les projets d'énergies renouvelables en matière de dérogation « espèces protégées » et d'utilité publique.

L'appréciation actuelle du juge sur la compatibilité entre projets EnR et espèces protégées

À défaut de précisions réglementaires, le juge administratif s'est attaché à dessiner les contours des trois conditions pour obtenir une dérogation à l'interdiction de détruire ou perturber des espèces protégées. Si aucun

critère n'apparaît à l'heure actuelle comme étant déterminant, l'analyse de la jurisprudence concernant les projets d'énergies renouvelables permet de dégager certaines lignes directrices, en particulier à propos de l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur justifiant le projet.

Ainsi, l'on observera que le juge porte une attention particulière à la participation du projet aux objectifs français et européens d'augmentation de la part des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie finale. Il semble que plus le projet est générateur d'une quantité importante d'énergie renouvelable, et contribue donc de manière déterminante à la réalisation de ces objectifs, plus le juge sera enclin à estimer que le projet revêt un caractère d'intérêt public majeur. À cet égard, le contexte local d'approvisionnement en énergie constitue un des éléments d'appréciation du caractère impératif du projet.

À titre d'exemples, ont été considérés comme revêtus d'un tel caractère et justifiant donc la délivrance d'une dérogation « espèces protégées » : un parc éolien en mer qui permet de couvrir environ 8 % de la consommation de la région Normandie et 4 % de la région des Hauts-de-France² ; un parc éolien en mer participant à la réalisation du

1) CAA Versailles, 11 avril 2022, n° 20VE03265, Société Combray Energie.

2) CAA Nantes, 6 oct. 2020, n° 19NT01714, 19NT02501 et 19NT02520, Assoc. Sans offshore à l'horizon et a.

programme Vendée Energie mis en place en 2012 qui a pour objectif de doubler la production d'électricité de ce département à l'horizon 2020 et permettant de couvrir 8 % de la consommation régionale³ ; ou encore un parc éolien composé de 16 ou 17 éoliennes d'une puissance totale de plus de 51 mégawatts permettant l'approvisionnement en électricité de plus de 50 000 personnes, dans une région (la Bretagne) qui connaît une situation fragile en matière d'approvisionnement électrique, sa faible production en électricité locale ne couvrant que 8 % de ses besoins alors que ceux-ci connaissent une nette augmentation en raison d'une forte croissance démographique⁴.

Le couperet est en revanche tombé pour une centrale hydroélectrique dont la production annuelle projetée était évaluée à 12 millions de kilowattheures, soit la consommation électrique d'environ 5 000 habitants, qui n'était pas de nature à modifier sensiblement en faveur des énergies renouvelables l'équilibre entre les différentes sources d'énergie pour la région Occitanie et pour le territoire national, et ne pouvait être regardée comme contribuant à la réalisation des engagements de l'État dans le développement des énergies renouvelables⁵.

Ou encore, plus récemment, un parc éolien dont la contribution aux objectifs d'augmentation de la part d'énergies renouvelables était modeste, celui-ci ne participant qu'à hauteur de 1,5 % à la réalisation des objectifs régionaux en cette matière, dans un contexte où le



département de l'Hérault et le département proche de l'Aude comptent déjà de nombreux parcs éoliens répartis dans les zones les plus favorables au développement de cette forme d'énergie, et alors qu'il n'est pas soutenu que ces départements seraient confrontés en matière de diversification des sources de production d'énergie à des déséquilibres particuliers⁶.

Parmi les éléments pris en compte par le juge, figure également la réduction du coût de la subvention publique et du montant du tarif d'achat de l'électricité à laquelle a permis d'aboutir la renégociation des appels d'offres⁷. À l'inverse, la création d'emplois n'apparaît pas être un argument suffisant⁸. Notons également que la reconnaissance du caractère d'utilité publique d'un projet n'emporte pas automatiquement le caractère d'intérêt public majeur⁹.

Dans l'ensemble, il faut bien reconnaître que le juge administratif procède à une analyse très fine et équilibrée de chaque projet, estimant au cas par cas si la dérogation « espèces protégées » devait être délivrée. Sans critères balisés, d'aucuns pourraient considérer que cela crée une insécurité juridique pour chaque projet, et que les projets de petite taille, de contribution modeste aux objectifs nationaux, seraient défavorisés dans le cadre de cette appréciation. À l'inverse, ce garde-fou permet peut-être aussi d'écarter les projets motivés davantage par des considérations économiques que par des besoins locaux réels, dont l'impact sur la biodiversité apparaîtrait alors difficilement justifiable.

À l'évidence, le gouvernement penche plutôt pour la première option. Il est ainsi prévu d'assouplir le régime, en faveur des projets

3) CAA Nantes, 3 juill. 2020, n° 19NT01583, Assoc. des commerçants de Noirmoutier.

4) CE, 15 avril 2021, n° 430500, Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France.

5) CE, 15 avril 2021, n° 432158, FNE Midi-Pyrénées.

6) CE, 10 mars 2022, n° 439784, Société parc éolien des Avant-Monts. Notons que le projet allait conduire à la destruction de de 875 spécimens d'oiseaux et 719 spécimens de chiroptères.

7) CAA Nantes, 6 oct. 2020, préc.

8) CE, 10 mars 2022, n° 439784, Société parc éolien des Avant-Monts.

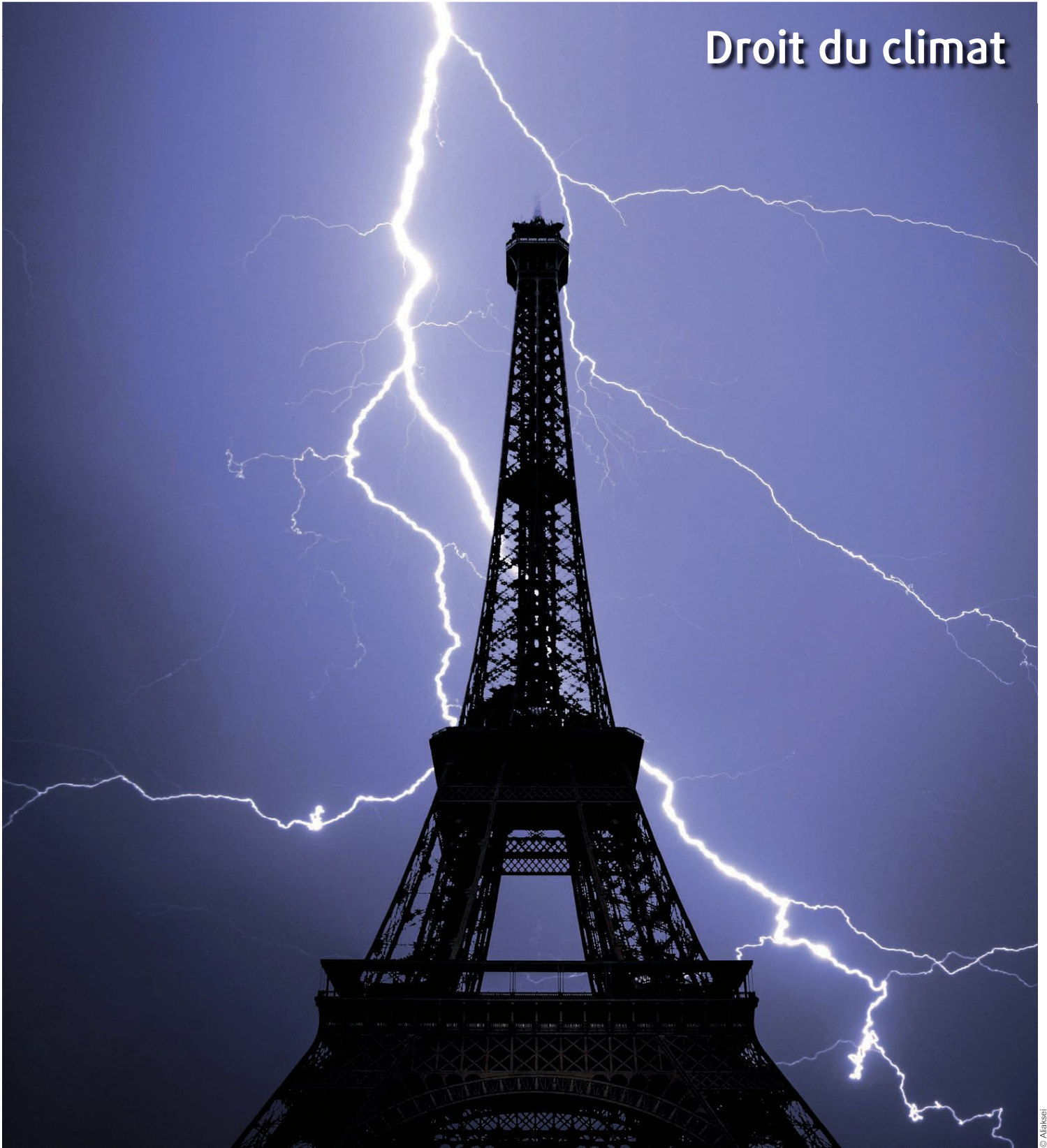
9) CAA Bordeaux, 5^e chambre, 10 décembre 2019, Département de la Dordogne et autres n° 19BX02327, 19BX02367, 19BX02369, 19BX02378, 19BX02421, 19BX02422, 19BX02423, 19BX02424.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 23 juin 2018 – numéro 45

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Droit du climat



© Alltisei



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

SOMMAIRE

DROIT DU CLIMAT

Le rôle du juge national dans l'établissement d'une justice climatique mondiale : défi et perspectives 4

L'expertise dans le contentieux climatique 7

Faut-il constitutionnaliser la lutte contre le dérèglement climatique et l'adaptation aux changements climatiques ? 9

Les grands principes du droit de l'environnement appliqués au contentieux climatique 11

Le dérèglement climatique et l'étude d'impact. 13

Changements climatiques :
quelle sera la météo d'Île-de-France en 2100 ? . . . 16

Émissions polluantes : les efforts des aéroports français sont insuffisants, selon l'ADEME 17

AGENDA 5

AU FIL DES PAGES

Le contentieux climatique :
une révolution judiciaire mondiale 15

ÎLE-DE-FRANCE

Conseil régional Île-de-France – Stratégie énergie-climat : 100 % d'énergie renouvelable d'ici 2050. 18

Préfecture de la Seine-Saint-Denis

Dépollution du site WIPELEC 19

VIE DES CABINETS

Le cabinet Huglo Lepage Avocats – Fête ses 40 ans
40 ans au service de l'environnement 20

ANNONCES LÉGALES 22

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0622 183461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bimestrielle
Imprimerie : Roto Presse Numeris

Vente au numéro : 1,50 € Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2018
Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Réchauffement climatique

Le droit climatique d'aujourd'hui, en l'absence de convention internationale et de juridiction contraignante, est constitué essentiellement du contentieux qui fleurit devant les juridictions nationales de tous les continents.

Le droit climatique a été officialisé au Sommet de la Terre en 1992, duquel est issue la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques. Par la suite, la société civile a manifesté son intérêt pour faire face aux défis du réchauffement climatique ; c'est ainsi que sont nées des coalitions d'organisation pour promouvoir la justice climatique comme l'initiative pour la justice environnementale et le changement climatique. Un certain nombre d'observateurs estiment que le nombre de procès de ce type devrait atteindre actuellement près d'un petit millier, ce qui est loin d'être négligeable. C'est d'abord au cours des années 2000 que le juge américain va ouvrir la voie du contentieux climatique national dans l'affaire dite *Massachusetts v. EPA*¹ (numéro 05-1120), jugée en avril 2007, selon laquelle la plus haute juridiction des États-Unis a imposé à l'Agence américaine de protection de l'environnement de réglementer les émissions des gaz à effet de serre sur le fondement du *Clean Air Act*. Par la suite, en 2015, parallèlement à la conférence qui a abouti à l'Accord de Paris, la justice climatique a été mise en œuvre par d'autres juridictions nationales à travers le monde, comme l'illustrent les affaires *Urgenda Foundations v. Kingdom of the Netherlands*² (Pays-Bas), et *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*³ (Pakistan), qui vont rélargir les règles traditionnelles de procédure contentieuse (compétence, preuve, causalité). Le succès du contentieux climatique repose entre les mains des juges nationaux, lesquels s'appuient généralement sur les travaux du GIEC relatifs à l'évaluation des risques climatiques. Aujourd'hui, certaines décisions de justice sont allées jusqu'à



Christian Huglo

proclamer et à reconnaître des droits supérieurs au droit constitutionnel interne.

En 2015, la professeure Meredith Wilensky, directrice du *Sabin Center for Climate Change Law*, a poursuivi les travaux menés par les professeurs David Markell de la *Florida State University College of Law* et J. B. Ruhl de *Vanderbilt University Law school*, en ce qui concerne la typologie de recours relatifs au contentieux climatique⁴ : d'une part, les recours dirigés contre les États, et d'autre part, ceux dirigés contre les entreprises. C'est à la lumière de cette classification que doit être analysé le contentieux climatique national.

S'agissant des recours dirigés contre les États, quatre types de recours contentieux formés contre l'État ont été identifiés. D'abord ceux relatifs aux mesures d'adaptation et/ou d'atténuation, ceux concernant l'obligation d'évaluer l'impact environnemental en y insérant une dimension liée aux bouleversements climatiques prévisibles, les recours qui ont pris en compte des droits fondamentaux tels que les droits de l'Homme, et enfin les recours consacrés à la science climatique elle-même.

1) C. supr. États-Unis, avril 2007, *Massachusetts v. EPA*, aff. 549 U.S. 497.
2) La Haye District Ct, 24 juin 2015, *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*, aff. C/09/456689/HA ZA 13-1396.
3) Hte C. Lahore, 4 septembre 2015, *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*, aff. W.P. 25501/2015.
4) D. Markell et J.B. Ruhl, « *An empirical assessment of climate change in the courts: a new jurisprudence or business as usual?* », 64 Fla. L. Rev. 15, 2012.

S'agissant des recours contre les entreprises, on distinguera, d'une part, les recours visant les entreprises pour *greenwashing*, d'autre part, les recours intentés contre les entreprises, liés soit de façon directe soit de façon indirecte, à leur responsabilité dans le développement du réchauffement climatique.

Tout d'abord, les recours dirigés sur la base du *greenwashing* sont intéressants car le juge trace ici des limites à ne pas franchir et n'hésite pas à condamner des postures critiquables. Des contentieux liés au *greenwashing* climatique⁵ ont été répertoriés en Australie. Dans toutes ces affaires, les sociétés ont été condamnées à changer leurs pratiques. L'affaire la plus connue est celle des manipulations du constructeur automobile allemand *Volkswagen*⁶ concernant des tests de ses véhicules diesel.

En ce qui concerne les recours en responsabilité dirigés contre les entreprises, les règles de *duty of care* ou de *due diligence* sont finalement complémentaires et tournent toutes deux autour de l'idée d'un devoir particulier à accomplir face à une situation créée par l'entreprise et susceptible d'entraîner des dommages à l'extérieur de celle-ci. En droit anglo-saxon, le *duty of care* a été illustré par l'affaire dite de la pétition

*Greenpeace Asie du sud-est*⁷ basé sur le rapport Heede qui relevait la part de responsabilité de certaines entreprises dans le réchauffement climatique, ainsi que dans l'affaire *Lliuya v. RWE*⁸ de l'agriculteur péruvien.

À cela s'ajoutent, à titre d'exemples, les procédures engagées par la Californie et l'État de New York contre de multiples sociétés pétrolières importantes américaines, notamment Chevron.

« Le droit climatique [...] est constitué essentiellement du contentieux qui fleurit devant les juridictions nationales de tous les continents ».

En fait, les effets du contentieux de l'environnement se font sentir à tous les niveaux du droit public comme du droit privé.

L'essentiel de la jurisprudence américaine concerne la procédure et le fond du droit invoqué, celui de la preuve est sujet délicat quand il s'agit d'aborder ce qui est un dommage causé à tous, finalement par tous, bien qu'il y ait des secteurs plus responsables que d'autres (les villes représentant plus de 50 % de l'augmentation des gaz à effet de serre,

les grandes industries, plus de 40 %) (voir article avec Raphaëlle Jeannel) et sur la preuve et l'expertise (article de Chancia Plaine).

Comme le sujet intéresse tous les pouvoirs publics, les citoyens, le secteur économique, bancaire et financier, il nous est apparu nécessaire d'en montrer l'impact d'abord au niveau constitutionnel (article de Corinne Lepage et Benjamin Huglo), puis l'impact sur les principes du droit de l'environnement en deçà du principe pollueur payeur, à savoir, notamment, les principes de prévention, de précaution sur lesquels est fondée la jurisprudence climatique (article de Pauline Schaal), et enfin, un sujet qui a de plus en plus d'intérêt tant pour les investisseurs que pour les usagers de l'environnement : le droit des études d'impact (article de Corinne Lepage et Roxane Sageloli).

C'est un nouveau droit qui commence à s'ouvrir. Le doyen Georges Vedel n'avait-il pas écrit en 1992, dans sa préface au *Jurisclasseur Environnement*, que le droit de l'environnement sera demain le droit du patrimoine commun de l'humanité ?

Christian Huglo

Avocat à la cour, docteur en droit,

Directeur général SAS Huglo Lepage Avocats

Co-Directeur du Jurisclasseur Environnement

5) M. Wilensky, « *Climate change in the courts: an assessment of non-U.S. climate litigation* », p. 23.

6) California Northern District Court, January 11th 2017, United States of America v. Volkswagen AG, n° 2:16-cr-20394-SFC-APP.

7) Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, Petition to Commission on Human Rights of the Philippines, « *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change* », 22 septembre 2015.

8) Regional Ct Essen, 15 décembre 2016, Peruvian mountain guide Saul Luciano Lliuya v. RWE.



Le rôle du juge national dans l'établissement d'une justice climatique mondiale : défi et perspectives



Christian Huglo,
Avocat à la cour, Docteur en droit,
Directeur général SAS Huglo Lepage Avocats,
Codirecteur du Jurisclasseur Environnement

Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats

Le titre de cet article est une forme de décalque du titre d'un ouvrage complet que nous avons consacré à ce même sujet qui s'intitule « *Le contentieux climatique : une véritable révolution judiciaire mondiale* », qui vient de paraître aux éditions Bruylant¹.

La question de la place du juge dans ce domaine se pose effectivement parce qu'il n'existe ni institution internationale ni justice internationale consacrées à l'environnement.

L'idée d'une organisation nationale des Nations unies a été soutenue par la République française mais n'a pas été adoptée à la dernière conférence de Rio. L'idée d'une juridiction internationale ayant compétence universelle sur les questions environnementales n'a jamais été sérieusement envisagée.

Le droit international issu de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) de 1992 se consacre, depuis 1995, à l'organisation régulière de réunions des États parties (ou COP) qui n'ont pas encore conduit au droit qu'il faudrait instituer.

À cet égard, l'Accord de Paris de décembre 2015 obtenu à l'issue de la COP 21, bien qu'il ne présente pas l'aspect d'un accord contraignant, peut être regardé comme un pas en avant décisif, ce que reconnaissent la plupart des juristes, car il contient un certain nombre d'obligations.

Aujourd'hui, l'état du climat continue à se dégrader et certains scientifiques ont affirmé que si nous continuons ainsi, nous n'aurions que 5 % de chances de réussite d'atteindre le seuil de 2°C à l'horizon 2100, fixé comme limite supérieure à ne pas dépasser selon l'Accord de Paris.

On comprend, dans ces conditions, que dans des continents aussi différents que l'Afrique,



l'Asie ou l'Amérique, les associations et les collectivités publiques se mobilisent et saisissent leurs juges nationaux pour obtenir des États et/ou des principaux responsables du réchauffement climatique, soit des mesures préventives et efficaces, soit des mesures réparatoires ou des limitations au droit de polluer par le CO₂.

Il existerait aujourd'hui neuf cents décisions rendues dans le domaine du contentieux climatique. La partie la plus importante du contentieux climatique se trouve aux États-Unis. Son développement accéléré s'explique sans doute par l'attitude du président actuel Donald Trump, qui a entendu dénoncer l'Accord de Paris et mettre en marge son pays de ce mouvement mondial que l'on retrouve dans toutes les collectivités, face à ce qu'on peut appeler une catastrophe majeure à terme, c'est-à-dire une catastrophe lente.

À cet égard, Jean Jouzel écrivait, la veille de la COP21 de 2015 : « *Si rien n'est fait pour réduire l'effet de serre lié aux activités humaines, nous irons à la fin de ce siècle à un réchauffement moyen supérieur à 4°C par rapport à l'aire préindustrielle qui se poursuivrait jusqu'à 8 à 12°C en 2300.*

La dernière fois que le climat a été plus chaud de 4°C, c'était il y a 15 millions d'années avant l'histoire humaine. La dernière fois que le climat a été plus chaud d'environ 2°C, c'était il y a 125 000 ans.

Le niveau des océans était alors d'au moins 6 m plus élevé qu'aujourd'hui. Il serait très difficile, voire impossible de faire face aux conséquences d'un réchauffement climatique global supérieur à 1,5 ou 2°C tant pour la biodiversité que pour les sociétés humaines »².

1) Christian Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Éditions Bruylant, avril 2018, 392 p.

2) J. Jouzel et al., *Crime climatique stop ! L'appel de la Société civile*, Paris, Seuil, p. 53.

Les recours climatiques ont deux objets, tout d'abord les recours juridictionnels qui tendent essentiellement à obtenir des pouvoirs publics des mesures d'anticipation ou de réduction ou d'adaptation au changement climatique.

Et il ne faut pas les négliger les contentieux dirigés contre les grandes entreprises considérées par certains experts comme responsables du réchauffement climatique. Un rapport américain³ du professeur Heede estime que quatre-vingt-dix grandes multinationales exerçant leur activité dans le domaine des hydrocarbures, du ciment ou du charbon, sont responsables d'au moins 40 % du réchauffement climatique.

« Le défi lancé au juge national [...], doit lui permettre de se référer à un droit nouveau et supérieur qui s'impose à tous et à chacun ».

Pour qu'une jurisprudence s'établisse, il faut d'abord que le juge national interprète de façon simple les obstacles de procédure qui peuvent empêcher le déroulement d'un procès sur le fond. Le juge peut en effet, dans la plupart des contentieux, rejeter un recours pour un motif de procédure ou d'irrecevabilité sans avoir à statuer sur le fond.

La vraie question est celle de savoir comment déterminer les responsabilités et comment développer un contentieux qui ne soit pas seulement un contentieux punitif mais surtout un contentieux préventif, car c'est demain qui nous intéresse.

Finalement, le défi lancé au juge national ne peut se cantonner au seul champ des règles de procédure ou de compétence et surtout, doit lui permettre de se référer à un droit nouveau et supérieur qui s'impose à tous et à chacun.

On examinera successivement ces deux questions.

DÉPASSER LES CONTRAINTES DE LA PROCÉDURE CLASSIQUE

Comme on le sait, traditionnellement, un procès national, sur quelque continent qu'il se déroule, est dominé par la règle des trois unités (que l'on peut emprunter à nos chers auteurs classiques), c'est-à-dire la règle de l'unité de temps, de lieu et d'action.

Ici, rien à voir. Pas d'unité de lieu, puisque le dommage est global et que la victime est universelle. Pas d'unité de temps, parce que si le passé est la source des difficultés,

le futur, bien qu'incertain, est ce qu'il faut construire. Pas d'unité d'action, puisque toutes les actions judiciaires sont conduites séparément selon les différents systèmes judiciaires.

Ajoutons à cela une autre difficulté : comment voir clair dans les systèmes judiciaires hétérogènes ? Le système accusatoire, le système inquisitorial, le système de la preuve orale, le système de la séparation des pouvoirs font que la plus grande diversité règne sur la planète.

Trois domaines de procédure fondamentaux commandent le déroulement d'un procès : la question de la compétence, celle de la séparation des pouvoirs et la détermination de l'intérêt pour agir.

À chaque fois et dans chaque système spécifique, les juges ont toujours cherché à faire preuve de la plus grande bienveillance.

Il sera probablement très rare qu'un juge, saisi par une association de particuliers sur la question climatique, décline sa compétence car, d'une façon ou d'une autre, les effets du changement climatique se feront sentir, certainement, à terme, sur son territoire (soit relèvement du niveau de la mer, soit perturbation dans la biodiversité, soit atteinte aux générations futures vivant dans le ressort de la compétence du juge).

La chose est beaucoup plus facile lorsque le recours vise à mettre en cause la carence de la puissance publique : en général, c'est la juridiction administrative qui est compétente. S'il s'agit d'engager une responsabilité dans la production d'éléments contribuant à l'augmentation des gaz à effet de serre, la question n'est pas plus délicate, car la jurisprudence universelle sur le sujet reconnaît comme compétente la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve soit la victime, soit l'auteur du dommage.

La seconde question qui est celle de la séparation des pouvoirs est traditionnellement liée à l'existence de juridictions concurrentes, ce qui ne pose aucun problème dès lors que le recours est dirigé comme il doit l'être en fonction de la question de fond posée (droit public ou droit privé).

En revanche, ce qui sort de l'ordinaire, c'est que, dans certaines affaires, comme l'une des plus célèbres, l'affaire *Leghari*⁴, rendue au Pakistan en septembre 2015, le juge saisi par un certain nombre d'agriculteurs menacés par la montée des eaux a décidé de faire œuvre de législation et de nommer une commission pour élaborer des textes et forcer le Parlement à agir.



BARREAU DE PARIS ET ÉCOLE DE FORMATION PROFESSIONNELLE DES BARREAUX

Campus des avocats 2018 – 12^e édition
2/6 juillet 2018
EFB
1, rue Pierre Antoine Berryer 92130 Issy-les-Moulineaux
Renseignements : 01 47 55 54 51
contact@avocatcampus.org
avocatcampus.org 2018-2798

WALTER FRANCE

11^e Trophée Golf
2 juillet 2018
Golf de Joyenval Chemin de la Tuilerie
78240 Chambourcy
contact@walter-allinial.com
www.walterfrance-allinial.com 2018-2800

CEREMA, CNFPT, TISSÉO COLLECTIVITÉS, ADEME

Journées nationales du management de la mobilité 2018
4/5 juillet 2018
Centre de congrès Pierre Baudis
11, Espl. Compans Caffarelli 31000 Toulouse
jnmm2018@cerema.fr
www.ademe.fr/actualites/manifestations/journees-nationales-management-mobilite-2018 2018-2767

IFEC

29^e congrès annuel de l'IFEC : réinventons le cabinet
5/6 juillet 2018
Palais des congrès de la Grande Motte
192, avenue Jean Bene 34280 Montpellier
Renseignements : 01 42 56 49 67
www.ifec.fr 2018-2619

MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE

Colloque « La médiation : expériences, évaluations et perspectives »
5 juillet 2018
Ministère de la justice - Auditorium
35, rue de la gare 75019 Paris
mission@gip-recherche-justice.fr 2018-2778

3) R. Heede, Carbon Majors : Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report, Snowmass, Climate Mitigation Services, 2013.
4) Hte C. Lahore, 4 septembre 2015, Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan, § 7, p. 6, et § 4, p. 4, aff. W.P. 25501/2015.

La question de l'intérêt pour agir peut être dépassée facilement par la création d'une association dont l'objet social est adéquat.

Le système anglo-saxon en vigueur, et en particulier aux États-Unis, permet de constituer un véritable *trust* souvent d'enfants (par exemple *Our Children Trust*) et donc de mettre en place une action pour les générations futures. Si c'est un droit moral qui est invoqué, l'intérêt pour agir ne fait pas grande difficulté.

Dès lors que l'on veut initier un contentieux en responsabilité, les difficultés ne peuvent que s'accumuler tant du côté de la désignation du responsable que, et surtout, du côté de la qualité de victime.

Tel est le cas, par exemple, du litige intenté par un agriculteur péruvien qui se plaint du danger qu'il risque de subir du fait de la fonte d'un glacier qui menace son village, et dont il attribue la responsabilité à la société allemande RWE, en ce qu'elle contribuerait, selon les experts, pour 0,47 % au réchauffement climatique global.

Les questions de la preuve et de l'expertise sont évidemment cruciales dans ce domaine particulier. C'est pourquoi le sujet a été traité dans un autre article (voir « *L'expertise dans le contentieux climatique* » par Chancia Plaine, *Journal Spécial des Sociétés* de ce jour).

Finalement, grâce à un certain libéralisme dont ont déjà pu faire preuve les juges par rapport aux règles classiques de procédure, on constate que ceux-ci facilitent les choses pour que s'élabore effectivement une véritable doctrine juridique qui touche aux règles de fond.

À QUEL DROIT SE RÉFÉRER

ET QUEL DROIT APPLIQUER ?

On voit toute la difficulté du sujet : comment reconnaître un droit nouveau, impératif et universel.

Dans la plupart des cas, il ne s'agit pas de se référer aux règles classiques de la responsabilité civile mais d'imposer à un État ou à une collectivité publique l'obligation d'agir dans un sens déterminé.

La consultation des décisions de justice montre que la doctrine des droits de l'homme à l'environnement est fréquemment invoquée. La vérité est que dans la plupart des États du monde entier, le droit constitutionnel a fait un bond en avant considérable depuis



les années 90. Selon une étude publiée par le professeur Delzangles⁵, cent quarante-cinq États bénéficieraient d'un droit constitutionnel à l'environnement qui peut s'assimiler à un droit objectif ou quelques fois, même, à un droit subjectif (droit à un environnement sain).

La palme revient au droit constitutionnel de l'environnement.

Les objectifs et principes de la Charte de l'environnement de 2004, tels la prise en compte des besoins des générations futures et des autres peuples ou le principe de précaution, pourraient, en effet, permettre de dépasser les enjeux locaux et immédiats ou quasi immédiats du contentieux en intégrant à l'appréciation des juges la prise en compte des conséquences globales et à venir des décisions, actions ou inactions qui leur sont soumises.

Deux exemples contentieux illustrent ce recours du juge au droit constitutionnel.

Tout récemment, dans une affaire historique *Friends of the Irish Environment CLG v. Fingal County Council*⁶ jugée par la Haute Cour d'Irlande en date du 21 novembre 2017, le juge a reconnu un droit constitutionnel personnel à un environnement (« *a personal constitutional right to an environment* »), mais il a rejeté l'affaire sur le fond.

Dans une autre affaire plus intéressante, le tribunal administratif fédéral d'Autriche a interdit en février 2017 la construction d'une troisième piste d'un aéroport ainsi que la délocalisation de la route nationale B10, pour violation de l'article 144 de la loi constitutionnelle fédérale sur l'environnement parce que cela augmenterait les émissions de gaz à effet de serre en retenant la nécessité de la protection du climat⁷. Le tribunal a décidé que la réalisation d'une nouvelle troisième piste de l'aéroport international de Vienne devait être arrêtée au motif que les avantages économiques positifs de l'expansion de l'aéroport étaient annulés par le préjudice potentiel pour l'intérêt public causé par la hausse des émissions de carbone. Mais, en juin 2017, la Cour constitutionnelle autrichienne a annulé ce jugement⁸.

Comme on le voit, le juge national tente d'opérer dans le contentieux climatique une véritable révolution pour passer du local au global, et surtout faire prévaloir ce qui peut s'assimiler à la reconnaissance d'un véritable droit de l'humanité destiné à en assurer la survie, malgré ses contradictions, dans des conditions de dignité acceptables.

À cet égard, le recours à des principes constitutionnels pourrait permettre d'éviter que notre quotidien l'emporte sur celui des générations plus jeunes et à venir.

5) C. Lepage, Déclaration universelle des droits de l'humanité, Rapport à l'attention de Monsieur le Président de la République remis le 25 septembre 2015, « *Annexe 1 : Lettre de mission confiée par Monsieur le Président de la République* ».

6) High court of Ireland, November 21st 2017, Friends of the Irish Environment CLG v. Fingal County Council, no 344 JR.

7) Bunderverwaltungsgericht, 2 février 2017, Vienna-Schwechat airport, W109 2000179-1/291.

8) Verfassungsgerichtshof Österreich, Vienna-Schwechat Airport, Juge 29th 2017.

L'expertise dans le contentieux climatique



Chancia Plaine,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats

Dans les différents contentieux, l'expertise issue de la science climatique contenue dans les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) est une référence dont les juges reconnaissent toute l'autorité. Cela est ainsi illustré, par exemple, à travers l'affaire *Urgenda c. Pays-Bas*¹, dans laquelle les requérants se sont fondés sur les résultats du GIEC publiés en 2007 et en 2013 en invoquant les besoins de mesures d'adaptation et d'atténuation.

Les documents et études scientifiques à disposition des parties sont principalement les analyses du GIEC et d'autres travaux d'instituts privés comme le rapport Heede ou encore d'autres documents. Certes, la science climatique du GIEC n'est pas toujours le seul outil utilisé par les requérants. Ainsi, dans la pétition des Inuits, le rapport *Arctic Climate Impact Assessment* publié en 2004 a été pris comme support scientifique prouvant les effets négatifs du changement climatique sur le mode de vie des peuples inuits.

Plusieurs auteurs ont qualifié l'existence de l'obstacle que constitue l'enjeu de la preuve dans les recours climatiques devant le juge national en précisant qu'une grande partie du problème de la preuve², auquel font face les plaignants dans les contentieux climatiques, découle de lacunes ou d'incertitudes des sciences du climat développées devant le juge national, qui, par définition, est la clé du succès ou de l'échec d'un procès.

L'ENJEU DE L'EXPERTISE DANS LE CONTENTIEUX CLIMATIQUE

L'expertise climatique joue un rôle clé dans le contentieux climatique, celle-ci désigne ici l'expertise mise en œuvre pour lutter contre le changement climatique à travers les rapports publiés périodiquement par le GIEC. La crédibilité des travaux du GIEC relative à la science climatique repose sur des modèles issus de mécanismes de calculs informatiques : d'une part, celui élaboré en 1955 par Normann Philipps, et d'autre part, des modèles opérationnels



actuellement utilisés par les scientifiques. La jurisprudence établie sur le contentieux climatique permet d'asseoir un lien de causalité entre les émissions de gaz à effet de serre et les diverses activités impactées.

« Aujourd'hui, il se dégage une véritable tendance des juges à se fier aux rapports du GIEC dont l'autorité est certaine ».

La question du lien de causalité a toujours été au centre des discussions dans le contentieux climatique. Le problème de la preuve à laquelle ont été confrontés les demandeurs dans ce contentieux provient des incertitudes face à la pertinence de la science climatique. Il est un fait que les études scientifiques majeures sur le changement climatique et ses impacts sont orientées vers la caractérisation d'impacts mondiaux voire au mieux régionaux, il est encore très difficile de prévoir les impacts locaux spécifiques en se servant des données actuelles. L'exigence d'une démonstration plus recherchée de preuves scientifiques requises pour parvenir

à démontrer qu'il existe un lien entre une activité donnée et des impacts spécifiques et localisés s'impose. Des défenseurs ont cherché à nier le fait que leurs émissions de gaz à effet de serre pourraient être liées au réchauffement climatique et ont exploité à leur avantage les données sur les incertitudes scientifiques relatives aux preuves disponibles concernant les répercussions localisées du réchauffement climatique. Par exemple, dans l'affaire *Massachusetts v. EPA*³, l'opinion dissidente a révélé que l'argument d'*uncertainty* (incertitude) dans les litiges relatifs aux changements climatiques est une donnée de forte importance. Dans de nombreux litiges sur le climat, les tribunaux n'ont pas exigé une preuve rigoureuse du lien de causalité adéquate entre les émissions de gaz à effet de serre et les impacts particuliers des changements climatiques. En ce sens, la décision du *Massachusetts v. EPA* s'est inspirée de l'argumentation de la majorité de la Cour suprême, selon laquelle il existait un lien effectif et pertinent entre les émissions de gaz à effet de serre du secteur des transports aux États-Unis et les dommages causés à l'État de Massachusetts du fait de l'élévation du niveau de la mer et de l'érosion côtière, qui ne pouvaient être attribuées à une autre cause.

1) La Haye District Ct, 24 juin 2015, *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*, aff. C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

2) Voir à ce sujet les développements de Christian Huglo dans l'ouvrage : *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Editions Bruylant, avril 2018, 392 p.

3) C. supr. États-Unis, avril 2007, *Massachusetts v. EPA*, aff. 549 U.S. 497.

LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES QUANT AU LIEN DE CAUSALITÉ CLIMATIQUE

En réalité, deux types de causalité coexistent, l'une est la causalité générale et l'autre la causalité individuelle : elles fonctionnent de pair⁴. La causalité générale vise « *les liens réels entre le facteur causant un dommage* » et ce dommage en général. La causalité individuelle traite « *des facteurs et de dommages précis* » dont les parties ont saisi le juge. Cette dernière causalité présente plus de difficulté aux experts dans l'établissement du lien de causalité entre le fait du réchauffement invoqué et les dommages allégués. En effet, dans le contentieux climatique, les dommages causés individuellement sont difficiles à démontrer, car le phénomène de changement climatique a des origines diverses dont l'activité de l'homme est l'une des causes. Certains juges ont souvent fait usage d'une approche dite flexible dans la recherche et l'interprétation du lien de causalité en retenant, par exemple, des expertises qui ont apporté une preuve basée sur « *les possibilités de survenance du risque* » ou encore « *d'un lien substantiel entre la cause et le dommage* ». D'autres théories sont utilisées aux États-Unis. La théorie dite des dommages causés au public, qui repose sur les expertises scientifiques fondées sur les statistiques et les probabilités fournies par la communauté scientifique, a mis en évidence qu'il est plus que probable que les émissions de gaz à effet de serre provenant des activités humaines ont produit un excès de carbone associé aux impacts sur le réchauffement climatique. Les tribunaux aux États-Unis prennent en compte deux types d'incertitudes : scientifique et économique, dont la seconde concerne à la fois les coûts du réchauffement climatique et ceux des solutions proposées pour y faire face.

Bien qu'aucun tribunal n'ait établi une responsabilité directe et absolue entre les émissions de gaz à effet de serre et leur origine dans l'activité humaine, on peut constater une réelle prise en compte par le juge national du consensus scientifique établi sur le lien entre les émissions de gaz à effet de serre et leur source anthropique. Francis Menton avait déjà souligné ce point dans une analyse en traitant de la preuve dans le contentieux climatique qu'au regard du troisième rapport du GIEC de 2001, le réchauffement serait sans précédent, et il était prouvé que la hausse de température mondiale était causée par les émissions de dioxyde de carbone (CO₂) du fait l'activité humaine. Il a fait référence à deux jurisprudences : *Connecticut*



© Geoffrey Whiteley / ggw

*v. American Electric Power Co.*⁵ et *Comer v. Murphy Oil USA et al.*⁶. A cet égard, pour combattre le fait que le réchauffement climatique n'est pas toujours considéré aux États-Unis comme un « *risque environnemental majeur* », c'est à la victime, qui est dans la plupart des cas demanderesse, d'apporter la preuve des effets néfastes des émissions de gaz à effet de serre, en s'appuyant soit sur les travaux du GIEC soit sur l'étude du rapport Heede⁷, comme on pourra le constater dans les développements qui suivent. Le juge Stevens, dans la décision *Massachusetts v. EPA*, a mentionné concernant ces mêmes types de données scientifiques qu'une augmentation bien documentée des températures mondiales a coïncidé avec celle relative à la concentration de dioxyde de carbone dans l'atmosphère.

Dans l'affaire *Urgenda c. Pays-Bas* décidée en 2015, le juge néerlandais avait très clairement démontré le lien de causalité et en conséquence, valablement ordonné à l'État néerlandais de limiter les émissions de gaz à effet de serre à 25 % d'ici 2020 par rapport au niveau de 1990, constatant en outre que l'actuel du gouvernement s'était bien engagé à réduire les émissions. Dans la récente étude publiée en avril 2017 par la section environnement des Nations unies, David Estrin a démontré que le contentieux aux Pays-Bas était réellement la première décision judiciaire à avoir reconnu que les résultats scientifiques du GIEC sont bien une base appropriée pour qu'un tribunal puisse déterminer les obligations de tout État relatives à la réduction des émissions de gaz à effet de serre afin d'éviter de dépasser la limite des 2 °C dans

l'augmentation de température globale. Pour le reste, dans l'affaire *Greenpeace New Zealand v. Northland regional Council*⁸ datant de 2007, les requérants avaient désigné la quantité des émissions de gaz à effet de serre comme facteur du changement climatique.

En conséquence, il apparaît que les juges nationaux font confiance progressivement aux données scientifiques élaborées par le GIEC et d'autres rapports collectifs ou non, ce qui permet de faciliter la tâche des tribunaux nationaux dans les litiges climatiques à venir. Le contentieux climatique va nécessiter un débat contradictoire sur les documents de preuve apportés par les parties en vue de soutenir l'expertise climatique, selon les méthodes de la preuve judiciaire en vigueur devant des juges de nations ou de continents différents. Aujourd'hui, il se dégage une véritable tendance des juges à se fier aux rapports du GIEC dont l'autorité est certaine. Cela permet de considérer les risques climatiques comme une réelle présomption de réalisation d'un dommage peut être indéterminée dans son ampleur, mais dont la probabilité est réalisable. Ainsi on peut considérer que c'est au défendeur d'établir la non-dangerosité de son abstention d'agir ce qui conduit au succès de ce type d'action. Par ailleurs, cela ne peut pas se réaliser dans l'hypothèse de recherche de responsabilité individuelle (et même collective) lorsque le demandeur s'adresse à un acteur privé pour lui demander de modifier sa politique anti-climatique. Comme on le voit, le principe de précaution vient parfaitement au secours des demandeurs à l'action en justice. Il a ici incontestablement pris toute sa légitimité et sa pertinence.

4) Monsieur Torre-Schaub, « *Le rôle des incertitudes dans la prise de décisions aux États-Unis. Le réchauffement climatique au prétoire* », p. 707

5) 2d Cir., *Connecticut v. American Electric Power Co.*, 2009.582 F2d 309.

6) 5th Cir., *Comer v. Murphy Oil USA et al.*, 2009, 585F.3d 855.

7) Note sommaire sur le rapport Heede.

8) *Greenpeace New Zealand v. Northland regional Council*, 2007, NZRMA 87, § 7.

Faut-il constitutionnaliser la lutte contre le dérèglement climatique et l'adaptation aux changements climatiques ?



Corinne Lepage,
Avocate à la cour,
Docteur en droit,
CEO Huglo Lepage Avocats

Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
Juriste-consultant,
Huglo Lepage Avocats

L'idée d'intégrer la question climatique dans la Constitution fait son chemin. Mais, avant de réfléchir aux différentes solutions qui pourraient être envisagées, il paraît utile de définir les objectifs d'une telle modification et les conditions de son effectivité.

POURQUOI INTÉGRER À LA CONSTITUTION LA QUESTION CLIMATIQUE ?

Cette question n'a rien de saugrenu dans la mesure où, par définition, une Constitution est nationale, et la question climatique, planétaire. Il s'agit donc d'un sujet différent de celui de la protection des ressources naturelles, de la lutte contre les pollutions locales et de la protection de la santé humaine. En effet, ces différents éléments justifient une action territorialisée.

Cependant, si la problématique climatique est planétaire et impose une action internationale, les solutions sont largement nationales et locales, ce qui justifierait pleinement que le sujet parvienne à un niveau constitutionnel.

En France, la Charte de l'environnement¹ adoptée le 1^{er} mars 2005, c'est-à-dire il y a plus de dix-huit ans, ne fait aucune référence au climat. Toutefois, les cinq premiers considérants, très généraux, pourraient être interprétés comme incluant la question climatique. Ainsi, le fait de considérer que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu, que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de vie sur sa propre évolution ou encore que l'environnement est le patrimoine commun de tous les humains, pourrait ouvrir la voie à des interprétations jurisprudentielles extensives. Il ne s'agit pas d'une impossibilité. En effet, un certain nombre de jurisprudences étrangères ont fait ce choix, en liant la question climatique et le droit à un environnement sain. Ainsi, en Norvège, un arrêt du 4 janvier 2018 du tribunal de district d'Oslo² à propos de la délivrance de licences d'extraction de pétrole et de gaz



en mer de Barents, a posé la question de la constitutionnalité de ces autorisations au regard du droit à un environnement sain. De même, le tribunal administratif fédéral d'Autriche a interdit la construction d'une piste d'aéroport pour violation de la Constitution dans son article 144 sur l'environnement car cette autorisation augmentait les émissions de gaz à effet de serre. Si la Cour Constitutionnelle a pris une position contraire, il n'en demeure pas moins que ce jugement ouvre des perspectives. Or, dans ces deux pays et dans d'autres où la question de la justice climatique prend de l'ampleur, les décisions de justice se fondent sur le droit à un environnement sain, sans qu'il y ait nécessairement une référence constitutionnelle au climat. On rappellera que quatre-vingt-douze États reconnaissent dans leur Constitution un droit à un environnement sain, et douze États disposent de décisions de leur juridiction constitutionnelle reconnaissant le principe³. Neuf pays ont inséré le climat et la lutte climatique directement dans leur Constitution. Il ne s'agit pas nécessairement des pays ayant une politique particulièrement progressiste en matière environnementale !

QUELS SERAIENT DONC LES OBJECTIFS JUSTIFIANT UNE MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE ?

À l'évidence, faire de la question climatique une priorité absolue, une obligation s'imposant à tous et justifiant l'inconstitutionnalité de toute mesure, quel qu'en soit l'auteur, venant augmenter les émissions de gaz à effet de serre et/ou réduire la résilience et les mécanismes d'adaptation au dérèglement climatique, devient nécessaire. Il va de soi que s'il ne s'agit que d'un objectif mou, sans force obligatoire et prioritaire, il est sans intérêt et n'apportera rien de plus que la Charte de l'environnement dans laquelle le juge constitutionnel pourrait parfaitement trouver, comme ses collègues dans d'autres pays, une base juridique à la priorité climatique – à la condition, certes, qu'il devienne un vrai défenseur de la cause climatique. Le CETA aurait été une occasion parfaite d'affirmer l'impératif climatique ; il n'en a rien été.

Mais dans l'hypothèse où le constituant décidait d'agir en ce sens, il conviendrait que l'impératif climatique ne soit pas le seul. Devraient être portés au même rang de priorité la sauvegarde de la biodiversité et l'impératif de santé humaine. En effet, ne constitutionnaliser que le climat alors que la sixième extinction des espèces atteint

1) Loi constitutionnelle numéro 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

2) Oslo District Court, January 4th 2018, Greenpeace Nordic Ass'N and Nature & Youth v. Ministry of petroleum and energy.

3) Voir sur ce point Christel Coumil communication lors du colloque « La Constitution face au changement climatique ».

un niveau irréversible et que la dégradation de la santé humaine sous l'effet des pollutions chimiques et autres est de plus en plus évidente, pourrait avoir des effets tout à fait pervers. N'oublions pas que, le plus souvent, en France, derrière l'affichage de la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, se cachent les partisans du tout nucléaire.

En admettant que le pouvoir constituant veuille entrer dans une logique de constitutionnalisation du climat, encore faudrait-il qu'il accepte de faire des défis écologiques dont la non-résolution nous menace d'« *humanicide* », la priorité. La « *mission* » que la France semble vouloir se donner sur la scène internationale de porteur de l'Accord de Paris et donc de pays exemplaires dans la lutte contre les changements climatiques pourraient le justifier. La plus mauvaise solution serait celle qui consisterait à insérer le mot de climat dans la Constitution sans qu'il puisse en être tiré aucune conséquence juridique solide et de nature à modifier la situation actuelle. Il ne s'agirait alors que de communication, terme qui ne devrait jamais pouvoir être accolé à celui de Constitution, et qui aurait pour effet, une fois encore, de faire prendre des vessies pour des lanternes et d'accréditer l'idée que la priorité donnée contre le changement climatique est une réalité juridique.

En effet, comme l'explique de manière très judicieuse Christel Cournil, la proposition actuelle de modifier l'article 34 de la Constitution pour intégrer le mot climat dans les matières relevant de la loi n'aurait strictement aucun effet. Diplomatiquement, l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2018 estime qu'il aurait « *peu d'incidence* ». En réalité, elle est au mieux inutile, au pire contre-productive. Une telle modification ne contraint en rien le législateur à agir, exclut que le gouvernement le fasse et n'emporte évidemment aucune garantie quant à la nature des dispositions qui pourraient être prises. Du reste, on observera que c'est déjà la loi, dans un article L. 229-1 du Code de l'environnement, qui traite du sujet en faisant de la lutte contre l'intensification de l'effet de serre et la prévention des risques liés au réchauffement climatique une priorité nationale, dont le juge considère du reste qu'il ne s'agit que d'un objectif et non d'une règle contraignante. Dès lors, la proposition actuelle est à ranger au rang des accessoires inutiles, de l'effet de manche, d'un *greenwashing*⁴ bas de gamme.

Si l'objectif était effectivement de faire de la lutte contre le changement climatique un impératif contraignant pour les collectivités publiques et même au-delà pour les individus et les personnes morales, il faudrait alors changer totalement de braquet. Plusieurs solutions ont été proposées.



- La modification de l'article premier de la Constitution incluant dans la définition de la République la question climatique et celle aussi de la biodiversité. Dans le même temps, la solidarité intergénérationnelle pourrait être affirmée. Une telle solution n'a strictement aucune chance politique. Elle serait « *révolutionnaire* » au sens premier du terme, dans la mesure où elle ajouterait à la définition de la République, un nouveau domaine d'action prenant le pas sur l'intérêt économique, qui certes ne figure pas dans la Constitution en tant que telle, mais dont chacun sait qu'il est devenu l'impératif prioritaire de l'action publique. Imposé dès l'article premier de la Constitution, il s'imposerait à tous les pouvoirs et donnerait une dimension tout à fait nouvelle au contrôle constitutionnel du respect de la Charte de l'environnement, qui aujourd'hui laisse largement à désirer.

« Si l'objectif était effectivement de faire de la lutte contre le changement climatique un impératif contraignant pour les collectivités publiques et même au-delà pour les individus et les personnes morales, il faudrait alors changer totalement de braquet ».

- Une autre proposition, peut-être moins ambitieuse mais trop ambitieuse pour avoir une chance de succès, consisterait à créer un nouveau titre dans la Constitution, qui serait consacré à la transition écologique et solidaire et pourrait comporter un certain nombre d'articles relatifs aux grands axes de l'action publique en rendant cet impératif contraignant.

- À défaut, et a minima, une modification de la Charte de l'environnement pourrait être envisagée pour intégrer un nouveau considérant propre au climat⁵ et un nouvel article portant le devoir pour tous les acteurs de lutter contre le dérèglement climatique et mettre en place les mesures d'adaptation nécessaires. L'inconvénient de cette solution consiste à éviter que le pouvoir qu'a créé chez un certain nombre d'élus, le principe de précaution ne réapparaisse, et qu'une forme de « *deal* » s'établisse pour échanger l'un contre l'autre⁶.

Quoiqu'il en soit, il est clair que l'on peut débattre d'une modification constitutionnelle qui intégrerait réellement et comme priorité la transition écologique. Si tel était le cas, il conviendrait d'y intégrer les modifications de gouvernance qu'une telle transformation impliquerait, avec notamment une troisième chambre qui soit effectivement celle du long terme, avec le droit de veto y afférent, permettant précisément de rendre effective cette priorité par un contrôle *a priori*.

Cependant, force est de constater que l'intention gouvernementale actuelle est à des années-lumière d'une telle orientation. Plutôt que de mal constitutionnaliser ce sujet majeur, il est probablement utile et urgent d'attendre et d'utiliser l'inventivité juridique dont les praticiens, magistrats comme avocats, savent faire preuve, pour permettre aux fils ténus qui figurent déjà dans notre droit d'être tirés dans le sens qu'exige l'histoire. Le préjudice écologique a été jugé par la Cour de cassation bien avant que le législateur ne s'en empare ; la responsabilité climatique des autorités publiques sera très probablement jugée bien avant que le constituant n'ait estimé utile de faire de ce sujet une priorité constitutionnelle.

4) Ce sont les abus du marketing de développement durable dont sont responsables certaines entreprises via leurs annonces publicitaires.

5) On peut considérer que la biodiversité figure déjà par la référence aux ressources.

6) Sur tous ces points Voir Christel Cournil article précité.

Les grands principes du droit de l'environnement appliqués au contentieux climatique



Pauline Schaal,
Avocate,
Huglo Lepage Avocats

Saisis par la société civile, les juges nationaux ont pris une place incontournable dans le futur développement de ce que sera demain un droit climatique pour tous et pour chacun. Le rapport publié en mars 2017 par le Programme des Nations unies pour l'environnement a recensé 894 actions en cours liées au climat, dont 667 aux États-Unis, 119 au sein de l'Union européenne, 102 dans la zone Asie-Pacifique, 2 en Afrique et 1 seule en Amérique latine¹.

Le contentieux climatique se définit comme « *tout litige administratif ou judiciaire, fédéral, étatique, tribal ou local dans lequel les décisions du tribunal soulèvent directement et expressément une question de fait ou de droit concernant le fond ou la politique liées aux causes et effets du changement climatique* »².

Si l'objectif des actions climatiques est similaire, en ce qu'il tend à atténuer les inégalités liées au réchauffement et à participer à l'atténuation et à l'adaptation au changement climatique, il convient néanmoins de distinguer deux types de recours : les recours visant à engager la responsabilité de l'État du fait de l'insuffisance ou de la carence de la politique de lutte contre le réchauffement climatique ; et ceux entrepris contre les entreprises pour leur(s) activité(s) génératrice(s) de gaz à effet de serre.

Alors que la justice climatique aurait pu être en partie réglée par le biais du principe de « *responsabilité commune, mais différenciée* » – énoncé au Sommet de la Terre à Rio de Janeiro en 1992, dans le préambule de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques déclarant que les parties au traité sont « *conscientes que le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale, efficace et appropriée, selon leurs responsabilités communes mais différenciées, leurs capacités respectives et leur situation sociale et économique* »³, ce sont



en réalité bien souvent les principes du droit de l'environnement qui ont pu permettre aux juges nationaux d'asseoir leurs décisions dans ce domaine. Il ressort de l'analyse des décisions de justice ainsi que des requêtes que les grands principes du droit de l'environnement y jouent un double rôle essentiel, surtout en l'absence d'une législation internationale sur le fond du droit climatique. Tout d'abord, ils permettent aux juges de réinterpréter certaines prérogatives du droit processuel, tel que l'intérêt à agir, et ils constituent ensuite des moyens de droits substantiels que les juges peuvent utiliser afin de fonder une responsabilité climatique.

LE PRINCIPE DE DÉVELOPPEMENT DURABLE AU SERVICE DE LA RECEVABILITÉ DES ACTIONS CLIMATIQUES

Dans le contentieux climatique, l'un des premiers obstacles concerne la recevabilité de la requête, et plus précisément la démonstration de l'intérêt à agir des requérants. Les effets irréversibles du

réchauffement climatique impactent les générations présentes mais surtout futures.

En l'absence d'un droit universel à un environnement sain, à la vie ou encore à la santé, les juges s'inspirent de la notion de développement durable pour reconnaître l'intérêt à agir des requêtes déposées au nom des générations présentes et futures, telle qu'elle est mentionnée dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 qui précise que « *Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature.* » (Principe 1) et que « *Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures* » (Principe 3)⁴.

Dans l'affaire *Minor Oposa v. Factoran*⁵, la Cour constitutionnelle des Philippines a reconnu l'intérêt à agir d'un groupe de mineurs et d'une association de défense de l'environnement qui cherchaient à faire cesser les autorisations de déforestation délivrées par le ministre en invoquant leur droit et celui des générations futures à un environnement sain. La Cour a indiqué que ce sont « *des responsabilités pour chaque génération en tant que trustee et gardienne de l'environnement pour les générations futures* »⁶ pour admettre cet intérêt à agir.

En matière climatique, c'est le juge néerlandais, dans l'affaire *Urgenda c. Pays-Bas*⁷, qui s'est prononcé le premier sur l'intérêt à agir des requérants représentant les générations futures. Alors que le gouvernement néerlandais contestait la capacité de l'association à agir au nom des générations futures, l'association *Urgenda* justifiait son action au nom de l'intérêt intergénérationnel, car la politique de l'État en matière de réduction des émissions de GES impacte également les générations futures. La Cour a fondé son raisonnement sur l'article 303a, livre 3 du Code

1) P. Jolly, « *Les contentieux climatiques se multiplient dans le monde* », *Le Monde*, 6 mars 2018.

2) D. Markell et J.B. Ruhl, « *An empirical assessment of climate change in the courts : a new jurisprudence or business as usual ?* », *Fla. L. Rev.* (64/15), 2012.

3) ONU, « *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques* », Rio de Janeiro, 1992, p. 2.

4) ONU, « *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* », Rio de Janeiro, 1992.

5) C. supr. philip., 30 juillet 1993, *Minor Oposa v. Factoran Jr.*, GR, no 10183, 224, S.C.R.A., 792.

6) *Ibid.*, § 811.

7) La Haye District Ct, juin 2015, *Urgenda Foundation v. Kingdom of The Netherlands*.

civil qui permet à une association d'agir en justice pour protéger l'environnement, ainsi que sur les statuts de la fondation *Urgenda* qui stipulent que sa mission porte sur la promotion d'une société plus soutenable pour les générations présentes et futures⁸. À cet égard et pour affirmer leur fondement, les juges ont noté que le rapport Brundtland⁹ ainsi que la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique¹⁰ mettaient en avant l'impératif de durabilité.

C'est donc par le prisme de la notion de développement durable que le juge climatique tend à reconnaître que les générations futures peuvent être représentées en justice et que par conséquent leurs droits à la vie ou à un environnement sain seront préservés.

Plusieurs affaires pendantes devant des juges nationaux cherchent à faire reconnaître un intérêt à agir aux générations futures, telle que l'affaire *Our children's Trust*¹¹, aux États-Unis, où vingt et un mineurs et un scientifique ont introduit un recours contre le gouvernement fédéral pour manquement à l'obligation de protection de la population et du territoire contre les changements climatiques.

Les décisions rendues prochainement devront être analysées pour conclure à la reconnaissance d'un intérêt à agir des générations futures sur le fondement du droit au développement durable dans les procès climatiques.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION AU SERVICE D'UNE ACTION AUDACIEUSE

Le contentieux dirigé contre les États et les entreprises se heurte nécessairement à la question de la preuve des effets néfastes des émissions de gaz à effet de serre et du lien de causalité. Afin de rapporter cette preuve, les requérants s'appuient sur différents rapports au premier rang desquels apparaît le rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). C'est alors que les principes de prévention et de précaution, qui reposent sur les notions de « *risque climatique* » et d'« *incertitude scientifique* », jouent un rôle fondamental.

Le principe de précaution, qui a fait sa première apparition dans le Protocole de Montréal en 1987, est défini au principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 de la manière suivante « *pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs*



capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

« Il ressort de l'analyse des décisions de justice ainsi que des requêtes que les grands principes du droit de l'environnement y jouent un double rôle essentiel [...] ».

C'est sur le fondement du principe de précaution que le juge climatique néerlandais, dans l'affaire *Urgenda c. Pays-Bas*, a déterminé l'obligation du *duty of care* qui incombait aux Pays-Bas comme élément constitutif de ce principe¹². La Cour a estimé que l'adoption de mesures plus significatives auraient été plus « *rentables* »¹³ et « *équitables* »¹⁴ pour les générations futures afin qu'elles ne soient pas « *accablées de manière exclusive et disproportionnée par les conséquences du changement climatique* »¹⁵. La Cour conclut que l'État doit faire preuve d'une diligence de « *haut niveau* », se traduisant par l'adoption d'un cadre d'action adéquat et efficace pour réduire les émissions de GES des Pays-Bas¹⁶.

La règle de *duty of care*, issue du principe de précaution, a également été utilisée par les

requérants dans la pétition à l'encontre des multinationales génératrices de gaz à effet de serre, comme ce fut le cas devant la commission des droits de l'homme des Philippines¹⁷. Les demandeurs ont soutenu que le principe de précaution était pertinent pour enquêter sur la responsabilité des *Carbon majors* concernant les implications du changement climatique sur les droits de l'homme¹⁸ (droit à la vie, droit à l'eau potable, droit à un logement convenable, etc.). Les quarante-sept grandes entreprises privées ont donc dû répondre à ces allégations devant la commission. Le principe de précaution constitue un instrument utile permettant au juge de dépasser le problème lié au lien de causalité entre les effets du changement climatique et les atteintes aux droits les plus fondamentaux. L'obligation de diligence issue de ce principe impose aux États et aux entreprises de prévenir la réalisation des dommages liés au réchauffement climatique dont les contours sont incertains.

Dans le contentieux climatique, le juge est saisi d'une situation totalement inédite puisqu'il doit trancher sur des conséquences qui relèvent du futur. Pour répondre à son devoir qui est celui de rendre la justice, il a dû se doter d'une nouvelle boîte à outils en l'absence d'un droit universel climatique, notamment à partir des grands principes du droit de l'environnement tels que ceux qui ont été évoqués, mais également les principes du pollueur-payeur, d'équité intergénérationnelle, ou encore d'information et de participation du public, pour pouvoir statuer.

8) Ibid., §4.4.

9) Notre avenir à tous, Commission Mondiale sur l'environnement et le développement, Rapport Brundtland, éd. Du Fleuve, 1989 : « *Le développement durable, c'est s'efforcer de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité de satisfaire ceux des générations futures.* » p.13.

10) ONU, « *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques* », Rio de Janeiro, 1992, Article 2 : « *L'objectif ultime de la présente Convention et de tous instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter est de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique. Il conviendra d'atteindre ce niveau 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* ».

11) Our children trust, « *Oregon Court of Appeals Heard Arguments for Oregon Youths' Climate Change Case Before Hundreds of People at the University of Oregon School of Law* », 16 janvier 2014.

12) C. HUGLO, « *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale* », Bruylant, 2018, p. 239.

13) La Haye District Ct, juin 2015, *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*, § 4.19.

14) Ibid., § 4.57.

15) Ibid.

16) A.-S. Tabau et C. Coumil, « *Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas* », *Revue juridique de l'environnement*, 2015/4, vol. 40, p. 691.

17) Greenpeace Southeast Asia and Philippine Rural Reconstruction Movement, *Pétition to Commission on Human Rights of the Philippines*, « *Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change* », 22 septembre 2015.

18) Ibid., p. 24.

Le dérèglement climatique et l'étude d'impact



Corinne Lepage,
Avocate à la cour,
Docteur en droit,
CEO Huglo Lepage Avocats

Roxane Sageloli,
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats

Si le principe du recours à l'évaluation environnementale des plans et programmes semble désormais consacré, l'intégration de la question climatique au sein même de l'étude d'impact est quant à elle relativement nouvelle, et reste encore partielle. Rappelons tout d'abord que cette obligation faite aux maîtres d'ouvrage d'avoir à étudier les impacts de leurs projets est bien antérieure à la prise de conscience, relativement récente, du risque climatique à proprement parler.

LES ÉTUDES D'IMPACT SONT NÉES BIEN AVANT QUE LE RISQUE CLIMATIQUE AIT ÉGALEMENT ÉTÉ PERÇU

Elle est née aux États-Unis au tournant des années 70¹ avec le « *National Environmental Policy Act* » (NEPA, 1969), avant d'être introduite en France par la loi numéro 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, et enfin, à l'échelle européenne, par la directive 85/337/CEE² du Conseil du 27 juin 1985. Elle s'est par la suite progressivement étendue dans le monde. L'étude d'impact fait ainsi désormais partie intégrante de nombreuses législations nationales, mais également de plusieurs conventions internationales, notamment la Convention d'Espoo signée en 1991.

La jurisprudence s'en est également saisie. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme en a fait un principe nécessaire dans le processus décisionnel³. La Cour internationale de justice, dans un arrêt du 20 avril 2010⁴, a également estimé « *qu'il peut être considéré comme une exigence en vertu du droit international général d'entreprendre une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'il existe un risque de l'activité industrielle proposée puisse avoir un aspect négatif important dans un contexte transfrontière, en particulier sur une ressource partagée* »⁵.

Si la nécessité d'une étude d'impact ne se conteste plus, l'intégration du climat dans les sujets à étudier est quant à elle beaucoup plus récente.

L'article R.122-5 du Code de l'environnement français intégrait, depuis le décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact :

« 2° Une analyse de l'état initial de la zone et des milieux susceptibles d'être affectés par le projet, portant notamment sur la population, la faune et la



flore, les habitats naturels, les sites et paysages, les biens matériels, les continuités écologiques telles que définies par l'article L. 371-1, les équilibres biologiques, les facteurs climatiques (...) ainsi que les interrelations entre ces éléments ;

« **Nous n'en sommes pour l'heure qu'aux prémices du contrôle de l'étude d'impact sur l'aspect « émissions de gaz à effet de serre ».**

3° Une analyse des effets négatifs et positifs, directs et indirects, temporaires (y compris pendant la phase des travaux) et permanents, à court, moyen et long terme, du projet sur l'environnement, en particulier sur les éléments énumérés au 2° et sur la consommation énergétique (...) ainsi que l'addition et l'interaction de ces effets entre eux ».

La directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement a ensuite ajouté un certain nombre d'obligations d'évaluations, dont le climat.

L'article L.122-1 du Code de l'environnement intègre désormais à l'étude d'impact l'évaluation des incidences du projet sur la population et la santé

humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage, ainsi que l'interaction entre ces facteurs.

Le nouvel article R.122-5, réécrit par le décret n°2017-626 du 25 avril 2017 est également beaucoup plus explicite quant aux éléments à prendre en compte s'agissant de la question climatique. Il précise désormais que : « *l'étude d'impact comporte (...) :*

4° Une description des facteurs mentionnés au III de l'article L. 122-1 susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet : la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, et le paysage ;

5° Une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant, entre autres :

(...)
f) Des incidences du projet sur le climat et de la vulnérabilité du projet au changement climatique ».

De même, s'agissant spécifiquement des infrastructures de transport, une évaluation des consommations énergétiques résultant de l'exploitation, notamment du fait des déplacements qu'elle entraîne ou permet d'éviter est exigée.

1) EPA, National Environmental Policy Act (NEPA), 42 U.S.C., 1969.

2) Dir. 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE, L 175 du 5 juillet 1985.

3) CEDH, 27 janvier 2009, Tatar c. Roumanie, Études foncières, no 138, mars-avril 2008, p. 48.

4) CIJ, 20 avril 2010, Affaire relative à des usines des pâtes à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay).

5) Sur tous ces points Voir Christian Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, avril 2018, p. 98.

UNE CONCEPTION INTÉGRANT LA VULNÉRABILITÉ DU PROJET AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES

Ainsi est-on passé d'une conception minimaliste de l'impact climatique, limitée aux seules émissions de gaz à effet de serre à une conception beaucoup plus large, qui n'était pas interdite par le texte précédent mais qui est désormais clairement posée. Elle englobe la vulnérabilité du projet aux changements climatiques, incluant les questions d'adaptation au changement climatique, et l'immense sujet de la résilience.

Cette conception s'intègre parfaitement à l'évolution du droit international, et plus précisément de l'Accord de Paris sur le climat qui, dans le sillage de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) et des textes adoptés lors des différentes COP, lie de plus en plus étroitement les questions de « *mitigation* » et d'« *adaptation* », tout en donnant une place croissante à la seconde, compte tenu de l'incapacité actuelle à limiter les émissions de gaz à effet de serre.

Pourtant, si le droit avance, la jurisprudence tant nationale qu'internationale n'a pas encore véritablement intégré cette logique. Nous n'en sommes pour l'heure qu'aux prémices du contrôle de l'étude d'impact sur l'aspect « *émissions de gaz à effet de serre* ».

Au niveau international, les premiers contentieux dans ce domaine voient le jour. Une première tentative a été lancée par la Micronésie à l'encontre de la République tchèque⁶ pour exiger une étude d'impact transfrontière sur un projet visant à étendre les activités d'une centrale à charbon particulièrement polluante. La Micronésie avait en effet affirmé lors de la Conférence de Copenhague en 2009 (COP 15) que son existence même était mise en cause par les émissions de gaz à effet de serre, et qu'une centrale à charbon aussi polluante (7 millions de tonnes annuelles de CO₂) ne pouvait être mise en service qu'après réalisation d'une étude d'impact ayant apprécié les effets y compris transfrontières de ces émissions. Cette réclamation semble s'être enlisée⁷. En revanche, la Haute Cour de Pretoria dans la capitale sud-africaine a, dans un arrêt du 8 mars 2017, soumis l'autorisation d'exploiter un projet de centrale à charbon devant fonctionner jusqu'en 2060 à la condition d'effectuer dans un délai de six mois une évaluation complète des conséquences du changement climatique lié à ce projet⁸.

Cette décision constitue un précédent notable, à rapprocher des exigences actuelles quant au contenu des études d'impact sollicitées par la Banque mondiale pour financer les projets.



Le projet Europacity

En France, une décision très récente vient ouvrir la voie. Elle a été rendue par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise le 6 mars 2018, qui a décidé d'annuler l'arrêté du 21 septembre 2016 du préfet du Val-d'Oise autorisant la création de la ZAC dite du Triangle de Gonesse⁹, concernant l'aménagement d'un centre de loisirs Europacity. Le tribunal a considéré, conformément à l'avis rendu par l'autorité environnementale, que le dossier ne précisait pas suffisamment de quelle façon les besoins énergétiques du projet seraient couverts, et que l'analyse des émissions de CO₂ liées aux déplacements de touristes, eu égard à la proximité de l'aéroport et dans la perspective de la création d'Europacity, restait très insuffisante.

C'est une première. L'annulation d'un projet pour insuffisance de l'étude d'impact des émissions de CO₂ liées aux déplacements, alors même que les nouvelles dispositions de l'article R.122-5 n'étaient pas applicables au projet en cause, n'avait encore jamais été prononcée.

Il est clair désormais que les dispositions actuelles vont permettre au juge de se montrer infiniment plus exigeant dans le contrôle de l'étude d'impact, d'abord en ce qui concerne les émissions de gaz à effet de serre, mais aussi sur la question de la résilience, et de la capacité d'adaptation des activités aux émissions supplémentaires générées par le projet.

Dorénavant, l'étude d'impact devra être extrêmement précise sur ces aspects, à court, moyen et long terme, en fonction du scénario de référence qui sera retenu. L'exigence couvre non seulement les émissions propres au projet mais aussi celles qu'il engendrera du fait des transports, ou encore dans sa réalisation et son entretien.

Cette approche très factuelle et soumise au contrôle du juge administratif devra être complétée par un second volet beaucoup plus délicat à

établir, qui est celui de la vulnérabilité des milieux et des activités humaines à ce supplément d'émissions, et d'un éventuel impact négatif sur leur propre résilience.

Ainsi, en toute logique, un projet émetteur de gaz à effet de serre – ce qui est le cas de pratiquement tous les projets – devra justifier de manière particulièrement solide des raisons pour lesquelles il contribue à de telles émissions. Si l'objectif est de réaliser un projet qui, à terme, devrait les réduire ou les éviter, il n'y aura pas de difficultés. À défaut, il faudra alors entrer dans une logique de compensation de ces émissions à la tonne. Faute de compensation au titre de l'étude d'impact, la justification au fond du projet s'en trouvera particulièrement délicate.

S'y ajoutera ensuite le deuxième volet, celui de l'impact sur la vulnérabilité. Outre les questions de méthodologie à résoudre pour parvenir à une telle étude, il s'agira là encore, en cas d'impact négatif, d'envisager de sérieuses mesures de compensation. De ce point de vue en effet, il est fort à parier qu'avec le temps et l'augmentation de la température et des dérèglements climatiques, les exigences en termes d'adaptation et de résilience ne vont cesser de croître. À terme, il est possible que non seulement les projets ne puissent plus légalement contribuer aux émissions de gaz à effet de serre, mais qu'ils doivent au contraire participer, preuves à l'appui, à une amélioration de la résilience. Ainsi, à travers la question de l'étude des effets climatiques des projets, plans et programmes dans l'étude d'impact, c'est en réalité tout un pan de la politique climatique qui sera évaluée et le cas échéant sanctionnée. Il s'agit sans doute de l'un des outils les plus utiles et les plus efficaces à cet effet ; ce qui pourrait peut-être même expliquer la réduction drastique du seuil des projets désormais soumis à étude d'impact...

2018-3945

6) Environmental Impact Assessment Request, 12 mars 2009, Micronesia Transboundary EIA Request.

7) Voir Christian Huglo, opus cit, page 100.

8) High Ct Afr. du S., 8 mars 2017, Earthlife Africa Johannesburg v. Minister of environmental affairs and others, aff. 65662/16.

9) Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 6 mars 2018, Collectif pour le triangle de Gonesse, requêtes numéros 1610910 et 17002621.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 20 juillet 2019 – numéro 54 Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Adaptation au changement climatique



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE

La politique d'adaptation au changement climatique en France : d'un droit souple à l'émergence d'obligations juridiquement contraignantes ?	3
Les collectivités territoriales face au changement climatique.	7
Les études d'impact environnementales et climatiques au regard du droit français et européen	11
Adaptation au changement climatique dans le monde économique et financier : un droit en devenir	14
La nécessaire adaptation des compagnies d'assurance au changement climatique.	19
L'adaptation des énergies conventionnelles et renouvelables au changement climatique	22

AGENDA 4

ÎLE-DE-FRANCE

Sensibiliser les Adamois au réchauffement climatique	
L'association SEPIA se mobilise	25

ANNONCES LÉGALES 26

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 183461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bimensuelle
Imprimerie : SIEP
Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2019

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Vers un droit de l'adaptation au changement climatique

Lorsqu'il est question aujourd'hui de droit climatique ou de justice climatique, il est fait référence aux efforts plus ou moins consentis en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Budget carbone, neutralité carbone, taxe carbone, économie bas carbone, autant de sujets qui concernent les moyens de réduire notre intensité carbone pour tenter, même si le pessimisme ne peut qu'être de rigueur, d'atteindre l'objectif de limiter à 2°C les émissions de gaz à effet de serre. Le récent rapport du Haut Conseil pour le Climat vient du reste d'apporter une douche glacée à ceux, il est vrai peu nombreux, qui auraient pensé que nous étions sur la bonne trajectoire.

Cependant, il ne s'agit là que d'un aspect du sujet. En effet, le second volet du droit climatique, celui de l'adaptation, est resté jusqu'à présent sous les limbes. Soit qu'un certain climato-scepticisme laissait supposer qu'il n'y avait pas d'effets attendus à court terme et que les hausses de température relevées chaque année relevaient du hasard, soit que le sujet apparaisse comme trop anxiogène pour être abordé, force est de constater que le thème de la résilience, c'est-à-dire de la capacité individuelle et collective de s'adapter à de nouvelles conditions, est encore très faiblement abordé. Pourtant, le récent rapport des sénateurs Dantec et Roux ne laisse aucun doute ni sur le fait que les effets du dérèglement climatique se font déjà sentir et vont être considérables, ni sur le fait que nous ne sommes pas préparés.

Pourtant, au stade où nous en sommes, l'année 2019, les épisodes caniculaires que nous vivons et dont les climatologues considèrent qu'ils sont à 95 % imputables aux dérèglements climatiques, le moment est venu pour tous les responsables d'ouvrir les yeux et de réfléchir à la manière dont ils vont pouvoir exercer leurs activités dans ce



Corinne Lepage

monde en transformation profonde et rapide.

Le droit est encore embryonnaire dans le domaine de l'adaptation du changement climatique, mais il est inexistant. Ce numéro spécial du JSS ne prétend évidemment pas à l'exhaustivité mais cherche à fournir à tous les acteurs économiques des bases de réflexion sur les évolutions à venir. Après avoir rappelé les bases juridiques internationales, communautaires et nationales de l'adaptation au changement climatique, puis de son introduction dans le droit des études d'impact, le numéro traitera de l'adaptation du changement climatique au niveau des collectivités territoriales, de l'énergie, au niveau du monde de la finance et de l'économie, ainsi que de l'impact sur l'assurance.

Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

2019-5042

La politique d'adaptation au changement climatique en France : d'un droit souple à l'émergence d'obligations juridiquement contraignantes ?



Théophile Begel,
Avocat à la cour,
Huglo Lepage Avocats

Ainsi que le propose un rapport du conseil économique pour le développement durable (CEDD) de février 2010, l'adaptation au changement climatique peut être définie comme « l'ensemble des évolutions d'organisation, de localisation et de techniques que les sociétés devront opérer pour limiter les impacts négatifs du changement climatique et en maximiser les effets bénéfiques¹ ».

Qu'il s'agisse du réchauffement des températures moyennes constatées, de la transformation du régime des précipitations, de la montée du niveau des mers ou encore du développement de situations de stress hydrique, une myriade de manifestations naturelles nouvelles résultant des phénomènes de changements climatiques impacte d'ores et déjà la France comme le reste du monde².

Les effets attendus dans les vingt à trente prochaines années ne pouvant quasiment plus être endigués³, cette situation nécessite aujourd'hui le développement d'une politique d'adaptation ambitieuse au vu des risques environnementaux et sanitaires, dont l'enjeu a pu être résumé par certains comme ayant pour objet de « gérer l'inévitable⁴ ».

Bien que l'état actuel du dernier projet de réforme constitutionnelle n'ait à ce jour l'ambition d'inscrire à l'article 1^{er} de la Constitution française que l'action « contre les changements climatiques⁵ », l'adaptation au changement climatique (qui en est le complément) est néanmoins en passe de



s'élever du rang de simple défi à celui d'une réelle politique, faisant évoluer les éléments de cette dernière d'un rang de *soft law* à celui d'obligations juridiquement contraignantes.

Afin d'expliciter une telle lecture, le présent article se propose de présenter brièvement les sources internationales de cette politique d'adaptation au changement climatique (I.), avant de démontrer en quoi les objectifs d'une telle politique sont aujourd'hui en passe de pouvoir être considérés comme revêtant un certain caractère contraignant (II.).

I. LES SOURCES INTERNATIONALES DE LA POLITIQUE D'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE |||||

A. LES SOURCES EN DROIT INTERNATIONAL

Sujet global s'il en est car affectant l'ensemble de la communauté internationale, l'adaptation au changement climatique comme son complément, la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, trouvent naturellement leurs sources premières dans le droit international.

Ainsi, dès 1992, la Convention-Cadre des Nations-Unies sur les Changements

1) Économie de l'adaptation au changement climatique, conseil économique pour le développement durable de février 2010.

2) Pour un exposé synthétique des manifestations déjà visibles en France, voir notamment Rapport d'information du Sénat n° 511 sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050, par Monsieur Ronan Dantec et Monsieur Jean-Yves Roux, pp. 19 à 36.

3) Ibid., p. 28 : « Quoi qu'on fasse maintenant pour réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES), compte tenu de l'inertie des systèmes climatiques, l'accumulation passée et présente de ces gaz détermine en effet largement ce qui va se passer d'ici à 2050 ».

4) Ibid., p. 7.

5) Selon un article du journal *Le Monde* paru vendredi 30 mai 2019, le nouveau projet de loi de révision constitutionnelle propose d'inscrire à l'article 1^{er} de la Constitution que la République « agit pour la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et contre les changements climatiques ».

Agenda



IHEJ, CLUB DES AMIS DU DROIT DU CONGO, ET UNIVERSITÉ PROTESTANTE DE LUBUMBASHI

8^e édition des cours intensifs sur les droits de l'homme et le droit international pénal
12/23 août 2019

Université protestante de Lubumbashi
Avenue du 30 juin Lubumbashi
République démocratique du Congo
www.cad-congo.org/?p=311

2019-3343

OPÉRA EN PLEIN AIR

Festival Opéra en Plein Air
4/8 septembre 2019
Hôtel national des invalides
Rond-Point du Bleu de France 75007 Paris
contact@operaenpleinair.com
www.operaenpleinair.com

2019-3310

LES NOTAIRES DU GRAND PARIS

Salon du mariage « *Marions-nous* » – consultations publiques des notaires
14/15 septembre 2019

Paris Expo Porte de Versailles
1, place de la Porte de Versailles 75015 Paris
Renseignements : 01 44 82 24 00
paris.notaires.fr/fr/evènements/salon-du-mariage-marions-nous-porte-de-versailles-paris

2019-3315

INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES SUR LA JUSTICE ET COURT OF THE FUTURE NETWORK D'AUSTRALIE

Court Tour édition 2019
15/20 septembre 2019
Dublin, Wexford, Waterford,
Cork et Kilkenny – Irlande
Renseignements : Alexandre Lesage

alesage@ihej.org
ihej.org/agenda/court-tour-edition-2018-en-irlande

2019-3342

ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE ET ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE

Le renouveau de la conciliation et de la médiation dans nos sociétés post-modernes
3 octobre 2019

Cour de cassation
5, quai de l'Horloge 75001 Paris
Renseignements : 01 44 32 95 95 et 01 44 32 95 59
www.courdecassation.fr/venements/23/colloques_4/2019_8992/mediation_nos_40680.html

2019-3329

Adaptation au changement climatique

Climatiques (CNUCC)⁶ s'accordait sur le principe selon lequel il incombe aux États de « *prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes* », tout en soulignant que « *pour atteindre ce but, il convient que ces politiques et mesures [...] comprennent des mesures d'adaptation et s'appliquent à tous les secteurs économiques* » (article 3§3).

La planification constituait déjà un outil à privilégier puisque la Convention devait ensuite préciser qu'il appartient aux États d'établir et de mettre en œuvre des « *programmes nationaux et, le cas échéant, régionaux, contenant [...] des mesures visant à faciliter l'adaptation voulue aux changements climatiques* » (article 4§1).

Au titre de l'Accord de Paris en date du 12 décembre 2015, les États signataires, dont la France, se sont en outre engagés à « *renforcer leurs capacités d'adaptation aux effets néfastes des changements climatiques* » (article 2§1. b).

Tout en réaffirmant « *l'objectif mondial en matière d'adaptation, consistant à renforcer les capacités d'adaptation, à accroître la résilience aux changements climatiques et à réduire la vulnérabilité à ces changements, en vue de contribuer au développement durable et de garantir une riposte adéquate en matière d'adaptation dans le contexte de l'objectif de température* », l'article 7 de l'Accord de Paris précise encore les contours des engagements des États en matière d'adaptation, en leur imposant de se fixer des objectifs transversaux d'adaptation, d'entreprendre des processus de planification de l'adaptation, de mettre en place ou renforcer des plans et politique d'adaptation, et d'en assurer le suivi, l'évaluation et la communication.

Enfin, son article 13§8 prescrit aux États d'inscrire leurs actions en matière d'adaptation dans un cadre de transparence renforcée, leur imposant notamment de « *communiquer des informations sur les effets des changements climatiques et sur l'adaptation à ces changements* », afin de permettre à l'ensemble de la communauté internationale d'échanger utilement sur les stratégies et bonnes pratiques à privilégier.

B. LES SOURCES EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

En droit de l'Union européenne, le régime juridique de l'adaptation au changement climatique, destiné à « *améliorer la capacité de résilience de [l'Union européenne] face aux effets du changement climatique* » semble avoir pris naissance en 2009 avec la publication d'un premier livre blanc consacré à la préparation d'une stratégie communautaire globale d'adaptation⁷.

Dans ce document, la Commission soulignait notamment l'importance d'intégrer l'adaptation dans l'ensemble des politiques de l'Union européenne en adoptant « *une approche transversale fondée sur la résilience des écosystèmes, la protection des habitats et de la biodiversité ainsi que les services rendus par les écosystèmes, et d'assurer une synergie et une cohérence entre les mesures à prendre au niveau de toutes les politiques sectorielles concernées* ».

En avril 2013, l'Union européenne adoptait ensuite une « *Stratégie de l'Union européenne relative à l'adaptation au changement climatique* »⁹, prévoyant la réalisation de trois objectifs principaux : 1/ Favoriser l'action au niveau des États membres en les incitant à opter pour des stratégies d'adaptation globales et à renforcer l'action en faveur de l'adaptation ; 2/ Favoriser une prise de décision éclairée, en améliorant les connaissances sur l'adaptation ;

3/ Intégrer la résilience au climat dans l'action de l'Union européenne et des États, en promouvant l'adaptation dans les secteurs les plus vulnérables, tels que l'énergie et les transports.

En outre, le Règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 créait en son article 15 une obligation pour les États membres de rendre compte à la Commission européenne de leurs actions mises en œuvre au niveau national en matière d'adaptation au changement climatique :

« *Au plus tard le 15 mars 2015, et tous les quatre ans par la suite, les États membres déclarent à la Commission, en s'alignant sur le calendrier des déclarations à la CCNUCC, des informations sur leur planification et leurs stratégies d'adaptation nationales, en indiquant les actions qu'ils ont mises en œuvre ou qu'ils ont l'intention de mettre en œuvre pour faciliter*

6) CNUCC, signée le 9 mai 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994.

7) Commission européenne, livre blanc, « *Adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européen* », COM (2009)2152(INI).

8) *Ibid.*, point 19.

9) Stratégie de l'UE relative à l'adaptation au changement climatique COM/2013/0216, 16 avril 2013.

l'adaptation au changement climatique. Ces informations comprennent les principaux objectifs et la catégorie d'incidence liée au changement climatique visée, telle que l'inondation, l'élévation du niveau de la mer, les températures extrêmes, les épisodes de sécheresse et autres phénomènes météorologiques extrêmes ».

Cette stratégie a fait l'objet d'une évaluation en décembre 2018, générale et pays par pays, aux termes de laquelle la Commission rappelait la nécessité pour les États membres d'agir en matière d'adaptation, et de renforcer leurs efforts en matière de mise en œuvre et de suivi des plans d'adaptation.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE

D'ADAPTATION EN DROIT INTERNE

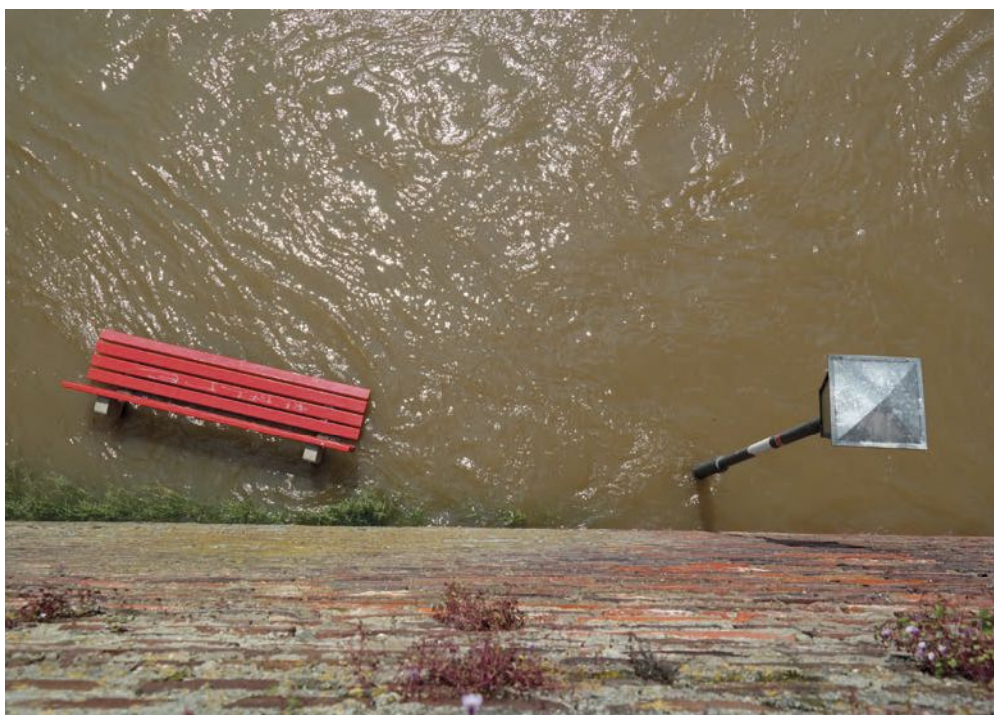
A. UNE POLITIQUE ORIGINELLEMENT CONDUITE PAR LA SEULE PLANIFICATION

En France, la loi énonce dès 2001 que « la lutte contre l'intensification de l'effet de serre et la prévention des risques liés au réchauffement climatique sont reconnues priorité nationale¹⁰ ».

Si le terme « d'adaptation » n'est ainsi pas encore juridiquement consacré à cette époque, une telle préoccupation est toutefois déjà bel et bien présente à travers l'ambition de prévenir les effets négatifs du réchauffement climatique. La mise en place de mesures d'adaptation au changement climatique se poursuit ensuite par l'adoption d'une « Stratégie nationale d'adaptation au changement climatique », validée par le Comité interministériel pour le développement durable réuni le 13 novembre 2006.

L'enjeu de ce premier document de 97 pages était alors d'exprimer « le point de vue de l'État sur la manière d'aborder la question de l'adaptation au changement climatique, [afin] de préparer le territoire à affronter les bouleversements nés d'une dérive climatique planétaire qui affecteront aussi bien les modes de vie des Français que l'ensemble des secteurs ».

Un premier « plan national d'adaptation au changement climatique » était ensuite présenté le 20 juillet 2011 par la ministre de l'Écologie, conformément à l'obligation fixée au cinquième alinéa de l'article 42 de la loi 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement¹¹.



Créé par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, l'article L. 222-1 b) du Code de l'environnement rappelle aujourd'hui que la stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone « complète le plan national d'adaptation climatique prévu à l'article 42 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ».

Annoncé par l'Axe 19 du Plan Climat publié le 6 juillet 2017, un second plan d'adaptation au changement climatique (PNACC-2) était ensuite adopté le 20 décembre 2018 dernier. Couvrant la période 2018-2022, le PNACC-2 a pour ambition de mettre en œuvre 58 actions différentes sur cinq années, et contient plusieurs évolutions par rapport au premier PNACC notamment en matière de traitement du lien entre les différentes échelles territoriales, du renforcement de l'articulation avec l'international et de solutions fondées sur la nature.

Comme le précisait le ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement dans une question écrite du Sénat n° 19968, les PNACC ne traitent « que des mesures qui relèvent du niveau national ».

Ainsi, au niveau local, la politique d'adaptation est quant à elle planifiée

au moyen des schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) et des plans climat-air-énergie territoriaux (PCAET), ainsi que par nombre d'autres documents et plans qu'un autre article de ce numéro évoquera plus en détail¹².

B. UNE POLITIQUE DE PLUS EN PLUS DÉCLINÉE PAR DES INTÉGRATIONS SECTORIELLES

Alors qu'elle n'était originellement mise en œuvre qu'au moyen d'outils de planifications, nationaux et locaux, la politique d'adaptation au changement climatique tend aujourd'hui à se voir déclinée directement dans de nombreux domaines sectoriels, en particulier s'agissant de ceux les plus exposés aux risques induits par les phénomènes de changements climatiques.

Ainsi, depuis la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, le Code de l'environnement prévoit-il en son article L. 211-1 que l'objectif de gestion équilibrée et durable de la ressource en eau « prend en compte les adaptations nécessaires au changement climatique (...) ».

De même, en matière d'agriculture, l'article L. 1 du Code rural et de la pêche maritime prévoit depuis le 15 octobre 2014

10) Article 1° de la Loi n° 2001-153 du 19 février 2001 tendant à conférer à la lutte contre l'effet de serre et à la prévention des risques liés au réchauffement climatique la qualité de priorité nationale et portant création d'un Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique en France métropolitaine et dans les départements et territoires d'outre-mer, JORF n° 43 du 20 février 2001 page 2783, aujourd'hui codifié à l'article L. 229-1 du Code de l'environnement.

11) « Un plan national d'adaptation climatique pour les différents secteurs d'activité sera préparé d'ici à 2011 ».

12) Voir l'article Les collectivités locales face au changement climatique, par Corinne Lepage et Roxane Sageloli, p.7 de ce numéro.

que « la politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation, dans ses dimensions internationale, européenne, nationale et territoriale » a notamment pour finalités de contribuer « à l'atténuation et à l'adaptation aux effets du changement climatique ».

L'article L. 121-1 du Code forestier prévoit également, depuis cette même date, que l'État veille « au maintien de l'équilibre et de la diversité biologiques et à l'adaptation des forêts au changement climatique ».

Si de telles dispositions ressemblent davantage à des principes généraux qu'à des obligations contraignantes, des lois plus récentes ont toutefois commencé à inscrire dans le droit positif des objectifs plus précis dont il reviendra à la jurisprudence d'apprécier la portée juridique.

Ainsi la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité [...] indique que la perte de « biodiversité ultramarine doit être stoppée afin de préserver son rôle en faveur de l'adaptation des territoires au changement climatique », quand la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer vient d'inscrire la prise en compte de la vulnérabilité face au changement climatique dans les plans de convergence.

De même, en matière d'urbanisme, l'adaptation à l'augmentation des températures saisonnières a déjà fait l'objet de mesures spécifiques dans différents Plan local d'urbanisme (PLU) en vigueur sur le territoire national, via notamment des dispositions tendant à lutter contre le phénomène des « îlots de chaleur urbains¹³ ». Ainsi, à Paris où la différence peut parfois dépasser les 10°C à l'échelle journalière entre le centre de la ville et la campagne la plus froide, le Règlement du PLU en vigueur depuis sa modification générale de juillet 2016 comporte des dispositions obligeant, sauf exception, la création de surfaces végétalisées en cas de construction nouvelle ou de surélévations de bâtiments existants¹⁴.

Enfin, certaines obligations contraignantes conçues originellement pour contribuer à la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, telles que les obligations en matière d'isolation du bâti¹⁵, peuvent aujourd'hui être lues comme participant également de l'action pour l'adaptation au changement climatique, en ce qu'elles permettent non seulement la réalisation d'économies d'énergie, mais également un meilleur confort thermique de leurs occupants lors des saisons chaudes sans avoir forcément recours à la climatisation (appelé aussi « confort d'été »).

« Les effets attendus dans les vingt à trente prochaines années ne pouvant quasiment plus être endigués, cette situation nécessite aujourd'hui le développement d'une politique d'adaptation ambitieuse au vu des risques environnementaux et sanitaires, dont l'enjeu a pu être résumé par certains comme ayant pour objet de "gérer l'inévitable" ».

Décliné principalement au travers d'outils de planification, le droit de l'adaptation au changement climatique est appelé à se développer fortement dans les différents domaines sectoriels les plus exposés aux effets négatifs des phénomènes de changement climatique, tels que l'eau, l'agriculture, l'urbanisme et l'aménagement du territoire (en particulier en zones littorales ou montagneuses), la construction et l'habitation, ou encore les transports.

Le fait que les contours des dispositions applicables à ce jour soient encore assez peu définis ne saurait tromper à notre sens sur l'analyse qui pourrait être donnée quant à leur portée juridique : bien qu'encore générales et assez peu chiffrées, elles revêtent néanmoins un réel caractère contraignant en ce qu'elles imposent principalement aux autorités publiques, au niveau national et local, l'obligation de mettre en œuvre une politique d'adaptation ambitieuse.

Au regard des principes protégés par la Charte de l'environnement, il n'est du

reste pas à exclure d'envisager dans un proche avenir que puisse être recherchée la responsabilité des autorités qui auraient échoué à mettre en œuvre des mesures d'adaptation suffisantes, notamment au regard du principe de prévention prévu en son article 3.

Avant la réalisation d'un tel scénario et en toute hypothèse, la politique d'adaptation au changement climatique ne pourra faire l'impasse, afin d'être à la hauteur des enjeux et de permettre une meilleure mise en évidence de risques multiples et pour certains encore

difficilement appréhendables, sur la mise en œuvre dans une large mesure des principes protégés par les articles 7 (information), 8 (éducation et formation) et 9 (recherche et innovation) de la Charte de l'environnement.

Aussi n'est-ce pas un hasard si, complétant en cela une politique de recherche initiée depuis 2001 avec la création de l'observatoire national sur les effets du réchauffement climatique (ONERC)¹⁶, figurent notamment parmi les actions dans le PNACC-2 le besoin d'identifier les territoires et milieux à risque par la publication d'un ouvrage de référence sur les impacts du changement climatique attendus en France, le développement d'un centre de ressources sur l'adaptation pour faciliter le partage de bonnes pratiques, ou encore l'intégration de la thématique du changement climatique et de l'adaptation dans les cursus scolaires, de l'école à l'enseignement supérieur.

2019-5043

13) Selon le rapport Dantec et Roux (voir note 2), l'expression désigne « la différence de température entre les milieux urbains et les zones rurales environnantes », et peut s'expliquer « par la conjonction de multiples facteurs : formes urbaines qui limitent la circulation de l'air et l'évacuation de la chaleur par rayonnement ; forte proportion de surfaces minéralisées et faiblesse de la couverture végétale ; forte concentration d'activités génératrices de chaleur qui s'ajoute à la chaleur naturelle ; utilisation de matériaux qui retiennent la chaleur ; etc. »

14) Voir notamment l'article UG.13.1 – « Obligations en matière de réalisation d'espaces libres, de plantations et de végétalisation du bâti » du Règlement du PLU de Paris.

15) Voir, par exemple, l'article 14 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015.

16) L'article L. 229-3 du Code de l'environnement prévoit que cet observatoire a pour mission d'élaborer chaque année « un rapport d'information [pouvant] comporter des recommandations sur les mesures de prévention et d'adaptation susceptibles de limiter les risques liés au réchauffement climatique ».

Les collectivités territoriales face au changement climatique



Corinne Lepage
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Roxane Sageloli
Avocate à la Cour
Huglo Lepage Avocats

La question de la lutte contre le dérèglement climatique n'est pas nouvelle pour les collectivités territoriales. Depuis plusieurs années déjà, elles se voient juridiquement contraintes, par le biais notamment du plan climat-air-énergie territorial (anciennement plan climat-énergie territorial), de prendre en considération les questions climatiques et énergétiques dans leur politique d'aménagement.

La problématique de l'adaptation au changement climatique, à proprement parler, est en revanche beaucoup plus récente. Un premier plan national d'adaptation au changement climatique avait certes été adopté dès 2011, pour la période 2011-2015. Toujours est-il que ce plan qui traitait de très nombreux sujets transversaux, intéressant au premier plan les collectivités territoriales (eau, biodiversité, risques, agriculture, forêt, pêche aquaculture, tourisme, énergie, industrie, urbanisme, cadre bâti, littoral, montagne, etc.), est resté en réalité très extérieur à ces mêmes collectivités. Le deuxième plan national adopté le 20 décembre 2018 est quant à lui organisé autour de six axes : gouvernance et pilotage, connaissances et informations, prévention et résilience, adaptation, résilience des milieux, vulnérabilité des filières économiques et renforcement de l'action internationale. Il va de soi que les collectivités territoriales sont les premiers acteurs de ces différents axes. Malheureusement, ce plan ne tire pas les conséquences des travaux du commissariat général au développement durable. On peut saluer également la création d'une plateforme intitulée *Wiklimat*, ouverte en juillet 2013, destinée à permettre d'échanger les bonnes pratiques des différentes collectivités territoriales. Si l'on y trouve des articles forts intéressants traitant par exemple de la stratégie de recomposition du littoral de la Ville de Lacanau, ou de la politique départementale en faveur de la préservation de la gestion de la ressource en eau dans un contexte de



changement climatique, cette plateforme semble néanmoins ne plus avoir bougé depuis 2015.

Il n'est donc pas surprenant que dans leur rapport d'information sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050 (ci-après rapport Dantec), les sénateurs Ronan Dantec et Jean-Yves Roux aient souligné l'implication modeste des collectivités (page 65). Même si des stratégies de résilience ont été adoptées par certaines comme la Ville de Paris en 2017, ou encore ont été imaginées, comme le projet AcclimaTerra en Nouvelle Aquitaine, l'assemblée des communautés de France reconnaît que les politiques locales se sont concentrées sur le volet atténuation des effets du changement climatique, alors que le volet adaptation apparaît comme un parent pauvre des politiques publiques locales.

Pourtant, l'adaptation au changement climatique est par définition une politique qui doit ressortir principalement aux territoires, lesquels, d'une part, sont les planificateurs

de cette adaptation, et d'autre part, sont des acteurs directs des politiques à mettre en place.

I. LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES COMME « PLANIFICATRICES » DE L'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE

Élaborés à partir de documents nationaux, qu'il s'agisse de la stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte, de la stratégie nationale de gestion des risques d'inondation, des plans de submersion rapide, et des quelques éléments qui figurent dans le plan national d'adaptation au changement climatique, les documents de planification territoriale doivent désormais contenir un volet « *adaptation au changement climatique* ».

A. UNE NOUVELLE APPROCHE DES DOCUMENTS D'URBANISME ET D'AMÉNAGEMENT

La question de l'adaptation au changement climatique impose de prendre en considération des éléments qui jusqu'à présent étaient

appréhendés de loin et sans véritable méthodologie, hormis en ce qui concerne les risques d'inondation et d'éboulement. Désormais, les nombreux documents qui ont pu être élaborés par les services de l'État doivent être à l'origine de toute conception d'un document d'urbanisme, quel qu'il soit, y compris les plus classiques comme les Schéma de cohérence territoriale (SCOT) ou les PLU.

« L'adaptation au changement climatique est par définition une politique qui doit ressortir principalement aux territoires, lesquels, d'une part, sont les planificateurs de cette adaptation, et d'autre part, sont des acteurs directs des politiques à mettre en place ».

Qu'il s'agisse des rapports de Météo-France, des projections établies par le Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) sur le niveau des cours d'eau (Projet Explore 2070), des rapports de l'INRA sur l'évolution de l'agriculture, ou des différents rapports de l'ADEME, du Cerema, de l'Office national des forêts (ONF), les éléments à prendre en considération pour réfléchir sur l'évolution des territoires sont aujourd'hui multiples, et vont bien au-delà des seules considérations démographiques ou géographiques, déjà fortement impactées par le dérèglement climatique.

On retrouve alors ce souci de prise en compte des effets du dérèglement climatique, notamment à l'échelle du SCOT, mais à un degré encore trop peu incitatif. S'agissant des PLU, le constat est plus vrai encore, et les quelques règles éventuellement fixées afin d'assurer la lutte contre l'étalement urbain et la performance énergétique et environnementale des constructions ne sont *in fine* que rarement sanctionnées.

Avant de se demander ce que l'on veut faire d'un territoire, il est donc devenu indispensable de se demander ce que l'on peut faire de ce territoire, compte tenu des impacts attendus et/ou possibles. Comme nous le verrons dans un autre article, ces considérations gouvernent tant l'édiction des documents réglementaires que des documents de projet, au premier rang desquels les études d'impact.

B. LES DOCUMENTS SPÉCIFIQUES DE PLANIFICATION DE L'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE

1. À L'ÉCHELLE RÉGIONALE

Le premier échelon est bien entendu celui de la région en charge d'élaborer le Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET). Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 4251-1 du Code général des collectivités territoriales

visent ainsi parmi une série d'objectifs – tous impactés par le changement climatique – la lutte contre le changement climatique et la stratégie bas carbone. Pour autant, aucun chapitre n'est prévu sur la question spécifique de l'adaptation. Le Rapport Dantec suggère en ce sens que ces schémas régionaux définissent désormais une stratégie en ce qui concerne les politiques

d'adaptation, ce que les textes n'excluent naturellement pas.

Dans ce domaine, la région Aquitaine a été pionnière avec le projet AcclimaTerra qui, par une double entrée sectorielle et territoriale, permet de comprendre les mécanismes et d'anticiper les changements à venir.

Les plans régionaux d'agriculture durable (PRAD) créés par le décret du 17 juin 2015 relatif au plan régional de l'agriculture durable (décret n° 2015-686, JO du 19 juin 2015, p. 1010) bien que dépourvus de valeur normative peuvent également être l'occasion, au niveau régional, d'une définition des impacts attendus du changement climatique et, par voie de conséquence, des évolutions à prévoir.

Il en va de même du **Schéma régional de développement économique d'innovation et d'internationalisation (SRDEII)**, préparé à l'échelle régionale en liaison avec les acteurs économiques, lesquels ont tout intérêt bien entendu à intégrer ces éléments.

Force est néanmoins de constater que tout ceci reste en réalité facultatif, et d'autant moins attractif au regard de la dissémination des outils de planification existants, qui rend déjà difficile l'adoption d'une vision d'ensemble. C'est à juste titre que le rapport Dantec propose une stratégie régionale d'adaptation créée sur un référentiel commun, grâce à un travail d'expertise scientifique et de mise à jour des diagnostics disponibles.

2. À L'ÉCHELLE INTERCOMMUNALE

La Région n'est pas la seule intervenante, les intercommunalités jouant désormais un rôle majeur en matière d'adaptation au changement climatique.

À ce titre, le Plan climat-air-énergie territorial (PCAET) dont l'adoption est obligatoire comporte désormais un volet adaptation. L'article R. 229-51 du Code de l'environnement insère à cet effet dans le diagnostic, au point 6

« une analyse de la vulnérabilité du territoire aux effets du changement climatique ». Il intègre également dans la stratégie territoriale un point 9 intitulé « adaptation au changement climatique ». Ces dispositions combinées imposent au PCAET une véritable dynamique en ce qui concerne l'adaptation.

L'article R. 229-55 du même Code prévoit par ailleurs sa mise en compatibilité avec le SRADDET.

Les règles définies à l'échelle du PCAET doivent ensuite être traduites dans les documents intercommunaux de planification, Plan Local d'Urbanisme intercommunal (PLUI), Plans de déplacements urbains (PDU) et Programme local de l'habitat (PLH) ainsi que dans les stratégies de développement économique, qu'il s'agisse de la biodiversité ou de la gestion du risque d'inondation.

Toujours est-il, comme le constate le rapport Dantec, que le volet adaptation reste pour l'heure un parent très pauvre des PCAET.

II. LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES COMME

« OPÉRATRICES » DES POLITIQUES D'ADAPTATION

On le voit, l'activité planificatrice des collectivités territoriales est peu à peu gouvernée par la nécessaire prise en compte des questions de résilience des territoires et d'adaptation au changement climatique. La question ne s'arrête cependant pas à ce travail de planification en amont, les collectivités jouant également un rôle essentiel en tant qu'acteurs directs de l'adaptation.

A. À L'ÉCHELLE RÉGIONALE

Les collectivités territoriales peuvent avoir un rôle très important d'impulsion et de structuration de l'action de l'ensemble des acteurs concernés. C'est notamment le cas des régions qui sont dotées de nombreux outils leur permettant d'impulser une véritable politique territoriale d'adaptation au changement climatique.

Tout d'abord, par la mise en place d'observatoires du changement climatique, chargés d'analyser l'impact du changement climatique sur les territoires et les activités économiques, et permettre ainsi aux collectivités territoriales, aux acteurs économiques et plus largement aux populations de préparer leur propre adaptation. La région Aquitaine avec le projet AcclimaTerra a lancé la première initiative. En lien avec d'autres partenaires qui peuvent être les agences de l'eau, ou par exemple le FEDER (Fonds européen de développement régional), différents fonds peuvent également être mobilisés. Ainsi, dans la région Hauts-de-France, au travers de stratégies telle que celle menée avec Jérémy Rifkin, des démarches comme les projets de nature en ville ont pu

être lancés. Le projet Climibio, soutenu par le contrat de plan État-région (CPER) est un autre exemple de projet de recherche, qui porte à la fois sur l'évolution des milieux et les stratégies d'adaptation et d'atténuation. Une association spéciale (Adopta) a également été créée pour aider les collectivités dans les domaines de la protection de la ressource en eau et de la gestion des eaux pluviales, avec pour objectif d'adapter les territoires urbains à l'impact du dérèglement climatique.

La Région dispose également d'un levier considérable au travers des aides régionales pouvant être allouées pour encourager les projets qui s'intègrent le mieux dans la stratégie d'adaptation et/ou qui en constituent les meilleurs exemples.

B. À L'ÉCHELLE INTERCOMMUNALE ET COMMUNALE

Les intercommunalités et notamment les métropoles sont également appelées à jouer un rôle majeur dans la transformation de leur territoire.

Dans cette perspective, le concept de ville durable ou de *Smart City*, ou encore celui des villes intelligentes et connectées, est désormais très largement partagé. Il s'agit de réinventer la ville pour la rendre vivable et durable, ce qui impose de tout repenser.

Dans les missions qui sont les leurs, comme dans les projets qu'elles accompagnent ou autorisent, les communes et intercommunalités doivent ainsi veiller à composer avec différentes exigences :

- le bâti qui doit se faire en hauteur, avec des bâtiments à énergie positive, dans lequel le bois est appelé à jouer un rôle croissant. Il doit assurer la possibilité de vivre dans un environnement beaucoup plus chaud, ce qui impose également la réalisation d'espaces naturels urbains et la présence d'eau en ville. À cet effet, la notion de confort thermique du bâti en période de forte chaleur est désormais intégrée dans la norme RT 2020, et doit devenir un élément majeur de la construction ;
- la mobilité qui doit se faire douce, avec un partage de voirie, et la régression de la voiture particulière, coûteuse (économiquement, énergétiquement) et polluante ;
- le rôle croissant de la nature en ville, non seulement sur les immeubles (renaturation des toitures et des façades) mais aussi au sein des espaces privés et publics, afin de permettre tant la préservation d'îlots de fraîcheur que, de manière croissante, le développement d'une agriculture urbaine ;
- la réduction de la consommation énergétique qui doit être un objectif permanent, tout en



Filets anti-grêle sur des rangs de vigne, Bourgogne

© Olivier Colas

se combinant avec un usage croissant de la connectique (pour aider aux déplacements, à la gestion des réseaux et notamment de l'éclairage public, etc.) ;

- l'organisation cohérente des différentes activités au sein de la ville : livraisons, activités économiques, commerces de proximité, traitement des déchets, gestion durable de l'eau, etc.

C'est bien entendu autour de la vie quotidienne des habitants, et dans l'organisation des services publics et des services de proximité, que l'accélération des changements de comportement des citoyens peut être ou non acquise. Par les facilités que les agglomérations peuvent offrir aux citoyens, par les exemples qu'elles peuvent donner dans la construction et l'aménagement des bâtiments et espaces publics, elles peuvent en effet susciter l'adhésion et l'envie des habitants, comme au contraire leur indifférence voire leur opposition.

Outre ces sujets qui devront être traités par toutes les collectivités, celui de l'adaptation dans les zones inondables pose également des difficultés tout à fait particulières. Indépendamment des zones qui seront submergées de manière permanente, la question de la construction en zone inondable, en particulier à risque faible ou modéré, doit être reposée. Il faut en effet rappeler que 17 millions d'habitants et 9 millions d'emplois sont situés en zone potentiellement inondable par débordement de cours d'eau, et 14 millions en zone submersible le long du littoral. Quelques projets exemplaires ont été mis en

place avec des constructions sur pilotis ou des constructions dont le rez-de-chaussée est conçu pour être inondé. Le rapport Dantec propose également d'imposer le respect de véritables normes anti-inondations.

La question spécifique de la ruralité et de la transformation que devra subir le monde de l'agriculture pour s'adapter à de nouvelles conditions météorologiques et naturelles est également posée. Le rapport Dantec consacre ainsi de longues pages à la question agricole, en soulignant l'importance des observatoires régionaux de l'agriculture, en lien avec les chambres d'agriculture. Celles-ci ont par exemple mis en place, dans certaines régions, un réseau intitulé Oracle, dont l'objet est précisément de collecter l'information et de la diffuser aux agriculteurs. La nécessité de mener de front des mesures d'adaptation dites incrémentielles¹ et systémiques² nécessite également, selon le rapport, la mise en place d'un plan national d'adaptation de l'agriculture, qui devra être décliné à un niveau régional puis local.

Enfin, il ne faut pas oublier le rôle international et moteur des grandes agglomérations et des régions. Qu'il s'agisse en effet du C40 qui regroupe les mégapoles, ou du R20 créé à l'initiative du sénateur Arnold Schwarzenegger, qui réunit les régions les plus engagées dans le dossier climatique (comptant aujourd'hui plus de 800 régions), ces organismes jouent aujourd'hui un rôle central sur la scène internationale, dans la dynamique effective de mise en place des mesures nécessaires à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, et à l'adaptation des

1) Qui visent une adaptation à la marge, en réaction à une situation considérée comme anormale mais ponctuelle ou d'ampleur limitée.

2) Qui prennent acte de bouleversements durables et profonds dans l'environnement et de l'impossibilité d'y faire face par une adaptation à la marge.

territoires aux effets des dérèglements climatiques. Alors que les États rencontrent les plus grandes difficultés à agir efficacement, ces entités publiques créent de manière effective et efficace les conditions de la transition.

C. LE CAS PARTICULIER DES COMMUNES LITTORALES, DE MONTAGNE ET ULTRA-MARINES

Ces territoires sont naturellement ceux qui sont le plus exposés aux premiers effets du dérèglement climatique.

Les **zones ultra-marines**, déjà fragilisées en raison de leur isolement sont ainsi soumises à des facteurs aggravants, tels que le risque cyclonique, ou le risque de nouvelles pollutions comme celle des sargasses (dont il est fort probable qu'elle ait à voir avec le réchauffement climatique, et en particulier celui des océans). Cela implique donc un effort préalable de connaissance de l'étendue des vulnérabilités physiques et économiques, et probablement ensuite l'édiction de règles particulières, notamment d'urbanisme et de construction, pour répondre à ces risques particuliers.

Les **zones littorales** doivent plus particulièrement répondre aux questions substantielles de la gestion et du recul du trait de côte, et à l'augmentation croissante des risques de submersion et d'érosion. Si les Plans de prévention des risques littoraux (PPRL) annexés au PLU permettent une certaine prise en compte de ces risques, en réglementant l'usage des sols et en prescrivant des mesures d'interdiction propres à assurer la sécurité des personnes – à défaut d'assurer la sécurité des biens – le problème se révèle en effet infiniment plus délicat lorsqu'il s'agit d'envisager la relocalisation des activités et immeubles. C'est malheureusement ce à quoi doivent maintenant se confronter les communes littorales. De ce point de vue, l'inadaptation du système juridique actuel implique une réflexion en profondeur sur les régimes qu'il y aura lieu d'appliquer,

tant sur le plan de la légalité que sur le plan de l'indemnisation des personnes obligées de quitter leur domicile ou d'abandonner leur travail. Le rapport Dantec souligne en ce sens comment l'exemple de Lacanau, première collectivité à s'être réellement attaquée au sujet, met en lumière les blocages juridiques liés à l'impossibilité de détruire des biens menacés de manière préventive, et de faire supporter par les collectivités locales le coût des déplacements imposés aux personnes. À ce niveau, le rapport plaide pour minimiser les propositions de partage des responsabilités, en fonction notamment des bons niveaux de gouvernance et de connaissance préalables, indispensables à la mise en place d'une cartographie et d'une planification adéquate.

Enfin, les **zones de montagne** voient s'accroître les risques liés au réchauffement, au premier rang desquels celui d'un bouleversement de l'économie touristique des stations de sports d'hiver, qui devrait conduire à des modifications majeures. On doute en effet qu'en-deçà de 1 800 mètres dans les Alpes et de 1 500 mètres dans les autres massifs, il y ait encore, à compter de 2030, suffisamment de neige pour envisager la pratique du ski. Dans un scénario climatique pessimiste, le seuil descendrait en-deçà de 1 400 mètres vers 2080. C'est aussi toute l'agriculture de montagne qui est remise en cause, impliquant de nouvelles stratégies d'adaptation et de diversification.

POUR CONCLURE

L'action des collectivités territoriales, tant dans la lutte que dans l'adaptation aux effets du changement climatique, est essentielle. Ce sont elles qui, au premier rang, planifient et mettent en œuvre les politiques urbaines et d'aménagement propres à permettre cette transition nécessaire, à la fois dans les mentalités et les manières de concevoir le vivre ensemble. Pourtant, cette prise de conscience n'est encore que balbutiante. Si les nécessités de

la lutte contre le bouleversement climatique commencent à se faire jour dans certains plans, comme dans certaines actions lancées le plus souvent à un échelon supérieur (intercommunal ou régional), la question de l'adaptation à ces changements n'en est qu'à ses prémices. Le décalage entre la réalité sur le terrain, les difficultés auxquelles sont d'ores et déjà confrontées les collectivités, et ce qui est effectivement programmé et mis en œuvre, parfois à très long terme en est une manifestation des plus édifiantes. Ce décalage se retrouve aussi, encore trop souvent dans l'application des règles fixées, notamment par les documents d'urbanisme locaux, et qui restent pour la plupart non contraignantes. Ainsi en est-il par exemple des règles de performance énergétique et environnementales fixées par les règlements des PLU, qui n'empêchent malheureusement pas les collectivités pourtant auteurs de ces documents d'autoriser de manière récurrente des projets de construction pensés selon des seules considérations d'économie de projet, dépourvus de toute solution d'adaptation à leur environnement urbain, et plus largement aux effets des changements climatiques.

Le chemin paraît à ce jour encore long pour que les collectivités territoriales se saisissent concrètement de cette question, et la traduisent avec toute l'efficacité requise dans leurs plans et programmes. Certaines initiatives, de plus en plus même, vont dans le bon sens. Mais l'urgence de la situation requiert bien plus que des initiatives et des solutions ponctuelles. Il est alors probable que ce seront les effets désormais visibles du changement climatique qui conduiront les collectivités territoriales à mettre en œuvre les dispositions nécessaires et adaptées à leur territoire, dans des délais relativement rapprochés.

2019-5044

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

JE M'ABONNE PAR...

INTERNET

WWW.JSS.FR

E-MAIL

ABO@JSS.FR

TÉLÉPHONE

01 47 03 10 10

COURRIER

Bulletin à renvoyer au
8, rue Saint Augustin
75080 Paris Cedex 02

...ET JE CHOISIS :

1 AN AU JSS = ENVIRON 100 NUMÉROS PAPIER
POUR 99 €

1 AN AU JSS = ENVIRON 100 NUMÉROS NUMÉRIQUE
POUR 55 €

MES COORDONNÉES :

M. M^{me} - Nom Prénom
Société
Adresse
Code Postal Ville
E-mail Tél.
Télécopie

JE RÈGLE PAR :

Chèque bancaire ou postal à l'ordre de SPSS

Carte bancaire :

N° _____
Expire fin _____ Notez les 3 derniers chiffres au dos de votre carte _____

Les abonnements souscrits à nos publications sont à leur échéance reconduits tacitement.
Néanmoins, l'abonné peut y mettre un terme par mail : abo@jss.fr selon l'art.L.136-1 du code de commerce.

Date et signature

Les études d'impact environnementales et climatiques au regard du droit français et européen



Christian Huglo,
Avocat à la Cour, Docteur en droit,
Directeur général SAS Huglo, Lepage Avocats,
Codirecteur du Jurisclasseur Environnement



Chancia Plaine,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats



Ysé Armengaud,
Juriste stagiaire

La préoccupation climatique trouve son origine dans diverses modifications de la directive « étude d'impact » 85/337 CEE du 27 juin 1985, telle que la directive 2011/92 UE du 13 décembre 2011, elle-même modifiée en 2017 par la directive 2014/52 UE. Elle est donc d'origine récente. Le législateur français a commencé à adopter la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010¹ portant engagement national pour l'environnement et ses deux décrets d'application de 2012², qui ont permis la transposition des exigences sur ce point de la directive 2014/52/UE ainsi que d'assurer l'harmonisation du droit interne avec le droit européen.

La réforme intervenue par l'ordonnance n°2016-1058 du 3 août 2016³ a conduit à une modification d'ensemble des dispositions du code de l'environnement de la partie législative (articles L. 122-1 et s., L. 122-4 et s.) et de la partie réglementaire (articles R. 122-1 et s. et R. 122-17 et s.). L'adoption de cette ordonnance relative à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes a marqué la fin de la transposition de la directive 2011/92/UE.

Il convient de se pencher sur les apports d'une part du droit français (I) et d'autre part du droit européen (II) en matière d'études d'impacts environnementales et climatiques.

I. LE CADRE NORMATIF FRANÇAIS DES ÉTUDES D'IMPACT ENVIRONNEMENTALES ET CLIMATIQUES

Le régime juridique des études d'impact environnementales et climatiques est aujourd'hui codifié pour la partie législative à l'article L. 122-4 du code de l'environnement et aux articles R. 122-17 et suivants du même code. L'article L. 122-1-1 renferme les modifications apportées par l'ordonnance



n°2016-1058 du 3 août 2016 elle-même modifiée également par une ordonnance n°2017-80 du 26 janvier 2017⁴, puis par une loi n°2018-148⁵ du 2 mars 2018. Les dispositions d'application de l'évaluation environnementale de la directive projets et travaux sont codifiées aux articles L. 122-2 et R. 122-5 du même code de l'environnement.

Pour mieux appréhender le processus lié à l'étude d'impact climatique, il convient de le replacer dans un ensemble après avoir défini les dispositions spécifiques, d'une part, aux plans et programmes (A), et d'autre part, celles des projets et travaux (B). Cette préoccupation climatique est l'un des éléments de passage obligatoire pour la réalisation d'une étude d'impact, dont le juge administratif contrôle (C) le caractère suffisant ou insuffisant du contenu.

A. LES DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES RELATIVES AU CLIMAT DANS LE CADRE DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE DE PLANS ET PROGRAMMES

L'article L. 122-4 du code de l'environnement relatif aux plans et

programmes ne contient que des dispositions génériques dans lesquelles le climat n'est pas cité. On notera que les plans et programmes mentionnés aux articles L. 104-1 et L. 104-2 du code de l'urbanisme, c'est-à-dire les plans d'urbanisme (PLU, SCOT) notamment, font l'objet d'une évaluation environnementale spécifique dans les conditions définies au chapitre IV du titre préliminaire du code de l'urbanisme. L'article R. 122-20 5°) du code de l'environnement⁶ dispose que le plan ou programme qui ressort de l'application des dispositions de l'article L. 122-4 du code de l'environnement doit contenir l'exposé « a) des effets notables probables de la mise en valeur du plan, schéma, programme ou autre document de planification sur l'environnement et notamment s'il y a lieu sur la santé humaine, la population, la diversité biologique, la faune, la flore, les sols et les eaux, l'air, le bruit, le climat, le patrimoine culturel, architectural et archéologique et les paysages ».

1) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JO du 13 juillet 2010.

2) Décret n° 2012-995 du 23 août 2012 relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme, JO du 25 août 2012 ; décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement, JO du 4 mai 2012.

3) Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, JO du 5 août 2016.

4) Ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JO du 27 janvier 2017.

5) Loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, JO du 3 mars 2018.

Que le climat apparaisse comme une variante des objectifs même des études, il n'en reste pas moins que celle-ci apparaît obligatoire compte tenu du fait que le même plan doit prévoir, selon le 6°) de l'article R. 122-20, la présentation successive des mesures prises pour éviter les incidences négatives sur l'environnement du schéma plan et programme ou autre document de planification de l'environnement et la santé humaine, et surtout en vue de « b) réduire l'impact des incidences mentionnées au a) ci-dessus n'ayant pu être évitées ». Ainsi la réduction n'est pas le seul objectif, la compensation doit être envisagée. Le même texte au 5°) c) dispose que l'étude d'impact doit « compenser lorsque cela est possible les incidences négatives notables du plan climat schéma programme ou document de planification sur l'environnement ou la santé humaine qui n'ont pu être évitées ni suffisamment réduites. S'il n'est pas possible de compenser ces effets, la personne publique justifie cette impossibilité. ».

B. LES DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES SUR LE CLIMAT RELATIVES AUX PROJETS ET TRAVAUX

La situation est plus claire pour l'étude d'impact relative aux projets et travaux. Le climat est nommé dans les dispositions législatives relatives au contenu même de l'étude d'impact dans le cadre de l'évaluation environnementale.

Le texte de l'article L. 122-1 lui-même dispose : « III. (...) L'évaluation environnementale permet de décrire et d'apprécier de manière appropriée en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables, directes et indirectes d'un projet sur les facteurs suivants (...) 3°) les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat. » Les dispositions réglementaires du code de l'environnement sont en fait beaucoup plus précises en ce qui concerne le climat.

L'article R. 122-5 du code de l'environnement dispose que toute étude d'impact doit porter une description des facteurs mentionnés au III) de l'article L. 122-1 précité « susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet, la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine

culturel y compris les aspects architecturaux et archéologiques et le paysage ».

Le 5°) du même texte prévoit en son f) que l'étude d'impact doit comprendre « une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant entre autres (...) f) des incidences du projet sur le climat et la vulnérabilité du projet au changement climatique ».

Ainsi, selon ces dispositions, l'étude d'impact climatique est regardée sous deux aspects complémentaires, l'effet du projet sur le climat et d'autre part, la vulnérabilité de celui-ci au changement climatique. Ce dernier sujet est d'importance et on consultera à cet égard avec beaucoup d'intérêt le récent rapport des sénateurs Ronana Dantec et Jean-Yves Roux⁷ sur les effets inévitables de l'évolution du climat sur les activités humaines pour la période des vingt prochaines années.

De son côté, le juge administratif est appelé à surveiller la bonne application de ces impératifs.

climat et les conséquences qui peuvent s'en suivre sur le territoire d'un État.

Par jugement du 6 mars 2018, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a estimé que les insuffisances dont était entachée l'étude d'impact concernant la création de la zone d'aménagement du Triangle de Gonesse « ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative¹⁰ » et que « même si l'étude d'impact a été complétée à la suite de l'avis de l'autorité environnementale du 2 mars 2016, les réponses apportées ne permettent pas de pallier les lacunes relevées ; qu'eu égard à l'importance de l'impact potentiel sur l'environnement du projet litigieux, qui se traduit notamment par la suppression de 280 hectares de terres agricoles, les insuffisances de l'étude d'impact ont

« La situation est plus claire pour l'étude d'impact relative aux projets. Le climat est nommé dans les dispositions législatives relatives au contenu même de l'étude d'impact dans le cadre de l'évaluation environnementale ».

C. LE CONTRÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIÈRE D'ÉTUDE D'IMPACT ENVIRONNEMENTALE ET CLIMATIQUE

La prise en compte du risque climatique dans les études d'impact environnementales a été illustrée récemment par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise à travers le contentieux de la ZAC de Gonesse (1) et celui relatif au plan d'urbanisme de Gonesse (2).

1. LE CONTENTIEUX DE LA ZAC DE GONESSE

Dans notre note⁸ commentant le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 6 mars 2018⁹, nous avons avancé l'idée que le climat devrait entrer de façon complète et claire dans les études d'impact. Le vrai sujet d'actualité des études d'impact est celui de la nécessité de prendre en compte le risque du

nécessairement, par leur importance et leur cumul, été de nature à nuire à l'information complète de la population et à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative¹¹. Par conséquent, le tribunal a considéré que l'étude d'impact n'avait pas suffisamment procédé à l'évaluation des incidences environnementales du projet cumulées à celles des travaux de création de la ligne 17, alors que les deux projets sont liés. Dans cette affaire, l'étude d'impact était insuffisante sur trois aspects que sont les « besoins énergétiques¹² », les impacts cumulés avec les « travaux de création de la ligne 17¹³ » et l'« incidence du projet sur la qualité de l'air¹⁴ ». Par arrêt du 11 juillet 2019¹⁵, la cour administrative d'appel de

6) Article R. 122-20 du Code de l'environnement énonce que : « [...] 3°) Une analyse exposant : a) Les effets notables probables de la mise en œuvre du plan ou document sur l'environnement et notamment, s'il y a lieu, sur la santé humaine, la diversité biologique, la faune, la flore, les sols, les eaux, l'air, le bruit, le climat, le patrimoine culturel architectural et archéologique et les paysages ; [...] »

7) Ronan Dantec et Jean-Yves Roux, « Adaptation de la France aux changements climatiques à l'horizon 2050 : urgence déclarée », Rapport d'information, n° 5111, 16 mai 2019, 190 p.

8) Christian Huglo, « Europacity : un jugement plus qu'important pour le droit de l'environnement, Avis d'expert », Actu-environnement, 21 mars 2018, en ligne : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/chronique-christian-huglo-europacity-climat-etude-impact-30892.php4>.

9) TA Cergy-Pontoise, 6 mars 2018, Collectif pour le triangle de Gonesse et autres, n° 1610910 et n° 1702621.

10) *Ibid.*, Considérant n° 6, p. 5.

11) *Ibid.*, Considérant n° 9, p. 6.

12) *Ibid.*, Considérant n° 7, p. 5.

13) *Ibid.*, Considérant n° 8, p. 6.

14) *Ibid.*, Considérant n° 7, p. 5.

15) CAA Versailles, 11 juillet 2019, EuropaCity Triangle de Gonesse n°18VE01634.

Versailles a validé la création de la zone d'aménagement concerté (ZAC) du Triangle de Gonesse. La cour a estimé que la ZAC du Triangle de Gonesse « ne présente pas d'insuffisances qui auraient nui à l'information complète de la population ou exercé une influence sur la décision de l'autorité administrative »¹⁶.

2. LE CONTENTIEUX DU PLAN D'URBANISME DE GONESSE

Par jugement du 12 mars 2019¹⁷, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé le plan local d'urbanisme de Gonesse pour insuffisance de l'évaluation environnementale du rapport de présentation et pour incompatibilité du plan local d'urbanisme avec les plans d'exposition au bruit des aéroports Roissy Charles de Gaulle et du Bourget. En l'espèce, le conseil municipal de Gonesse avait approuvé la révision du plan local d'urbanisme dans le cadre de la réalisation du projet du triangle de Gonesse.

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, par ailleurs, estimé que « la révision du plan local d'urbanisme litigieuse a notamment pour objet l'urbanisation de 248 hectares d'une terre agricole décrite par le rapport de présentation comme particulièrement fertile, de sorte qu'elle bouleverse l'équilibre existant entre le développement urbain et l'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels. Si la commune met en avant les bénéfices économiques qu'elle escompte d'une telle évolution, les prévisions qu'elle invoque à ce titre, notamment en termes de création d'emplois, sont remises en cause par l'analyse du commissaire enquêteur, qui souligne l'absence de prise en compte des équipements existants en matière de centres commerciaux, de centres de loisirs et de centres d'affaires. Il ressort également des pièces du dossier et notamment des avis précités de l'autorité environnementale et de la commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers que la révision litigieuse affecte la protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, des ressources naturelles, de la



biodiversité et des écosystèmes et est de nature à accroître les émissions de gaz à effet de serre. Il suit de là qu'en classant en zone à urbaniser 248 hectares de terres anciennement classées en zone agricole, le conseil municipal de Gonesse a commis une erreur manifeste d'appréciation¹⁸ ». Comme on le voit, le droit des études d'impact dans leur dimension climatique n'a atteint pour l'instant que le contentieux des tribunaux administratifs du premier degré ce qui donne et apporte néanmoins un peu d'éclairage sur l'intention que le sujet prendra à l'avenir.

II. L'INSUFFISANCE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'ÉTUDES D'IMPACT ENVIRONNEMENTALES ET CLIMATIQUES

S'agissant du droit européen, on distinguera ici le droit communautaire du droit du Conseil de l'Europe et celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il n'existe pas de jurisprudence précise en droit communautaire s'agissant du contrôle du droit des études d'impact au regard de l'impératif climatique. Si un certain nombre de procédures ont été lancées contre l'Union européenne pour insuffisance de mesures prises contre le réchauffement climatique, elles ont été pour l'instant vouées à l'échec. La jurisprudence européenne telle qu'issue du Comité européen des droits sociaux¹⁹ relevant du Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme²⁰ pourrait l'inspirer.

Cependant, deux guides du droit communautaire relatif spécifiquement au changement climatique²¹ dans les études d'impact environnementales a été publié par la Commission européenne ayant relevé l'insuffisance du droit européen en la matière. Ces guides apportent une aide aux entreprises pour améliorer leur résilience au changement climatique et estimer les impacts négatifs de leurs projets sur le climat mais également la biodiversité. À l'inverse de ce qui se passe généralement dans les États de droit anglo-saxon, le changement climatique et la biodiversité en droit européen sont étudiés et décryptés ensemble, l'accent étant mis sur leur nature intrinsèquement interdépendante.

Une considération importante à l'heure où la destruction des écosystèmes, mise en évidence par le nouveau rapport de l'IPBES sur la biodiversité²⁰, égale hélas celle promise par le bouleversement climatique.

Le sujet dépasse les frontières. L'expérience anglo-saxonne sur le sujet est également bien qu'à ses débuts extrêmement riches de promesse. Nous lui avons consacré un ouvrage en cours de finition : *La place du droit des études d'impacts environnementales (EIE) et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) selon le droit climatique : évaluation du contenu en droit anglo-saxon et en Europe (dont la France)*.

2019-5045

16) CAA Versailles, communiqué, 11 juillet 2019

17) TA Cergy-Pontoise, 12 mars 2019, « France Nature Environnement et autres », n° 1711065, 1801667, 1801772 et 1801788.

18) *Ibid.*, Considérant n° 10, p. 7.

19) Comité européen des droits sociaux, 6 décembre 2006, « Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece », n° 30/2005.

20) CEDH, 27 janv. 2009, « Tatar c/ Roumanie », n° 67021/01.

21) Commission européenne, *Guide sur l'intégration du changement climatique et de la biodiversité dans l'évaluation de l'impact sur l'environnement*, 60 p. et Commission européenne, *Guide sur l'intégration du changement climatique et de la biodiversité dans les politiques et les programmes de l'étude d'impact sur l'environnement*, 2013, 70 p.

20) Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, IPBES, 6 mai 2019, 39 p.

Adaptation au changement climatique dans le monde économique et financier : un droit en devenir



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Amélie Noilhac,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats

L'adaptation au changement climatique dans les secteurs financiers et de l'entreprise est désormais le sujet de nombreuses études, confirmant l'immédiate nécessité de mettre en œuvre une analyse quantitative et qualitative du risque. Le bureau des Nations unies pour la réduction des risques a en effet chiffré à 1 432 milliards d'euros les pertes liées aux catastrophes climatiques dans les États développés entre 1998 et 2017¹. Par ailleurs, une étude de la Fédération française de l'assurance de 2016 montre que les dégâts causés par les aléas naturels se chiffreront à plus de 92 milliards d'euros sur la période allant jusqu'en 2050².

La réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) au travers d'efforts immédiats peuvent en effet conditionner la trajectoire climatique jusqu'à cet horizon. Dans cet objectif, la France a adopté une Stratégie Nationale Bas Carbone (SNBC) visant à atteindre la neutralité carbone d'ici 2050³. Ces mesures ont un impact potentiel sur l'adaptation au changement climatique en rendant les mesures d'adaptation moins contraignantes, en cas de succès. En revanche, elles ne constituent en rien des mesures positives d'adaptation au changement climatique.

Adaptation et atténuation face au réchauffement climatique sont deux notions distinctes mais de plus en plus complémentaires. Elles sont clairement définies par le récent rapport du GIEC de 2018. L'adaptation est ainsi la « démarche d'ajustement au climat actuel ou attendu, ainsi qu'à ses conséquences. Pour les

systemes humains, il s'agit d'atténuer les effets préjudiciables et d'exploiter les effets bénéfiques (...) » tandis que l'atténuation recoupe l'« intervention humaine visant à réduire les sources ou à renforcer les puits de gaz à effet de serre⁴ ».

Après avoir souligné la nécessité de mettre en place des mesures d'adaptation, on examinera brièvement les applications au monde de la finance et à celui de l'entreprise.

I. L'URGENCE POUR LE MONDE ÉCONOMIQUE ET FINANCIER DE METTRE EN PLACE DES STRATÉGIES DE RÉSILIENCE

Même en cas d'efforts d'atténuation drastiques, c'est-à-dire de limitation des émissions des GES permettant de limiter à 2°C la hausse de la température, les transformations seront telles que les secteurs financiers et de l'entreprise devront se transformer profondément.

Il n'est pas nécessaire d'attendre pour constater que les manifestations du réchauffement climatique sont déjà ressenties. De nombreux domaines de la vie humaine et donc de l'activité économique sont d'ores et déjà impactés : agriculture, énergie, tourisme, construction sans même parler des conditions de travail dans des périodes de canicule qui tendent à s'étendre.

Nous ne sommes qu'au début des conséquences du réchauffement climatique car, comme le souligne le rapport Dantec, l'impact financier et économique du changement climatique pourrait être immense à l'horizon 2040⁵. À titre d'exemple, le rapport de la Commission sur l'économie du climat de l'ONU paru en septembre 2018 souligne que le risque de perte d'actifs devenus sans valeur du

fait du risque climatique est 12 fois supérieur à ce qu'ont représenté les actifs des subprimes à l'origine de la crise de 2008⁶. Les impacts sur l'économie et les sociétés peuvent se propager jusqu'aux activités des institutions financières au travers de l'investissement et de l'octroi de prêts à des particuliers. En effet, l'activité des institutions financières pourrait être impactée à environ 17 % de sa valeur si le réchauffement climatique atteignait +2,5°C d'ici 2100. Il est ainsi nécessaire que les institutions analysent individuellement l'exposition de leurs activités aux impacts climatiques.

Un début de prise de conscience commence cependant à se faire. Le Préambule de l'Accord de Paris signé en 2015, et plus spécifiquement son article 7, fait état de la nécessaire mise en place d'une adaptation au changement climatique dirigée vers une augmentation de la résilience face à ses conséquences. En effet, cet article prévoit que « les Parties établissent l'objectif mondial en matière d'adaptation consistant à renforcer les capacités d'adaptation, accroître la résilience aux changements climatiques et à réduire la vulnérabilité à ces changements, en vue de contribuer au développement durable et de garantir une riposte adéquate en matière d'adaptation dans le contexte de l'objectif de température de moins de [1,5 % d'augmentation] ».

Les acteurs économiques, ou tout au moins certains d'entre eux, en sont conscients. Ainsi, un certain nombre d'acteurs financiers ont commencé à s'engager dans la transition énergétique, notamment en sortant de financements d'énergies fossiles comme le charbon (BNP Paribas, Crédit

1) United Nations Office for Disaster Risk Reduction, « Economic Losses, Poverty and Disasters 1998-2017 », https://www.unisdr.org/files/61119_credeconomiclosses.pdf
 2) Fédération française de l'assurance, « Impact du changement climatique sur l'assurance à l'horizon 2040 », <https://www.ffa-assurance.fr/file/883/download?token=zrmo6LyE>
 3) « Projet de Stratégie Nationale Bas-carbone : la transition écologique et solidaire vers la neutralité carbone, décembre 2018 », <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Projet%20strategie%20nationale%20bas%20carbone.pdf>
 4) https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/AR5_WGII_glossary_FR.pdf
 5) Rapport d'information sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050 par MM. R. Dantec et J-Y. Roux, mai 2019, <https://www.senat.fr/rap/r18-511/r18-5111.pdf>
 6) « Press Release : Bold Climate Action Could Deliver US\$26 Trillion to 2030, Finds Global Commission », Global Commission on the Economy and Climate, <https://newclimateeconomy.net/content/press-release-bold-climate-action-could-deliver-us26-trillion-2030-finds-global-commission>

Agricole ou même Goldman Sachs). Dans le monde économique à proprement parler, le sujet de l'adaptation est encore un parent très pauvre, mais le constat de la réalité de l'impact du dérèglement climatique est incontournable.

L'adaptation comporte en réalité deux volets, et seul le premier fait l'objet d'un début d'appréhension. Le premier volet est celui de l'adaptation au risque climatique, c'est-à-dire de l'intégration dans l'évaluation des risques sur le plan économique ou sur un plan financier du risque climatique. Le deuxième volet est encore dans les limbes, se référant aux transformations concrètes permettant d'engager une véritable résilience.

Sur le premier volet, trois risques majeurs sont pris en compte par les institutions financières dans leurs propositions de produits relatifs à l'intégration des impacts climatiques dans les décisions financières⁷. Ces risques concernent directement les entreprises.

Le risque physique concerne l'impact direct du climat sur la chaîne de valeur, c'est-à-dire la destruction d'actifs physiques ou non par des événements liés au changement climatique, la réduction du rendement de produits (cultures par exemple) ou encore la perte d'actifs liée à la montée du niveau de la mer.

Le risque de transition ou risque juridique concerne les changements susceptibles d'intervenir dans les politiques climatiques et technologiques du fait du progressif ajustement dans une société bas carbone. Les banques ayant souscrit des prêts aux entreprises subissant ces changements juridiques feront ainsi face à des pertes qui doivent être planifiées. Pour les entreprises, l'impact de ces changements est immédiat dans leur marché, leur mode de production et leur stratégie.

Le risque de responsabilité concerne enfin les conséquences que peuvent subir les entreprises soumises aux obligations de *reporting* dans le cas où elles ne les respecteraient pas, que ce soit sous la forme d'indemnisation ou de perte de la réputation de ces dernières.

À l'échelle internationale, le Conseil de la Stabilité Financière, organisme du G20 installé à Bâle, a mis en place une initiative de *reporting* volontaire lié au climat (*Task Force on climate-related financial disclosures*), initiative qui est d'ailleurs soutenue par la Commission européenne dans sa communication de mars 2018⁸. Le secteur financier est particulièrement exposé aux



risques évoqués ci-dessus dans la mesure où sa fonction principale est d'alimenter l'industrie et les services en capitaux, moyennant un retour sur investissement. Si ces risques se matérialisent, le modèle d'affaire et les revenus de nombreuses entreprises seront dégradés, et en particulier dans les secteurs carbonés de la production énergétique⁹.

Le second volet est tout aussi préoccupant. En effet, ce sont des pans entiers de notre droit qui vont devoir être revisités pour permettre l'adaptation aux nouvelles règles climatiques. Il n'est pas possible dans le cas de cet article d'entrer dans les détails, mais on soulignera le droit du travail (poste de travail, conditions de travail dans les locaux etc.), l'organisation du travail (changement d'horaire, développement du télétravail en fonction de la température), le droit de la construction (obligations beaucoup plus draconiennes en ce qui concerne le recours aux constructions à énergie positive), le droit du transport, le droit de la consommation (problème de la chaîne du froid par exemple) sans parler des bouleversements pour des secteurs économiques entiers. Dans ce domaine, où pourtant le risque de voir des conséquences économiques très lourdes est considérable, tout est à faire.

Face à ces deux enjeux, le secteur financier comme celui de l'économie réelle sont très peu préparés. Cependant, certains outils existants pourraient être utilisés pour au moins engager l'adaptation.

II. L'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE DANS LE SECTEUR DE LA FINANCE

Le monde de la finance a incontestablement pris conscience du risque lié aux dérèglements climatiques et doit donc mettre en place les outils permettant de réduire son exposition. C'est le premier volet de l'adaptation. Il est encore tout à fait embryonnaire, et force est de constater que les moyens qui ont déjà été mis en place dans le cadre de la réduction des émissions de GES n'ont jusqu'à présent produit que des résultats assez limités.

La première orientation à prendre est donc de rendre beaucoup plus efficaces et effectives les mesures qui existent déjà, tout en soulignant que réduction et adaptation doivent aller de pair. Or, les progrès se font de manière bien trop lente étant donné que beaucoup de mesures restent facultatives ou du moins non sanctionnées, ou encore au stade des orientations.

Tout d'abord, la Commission européenne a adopté en mars 2018 un plan d'action relatif au financement de la croissance durable, visant à réorienter les flux de capitaux vers de l'investissement durable dans le but d'atteindre une croissance durable et inclusive, contrôler les risques financiers liés au changement climatique ainsi que promouvoir la transparence des activités financières et économiques¹⁰.

Pour autant, l'Union européenne ne dispose pas pour le moment d'instrument normatif visant à imposer des obligations sur ces deux

7) Diony Lebot, « Les risques climatiques font partie intégrante du dispositif de gestion des risques », *Revue Banque*, Finance Verte, juin 2019, p. 27

8) Institute for Climate Economics, décembre 2018, « La finance n'a pas encore pris la mesure des impacts climatiques », R. Hubert et Monsieur Cardona.

9) R. Grandjean, « Risques "climat" dans la finance : état des lieux », mai 2018, <https://e-rse.net/risques-climat-finance-etat-des-lieux-270230/#gs.mzge35>

10) Communication de la Commission, Plan d'action : financer la croissance durable, 8 mars 2018, COM(2018) 97 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0097&from=EN>

types d'activités dans le cadre de l'adaptation au changement climatique. De plus, la France ne possède pas, à l'heure actuelle, de stratégie normative quant à la prise en compte de ces risques dans le secteur de la finance et de l'entreprise.

En second lieu, la prise en compte du risque climatique par les établissements financiers reste insuffisante. Ainsi, un article récent souligne que la plupart des établissements interrogés considèrent ne pas être exposés à ce risque de façon matérielle¹¹. C'est évidemment une grave erreur qui est matérialisée, puisque l'outil de *reporting* prévu par l'article 173 de la loi pour la croissance verte (sur lequel on reviendra ci-dessous) est très insuffisamment utilisé par les établissements financiers. Un article récent dresse un bilan en demi-teinte quant aux résultats de l'obligation de *reporting*. En effet, il n'y aurait *a priori* que la moitié des investisseurs visés par cette obligation qui publieraient un rapport complet sur leur prise en compte du risque climatique et ESG dans leurs investissements, les autres le faisant de manière insuffisante¹².

En troisième lieu, la notation extra-financière intégrant le triptyque ESG (environnemental, social et gouvernance) devrait permettre la prise en compte de ces critères par les investisseurs et avoir ainsi un impact significatif sur l'allocation des investissements¹³. Ce n'est malheureusement pas le cas à ce jour.

L'étude publiée en 2018 par *the Shift Project* fait état d'une prise en compte trop insuffisante et tardive de ces critères ESG dans la notation financière, explicables notamment du fait que ce sont des risques de long terme, alors que les investisseurs revendent leurs obligations relativement rapidement¹⁴. Cette étude conclut également que l'autonomisation du risque climatique devrait s'accélérer, en raison notamment de la dimension fondamentalement systémique, irréversible, globale, et de très long terme du risque « climat ». Par ailleurs, le risque « climat » n'est que lentement et partiellement intégré dans les analyses et les recherches des grandes agences de modifier le plan de notation financière.

Enfin, en matière de gestion de portefeuille, la « décarbonation » s'inscrit dans une démarche d'investissement durable et responsable. Elle consiste d'abord à mesurer l'empreinte carbone d'un portefeuille d'investissement

en calculant les émissions de CO₂ générées par les activités et les produits des sociétés dans lesquelles il est investi. Ensuite, il s'agit de financer les projets ayant l'impact carbone le moins significatif, ce qui va renforcer l'exposition de ceux apportant des solutions à la transition énergétique. Ce type de choix au sein d'une institution financière contribue à promouvoir les projets visant à réduire l'impact anthropique du changement climatique.

Cela pourrait permettre la mise en place d'un cercle vertueux où les projets les plus « carbonophages » ne seraient plus financés. Cette politique se met très lentement en place et ne concerne à ce jour que les projets relatifs au charbon et encore pas de manière générale. Toutefois, les investissements en faveur d'hydrocarbures les plus polluants et, en particulier, les gaz et pétrole de schiste continuent, quand bien même les scientifiques recommandent de laisser 60 % des réserves connues dans le sous-sol.

« Même en cas d'effort d'atténuation drastiques, c'est-à-dire de limitation des émissions des GES permettant de limiter à 2°C la hausse de la température, les transformations seront telles que les secteurs financiers et de l'entreprise devront se transformer profondément ».

C'est en définitive l'opinion publique, et dans ce domaine comme dans d'autres, qui commence à être de plus en plus exigeante. Il ressort ainsi d'une étude publiée par le journal *Le Monde* que plus de 57 % des Français souhaiteraient que leur épargne contribue à la lutte contre le changement climatique, alors que la Caisse des Dépôts et Consignations, bras financier de l'État, a longtemps financé les projets polluants et fossiles au travers des livrets A¹⁵.

La première étape dans la mise en œuvre d'une stratégie d'adaptation aux dérèglements climatiques consiste donc à rendre concrets les outils déjà existants pour réduire les émissions et prendre en compte le risque climatique. La seconde étape pourrait être celle de l'utilisation d'outils dont il vient d'être question pour étendre leur champ d'application à l'adaptation aux dérèglements climatiques sous ses deux aspects. Tout d'abord, l'article 173.III. de la loi relative à la Transition énergétique pour la croissance verte (LTECV) prévoit une obligation de *reporting*

et dispose que : « la prise en compte de l'exposition aux risques climatiques, notamment la mesure des émissions de gaz à effet de serre associées aux actifs détenus, ainsi que la contribution au respect de l'objectif international de limitation du réchauffement climatique et à l'atteinte des objectifs de la transition énergétique et écologique, figurent parmi les informations relevant de la prise en compte d'objectifs environnementaux ».

Cet article ne fait pas mention de l'adaptation, mais son paragraphe VI. prévoit que certains investisseurs et institutions publient des rapports sur la manière dont ils incluent le risque climatique et les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans leur gestion. Le triptyque de l'indice ESG comprend ainsi le critère environnemental (la gestion des déchets, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la prévention des risques environnementaux) ; le critère social (la

prévention des accidents, la formation du personnel, le respect du droit des employés, la chaîne de sous-traitance) et le critère de gouvernance (indépendance du conseil d'administration, la structure de gestion et la présence d'un comité de vérification des comptes, entre autres). Cet indice ESG est donc utilisé en termes de notation d'investissements comme dans les rapports devant être soumis dans le cadre des obligations de *reporting*. La prise en compte du risque climatique pourrait être justement complétée par l'énoncé des mesures concrètes prises par les établissements financiers pour précisément justifier de leurs efforts.

Ainsi, dans le secteur financier, la transition vers une finance « verte » connaît une expansion fulgurante mais insuffisante dans son ampleur et sa mise en œuvre en particulier sur la vertu « positive » de l'adaptation. L'adaptation de la finance à la lutte contre le dérèglement climatique revêt le terme de finance « verte » ou finance « durable » qui

11) *Les Échos*, *Risque climatique : l'avertissement des régulateurs financiers au secteur bancaire*, 11 avril 2019

12) Novethic, « Article 173 : seule la moitié des grands investisseurs publient des informations complètes sur leurs risques climatiques », 5 juillet 2019.

13) Rapport du think tank *the Shift Project* pour l'AFEP, « Analyse du risque climat : acteurs, méthodologies et perspectives », février 2018, https://theshiftproject.org/wp-content/uploads/2018/02/Analyse-du-risque-climat-%C3%A9tude-Afep_TSP.pdf

14) Erwan Créhalet, *La dynamique du marché reste très dépendante des nouveaux émetteurs*, *Revue Banque*, juin 2019, p. 57.

15) *Le Monde*, « L'épargne des français accusée de financer le changement climatique », 6 octobre 2018 ; *Le Monde*, Au-delà d'une finance simplement verte, atteindre « une finance véritablement dépolluée », 3 juillet 2019.

englobe une multitude de mécanismes mis en place afin de répondre aux risques posés par les conséquences du changement climatique, que ce soit sous son aspect d'adaptation ou d'atténuation.

Dans le cadre de la communication de mars 2018, la Commission européenne a annoncé la mise en place d'un groupe de travail concernant l'établissement d'objectifs concrets relatifs à la finance verte, notamment afin de définir une taxonomie des actifs durables, la création de standards et de labels pour des produits financiers verts, l'intégration de la durabilité dans les notations et études de marché ou encore l'intégration de la durabilité dans les exigences prudentielles¹⁶.

L'utilisation des *green bonds* ou *obligations vertes* aux fins de financer des projets concrets d'adaptation du changement climatique pourrait être envisagée. Pour financer leurs activités, les entreprises peuvent en effet choisir d'émettre un titre obligataire sur le marché, que des investisseurs intéressés peuvent ensuite acheter et échanger sur les marchés financiers.

Ces obligations dédiées à la finance verte se sont développées depuis la crise financière de 2008 et visent exclusivement le financement de projets générant des bénéfices environnementaux. Les banques comme les entreprises peuvent émettre des *green bonds* à partir du moment où ces obligations obéissent à des principes particuliers, visant à aider les potentiels investisseurs à connaître le vrai impact environnemental de leurs investissements.

Ainsi, les *Green Bonds Principles* imposent à la partie privée de préciser la nature du projet « vert » financé, l'assurance d'une bonne gouvernance interne, un bon suivi de l'investissement mais surtout un *reporting* efficace sur l'impact environnemental des projets une fois ces derniers effectués. Même si la part des obligations vertes reste encore limitée (14 milliards de dollars d'obligations vertes sont émises en France, représentant 8 % du marché), la tendance à l'émission de *green bond* se renforce au niveau européen¹⁷.

Il serait bien entendu tout à fait possible de prévoir qu'une part de ces *green bonds* doive aller vers les projets d'adaptation stricto sensu, c'est-à-dire financer des projets permettant réellement aux entreprises et aux collectivités locales, mais aussi aux citoyens de s'adapter aux transformations.



Ainsi, sans même imaginer de nouveaux instruments dont l'Union européenne va très certainement se doter au cours de la mandature qui vient, et sans dispositions législatives ou réglementaires supplémentaires, le seul usage des outils existants pourrait permettre à la finance de peser réellement sur les politiques d'adaptation aux dérèglements climatiques.

III. L'ADAPTATION AU CHANGEMENT CLIMATIQUE DANS LE SECTEUR DE L'ENTREPRISE |||||

Il convient de constater que si l'on suit la définition du GIEC, le secteur de l'entreprise est régi par un régime juridique plutôt tourné vers l'atténuation que vers l'adaptation au changement climatique. Qu'il s'agisse des obligations de *reporting* sur les actions prises en faveur de l'environnement en général ou de l'obligation de vigilance environnementale, les unes comme les autres pourraient être facilement modifiées pour intégrer l'adaptation sous ces deux volets.

A. LES OBLIGATIONS DE REPORTING

Les obligations de vigilance et de *reporting*, mises à la charge des entreprises et les enjoignant à mettre en œuvre des mesures visant à s'adapter aux changements environnementaux et à les prévenir, sont également des outils potentiellement efficaces.

S'agissant de la mise en œuvre des obligations de *reporting*, la directive n° 2014/95/UE sur le *reporting* extra-

financier des grandes entreprises vise les sociétés de plus de 500 salariés et leur impose la publication annuelle des informations relatives à leurs impacts sociaux, environnementaux, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption¹⁸. Elle ne précise pas de modèle, laissant aux sociétés une marge d'appréciation dans la forme de la publication des informations voulues. Ces dernières pourront ainsi appliquer les principes directeurs internationaux ou nationaux qu'elles jugent le plus appropriés, tels que la norme ISO 26000 ou le Pacte mondial de l'ONU.

En France, le décret du 19 août 2016 pris en application de l'article 173-IV de la LTECV ajoute une obligation en matière de changement climatique en intégrant la notion de *reporting* sur les émissions directes de l'entreprise, les émissions indirectes associées à l'énergie nécessaire aux activités de l'entreprise, sur les émissions indirectes et sur les émissions significatives.

Par ailleurs, l'ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, ainsi que le décret d'application du 9 août 2017 ont fait évoluer le dispositif de *reporting* extra-financier. Ainsi, les entreprises doivent désormais formaliser une « *déclaration de performance extra financière des entreprises* » pour laquelle sont intégrées les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique et

16) Hélène Vines Fiestas, « Un effort à court terme pour un grand bénéfice à long terme », *Revue Banque, Finance Verte*, juin 2019, p. 23.

17) Erwan Créhalet, « La dynamique du marché reste très dépendante des nouveaux émetteurs », *Revue Banque*, juin 2019, p. 57.

18) 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.

les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet.

Par conséquent, des obligations de reporting concernant des mesures relatives à l'adaptation et l'atténuation au changement climatique pèsent sur les entreprises. Dans le cadre de son plan d'action pour le financement d'une croissance verte, la Commission européenne a publié le 20 juin 2019 de nouvelles orientations intégrant les informations relatives au climat parmi les données extra-financières devant être fournies dans les rapports publiés par les entreprises¹⁹. À l'instar des lignes directrices de 2018, ces orientations ne sont pas contraignantes. Les entreprises sont donc libres de privilégier d'autres approches pour la publication d'informations concernant le climat.

Il va de soi que compte tenu de l'extrême souplesse de ces textes, l'intégration de la prise en compte du risque climatique pour l'entreprise elle-même, indépendamment des efforts qu'elle a pu faire pour réduire ses émissions, ne pourrait être qu'un avantage à tous les niveaux. Cela permettrait de se préparer effectivement aux transformations, que ce soit celles relatives au fonctionnement de l'entreprise, de son marché ou de ses

parties prenantes, ce qui lui permettrait de pouvoir bénéficier d'une communication intéressante.

B. LES OBLIGATIONS DE VIGILANCE ENVIRONNEMENTALE

Une autre obligation pesant sur les entreprises en rapport avec l'adaptation au réchauffement climatique est l'obligation de vigilance environnementale. L'article 1^{er} de la loi n° 2017-750 du 27 mars 2017 a consacré un article L. 225-102-4 dans le Code de commerce ainsi rédigé : « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

La notion de contrôle exclusif, direct ou indirect des filiales par les multinationales concernées permet d'élargir le périmètre d'application du devoir de vigilance au sens des articles L. 420-2 et L. 442-6 du Code de commerce. En revanche, le contenu de ces plans de vigilance n'est pas clairement précisé.

Début 2019, des particuliers et collectivités ont rendu publique leur intention d'attaquer Total en qualité de personne intéressée pour défaut

de son plan de vigilance, puisque Total n'aurait pas inclus dans celui-ci le risque lié aux effets de ses activités sur le changement climatique, alors que la loi implique de cartographier les atteintes graves à l'environnement²⁰.

Il semble cependant que les sanctions relatives à cette insuffisance de plan ne soient pas nécessairement appliquées. La vigilance est ici conçue vis-à-vis de l'extérieur. Elle pourrait être étendue à une obligation concernant l'intérieur de l'entreprise, c'est-à-dire l'obligation qui lui serait faite de mettre en place une stratégie interne d'adaptation aux dérèglements climatiques qui ne soit pas seulement défensive mais positive.

En conclusion, l'on ne peut que constater que le sujet est balbutiant. Alors que les effets du dérèglement climatique, dont on imaginait qu'ils concerneraient les générations futures, concerne bel et bien la génération présente, le monde économique et financier ne semble pas avoir encore envisagé sérieusement les conséquences qui en résultent pour son organisation. La prise de conscience est embryonnaire, mais les outils qui permettraient de progresser assez rapidement sont déjà là, puisqu'il s'agirait simplement d'utiliser sérieusement et plus largement les règles de droit déjà mises en place pour réduire les émissions de GES.

2019-5046

19) Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'information non financière : supplément relatif aux informations en rapport avec le climat, n° 2019/C 209/01, 20 juin 2019.
20) Actu Environnement, « Devoir de vigilance : des collectivités et des associations menacent Total de saisir la justice », 25 octobre 2018.

Brèves

YVELINES Un incendie à l'Usine Seine-Aval crée un drame écologique

Le 3 juillet dernier, un incendie a gravement endommagé l'unité de clarifloculation de l'Usine Seine-Aval du Service public de l'assainissement francilien. Celui-ci a conduit au déversement d'eaux non traitées dans la Seine, tuant des milliers de poissons qui ont flotté tout le week-end entre Herblay et Andrésy. Pour Annie Lahmer, élue membre du groupe Alternative Écologiste et Sociale au Conseil régional d'Île-de-France, si la priorité est de gérer la catastrophe écologique et de remettre en place le système de traitement des eaux, il faut aussi réfléchir sur les causes de l'accident. « Nous avons [aussi] demandé au préfet des Yvelines d'ouvrir une enquête administrative et de créer une instance de contrôle des réparations ouverte aux associations et aux citoyens. Ces enjeux écologiques concernent tout le monde, notamment les habitants » a déclaré Bénédicte Monville, autre membre élu du groupe AES.

ESSONNE L'Idée Halle, laboratoire éco-responsable

En juin dernier, au cœur de l'éco-quartier des Docks, dans le bas de Ris-Orangis, une ancienne Halle SNCF de 300 m² est revenue à la vie, et ce grâce à l'association l'Attribut qui inaugure un nouveau concept : l'Idée Halle. « Les anciens entrepôts industriels ont été réhabilités par la ville et les bénévoles de l'association afin de créer un lieu dédié aux initiatives éco-citoyennes, solidaires, durables » a expliqué Marie Brasch, présidente de l'association. L'Attribut n'en est pas à son coup d'essai sur le terrain du développement durable. À Ris-Orangis, l'association gère déjà depuis février la Frip'Idée Halle. Une petite boutique avec des centaines de vêtements issus de la récup', mais aussi l'opération « Non, pas de sac, merci ! » menée avec une vingtaine de commerçants de Draveil et Ris-Orangis, afin d'encourager les clients à utiliser leurs sacs et contenants réutilisables pour leurs courses quotidiennes.

HAUTS-DE-SEINE Nicolas Hulot soutient une île Seguin verte

Nicolas Hulot a ajouté sa signature à la pétition du collectif Vue sur l'île Seguin qui milite pour que le centre de l'île soit vert, et qui avait recueilli jusqu'alors un peu plus de 27 000 signatures. Dans un courrier adressé au collectif, l'ancien ministre de la Transition écologique et solidaire affirme que « cette pétition correspond bien au sursaut attendu des citoyens face aux urgences climatiques, au besoin de biodiversité et de santé publique qui s'imposent à nous à une vitesse qui s'accélère ». « Oui, l'initiative du Collectif "Vue sur l'île Seguin" doit être amplifiée tant qu'il est encore temps : les vagues de chaleur en ville affecteront de plus en plus gravement la santé des citoyens tandis que le besoin de vastes espaces verts sera ressenti comme une priorité lancinante. » Un projet qui n'est pas du goût de la mairie de Boulogne-Billancourt. Cette dernière aurait déjà trouvé un nouvel acquéreur pour la parcelle.

SEINE-SAINT-DENIS L'agriculture urbaine se poursuit à Aubervilliers

Dans le cadre de l'appel à projets Parisculteurs 3, visant à développer l'agriculture en milieu urbain, la ville d'Aubervilliers (Seine-Saint-Denis) a été sélectionnée pour accueillir une expérimentation : la Prairie du Landy. Ce projet à visée pédagogique, implanté sur un site de plus de 3 000 m², verra le jour à partir de la fin d'année, pour développer un espace favorisant la transition écologique, à proximité du canal de Saint-Denis. Jardin partagé, pépinière participative, potager lié à l'activité de deux commerces bistro, ateliers de démonstration écologique sur le développement des cultures... : « il s'agit de promouvoir de nouvelles pratiques urbaines permettant une production agricole de proximité tout en sensibilisant les habitants aux enjeux alimentaires », indique la municipalité. Objectif : changer les pratiques et présenter les métiers de demain dans les secteurs liés à la protection de l'environnement.

600 000

C'est le nombre en tonnes de déchets plastiques rejetés chaque année dans la mer Méditerranée selon l'ONG WWF dans un rapport paru le 7 juin 2019.

La nécessaire adaptation des compagnies d'assurance au changement climatique



Valérie Saintaman
Avocate à la Cour, of Counsel
Huglo Lepage Avocats



Raphaëlle Jeannel
Avocate à la Cour
Huglo Lepage Avocats

Lors de la COP21, les États se sont fixé comme objectif commun de limiter le réchauffement mondial moyen en-dessous des 2°C.

Le Groupe d'experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat (GIEC), qui réunit des scientifiques du monde entier, a publié le 8 octobre 2018 un rapport sur les « *impacts d'un réchauffement climatique global de 1,5°C par rapport à 2°C et les trajectoires d'émissions de gaz à effet de serre à suivre pour limiter le réchauffement à 1,5°C, dans le cadre plus général du développement durable et de l'éradication de la pauvreté*¹ ».

Face aux catastrophes naturelles (ouragans, inondations, sécheresse, submersion...), les compagnies d'assurance ont ainsi dû développer une stratégie d'adaptation au changement climatique.

Dans un rapport de 2018, intitulé « *Météo, climat et catastrophes* », la société d'assurance AON a estimé que dans la région Europe-Afrique, le coût économique des événements climatiques a atteint 34 milliards de dollars en 2018, dont seulement 10 milliards couverts par des assurances².

Au niveau mondial, l'année 2017 a coûté 300 milliards de dollars en termes de dégâts.

Il ressort d'une note de synthèse du ministère de l'Agriculture de janvier 2017, intitulée « *La gestion des risques en agriculture : un défi, une urgence* », que 26 % des surfaces en culture seulement sont couvertes par un contrat multirisques climatiques, et 35 % par une assurance grêle³.

En 2010, les compagnies d'assurance ont déjà dû prendre en compte le risque climatique à la suite de la tempête Xynthia qui a traversé la France d'Ouest en Est et s'est soldée au 31 décembre 2010 par une facture de 2,5 milliards d'euros de dommages directs dont 1,480 milliards d'euros (brut de réassurance et y compris les catastrophes naturelles) à la charge des assureurs.



La directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) a pour objectif d'aider les compagnies d'assurance à mieux évaluer et gérer l'ensemble des risques auxquels elles sont confrontées, que ce soit au passif ou à l'actif. Face à l'inexorable aggravation des sinistres climatiques et à l'accélération de leur occurrence, des adaptations de notre modèle assurantiel sont nécessaires.

La prise en compte du risque climatique au niveau de l'actif du bilan des assurances s'opère en intégrant des critères non financiers ou « *Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance* » (ESG) dans leur politique d'investissement.

Au passif, la prise en compte du risque climatique apparaît encore perfectible et

nécessite une implication active des pouvoirs publics et des assureurs pour une adaptation effective de notre société aux dérèglements climatiques.

I. LA PRISE EN COMPTE DU CHANGEMENT CLIMATIQUE À L'ACTIF DU BILAN DES ASSURANCES |||||

A. AU NIVEAU INTERNATIONAL

La TCFD (*Task Force on Climate-related Financial Disclosures*), qui est un – groupe de travail sur l'information financière relative au changement climatique créée lors de la COP21 –, a publié au mois de juin 2017 un rapport précisant les éléments de *reporting* climat attendus dans les documents de référence des entreprises pour quatre piliers : la gouvernance, la stratégie, la gestion des risques ainsi que les mesures et cibles.

Elle a défini des recommandations faciles à adopter par les entreprises, devant être

1) <https://www.gouvernement.fr/le-rapport-du-giec-demonstre-scientifiquement-l-urgence-d-agir-pour-le-climat>

2) <https://www.climato-realistes.fr/desastres-naturels-rapport-2018-aon/>

3) <https://agriculture.gouv.fr/la-gestion-des-risques-en-agriculture>

incluses dans leurs documents financiers et permettant d'accroître la transparence pour les investisseurs sur les risques climatiques auxquels ils sont exposés.

Au mois de juin 2018, l'IAIS (*International Association of Insurance Supervisors*), qui a notamment pour but de promouvoir la coopération entre les autorités de contrôle et de régulation de l'assurance ainsi que la collaboration avec les autorités de contrôle des autres secteurs financiers, a présenté les pratiques observées et la façon dont les ICP (*Insurance Core Principles*) s'appliquent aux risques liés au changement climatique.

B. AU NIVEAU EUROPÉEN

Le 8 mars 2018, la Commission européenne a publié son plan d'action relatif au financement durable ayant pour objectif de soutenir les actions de l'Union européenne en matière de climat et de développement durable.

Ce plan d'action, qui a pour objectif de favoriser l'émergence d'une finance durable selon un planning qui doit s'étaler de mi-2018 à fin 2019, s'appuie sur les recommandations formulées par un groupe d'experts sur la finance durable (HLEG).

Les objectifs que s'est fixés la Commission européenne sont déclinés en dix actions faisant du climat une priorité.

L'une des recommandations de la Commission est de renforcer la publication par certaines entreprises, au-delà d'un seuil de chiffre d'affaires, d'informations sur l'usage de scénarios énergéto-climatique (dont un scénario 2°C) pour gérer leur risque climat.

Après avoir mené en particulier des analyses et des études sur l'exposition des organismes d'assurance français au risque de changement climatique, l'ACPR a invité, tout en relevant des progrès notables depuis 2016, les assureurs à davantage prendre en compte le risque climatique.

Les assureurs doivent ainsi intégrer le risque climat dans leur évaluation interne des risques et de la solvabilité dite ORSA (*Own Risk and Solvency Assessment*).

40 % des établissements supervisés par l'ACPR intègrent ainsi le risque climat dans leur ORSA.

Il résulte de ce qui précède que s'adapter au changement climatique est un enjeu majeur pour les compagnies d'assurance.

À titre d'exemple, bon nombre d'assurances ont renoncé à assurer des entreprises de charbon thermique.

Si 94 % des assureurs se sont conformés à cette obligation de *reporting*, 60 % des sociétés d'assurance disposent d'un processus d'analyse du risque de changement climatique sur tout ou partie des actifs et/ou des passifs.

II. LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DU MODÈLE ASSURANTIEL AU DÉRÈGLEMENT CLIMATIQUE

L'ACPR l'a souligné en avril 2019, « *la mise en œuvre de scénarios climatiques élaborés pour la gestion du risque climatique reste encore à consolider* ».

L'impact du dérèglement climatique est parfois tel qu'il pose la question de l'assurabilité des risques climatiques et pousse ainsi certains assureurs à mettre en place des

que par l'adoption de normes adaptées aux occupations existantes ou à venir des territoires exposés.

La prise en compte du risque de sinistres climatiques dans les politiques d'aménagement s'effectue au travers de l'élaboration par l'État, en association avec les collectivités locales concernées, des plans de prévention des risques naturels dont notamment les plans de prévention des risques inondation (PPRI) et les plans de prévention des risques littoraux (PPRL). La stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte permet, la prise en compte de l'aléa érosion qui se distingue du risque de submersion.

La cartographie de ces risques, leur intensité et leur probabilité sont ensuite intégrées dans les documents de planification de l'aménagement et de l'urbanisation par les collectivités locales concernées, afin de prévenir les conséquences dommageables des événements climatiques. Les plans de prévention de risques sont ainsi annexés aux plans locaux d'urbanisme (PLU) et les schémas de cohérence territoriale (SCOT) des zones littorales intègrent les enjeux de recul du trait de côte et les risques de submersion. Les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) et les schémas d'aménagement régionaux pour les départements d'outre-mer peuvent également comporter, le cas échéant, des objectifs de gestion du trait de côte.

Cela étant, une adaptation effective au changement climatique de tous les acteurs concernés implique d'achever la cartographie des risques climatiques et de la rendre aisément consultable par les personnes qui ont des projets d'installation, de construction ou de rénovation dans les zones menacées par ces risques afin qu'ils y soient intégrés.

Par ailleurs, selon le risque de sinistre climatique en cause, des mesures spécifiques d'adaptation apparaissent envisageables pour maintenir ou permettre une occupation dans certaines zones exposées à un risque de sinistre climatique.

S'agissant ainsi du risque de submersion, pour les terrains de bord de mer exposés à un risque avéré mais à échéance de plusieurs décennies, et dont on sait qu'il est encore possible de s'y établir en sécurité pour quelques décennies, il pourrait être envisagé de créer un régime juridique spécifique en termes d'urbanisme, de construction et de règles assurantielles ainsi que l'évoquent les sénateurs R. Dantec et J.Y. Roux dans leur rapport d'information « *L'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050* » (rapport n° 511 enregistré le 16 mai 2019).

« Face à l'inexorable aggravation des sinistres climatiques et à l'accélération de leur occurrence, des adaptations de notre modèle assurantiel sont nécessaires ».

C. AU NIVEAU NATIONAL

L'article 173 de la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte (TECV) n° 2015-992 du 17 août 2015 a imposé aux investisseurs institutionnels la prise en compte des critères ESG dans leur politique d'investissement ainsi que dans leur gestion des risques climatiques et leur contribution au financement de l'économie verte.

Parmi les institutions soumises à cette obligation de *reporting*, figurent notamment les compagnies d'assurance, ces informations devant être publiées sur leurs sites Internet.

En France, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), qui exerce le contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance, est notamment chargée de veiller à la préservation de la stabilité financière.

polices d'exclusion de certains clients et secteurs à risque (ACPR, Banque de France « *Les assureurs français face au risque de changement climatique* », 2019, n° 102).

Dans ce contexte, puissance publique et assureurs doivent travailler de concert pour l'adaptation de notre société au dérèglement climatique.

A. LE RÔLE CLÉ DES POUVOIRS PUBLICS DANS L'ADAPTATION AU DÉRÈGLEMENT CLIMATIQUE

L'adaptation au changement climatique passe notamment par l'acquisition d'une connaissance précise du risque de sinistre climatique, la prise en compte effective de ce risque dans les politiques d'aménagement du territoire et par la mise à disposition du public de la cartographie de ces risques ainsi

S'agissant du risque inondation, l'adaptation au changement climatique pourrait consister en l'adoption d'un régime spécifique permettant de construire ou de reconstruire en zones exposées à un risque faible ou modéré, à condition que soient respectées de véritables normes anti-inondations sur lesquelles les acteurs de la construction et de l'assurance pourraient s'appuyer (R. Dantec et J.Y. Roux, rapport d'information au Sénat « *L'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050* », n° 511 enregistré le 16 mai 2019).

B. L'ADAPTATION AU DÉRÈGLEMENT CLIMATIQUE PAR L'ADAPTATION DU MODÈLE ASSURANTIEL

L'adaptation au changement climatique justifie une adaptation du modèle assurantiel à la fois pour favoriser la mise en œuvre des mesures d'adaptation en elles-mêmes et également pour corriger les limites du modèle actuel qui tend notamment à exclure certains clients ou risques.

Ainsi on peut imaginer que le droit des assurances devienne un levier de l'adaptation au changement climatique, si des normes de construction anti-sinistre climatique étaient adoptées. Leur mise en œuvre effective pourrait en effet être accompagnée par des mécanismes d'incitation financière pilotés par les assureurs. Les sénateurs R. Dantec et J.Y. Roux précisent, plus spécifiquement en matière de risque inondation mais dans une logique qui pourrait être étendue aux autres risques climatiques, que cela « *pourrait passer par une évolution des modalités de prise en charge par les assurances du coût*



D.R.

des sinistres, avec une modulation de la franchise ou du remboursement pour les constructions respectant les normes anti-inondation ou reconstruites en respectant ces normes » (rapport « *L'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050* », n° 511 enregistré au Sénat le 16 mai 2019).

Enfin, s'agissant des populations et secteurs d'activité situés dans les territoires les plus exposés aux sinistres climatiques, la question de l'assurabilité de certains risques se pose aujourd'hui.

Il apparaît ainsi nécessaire de mettre en place des outils de mutualisation des

coûts et de solidarité financière pour les personnes et secteurs d'activité qui s'y trouvent exposés.

À cette fin, une adaptation des outils existants que sont le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles et le fonds de prévention des risques naturels majeurs sera probablement nécessaire.

La mission d'information sur la gestion des risques climatiques et l'évolution de nos régimes d'indemnisation du Sénat plaident d'ailleurs en ce sens dans son rapport en date du 3 juillet 2019.

2019-5047

UN JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

NE MEURT JAMAIS.

EN TRIANT VOS JOURNAUX, MAGAZINES, CARNETS, ENVELOPPES, PROSPECTUS ET TOUS VOS AUTRES PAPIERS, VOUS AGISSEZ POUR UN MONDE PLUS DURABLE. DONNONS ENSEMBLE UNE NOUVELLE VIE À NOS PRODUITS. CONSIGNESDETRI.FR



Le nouveau nom d'Eco-Emballages et Ecofolio

L'adaptation des énergies conventionnelles et renouvelables au changement climatique



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

« *Ce qui fait l'Homme, c'est sa grande capacité d'adaptation* » énonçait Socrate. Désormais confrontés à des changements climatiques parfois extrêmes, nous sommes contraints d'adapter nos modes de vie. L'assaut subi en juin dernier dans les magasins d'électroménagers par des consommateurs en quête de ventilateurs ou de climatiseurs pour faire face à l'épisode de canicule en atteste parfaitement.

Plus largement, ce fait divers interroge l'adaptation du secteur énergétique aux transformations climatiques en cours. Or, les perturbations climatiques – telles que l'augmentation des températures de l'air et de l'eau, l'augmentation du niveau de la mer ou la diminution de l'eau – auront un effet direct sur l'offre et la demande.

L'adaptation peut être définie comme l'objectif de limiter les impacts négatifs du changement climatique sur la société et la biodiversité, et de tenter d'en exploiter les effets bénéfiques. À l'inverse, l'atténuation cherche à éviter les dérèglements climatiques par une action globale et de long terme sur le niveau des émissions de gaz à effet de serre. Comme énoncé dans un rapport sénatorial du 16 mai dernier, « *on dit parfois que les uns visent à "éviter l'ingérable", tandis que les autres consistent à "gérer l'inévitable"* »¹. En définitive, adaptation et atténuation sont parfaitement complémentaires.

Citoyens, autorités publiques, collectivités territoriales, entreprises de production, de transport ou de distribution d'énergie... tous sont concernés par ce sujet. À titre d'exemple, le gouvernement allemand a choisi d'installer des centaines de kilomètres de câbles souterrains pour transporter l'énergie sur l'ensemble du territoire national. La construction souterraine a été partiellement mise en œuvre en raison de l'augmentation

prévue de la fréquence des phénomènes météorologiques extrêmes qui perturbent les réseaux de transport et de distribution.

Tant au niveau international qu'au niveau européen ou national, des textes ont été édictés. Dès 1992, lors du Sommet de la Terre de Rio, la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques a affirmé que les États « *préparent, en coopération, l'adaptation à l'impact des changements climatiques et conçoivent et mettent au point des plans appropriés et intégrés* », élément ensuite repris en 1997 à l'article 10 du Protocole de Kyoto. Plus récemment encore, l'Accord de Paris sur le climat adopté le 12 décembre 2015 a réitéré l'importance d'accroître l'efficacité et la pérennité des mesures d'adaptation (article 7).

Au niveau de l'Union européenne, deux premiers livre blanc et livre vert ont été rendus en 2007 et 2009 et ont été suivis par une stratégie relative à l'adaptation au changement climatique en 2013². Le règlement de gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat du 11 décembre 2018 prévoit expressément le droit pour les États d'adapter leurs politiques en matière d'énergie en fonction des changements climatiques mais également les oblige à communiquer toute information sur leur stratégie d'adaptation.

Enfin, au niveau français, c'est surtout à travers des plans à l'échelle nationale, régionale ou locale que l'adaptation au changement climatique a été prise en compte. Une première stratégie d'adaptation au changement climatique a été lancée en 2006 et a été suivie du premier plan national d'adaptation au changement climatique (PNACC) élaboré en 2011, valable pour la période 2011-2015. Un deuxième PNACC a été adopté pour la période 2018-2022 (voir article ci-joint).

Un rapport sénatorial du 16 mai 2019 sur la question de l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon, dit rapport DANTEC, vient confirmer l'intérêt d'un tel sujet : comment le secteur énergétique appréhende-t-il la nécessaire adaptation qu'il devra opérer face aux changements climatiques ?

I. LES CONSÉQUENCES DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES SUR LES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT ||||| A. SUR LE RESPECT DES ENGAGEMENTS CLIMATIQUES PRIS PAR LA FRANCE

Le projet de loi relatif à l'énergie et au climat adopté par l'Assemblée nationale le 28 juin 2019 et la nouvelle stratégie nationale bas-carbone (SNBC) en cours d'élaboration, fixent des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) – visant la neutralité carbone – qui ont pour but à la fois l'atténuation et l'adaptation aux changements climatiques.

Toutefois, et comme le souligne le rapport du Haut Conseil pour le climat de juin 2019, « *cette neutralité carbone en 2050 est techniquement réalisable mais implique une transformation profonde de l'économie et de la société à grande échelle. Le rythme de cette transformation est actuellement insuffisant, car les politiques de transition, d'efficacité et de sobriété énergétiques ne sont pas au cœur de l'action publique* ».

Le cadre pour le climat et l'énergie à l'horizon 2030 énonce trois grands objectifs : réduire les émissions de GES d'au moins 40 % (par rapport aux niveaux de 1990) ; porter la part des énergies renouvelables à au moins 32 % ; améliorer l'efficacité énergétique d'au moins 32,5 %. Le Haut Conseil pour le climat préconise de rendre contraignants les objectifs fixés par la SNBC afin de les intégrer dans l'ensemble

¹ Rapport d'information sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050, M. Ronan Dantec et Jean-Yves Roux, 16 mai 2019, p. 7.

² Livre vert : Adaptation au changement climatique en Europe : les possibilités d'action de l'Union européenne, COM(2007)354 final, 29 juin 2007 et livre blanc : Adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européen, COM (2009)147 final, 1^{er} avril 2009.

des plans pris à l'échelle des collectivités afin de pouvoir respecter les engagements pris.

À l'échelle nationale, en 2009 avec la loi Grenelle 1, le 1^{er} PNACC pour les différents secteurs d'activité est lancé pour 2011-2015. Concernant l'énergie, la mesure phare est de « *favoriser le recours à des équipements de refroidissement (climatisation) plus efficaces ou utilisant des sources d'énergies renouvelables ou de récupération* ». Le dispositif des Certificats d'économies d'énergie (CEE) encourage par exemple le remplacement des équipements de refroidissement les plus énergivores. Ce PNACC prévoyait également de gérer l'émergence de pointes de consommation électrique estivales à travers un système d'obligation de capacité électrique.

En effet, le changement du climat est susceptible d'avoir un impact fort sur la consommation électrique. Il est prévu des hivers plus doux (et donc des pointes hivernales moins fortes) tandis que les besoins de produire du froid devraient augmenter en raison des températures estivales croissantes. Il est donc urgent de favoriser les recours à des équipements de refroidissement (climatisation) plus efficaces ou utilisant des sources d'énergies renouvelables ou de récupération.

Le scénario de la SNBC proposant une électrification importante des usages de l'énergie, dont la climatisation, présente des risques compte-tenu des limites actuelles liées à la production d'électricité issue d'énergies conventionnelles telles que le nucléaire et l'hydroélectricité, peu adaptées aux changements climatiques.

B. LES PROBLÈMES LIÉS À LA SÉCURITÉ DES ÉNERGIES CONVENTIONNELLES (NUCLÉAIRE ET HYDROÉLECTRICITÉ)

Dans un premier temps, le nucléaire est en France la première source de production et de consommation d'électricité. Elle compte à ce titre 58 réacteurs de différents niveaux de puissance répartis sur l'ensemble du territoire. Or, la modification du cycle de l'eau va entraîner plusieurs problèmes comme celui de la quantité. Les centrales nucléaires nécessitent en effet d'importantes quantités d'eau pour être refroidies et leur refroidissement entraîne le réchauffement des fleuves. Le risque est donc d'exercer une



pression supplémentaire sur des cours d'eau dont le débit baisse. Cette tension dépendra fortement de la technologie et de l'ancienneté du réacteur.

De plus, un deuxième problème se rattache à la qualité de l'eau. L'eau servant au refroidissement des centrales étant rejetée sous forme gazeuse (dans l'air) ou liquide (dans la rivière ou la mer), la température de l'eau à la sortie de la centrale pourra atteindre des valeurs élevées supérieures aux valeurs limites fixées par arrêtés³ ayant des conséquences dommageables sur la biodiversité des fleuves concernés (Rhône ou Loire). En effet, des rejets aux températures élevées (supérieures à 28°C) peuvent avoir un effet barrière à l'encontre des poissons grands migrateurs comme les saumons et les truites des mers. De plus, de tels rejets peuvent favoriser le développement d'algues et de végétaux aquatiques.

Lors de la canicule de 2003, plusieurs centrales, comme celle de Tricastin, n'avaient pu satisfaire au critère de la température et avaient obtenu des dérogations de rejet. Deux réacteurs de la centrale de Bugey dans l'Ain ont été par exemple arrêtés en août 2018 en raison des fortes chaleurs. Ainsi, si les centrales nucléaires sont souvent citées comme un exemple face aux changements climatiques, puisqu'elles ne produisent pas de CO₂, leur besoin important en eau posera des problèmes à long terme face à la hausse croissante des températures.

Il faut également noter que la position géographique de certaines centrales peut être problématique. À titre d'exemple, le risque d'inondation par débordement s'est déjà concrétisé sur le site nucléaire du Blayais en Aquitaine lors de la tempête de 1999 où la digue de protection s'est avérée être insuffisante⁴.

Détenant l'ensemble du parc nucléaire, EDF a mis en place des outils de diagnostic et d'anticipation grâce à un service hydrométéorologie à Grenoble ou encore à procéder à l'édiction d'une stratégie de résilience face aux aléas climatiques. Celle-ci a permis de modifier les programmes d'arrêt de tranches de centrales nucléaires en planifiant pendant l'été les travaux de maintenance des centrales en bord de rivière⁵.

Enfin, le dernier problème concerne la gestion des déchets nucléaires. Les études concernant le centre de stockage de Bure montrent que le climat pourrait éroder fortement la zone en quelques centaines de milliers d'années⁶.

Dans un deuxième temps, si l'hydroélectricité est la première source à partir d'énergie renouvelable en France, comptant environ 2 300 installations hydroélectriques sur l'ensemble du territoire, ce mécanisme nécessite également des quantités d'eau importantes.

La production hydroélectrique étant très sensible à la sécheresse – la production peut

3) Arrêté du 7 février 2012 fixant les règles générales relatives aux installations nucléaires de base (article 4.1.2) et arrêté du 2 février 1998 relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation.

4) Solier Boris, Mansanet-Bataller Maria, *L'adaptation des infrastructures énergétiques au changement climatique*, CGEDD, février 2010, pp. 46-61.

5) Rapport d'information sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050, M. Ronan Dantec et Jean-Yves Roux, 16 mai 2019, p. 61.

6) Document technique ANDRA, dossier d'options de sûreté partie après fermeture (DOS-AF), 8 avril 2016.

être inférieure d'un tiers en année sèche par rapport à une année humide – la montée des tensions sur la ressource hydrique pourra faire naître des conflits d'usages entre les besoins de la production hydroélectrique, les besoins de l'agriculture et les besoins de soutien d'étiage des cours d'eau⁷.

En effet, l'hydroélectricité dépend à la fois du niveau de remplissage des barrages ainsi que des écoulements pour la production des centrales au fil de l'eau. Or, les changements climatiques vont accentuer les phénomènes extrêmes augmentant la pluviométrie dans les zones humides et la réduire dans les zones sèches, ayant des conséquences non négligeables sur la production d'hydroélectricité mais également sur les territoires, qui seront de plus en plus inégaux face aux ressources énergétiques. Ces incertitudes nécessitent donc de repenser les mécanismes majeurs de production d'électricité pour de nouveaux modes de production et de transport de l'électricité afin d'interconnecter les territoires entre eux, mais aussi entre les citoyens eux-mêmes.

II. FAIRE DE LA RÉSILIENCE DE LA PRODUCTION ÉLECTRIQUE UNE PRIORITÉ FACE À L'ADAPTATION AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES

A. LA SOBRIÉTÉ ÉNERGÉTIQUE, IMPÉRATIF PREMIER PRÉVU PAR LES TEXTES

La sobriété énergétique renvoie à une démarche qui vise à réduire les consommations d'énergie par des changements de comportement, de mode de vie et d'organisation collective. En ce sens, elle s'inscrit parfaitement en accord avec les politiques d'adaptation aux changements climatiques.

Tel qu'il résulte des dispositions de l'article L. 100-2 du Code de l'énergie depuis la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, « l'État, en cohérence avec les collectivités territoriales et leurs groupements et en mobilisant les entreprises, les associations et les citoyens, veille, en particulier, à (...) maîtriser la demande d'énergie et favoriser l'efficacité et la sobriété énergétiques ». Tous les acteurs ont donc pour objectif de prendre des mesures qui ne sont pas énergivores.

Les projets énergétiques doivent désormais viser la sobriété en réduisant les besoins par une conception bioclimatique,

l'efficacité énergétique et l'apport d'énergies renouvelables localement pertinentes.

Les collectivités territoriales doivent inclure progressivement la sobriété énergétique dans leur Plan climat air énergie territorial (PCAET). Par exemple, la Région Île-de-France souhaite promouvoir la sobriété énergétique grâce, par exemple, aux transports collectifs, aux modes doux (trottinettes ou vélos électriques) ou encore à l'intermodalité. La Région soutient également les territoires à énergie positive qui, dans une logique économique et environnementale, autoproduisent et autoconsument leur énergie.

« On dit parfois que les uns visent à "éviter l'ingérable", tandis que les autres consistent à "gérer l'inévitable" ».

B. LA DÉCENTRALISATION ÉNERGÉTIQUE, ATOUT À L'ADAPTATION AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES

L'adoption récente de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables a confirmé l'utilité de l'autoconsommation – produire soi-même son électricité grâce à l'installation de panneaux photovoltaïques sur le toit de son habitation puis l'utiliser pour ses besoins – consacrée aux articles L. 315-1 et suivants du Code de l'énergie.

Ce mécanisme répond aux obligations de sobriété énergétique puisqu'il permet de réduire la facture énergétique et de sécuriser la production face à la volatilité du prix de l'électricité sur le marché mais également de réduire l'impact environnemental (baisse des émissions de gaz à effet de serre). Il permet également, produisant au plus proche de la consommation, de réduire considérablement les pertes en ligne et de responsabiliser les acteurs et en particulier les ménages qui, devenant leurs propres producteurs et/ou gérant directement leur consommation, ont un rapport tout à fait différent à l'utilisation de l'électricité.

De plus, les changements climatiques vont engendrer une baisse des précipitations et un recul de la couverture nuageuse, situation alors propice à l'énergie solaire.

Ces opérations d'autoconsommation, réunies à l'échelle d'éco-quartier ou même à l'échelle d'une petite collectivité territoriale, constitueront des communautés d'énergie renouvelable (article 22 de la directive) parfaitement adaptées aux changements climatiques.

C. LA SÉCURISATION DES INFRASTRUCTURES DE TRANSPORT DE L'ÉNERGIE, POUR UNE MEILLEURE INTERCONNEXION ENTRE LES TERRITOIRES

Comme nous avons pu le constater précédemment (I. B), les changements climatiques vont nécessairement placer les territoires, et donc les collectivités territoriales, dans des positions inégales face à la ressource énergétique.

Comme l'Allemagne, il sera question de réduire l'intensité du courant en recourant à l'enterrement des câbles électriques pour s'adapter aux températures plus chaudes et aux sols plus secs. Pour les câbles de

transmission de courant électrique suspendus, des critères renforcés pourront être déterminés afin de « limiter l'affaissement des câbles sous l'effet de la chaleur⁸ ».

Les perturbations météorologiques – le gel, les affaissements, les inondations et vents puissants – causeront des dommages directs aux infrastructures de transport et de fourniture d'énergie. En Irlande, des pylônes électriques à bas voltage (pylônes en bois) ont par exemple été construits afin d'éviter des dommages conséquents en cas de tempêtes. Par ailleurs, l'assèchement des rivières empêchera progressivement le transport par voie fluviale des produits pétroliers et fossiles, réitérant l'intérêt de se tourner vers les énergies renouvelables.

Le rapport du CEREMA de juillet 2015⁹ a également conclu que les perturbations de l'exploitation en raison des températures extrêmes auront alors un impact sur le confort des usagers. De plus, les précipitations extrêmes augmenteront le risque accru d'instabilité des sols et donc une possible dégradation sur les structures.

La Commission européenne a rappelé que « la résilience au changement climatique est essentielle pour les investissements à long terme dans les infrastructures (...), notamment en imposant des mesures favorisant la résilience au changement climatique pour toutes les infrastructures financées par l'UE¹⁰ ». L'adaptation des infrastructures existantes et futures apparaît donc essentielle pour assurer le transport de l'énergie sur l'ensemble du territoire.

2019-5048

7) Rapport d'information sur l'adaptation de la France aux dérèglements climatiques à l'horizon 2050, Ronan Dantec et Jean-Yves Roux, 16 mai 2019, p. 61.

8) Solier Boris, Mansanet-Bataller Maria, *L'adaptation des infrastructures énergétiques au changement climatique*, CGEDD, février 2010, pp. 46-61.

9) Rapport CEREMA relatif au plan national d'adaptation au changement climatique, volet infrastructures et systèmes de transport, action 1, juillet 2015, p. 75.

10) Commission européenne, rapport sur la mise en œuvre de la stratégie de l'UE relative à l'adaptation au changement climatique, COM (2018)738 final, 12 novembre 2018, p. 14.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 18 décembre 2019 – numéro 91

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Forêt amazonienne, Brésil

**La forêt : un levier essentiel dans la lutte
contre le dérèglement climatique**



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine,
Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

DROIT ET FORÊT

Pourquoi s'intéresser à la biomasse forestière ? 3
 Les crédits carbone 6
 L'avenir de la gestion de la forêt française 8
 La fiscalité forestière 11
 La préservation des grands espaces forestiers
 au regard du droit international public face
 au réchauffement climatique 13

AGENDA

5

INTERVIEW

Carbon Forest : la forêt comme solution
 pour compenser son empreinte Carbone
 Entretien avec son cofondateur, Pascal Yvon 16
 Entretien avec Arnaud Gauffier
 Responsable des Programmes Agriculture
 et Alimentation chez WWF France 18

ÎLE-DE-FRANCE

Reforest'Action, l'entreprise altoséquanaise
 est désormais certifiée B Corp 20

ANNONCES LÉGALES

23

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
 LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
 Societe de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
 8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
 R.C.S. PARIS 552 074 627
 Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
 Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
 Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
 Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
 I.S.S.N. : 2491-1897
 Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
 Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
 Abonnement annuel papier : 99 €
 Abonnement annuel numérique : 55 €
 COPYRIGHT 2019

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions



internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Si le dernier Conseil de défense écologique a porté, à son ordre du jour, la question de la forêt et si une mission parlementaire a été confiée à une députée, c'est bien que le sujet est devenu aujourd'hui une priorité nationale. Et ce à la fois par les enjeux climatiques qu'il porte et par l'importance du poids économique et financier de ce secteur. En effet, alors que la forêt en France est plus dense que sous le règne de Saint-Louis, nous avons dans l'Hexagone une balance commerciale gravement déficitaire et surtout, nous ne parvenons que très modestement encore à valoriser le stockage de carbone dans le cadre des conventions internationales et des outils financiers qu'elles proposent.

Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, nous avons tenté, dans ce numéro spécial, de mettre en lumière, à partir du prisme climatique, mais sans s'y limiter, différents sujets relatifs à la forêt, dans l'optique de contribuer à améliorer le régime juridique pour faciliter le rôle de la forêt dans la lutte contre le dérèglement climatique.

Tout d'abord, comment définir la biomasse forestière et l'utilisation qui peut en être faite au regard de l'impact climatique ? En second lieu, quel est le statut des crédits carbone générés par la forêt et comment peut fonctionner le label bas carbone ? En troisième lieu, quels sont aujourd'hui les plans de gestion et quel avenir de la forêt française dessinent-ils ? La fiscalité peut-elle jouer



Corinne Lepage

un rôle plus important pour améliorer la situation ? Et, enfin, dans un contexte international où la déforestation est un péril majeur, comment combler le vide juridique résultant de l'absence de statut international de la forêt ? Il reste évidemment de nombreux sujets à traiter, mais nous espérons que les lecteurs auront un aperçu sérieux de l'enjeu forestier dans notre pays, et au-delà.



Corinne Lepage,
 CEO Huglo Lepage Avocats,
 Docteur en droit,
 Avocate à la Cour
 2019-5376



Pourquoi s'intéresser à la biomasse forestière ?



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

Le sujet de la forêt est un sujet économique et écologique essentiel. Chacun sait en effet le rôle que joue la forêt pour capturer le carbone et le rôle encore plus important de la forêt primaire. En revanche, l'intérêt économique et l'interaction entre l'économie et l'écologie dans la forêt sont beaucoup moins connus en dehors des spécialistes. Si la forêt française est plus importante qu'elle ne l'était sous Saint-Louis, elle se heurte à un scénario tendanciel défavorable : perte de 20 % de sa valeur ajoutée et de 100 000 emplois depuis 15 ans, déficit commercial de près de 6 milliards en 2015 avec une structure économique qui est celle d'un pays en développement. En effet, nous importons les produits finis (les secteurs papier/carton et ameublement représente trois quarts du déficit) et nous exportons notre bois brut et des panneaux de particules à recycler. Autrement dit, notre valeur ajoutée est faible puisque nous vendons bon marché et achetons cher. Le taux de prélèvement moyen stagne à un niveau de 50 % de la production biologique nette de la mortalité. Les volumes sciés en France ne cessent de se réduire, alors que le bois devrait être un investissement économique important pour les particuliers dans la perspective de la réduction des émissions de gaz à effet de serre et de l'adaptation aux dérèglements climatiques. Et ce d'autant plus que la fiscalité est particulièrement favorable (voir ci-dessous). Le sujet de la biomasse forestière est donc un vrai sujet.

MAIS, QU'EST-CE QUE LA BIOMASSE FORESTIÈRE ?

Elle doit être définie par rapport aux autres sources de biomasse et en fonction des différentes catégories qui la composent.

La biomasse forestière est un élément de la biomasse globale. Il existe une biomasse d'origine agricole avec des cultures de type alimentaire dont une partie a malheureusement été utilisée pour la fabrication de biocarburants



de la première génération. Cet usage n'est pas pérenne et devrait progressivement disparaître. Il en va différemment des cultures dédiées non alimentaires, produites sur des sols marginaux, des cultures ligno-cellulosiques pérennes (miscanthus ou arbustes en très courte rotation) et les cultures ligno-cellulosiques annuelles, en soulignant que, là aussi, l'avenir n'est évidemment pas aux plantes qui se substituent à une culture alimentaire et entraînent ainsi un changement d'affectation des sols. S'y ajoutent les couverts végétaux, les cultures intermédiaires à vocation énergétique qui représentaient en 2013 13,6 millions de tonnes de matières brutes¹, les résidus de cultures annuelles représentant 8,5 millions de tonnes et enfin les bois hors forêt. S'ajoutent les effluents d'élevages estimés à 95,5 millions de tonnes et la biomasse liée aux coproduits et déchets : déchets verts urbains, boues de stations d'épuration, bio déchets des ménages de

la restauration et déchets de l'industrie agroalimentaire.

La biomasse forestière n'est pas unique. Elle se compose du bois d'œuvre, qui est l'axe majeur des politiques publiques et qui est considéré comme le premier levier du développement du bois énergie. Il faut ajouter le bois de trituration destiné à l'industrie du papier et des panneaux, mais aussi les déchets, sous-produits et coproduits provenant de l'industrie du sciage, ainsi que les produits en bois en fin de vie.

La biomasse forestière présente donc un intérêt évident tant sur le plan du développement économique que sur le celui des énergies renouvelables (I). Cependant, son utilisation se heurte à un certain nombre de limites que le juge administratif prend de plus en plus en considération (II).

I. L'INTÉRÊT DE LA BIOMASSE FORESTIÈRE

La stratégie nationale de mobilisation de la biomasse a été publiée en 2016 en application

* Voir sur ce point la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse, pp. 12-13.

de l'article 175 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte et du décret 2016-134 du 19 août 2016 relative à la stratégie nationale de mobilisation de la biomasse et aux schémas régionaux biomasse. C'est donc une politique publique déclinée au niveau national comme au niveau régional.

Cette stratégie voit d'abord dans la biomasse forestière une incidence positive sur l'enjeu prioritaire d'atténuation et d'adaptation au changement climatique. Deux leviers sont utilisés.

Tout d'abord, un effet de séquestration qui consiste à stocker du carbone. Il s'exerce par la séquestration du carbone atmosphérique par les arbres et le stockage des produits à base de bois. À l'origine, la mobilisation de la biomasse énergie reposait sur le principe historique de la neutralité carbone. On considérait que le carbone du bois énergie était neutre d'après le principe selon lequel le CO₂ émis par la combustion du bois avait été initialement capté par la photosynthèse et serait rapidement recyclé dans l'accroissement biologique des peuplements forestiers. Cette vision un peu simpliste doit être revue dans la mesure où, ainsi qu'on le verra dans la deuxième partie, l'intensification des prélèvements bois a des conséquences qui peuvent être très lourdes sur la réduction du stock de carbone. Le délai de reconstitution du stock est appelé « dette carbone » ou « temps de retour carbone » ou « investissement carbone ». Ce temps peut être estimé entre 10 et 100 ans, ce qui, au regard du dérèglement climatique, n'a pas du tout le même effet.

Par ailleurs, les retombées sur l'adaptation du changement climatique sont considérées comme également positives. En effet, le renouvellement des peuplements est accéléré du fait des prélèvements, d'où une meilleure adaptation au changement climatique en fonction des essences replantées et du maintien d'une régénération naturelle. Le fait de pouvoir travailler sur les essences de repeuplement permet également d'essayer de réduire la sensibilité des forêts aux aléas naturels.

Ensuite, un effet de substitution qui consiste à substituer à l'usage de combustibles fossiles des combustibles renouvelables. Ainsi, l'utilisation du bois matériaux réduit les émissions de 1,1 tonne de CO₂ par mètre cube de bois contenu dans les produits finis. L'effet de substitution énergétique permet d'éviter environ l'émission de 0,5 tonne de CO₂ par mètre cube de bois utilisé pour la production de chaleur.

La programmation pluriannuelle de l'énergie 2018-2023 fixe pour 2023 un objectif de 50 % de rythme d'augmentation de la production de chaleur renouvelable par rapport à 2014. Dans la PPE qui vient d'être votée, l'offre en biomasse



© Stocklib / Ulf Hubner

« L'exploitation de la forêt pour produire de la biomasse à usage énergétique constitue incontestablement une pression sur la biodiversité dans l'air et sur les sols ».

disponible en 2028 est ainsi estimée à 251 TWh (en énergie primaire), sans compter la biomasse pour la méthanisation. Cela représenterait une hausse de 40 % par rapport à 2016. Dans le détail, l'offre en biomasse forestière passerait en 12 ans de 84 à 120 TWh (+43 %). C'est un effort colossal.

Enfin, il faut souligner l'intérêt de la filière de chimie du végétal ligno-cellulosique et hors ligno-cellulose, qui présente un intérêt évident dans le cadre d'une réduction de l'usage de la pétrochimie. En effet, la base végétale se substitue à la base pétrochimique pour fabriquer les produits notamment plastiques que nous utilisons.

Il s'agit donc plus que jamais de mobiliser la biomasse forestière en structurant la filière, en adaptant l'offre forestière à la demande industrielle et de marché et en développant le bois énergie. Le contrat stratégique de la filière bois a des objectifs de croissance d'emploi (440 000 emplois au sein 60 000 entreprises en 2014) pour atteindre 50 % de plus au cours dix prochaines années.

II. LES LIMITES À L'UTILISATION DE LA BIOMASSE FORESTIÈRE

Pour autant, l'usage de la biomasse forestière pose un certain nombre de limites que le juge administratif semble vouloir prendre en considération.

L'impact écologique de l'exploitation de la forêt n'est pas nul, même s'il ne faut pas oublier

qu'un bon usage de la forêt exige la coupe d'arbres et un entretien minutieux devenu scientifique.

Tout d'abord, l'exploitation de la forêt a une incidence, comme rappelé ci-dessus, sur la capture de carbone. Elle doit donc être faite dans des conditions limitées et compatibles avec sa fonction première le plan climatique. L'utilisation des crédits carbone (voir ci-dessous) est bien entendu destinée à assurer une rentabilité économique à l'exploitation de la forêt à des fins de vente de bois, quel qu'en soit l'usage.

Ensuite, l'exploitation de la forêt pour produire de la biomasse à usage énergétique constitue incontestablement une pression sur la biodiversité dans l'air et sur les sols. Par exemple, l'exportation massive de rémanents forestiers entraîne une réduction du stock de matière organique dans les sols, une modification de l'activité biologique des communautés microbiennes des sols (voir rapport stratégie nationale de mobilisation de la biomasse page 32) et une diminution des stocks de nutriments comme l'azote, le phosphore ou le calcium. Il faut donc trouver un équilibre entre la récolte des menus bois et le volume des rémanents à laisser sur place qui sont indispensables à la bonne qualité des sols.

Les liens entre les modes d'exploitation forestière et la biodiversité sont également étroits. Une part importante de la biodiversité forestière a besoin



des microéléments qui vivent sur les arbres vivants ou morts, les bois morts hébergeant près de 25 % de la biodiversité forestière. De nombreux outils ont été développés pour aider à la prise en compte de la biodiversité en sylviculture ; par conséquent, l'utilisation du vieux bois vivant et des bois morts doit être conçue à la lumière de l'impact en termes de biodiversité. De la même manière, la biodiversité forestière est également impactée par la transformation des sols ; l'exploitation peut altérer les trames vertes, et la standardisation des peuplements a bien entendu une incidence très négative sur la biodiversité. À cet égard, le programme national de la forêt du bois suggère un certain nombre de pratiques de protection de la biodiversité.

L'incidence sur l'eau est également à prendre en considération. En effet, le changement de composition des massifs forestiers peut favoriser l'érosion des sols et la modification morphologique des forêts. De plus, les abords des cours d'eau ont une incidence sur le filtrage des polluants et la capacité de rétention des eaux de la forêt.

Enfin, il ne faut pas oublier, s'agissant de l'utilisation de la biomasse forestière pour l'énergie, que la combustion du bois incomplète s'accompagne de formation de particules fines et ultrafines ; selon une étude du CITEPA un poêle performant émettrait 80 % de moins de particules fines qu'un poêle des années 90 !

Or, ces impacts négatifs ne peuvent rester à l'extérieur du droit. Le défrichement, très réglementé par le Code forestier et depuis de très longues années, est soumis à des règles strictes sanctionnées par une très abondante jurisprudence. L'équilibre biologique fait pleinement partie des raisons pour lesquelles une autorisation de défrichement peut et doit être refusée.

Les innovations sont ailleurs. D'une part dans l'utilisation du bois énergie, si celle-ci est de nature à entraîner une pollution atmosphérique excessive. D'autre part, un certain nombre d'arrêtés préfectoraux restreignent l'usage des poêles à bois dans des zones déjà polluées dépassant les limites des particules fines.

Cependant, l'essentiel est ailleurs. En effet, la définition d'un équilibre entre les prélèvements et le maintien d'un couvert forestier suffisant est essentielle, y compris lorsqu'il s'agit de réaliser des installations énergétiques à base de bois, considérées comme participant à la transition énergétique et à l'abandon des énergies fossiles. Le tribunal administratif de Marseille a annulé, à propos de l'exploitation de la biomasse par la centrale thermique de Gardanne, par un jugement en date du juin 2017, l'autorisation d'exploiter au motif d'une insuffisance de l'étude d'impact.

En effet, le tribunal a retenu que le plan d'approvisionnement initial reposait sur un prélèvement sur les ressources forestières locales de 25 % du gisement disponible dans un rayon de 250 km autour de la centrale... Et qui devait passer à 37 % en 2024 !

Le tribunal a considéré que les conditions d'approvisionnement en bois constituaient un élément essentiel de l'exploitation au regard de ses incidences prévisibles sur l'environnement et que le dossier d'étude d'impact ne comportait aucun élément sur l'impact environnemental de ces prélèvements. Ce point avait du reste été critiqué par l'Autorité environnementale qui avait attiré l'attention sur l'absence d'information sur les mesures de précaution relative à l'exploitation forestière et avait alerté sur la potentialité biologique des espaces et sur l'importance de maintenir les forêts matures dans une bonne fonctionnalité écologique. Elle soulignait le rôle des espaces forestiers vis-à-vis de l'avifaune, des chiroptères, des insectes sacro xylophages. Ce faisant, le tribunal a annulé l'autorisation en considérant que l'étude d'impact n'était pas proportionnée à l'importance et à la nature du projet puisque n'avaient pas été analysés les effets indirects de l'installation sur les sites et paysages solides naturels et les équilibres biologiques.

Ce jugement qui a été abondamment commenté (voir notamment la note de Guillaume Bricker, *Revue Energie-Environnement-Infrastructures*, LexisNexis, numéro du 10 octobre 2017). L'exemplarité de cette décision exige que l'ensemble d'une filière soit examiné dans le cadre d'un projet et souligne la fragilité de la filière biomasse forestière au regard d'un risque de surexploitation.

En conclusion, la biomasse forestière constitue incontestablement un élément de la transition énergétique en ce qui concerne en particulier la production de chaleur. Elle est également la matière première du bois de construction et des matériaux en bois qui retrouvent une nouvelle jeunesse. Mais « *pour ne pas scier la branche sur laquelle on est assis* », il est essentiel de garder à l'esprit que le rôle premier de la forêt est d'assurer un équilibre écologique d'ensemble et de jouer un rôle majeur de gardien de la biodiversité. Son rôle économique et énergétique est indéniable, mais il ne saurait être considéré comme permettant tous les projets, quelle qu'en soit la nature, au motif que la substitution du bois au fossile est *a priori* une légitimation indiscutable. Sans aller jusqu'aux folies brésiliennes qui mettent en péril le poumon vert du monde, l'exploitation inconsidérée des forêts est inacceptable et de moins en moins acceptée.

2019-5381



LETTRES SORBONNE UNIVERSITÉ ET CERDI

Les libertés numériques :
la responsabilité numérique

9 janvier 2020

Sorbonne Université – Amphi Milne Edwards

17, rue de la Sorbonne 75005 Paris

arnaud.latil@sorbonne-universite.frlibertes-numeriques.com

2019-3525

L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES

Terrains du droit

10 janvier/24 avril 2020

EHESS – Salle 13

105, boulevard Raspail 75006 Paris

liona.israel@ehess.frterrains-du-droit.ehess.fr

2019-3526

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX, UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS, IRM-CAH ET IHD

Géographies de l'humanisme juridique

10 janvier/15 mai 2020

Collège Sainte-Barbe – Salle Collinet – 3^e étage

4, rue Valette 75005 Paris

www.ihd.cnrs.fr/spip.php?article667

2019-3527

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Les accords collectifs de gestion de l'emploi

13 janvier 2020

MISHA Salle de conférence

5, allée du Général Rouvillois 67000 Strasbourg

dres.misha.cnrs.fr/spip.php?article656

2019-3524

CENTRE ALEXANDRE KOYRÉ

Peut-on comprendre le droit sans le contextualiser ? Les Débats du Centre Alexandre Koyré

15 janvier 2020

Centre Alexandre-Koyré – Salle de séminaire

5^e étage

27 rue Damesme 75013 Paris

Renseignements : 01 40 78 26 38

koyre.ehess.fr/index.php?2030

2019-3522

Les crédits carbone



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Christian Huglo,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

La capacité de la forêt à stocker le carbone est reconnue.

Cependant, entre la reconnaissance d'un fait scientifique qui bien entendu varie en fonction des essences, des sols, de la politique forestière, des latitudes et la capacité de passer à un système juridico-financier, il existe un océan. C'est cet océan que les conventions internationales, puis le droit national, se sont efforcés de combler en mettant en place des méthodologies permettant de calculer au mieux les capacités de stockage des forêts pour permettre, dans un deuxième temps, de valoriser ces capacités et d'en faire un instrument financier. Après avoir rappelé les conditions internationales de prise en compte de la capacité de stockage de la forêt dans le cadre des conventions internationales (I), on se concentrera sur les mécanismes français, et en particulier le Label bas carbone (II).

I. LA PRISE EN COMPTE DE CRÉDITS CARBONE FORESTIERS EST NÉE LORS DE LA MISE EN PLACE DU PROTOCOLE DE KYOTO

En effet, dans le cadre défini par ce protocole, le processus « *mécanisme pour un développement propre* » permettait de générer des crédits d'émission négociables qui attestaient de la réduction d'émissions de gaz à effet de serre réels, additionnels et durables.

Dans ce contexte, même si le protocole de Kyoto ne mentionnait pas explicitement les projets de boisements et de reboisements, et que les accords de Marrakech ont adopté des modalités de mise en place du mécanisme de développement forestier complétées par une série de décisions de la Conférence des parties ultérieure, en définitive, les activités de boisements et/ou de reboisements de la période 2008-2012 ont fini par être prises en compte.

Ce mécanisme, s'il est désormais assez ancien, a néanmoins permis de se poser un certain nombre de questions :

Qu'est-ce qu'une forêt (une superficie minimale 0,5 à 1 hectare comportant des arbres, dont



les hauts pieds couvrent de 10 à 30 % de la surface et une terre avec des arbres qui peuvent atteindre à maturité une taille minimale de 2 à 5 mètres) ?

Ensuite, il a fallu définir ce qu'il fallait entendre par projet de boisement ou de reboisement qui offre une additionnalité, à savoir le fait que les absorptions effectives de gaz à effet de serre résultant du projet n'auraient pas eu lieu en l'absence de ce projet.

C'est la réduction des émissions même générées par le projet qui finalement va déterminer une quantité de crédits carbone qui pourront être comptabilisés en période de référence.

Parallèlement, le projet ne doit pas entraîner d'impact négatif significatif sur l'environnement, et il avait été convenu que les crédits carbone expiraient après une période de cinq années, mais pouvaient être remplacés par un nouveau crédit temporaire aussi longtemps qu'il était vérifié que le stock de carbone était toujours en place.

Dans le cadre de ce mécanisme de développement propre (MDP), des crédits carbone peuvent être attribués puis cédés, le crédit carbone représentant une tonne de CO₂ séquestré.

Un débat s'est naturellement ouvert sur la propriété des crédits carbone forestiers et leur nature juridique¹.

Parallèlement aux MDP, ce sont mis en place des mécanismes dits REED (Réduction des Émissions liées à la déforestation et à la dégradation des forêts).

Ce mécanisme, discuté la première fois à la conférence de Montréal en 2005, puis à la conférence de Bali en 2007, a permis à l'accord de Copenhague de prévoir des incitations positives en faveur de l'initiative REED qui sert à mobiliser des ressources financières auprès des pays développés.

L'accord de Cancún demande aux pays en développement de développer une stratégie nationale avec un niveau de référence des émissions forestières et un système de surveillance forestière.

Ce système de déforestation évitée est très délicat, car il peut conduire certains pays (l'exemple du Guyana) à envisager, alors qu'il n'y a aucune déforestation, une conversion à 90 % de ses forêts en cultures industrielles pour précisément pouvoir bénéficier du mécanisme REED².

1) Voir sur ce point : Sergio Perez Correa, Julien Demenois et Matthieu Wemaëre, « Les régimes de crédits carbone générés par les projets de boisements ou de reboisements dans le cadre du mécanisme en développement propre, un défi pour les juristes et les développeurs de projet », RJE 2011/3, volume 36 pp. 345-364.
2) Voir sur ce point : Van Trien Lam, « L'effet juridique de l'intégration des pays en développement dans le régime climatique post Tokyo », Revue québécoise de droit international, 2012, p. 23.

Reste en tout cas que le calcul et la rémunération du prix des émissions évitées sont très délicats.

En effet, une tonne de CO₂ évitée a-t-elle la même valeur partout dans le monde ?

Comment répartir équitablement les sommes redistribuées ? En conférant une valeur marchande au CO₂ par les prix, ne risque-t-on pas de valoriser la déforestation et la dégradation forestière dans certains pays ?

Quant à la question des émissions de gaz à effet de serre évitées, c'est un mécanisme de flexibilité pour les pays développés, ce qui n'empêche évidemment pas les efforts à faire dans chaque pays pour améliorer la capture de carbone.

II. AU NIVEAU NATIONAL

La France a mis en place une stratégie bas-carbone en application de la loi du 17 août 2015 pour la transition énergétique pour la croissance verte et du décret du 18 novembre 2015 qui fixe des budgets carbone pour les périodes 2015-2018, 2019-2023, 2024-2028.

La stratégie bas-carbone vise à des politiques d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre et elle est complétée par des outils permettant de définir des projets qui intègrent la contribution à la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Dans cette logique, la capture en carbone prend bien entendu une importance toute particulière, d'où la définition d'un Label bas carbone par un arrêté du 28 novembre 2018 visant à favoriser l'émergence de projets additionnels de réduction d'émissions de gaz

à effet de serre sur le territoire français par la mise en place d'un cap de suivi, notification et vérification des émissions de gaz à effet de serre permettant la valorisation de réduction d'émissions additionnelles réalisées volontairement par des personnes physiques ou morales dans des secteurs d'activités variés. Cet arrêté reconnaît ce type de réductions d'émissions, réductions d'émissions classiques (c'est-à-dire que la vérification se fait après réalisation ou bien anticipée, à savoir que la vérification se fait avant ou pendant la réalisation).

Les réductions effectuées et les réductions anticipées correspondent à l'évitement d'émissions qui auraient été générées ou à la séquestration d'émissions par des puits sur le périmètre concerné.

La méthode définit ce qu'il faut entendre par réduction additionnelle, réduction suivie et comptabilisée, réduction permanente, réduction valorisée de façon unique et vérifiée par un tiers indépendant.

Elle définit également la méthodologie pour comptabiliser les émissions et le scénario de référence qui permet d'apprécier s'il y a ou non additionnalité.

L'arrêté précise également ce qu'il faut entendre par porteur de projet ou mandataire et définit la procédure de validation d'un projet qui peut être individuel ou collectif.

Sur la base de cet arrêté, trois décisions ont été prises le 19 avril 2019 pour approuver les méthodes pour le Label bas-carbone, s'agissant en premier lieu de la reconstitution de peuplement forestier dégradé, en second lieu de la méthode de conversion des taillis en futaies et en troisième lieu la méthode de boisement.

Ce sont les trois types de projets susceptibles de donner lieu à l'attribution d'un label bas carbone qui lui-même facilite et sécurise la transaction.

En effet, toute une série de critères est dégagée pour calculer d'une part la valeur actualisée nette

« Un débat s'est naturellement ouvert sur la propriété des crédits carbone forestiers et leur nature juridique ».

liée à l'accru naturel du boisement ainsi qu'une grille d'évaluation des co-bénéfices sociaux, économiques et environnementaux qui donnent lieu à un certain nombre de bonus.

Ainsi, et à titre d'exemple, les départements qui donnent lieu à un risque d'incendie bénéficient d'un bonus particulier.

Toute la méthode mise au point dans ces différentes décisions permet de sécuriser la réalité du carbone économisé pour ces trois opérations distinctes.

Ainsi, est-il possible de sécuriser un marché qui va permettre de compenser des activités économiques et maîtrise de gaz à effet de serre par l'acquisition de crédits carbone liés au stockage forestier.

2019-5382

Brèves

ESSONNE

Le département lance un plan de plantation d'arbres

Le département de l'Essonne a lancé le 25 novembre dernier un vaste plan de plantation de 4 000 arbres sur le territoire. Aussi, symboliquement, le président du département François Durovray et Brigitte Vermillet, vice-présidente déléguée à la transition écologique et à la croissance verte, ont planté ce même jour, un érable « *champêtre* », sur la route départementale 31, à côté du stade Robert Bobin à Bondoufle. Le département « *entend ainsi répondre aux attentes sociétales en matière de cadre de vie, en particulier dans le nord du département, aux enjeux en matière environnementale, et au vieillissement du patrimoine vert départemental tout en luttant efficacement contre les effets déjà mesurables du dérèglement climatique* », assure-t-il. Par ailleurs, grâce à un legs privé, une forêt située à cheval sur Auvers-Saint-Georges, Etréchy et Morigny-Champigny, étendue sur plus de 35 hectares, sera accessible au public dès juin 2020. En parallèle, un projet de création d'une forêt linéaire le long d'une route départementale a été acté par le Conseil départemental.

ÎLE-DE-FRANCE

Un riche espace forestier

Avec ses 261 000 hectares, la forêt est, malgré sa proximité de la capitale, très présente en Île-de-France, région pourtant la plus urbanisée de France. Les forêts de Fontainebleau (25 000 ha), de Rambouillet (30 000 ha dont 14 000 ha de forêt domaniale) ou bien encore ceux de la Vallée de la Seine sont en effet les « *poumons de la capitale* ». Aussi, le taux de boisement est, sur le territoire, de 21 %, taux toutefois en dessous de la moyenne nationale qui s'élève quant à elle à 30 %. La forêt francilienne occupe principalement trois fonctions : une fonction économique avec une importante production de bois ; fonction écologique grâce à la préservation des ressources naturelles et une fonction sociale, permettant ainsi à la population d'y exercer des activités de loisir.

VAL-D'OISE

21 pommiers plantés pour les 21 cantons du 95

Le 2 décembre dernier, 21 pommiers, pour les 21 cantons du Val-d'Oise, ont été plantés par les élus départementaux en forêt de l'Hautil, un domaine d'environ 140 hectares que le Département gère avec soin depuis 1992 afin de préserver la biodiversité. « *En plantant ces arbres dans la forêt de l'Hautil, nous ne faisons pas que symboliser l'union de notre territoire pour la biodiversité. Notre geste témoigne aussi d'un certain attachement à la vocation agricole de notre Département. Il est dans la continuité du soutien que nous apportons à nos arboriculteurs. Un soutien indispensable parce qu'il aide à préserver une filière qui fait la diversité de notre agriculture* » a ainsi déclaré Marie-Christine Cavecchi, présidente du Département du Val-d'Oise.

Avec ses 83 000 km² sur une surface totale de 83 846 km², soit 99 % de surface occupée, la Guyane est le 1^{er} département français en termes de superficie forestière.

INTERNATIONAL

Feux de forêt : 2019 est

« *année exceptionnellement active* »

Le Service pour la surveillance de l'atmosphère de Copernicus (CAMS), lequel surveille l'intensité et les émissions des feux de forêt dans le monde, dévoile que l'année 2019 est une « *année particulièrement active* » en termes de feu de forêt dans le monde. Il révèle qu'environ 6 375 mégatonnes de CO₂ ont été rejetées dans l'atmosphère entre le 1^{er} janvier et le 30 novembre 2019, avec des incendies ayant fait la Une des journaux, comme ceux en Amazonie, en Indonésie, dans l'Arctique ou encore en Australie. Ainsi, les feux en Amazonie auraient libéré 25 mégatonnes de dioxyde de carbone (au cours des 26 premiers jours d'août), ceux en Indonésie 708 mégatonnes de CO₂, et ceux des forêts dans les cercles Boréal et Arctique auraient rejeté 182 mégatonnes de dioxyde de carbone dans l'atmosphère.

L'avenir de la gestion de la forêt française



Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats



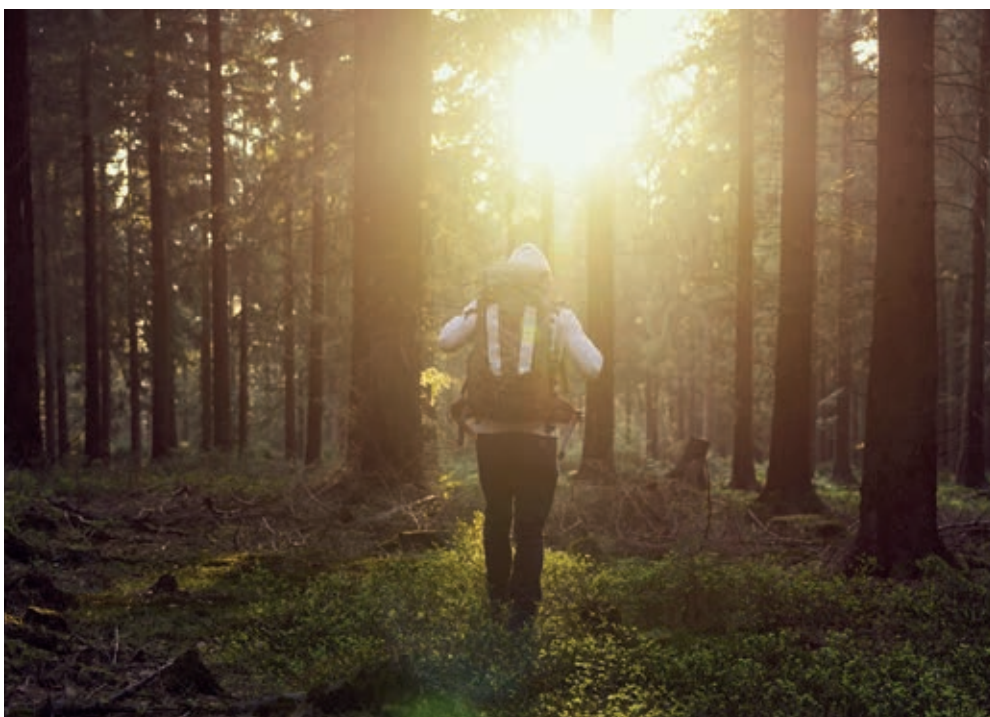
Antoine Juquin,
Juriste

La forêt constitue en France un objet historique et central de la politique de protection de l'environnement. Mis en place sous l'administration de Colbert (notamment par l'Ordonnance de 1669 de Louis XIV « *sur le fait des Eaux et Forêts* »), la longévité et le renouveau des règles d'exploitation et de protection des forêts traduisent la forte conscience des enjeux qui entourent cet élément incontournable du patrimoine naturel français.

En effet, en 2018, les forêts couvraient 16,9 millions d'hectares, soit 31 % du territoire de France métropolitaine (une augmentation de la superficie boisée de 21 % sur ces trente dernières années¹), qui se répartissent entre 25 % de forêts appartenant à des personnes publiques et 75 % à des personnes privées (12,6 millions d'hectares).

Si les origines de la législation forestière sont anciennes et évolutives, c'est à raison des fonctions uniques et essentielles que la forêt occupait, et qu'elle est vouée à occuper. De longue date, l'on reconnaît que les forêts remplissent quatre fonctions majeures : la production de bois, la protection de la biodiversité, l'accueil du public, et la protection contre les risques naturels. À l'avenir, la filière forêt-bois aura un rôle essentiel à jouer dans l'atténuation du changement climatique, où ses fonctions de source d'énergie et de matériaux, de protection de la biodiversité et surtout, de stockage du carbone, devront faire l'objet d'une attention exacerbée².

C'est donc au regard de ses fonctions traditionnelles que la réglementation a été établie, et au regard de celles d'avenir que devront être établies les nouvelles règles et politiques d'encadrement des forêts.



À l'heure actuelle, s'il existe deux régimes principaux de gestion des forêts, l'un pour les forêts des personnes publiques (II), l'autre pour celles des personnes privées (III), leur coordination est assurée par l'existence d'objectifs et d'orientations communs qui les encadrent en amont, et dont l'évolution est la condition *sine qua non* de l'adaptation de la filière forêt-bois à ses fonctions d'avenir (I).

I. LES OUTILS DE PLANIFICATION ET DE GESTION FORESTIÈRE : UNE MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE FORESTIÈRE NATIONALE

Planifier une gestion harmonieuse et cohérente d'un patrimoine aussi vaste que celui des forêts françaises nécessite une politique globale en toile de fond, dont la mise en œuvre ne peut qu'être gérée par

un programme national décliné à l'échelle régionale pour une adaptation à l'échelle territoriale la plus précise possible.

Si la politique forestière française intègre depuis la loi d'orientation forestière de 2001 l'enjeu du développement durable, c'est la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014 qui a résolument fait basculer cette politique vers des objectifs d'avenir, en prévoyant que par celle-ci, l'État veille à « *l'optimisation du stockage de carbone dans les bois et forêts, le bois et les produits fabriqués à partir de bois* » mais aussi à la biodiversité, à l'adaptation des forêts au changement climatique, tout en veillant à la satisfaction des besoins des industries du bois, et au développement des territoires (article L. 121-1 du Code forestier).

1) Institut national de l'information géographique et forestière, « *Le mémento – Inventaire forestier 2018* ».

2) A. Roux, J.-F. Dhôte (Coordinateurs), D. Achat, C. Bastick, A. Colin, A. Bailly, J.-C. Bastien, A. Berthelot, N. Bréda, S. Cauria, J.-M. Carnus, B. Gardiner, H. Jactel, J.-M. Leban, A. Lobianco, D. Loustau, C. Meredieu, B. Marçais, C. Moisy, L. Pâques, E. Rigolot, L. Saint-André, B. Schmitt (2017). « *Quel rôle pour les forêts et la filière forêt-bois française dans l'atténuation du changement climatique ? Une étude des freins et leviers forestiers à l'horizon 2050* ». Rapport d'étude pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, INRA et IGN, 96 p. + 226 p. (annexes).

Cette politique se traduit dans les faits par la rédaction d'un Programme National de la Forêt et du Bois (PNFB) qui précise pour dix ans les orientations de la politique forestière, et détermine les objectifs économiques, environnementaux et sociaux fondés sur des indicateurs de gestion durable ; pour sa parfaite élaboration, il est soumis à la participation du public et à l'avis du Conseil supérieur de la forêt et du bois (article L. 121-2-2 du Code forestier).

Mais la forêt étant une source de biodiversité majeure, ce programme doit être compatible avec les orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques (article D. 121-1 du Code forestier).

Conscient des difficultés d'application directe à l'échelle locale, le législateur a prévu que dans les deux ans suivant l'édiction du PNFB, un Programme régional de la forêt et du bois (PRFB) adapte à chaque région les orientations et les objectifs du PNFB (article L. 122-1 du même code), tandis que le PNFB peut prévoir les territoires interrégionaux qui justifient, de par leurs caractéristiques communes, une coordination des programmes régionaux de la forêt et du bois. Ce PRFB se décline lui-même à une échelle plus fine, soit régionale, soit départementale, dont les documents doivent tenir compte du PRFB (même article). Il s'agit ici des directives régionales d'aménagement (ou DRA, pour les forêts domaniales), des schémas régionaux d'aménagement (ou SRA, pour les forêts des collectivités territoriales relevant du régime forestier) et des schémas régionaux de gestion sylvicole (ou SRGS, pour les forêts privées).

Cette architecture en cascade vise à garantir que la politique forestière ne reste pas lettre morte, et s'attache véritablement à ses objectifs d'avenir : contribuer à l'atténuation du réchauffement climatique tout en protégeant la biodiversité et l'activité économique nécessaire. Mais le PNFB actuel est-il suffisant au regard de ces objectifs ?

Pour la stratégie nationale bas-carbone, le volet forêt revêt une importance particulière : elle est un espace de séquestration du CO₂ à fort potentiel et une source de matière essentielle pour atteindre un mix énergétique plus équilibré. Dans le scénario idéal, les forêts françaises

absorberaient en 2050 plus de 30 millions de tonnes de CO₂ par an, soit l'équivalent de toutes les émissions de l'industrie, des transports, de la production d'énergie et du traitement des déchets.

Mais le PNFB 2016-2026 actuellement en vigueur semble pourtant insuffisant sur ces aspects. S'il constate que la filière forêt-bois permet de compenser environ 20 % des émissions françaises de CO₂ grâce

« En somme, les acteurs de la gestion de la forêt française doivent prendre conscience des fonctions d'avenir que les forêts seront amenées à jouer dans l'atténuation du réchauffement climatique ».

au stockage de carbone en forêt, dans les produits bois et à la substitution d'énergies fossiles et de matériaux, il ne prévoit aucun objectif chiffré d'augmentation de la compensation, que l'on est pourtant en droit d'attendre³. Or, en tant que premier échelon du maillage territorial de la politique forestière nationale, ses lacunes se répercutent sur l'ensemble des programmes et schémas subséquents, ce qui laisse penser qu'à court terme, cette politique est insuffisante, et qu'à plus long-terme, elle devra continuer à opérer des changements drastiques pour que la France atteigne ses objectifs de réduction d'émissions de CO₂ et d'équilibre dans sa politique énergétique.²

II. LA GESTION DES FORÊTS PUBLIQUES

Les forêts appartenant aux personnes publiques (25 % de la surface boisée en France métropolitaine) doivent, comme telles, être considérées comme des espaces où l'action de l'administration doit remplir une mission d'intérêt général. Un rapport du Programme des Nations unies pour l'Environnement de 2011 (PNUE) estime en effet qu'en investissant 40 milliards de dollars supplémentaires par an dans le secteur forestier (soit une hausse de 0,034 % du PIB mondial), la déforestation pourrait diminuer de moitié d'ici 2030, et les plantations d'arbres augmenteraient de près de 140 %. L'investissement public pourrait ici se révéler absolument essentiel.

Ces forêts sont en principe soumises au régime forestier (article L. 211-1 du Code forestier) qui constitue un ensemble de règles applicable à celles qui appartiennent aux personnes publiques. Il s'agit pour faire simple des bois et forêts de l'État (ainsi que

des forêts domaniales) et des collectivités territoriales. Elles font partie du domaine privé de ces personnes publiques.

Aussi, en vertu des articles L 221-1 et suivants du Code forestier, la gestion des forêts soumises au régime forestier est confiée à l'Office National des Forêts (ONF), un établissement public national à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle de l'État.

Plus précisément, l'État passe un contrat pluriannuel avec l'ONF qui détermine notamment les obligations de service public à sa charge, les missions d'intérêt général qui lui sont confiées et les moyens nécessaires à leur mise en œuvre. En somme, la mise en œuvre de la politique nationale est complètement déléguée par contrat. Il faut donc espérer, sans pouvoir le contrôler, que ce contrat prenne en compte tous les enjeux du PNFB, car la participation du public et du Conseil supérieur de la forêt et du bois n'est pas prévue à ce stade.

Cependant, l'ONF peut compter sur les DRA et les SRA pour une gestion conforme au PRFB, mais aussi sur des instruments encore plus précis que sont les arrêtés d'aménagement (article D. 212-1 et suivants du Code forestier), qui doivent respecter les déclinaisons du PRFB dans leur élaboration, et qui sont des documents de gestion qui prévoient l'aménagement forestier nécessaire à chaque bois ou forêt relevant du régime forestier.

Or, si la gestion des forêts françaises ne semble pas en péril, dans un contexte où la surface forestière croît sans cesse depuis une trentaine d'années, l'ONF pourrait être démantelée et les forêts des personnes publiques soumises au régime forestier seraient alors confiées à des personnes privées.

Dans quelles mesures alors ces personnes privées seront-elles en mesure de faire application des objectifs des politiques nationales et régionales, notamment dans un objectif de gestion durable ? C'est l'inquiétude que partagent le Syndicat national unifié des personnels des forêts et de l'espace naturel (SNUPFEN) et France Nature Environnement face à cette éventualité où les logiques

3) Programme national de la forêt et du bois 2016-2016, ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation.

productivistes pourraient l'emporter sur celles de la conservation et de la solidarité territoriale⁴.

L'avenir des forêts publiques est donc à ce stade incertain. Mais si la gestion des activités économiques se retrouvait séparée de celle des activités « environnementales », alors il faudrait songer à renforcer au sein des arrêtés d'aménagement le respect des engagements nationaux, par l'inscription d'objectifs chiffrés de stockage du carbone, et de production de bois pour des périodes définies, dont le respect serait contrôlé et sanctionnable par un organisme indépendant de la filière forêt-bois.

Cependant, les forêts soumises au régime forestier ne représentent que 25 % du total de la surface forestière métropolitaine. D'où les enjeux principaux pour l'avenir de la forêt française qui se concentrent sur les forêts privées.

III. LA GESTION DES FORÊTS PRIVÉES

Depuis une loi de 1963, le principe est posé que les propriétaires privés de forêts sont responsables de l'équilibre biologique du pays et de la satisfaction des besoins en bois (désormais article L. 112-2 du Code forestier). Mais pour ce faire, ils ne sont pas livrés à eux-mêmes.

Majoritaires sur le territoire métropolitain, les forêts appartenant aux personnes privées représentent 12,2 millions d'hectares (75 % de la surface boisée) appartenant à 3,5 millions de propriétaires différents, où 37 % de la surface concerne des propriétés de moins de 10 hectares. Pour en éviter une gestion anarchique, un cadre commun s'impose.

Elles répondent ainsi à un mode de gestion différent, qui pour autant n'échappe pas aux objectifs du PNFB en ce qu'il est décliné au niveau régional par les PRFB (œuvre des commissions régionales de la forêt et du bois) appliqués par des schémas régionaux de gestion sylvicole (œuvre des conseils régionaux de la propriété forestière ou CRPF).

En principe, depuis 2014, les propriétaires forestiers privés sont tenus de gérer leurs forêts conformément à un plan simple de gestion (ou PSG – pour toute parcelle d'une surface égale ou supérieure à 25 hectares) établi pour 10 ans au minimum et 20 ans au maximum (L. 312-1 et suivants du Code forestier), conformément aux directives et schémas régionaux, donc au SRGS (L. 122-3 du Code forestier). Il prévoit une



Domaine national de Chambord

D.R.

brève analyse des enjeux économiques, environnementaux et sociaux de la forêt, et fixe le programme de coupes. S'il est agréé par le CRPF compétent, le propriétaire peut alors procéder sans formalités aux exploitations et coupes prévues.

La principale faiblesse de la gestion de ces forêts réside dans l'absence de gestion concertée par les propriétaires privés, qui gèrent au total 12 millions d'hectares, répartis entre des dizaines de milliers de propriétaires. Le morcellement est donc prégnant, et le législateur n'a pas osé contraindre les propriétaires, mais les a seulement incités à constituer des groupements forestiers ou associations syndicales de gestion forestière (articles L. 331-1 et suivants du Code forestier). Tout repose donc sur la validation du contenu des PSG par les CRPF, conformément au SRGS. Ce qui revient à nouveau à dire que lorsque les schémas régionaux sont insuffisants au regard des objectifs d'avenir de la forêt (stockage du carbone, production orientée vers du bois de chauffage ou de construction, etc.), il est très peu probable que les propriétaires privés s'engagent dans une voie plus vertueuse de gestion durable qui d'apparence leur est imposée.

Que faire dès lors pour remédier à ces lacunes ? Au-delà d'une révision drastique du PNFB pour la prochaine période (après 2026), et partant du constat qu'encourager l'initiative privée

ne fonctionne pas réellement, deux pistes supplémentaires sont envisageables. La première consisterait à contraindre les propriétaires privés au regroupement pour une gestion concertée afin de compenser les effets de morcellement. La seconde – complémentaire – pourrait consister en une incitation fiscale à constituer des obligations réelles environnementales basées (L. 132-3 du Code de l'environnement) sur le potentiel de stockage du carbone d'une forêt. Plus précisément, il pourrait s'agir pour les propriétaires privés de grever leurs biens d'une obligation de maintenir un potentiel de stockage de quantité de CO₂ à un niveau déterminé, voire de l'augmenter, de limiter certaines coupes, de favoriser certaines espèces en allant au-delà de ce que prévoit le SRGS, etc.

En somme, les acteurs de la gestion de la forêt française doivent prendre conscience des fonctions d'avenir que les forêts seront amenées à jouer dans l'atténuation du réchauffement climatique, afin d'accorder sur celles-ci le prochain programme national et tous les éléments subséquents qui en font application aux plus petites échelles territoriales. Avec la politique bas-carbone qui se profile de plus en plus sérieusement, la forêt française a un rôle essentiel à jouer, que seule une nouvelle politique forte et contraignante – notamment pour les acteurs privés, majoritaires – pourra concrétiser.

2019-5383

4) <https://reporterre.net/Forets-publiques-l-Etat-reflechit-au-demantelement-de-l-ONF>.

La fiscalité forestière



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour



Nourredine Babès,
Trésorier principal,
Chef de service comptable DGFIP, Honoraire

La réglementation forestière n'est pas nouvelle, puisqu'une ordonnance des Eaux et Forêts de 1669 venait déjà organiser les modalités de l'exploitation forestière. Le Code forestier, tel que nous le connaissons aujourd'hui, en est d'ailleurs l'héritage direct.

La sylviculture, en tant que science ayant pour objet la culture, l'entretien et l'exploitation rationnelle des forêts, est une activité agricole¹ intégrée à la fiscalité agricole, qui n'est donc pas nouvelle non plus, surtout sur le territoire français, largement pourvu en bois et forêts : la forêt française est le troisième stock de bois en Europe.

QUELQUES DONNÉES CHIFFRÉES

De nos jours, la forêt couvre 16,5 millions d'hectares de notre territoire, autrement dit, un quart du territoire national. Elle appartient, pour un tiers, à des personnes morales de droit public, et l'Office National des Forêts (ONF), établissement public à caractère industriel et commercial créé par la loi du 23 décembre 1964, est chargé de la gestion et du développement des forêts appartenant à l'État et aux collectivités locales.

Les deux tiers restants appartiennent à des personnes privées, qui en ont hérité (près de 75 % des propriétaires privés ont hérité de ce bien) ou qui en ont fait l'acquisition, en raison de l'attrait d'un tel investissement.

Mais investir en forêt ne s'improvise pas et nécessite d'être bien informé, notamment sur les particularités de cet investissement encore largement méconnu du plus grand nombre.

LES PARTICULARITÉS DE L'INVESTISSEMENT FORESTIER

L'investissement forestier est particulier, en ce qu'il nécessite patience et clairvoyance



et que le marché est difficile d'accès : il y a peu de vendeurs, et les forêts se transmettent pour l'essentiel de génération en génération. Les investissements sont de moyens à long terme, la vie de la forêt étant indéniablement rythmée par le cycle d'évolution et de vie des arbres qui la peuplent. Le long délai de production du matériau bois a amené les pouvoirs publics à prendre des dispositions pour favoriser l'investissement forestier. La fiscalité est un des outils utilisés par l'État pour orienter la gestion des forêts privées.

En réalité, les forestiers, plus que d'être attirés par le seul intérêt des profits, sont attachés à leur patrimoine : un espace de liberté qui peut se transmettre au fil des générations. Bien géré, l'investissement forestier reste un excellent placement sur la durée, et reste, au-delà de la richesse patrimoniale, une richesse écologique.

Mais la gestion d'une forêt n'est pas chose aisée et implique un minimum de connaissances du contexte fiscal, et ce d'autant que les textes et leurs applications évoluent chaque année.

Le futur investisseur devra alors articuler sa réflexion autour de trois objectifs :

- identifier les informations fiscales à jour ;
- acquérir les bases fiscales pour investir en forêt ;
- optimiser la création de richesses et de revenus.

ARTICULATION DU DROIT FISCAL AVEC LA GESTION DU PATRIMOINE FORESTIER

Si le législateur a pris des mesures fiscales dérogatoires afin de faire assurer la conservation du patrimoine forestier et de permettre la formation d'un revenu forestier, la forêt ne connaît toutefois pas de définition propre en droit fiscal, qui

1) En effet, la sylviculture est une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime.

emprunte largement au vocable forestier, ne faisant pas preuve ici d'originalité comme dans d'autres matières.

Le droit fiscal se réfère à la nature juridique de la forêt, mais aussi des arbres qui la composent, bien meubles ou immeubles, selon qu'ils sont coupés ou non.

Les propriétaires forestiers supportent pour l'essentiel les taxes et impôts qui suivent :

- la taxe foncière sur les terrains boisés ;
- les impôts sur le revenu forestier ;
- la taxe à la valeur ajoutée ;
- les droits de mutation des forêts et parcelles boisées ;
- l'impôt sur la fortune immobilière ;
- les plus-values sur les terrains forestiers.

En réalité, pour appréhender la fiscalité forestière, trois temps forts peuvent être distingués : l'acquisition de la forêt, sa gestion puis sa vente.

L'ACQUISITION D'UNE FORÊT

Acheter une forêt c'est bien. Mais bénéficier de réduction d'impôts pour investir en forêt, c'est encore mieux. Et le législateur ne s'y est pas trompé.

Un régime particulier de réduction d'impôt est mis en place jusqu'au 31 décembre 2020, pour les personnes résidant en France et souhaitant notamment acquérir des bois ou des terrains nus à boiser, ou prendre des parts au sein de sociétés d'épargne forestière ou de groupements forestiers².

Par ailleurs, l'article 1594 D du Code général des impôts prévoit que l'acquisition d'une forêt est assujettie à la taxe de publicité foncière ou au droit d'enregistrement qui s'applique aux ventes d'immeubles non bâtis, quelle que soit la superficie.

Mais une fois ces taxes et impôts acquittés pour devenir propriétaires, il faudra également supporter les taxes et impôts liés à la vie de la forêt et à son exploitation.

LA GESTION DE LA FORÊT AU QUOTIDIEN

La vie d'une forêt est ponctuée par le paiement d'impôts et de taxes, dont il faut avoir connaissance avant de s'engager dans l'investissement forestier. L'ensemble des revenus tirés de l'exploitation de la forêt, et formant le bénéfice agricole, est soumis, d'une part, à l'impôt sur le revenu et, d'autre part, aux prélèvements sociaux (CSG et CRDS).

Par ailleurs, la forêt étant assimilée, sur le plan fiscal, à un bien immobilier, elle entre dans le champ d'application de l'impôt sur la fortune immobilière. Il existe néanmoins des conditions d'exonération d'impôt sur la fortune immobilière. En premier lieu, si la forêt est affectée à l'activité professionnelle de son propriétaire, elle sera exonérée, en totalité, d'impôt sur la fortune immobilière. En deuxième lieu, et si son propriétaire est un propriétaire privé, ne se servant pas de son bien au titre de son activité professionnelle, des mécanismes existent pour être très largement exonéré de cet impôt. Pour cela, le propriétaire devra s'engager à soumettre sa forêt à un régime d'exploitation normale ou à l'application du plan simple de gestion agréé par le centre régional de la propriété forestière, et ce, pendant 30 années. Pour bénéficier de cette

taxe foncière : les revenus tirés de la forêt dépendront largement des essences cultivées et exploitées.

L'investissement forestier se réfléchit donc comme tout investissement, mais reste un investissement tout particulier : le retour sur investissement est long, mais surtout, il ne s'agit pas de n'importe quel placement financier ; il s'agit d'acquérir un espace de liberté, un espace de vie et de biodiversité dans un monde en constante urbanisation. La symbolique de cet investissement ne doit pas être négligée, et c'est pourquoi d'ailleurs, peu de forêts sont en vente : les propriétaires conservent ces biens rares et précieux, préférant les transmettre de génération en génération.

Malgré tout, certains décident tout de même de s'en séparer. La vente de la forêt doit alors répondre à certaines obligations fiscales.

« Le long délai de production du matériau bois a amené les pouvoirs publics à prendre des dispositions pour favoriser l'investissement forestier. La fiscalité est un des outils utilisés par l'État pour orienter la gestion des forêts privées ».

LA VENTE DE LA FORÊT

Lors de la vente de la forêt, une taxe sur les plus-values est appliquée : il s'agit d'une plus-value professionnelle si le vendeur exploite directement, personnellement et de façon continue la parcelle vendue, et il s'agit d'une plus-value immobilière si le vendeur n'est pas un exploitant professionnel. Il doit alors être précisé que les plus-values immobilières réalisées par des personnes domiciliées en France sont des produits de placement assujettis par voie de conséquence à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux (CSG, prélèvement de solidarité et contribution pour le remboursement de la dette sociale).

Tel est le panorama de la fiscalité forestière.

En conclusion, la forêt est un bien précieux, tant sur le plan financier qu'écologique, ressource financière pérenne et ressource en matière de biodiversité, pourvu que son propriétaire soit bien informé et soit patient. *« Seulement, il faut du temps pour être heureux. Beaucoup de temps. Le bonheur lui aussi est une longue patience »*³.

2) Loi n°1775-2017 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017.

3) Albert Camus, *La mort heureuse*, 1936.

La préservation des grands espaces forestiers au regard du droit international public face au réchauffement climatique



Christian Huglo,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour



Théophile Bégel,
Avocat à la Cour

Nul ne peut douter de l'importance des grands espaces forestiers dans leur rôle d'absorption du CO₂ atmosphérique.

Comme chacun sait, l'accumulation du carbone dans les écosystèmes terrestres et marins joue un rôle majeur pour le climat : 60 % des émissions anthropiques de carbone s'y retrouvent séquestrées. En revanche, la déforestation tropicale représente entre 10 et 12 % des émissions anthropiques de gaz à effet de serre¹.

Selon la même source, entre 1982 et 2016, de grands États ont vu leur surface forestière régresser. Durant cette période, le Brésil a perdu au moins 385 000 km², soit 8 % de sa surface forestière, l'Argentine 113 000 km², soit 25 % et le Paraguay 79 000 km², soit 34 % de sa surface forestière.

On peut citer d'autres forêts tropicales en voie de régression, par exemple en Malaisie, en Indonésie, ou encore dans le bassin du Congo.

Le regard que l'on doit porter sur la protection et la conservation de ces grands espaces forestiers est aussi important que celui que l'on doit tourner vers la protection des océans dont l'acidification croissante est inquiétante.

Dans un important article paru à la revue *Énergie Environnement Infrastructure* n° 10, d'octobre 2019, Marta Torre-Schaub s'interrogeait sur la fragmentation du droit international public qui leur est applicable.

Elle écrivait : « *Les forêts sont protégées au niveau international que de manière fragmentée. Leur protection globale pose ainsi un problème au droit international et au droit en général.* » Et elle ajoutait : « *À ce jour, il n'existe pas d'instrument juridique protégeant les forêts de manière globale.* »

Elle exposait plus en détail les raisons d'être de cette situation, en relevant notamment le



Parc national de Sequoia

refus, au moment des grandes conférences de Rio, d'établir un texte spécial pour les forêts alors que de son côté, le droit de la mer avait eu son évolution avec la grande conférence de Montego Bay qui a abouti à une convention internationale importante, sans doute parce que la question climatique – qui pourtant avait déjà été perçue – n'avait pas encore pris l'ampleur qui est aujourd'hui la sienne.

L'auteure précitée s'interroge, après avoir relevé que le droit international était trop partiel et trop compartimenté, sur les solutions envisageables pour tenter de combler cette carence du droit international. Désigner les forêts en question comme bien communs mondiaux traduit la difficulté qu'il y aurait, même si l'on arrivait à un tel statut, à assurer la gestion des forêts en l'absence d'une organisation internationale de niveau suffisant.

On renverra nos lecteurs à l'article de Marta Torrè-Schaub qui recense d'autres propositions, mais écartées une à une et tirées : du recours aux droits de l'homme, de la notion d'écocide, de la notion de démocratie environnementale, notions analysées avec soin et finalement repoussées tout en relevant que certaines solutions nationales ou certains recours devant la Cour Interaméricaine des droits de l'homme ne manquent pas d'intérêt, de même que l'intéressante expérience tendant à attribuer la personnalité juridique à des éléments de la nature qui tend effectivement à la décision du Tribunal suprême de Bogota du 5 avril 2018 (*A. Lozano Barragan y otros c/ Presidencia de la republica y otros, Corte Suprema de Colombia, 5 avr. 2018 : STC4360-2018 Radicación n° 11001-22-03-000-2018-00319-01*).

1) François Gemenne et Aleksandar Rankovic, *Atlas de l'anthropocène*, Atelier de cartographie de Sciences Po, Ed. Sciences Po les Presses, Juillet 2019.

Il est vrai qu'une partie de la solution à court terme repose sur des recours de droit interne d'ONG, d'associations, de villes, de communautés pour préserver leur patrimoine, recours qui ne sont pas toujours faciles à exercer soit pour des raisons strictement juridiques, soit pour des raisons de pression politique ou même physique.

Restant strictement sur le seul terrain du droit international public, nous pensons que certaines pistes complémentaires pourraient être explorées que l'on regarde vers le droit de la prévention ou que l'on regarde vers le droit à la réparation du dommage écologique qui, sur le plan du droit international, a considérablement progressé. Enfin, il ne faut pas oublier à cela la possibilité de réfléchir plus avant sur le droit d'ingérence écologique.

On examinera successivement ces trois questions dans l'ordre où elles ont été énoncées.

I. QUELLE PLACE DONNER AU DROIT DE LA PRÉVENTION DANS L'OBJECTIF DE PROTECTION DES FORÊTS ? |||||

Aujourd'hui, le droit international de la prévention semble se concentrer sur le droit des études d'impact transfrontières, mais il est malheureusement le plus développé là où on en a le moins besoin.

Nous pensons ici au droit de la convention d'Espoo, dite convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, que l'Union européenne et la plupart des États proches de l'Union européenne ont ratifié.

On y trouve des États comme l'Ukraine, l'Azerbaïdjan, l'Arménie et même le Canada. La Russie – où de belles forêts ont récemment brûlé ces derniers étés – n'a malheureusement pas ratifié ladite convention.

L'idée du texte de la convention d'Espoo est très simple. Il institue une procédure d'évaluation d'impact sur les effets d'un projet à l'étranger, une procédure de concertation et de notification exactement comme cela se passe sous les différentes directives européennes depuis la directive n° 85-337 du 27 juin 1985 plusieurs fois modifiée.

Le dossier d'étude d'impact est un dossier à contenu obligé concernant l'analyse de l'état actuel du site, les effets du projet, les mesures de compensation et de correction.

La participation du public est ici remplacée

par la participation des organisations étatiques.

La liste des activités visées sont des activités de raffinerie, de centrale thermique, d'installation industrielle. On y trouve la construction d'autoroutes et de routes expresses et en 17^e et dernière position, le déboisement de grandes superficies.

Il s'agit tout simplement de l'obligation d'un État de se préoccuper de l'effet de ses propres décisions sur le territoire d'un autre État, principe qui avait été posé de façon prémonitoire par un jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 27 juillet 1983 dans l'affaire dite des Mines de Potasse d'Alsace².

C'est une doctrine assez classique de la disparition du principe de l'utilisation innocente de son territoire par un État, doctrine qui avait été condamnée dans la célèbre affaire dite des « Fonderies du Trail » qui avait donné lieu à une sentence arbitrale, source considérable de jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les années 1930.

Théoriquement, l'on devrait même pouvoir s'intéresser de près aux opérations de déforestation du Canada.

D'une façon plus opérationnelle et à notre sens, si un État n'accomplissait pas ses devoirs au plan international, sa responsabilité sur le plan interne devrait pouvoir être envisagée.

L'idée de préserver l'environnement n'est pas non plus étrangère à la région de l'Amérique du Sud et des Caraïbes qui s'est dotée d'une importante convention qui semble malheureusement assez peu connue, la convention d'Escazú du 4 mars 2018 ; celle-ci ressemble à s'y méprendre non pas à la convention d'Espoo, mais plutôt à la convention d'Aarhus, elle aussi pleinement intégrée au droit de l'Union européenne.

La fiche de décryptage de cet accord important et imposant a été rédigée par l'IDDRI³.

Les auteurs relèvent que l'accord en question va plus loin que l'accord obtenu par la convention d'Aarhus sur plusieurs points, à savoir une légitimation active générale dans la défense de l'environnement, enfin la nécessité de procédures effectives opportunes, publiques, transparentes, impartiales et sans coût prohibitif, la possibilité de prendre des mesures de précaution et des mesures

qui facilitent la preuve des dommages environnementaux.

Il y a fort à parier que l'utilisation de cette convention internationale pourrait inspirer des actions aux voisins du Brésil, puisque cet État sur lequel se focalise l'attention de la communauté internationale en est aussi le signataire.

On notera enfin, par curiosité, que la situation de la forêt amazonienne de la France pourrait être recadrée en face de la convention d'Espoo dans la mesure où une déforestation trop importante serait entreprise.

Le droit de l'environnement ne repose pas que sur le principe de prévention, il faut également compter avec le principe de la réparation du dommage écologique.

II. LA RÉPARATION DU DOMMAGE ÉCOLOGIQUE APPLIQUÉE AUX FORÊTS ET À LA BIODIVERSITÉ |||||

Une importante décision a été rendue par la Cour internationale de justice le 2 février 2018 dans le contentieux opposant le Costa Rica au Nicaragua, en raison de certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière du Costa Rica.

Comme on le sait, la question du dommage écologique a toujours été abordée sur le plan du droit interne soit par la jurisprudence, notamment dans l'affaire de l'Erika, puis dans la loi du 8 août 2016 dite loi RBNP, c'est-à-dire reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qui a opté pour une réparation en nature et la désignation d'un certain nombre précis de requérants ayant qualité pour agir.

S'agissant du droit international, il est intéressant de relever que la première décision de la Cour internationale de justice précitée du 2 février 2018 s'est établie à partir d'un dommage forestier.

En effet, le Costa Rica reprochait à son voisin l'incursion en territoire costaricien de l'armée nicaraguayenne, causant de graves dommages à ses forêts et zones humides protégées.

La Cour internationale de justice (CIJ) s'est prononcée à plusieurs reprises sur le sujet et la réalité de l'atteinte sur le territoire de l'État demandeur, la responsabilité liée à la violation d'un engagement qui devait entraîner l'obligation de réparer dans une forme adéquate.

C'est ainsi que s'est instruite la demande d'indemnisation auprès de la CIJ avec deux thèses relativement opposées, l'une

2) Sur ce jugement et son importance, voir notre ouvrage *Avocat pour l'environnement*, Ed. LexisNexis 2013, Affaire des Mines de Potasse d'Alsace face au recours des collectivités néerlandaises et la Ville d'Amsterdam et la Province du nord de la Hollande ainsi que les services des eaux correspondants.

3) D. Barchiche, E. Hege, A. Napoli, (2019), « L'accord d'Escazú : un exemple ambitieux de traité multilatéral en faveur du droit de l'environnement ? », *Iddri, Décryptage* N° 03/19.

du demandeur liée à la réparation que l'on appelle écosystémique et que l'on retrouve dans la loi d'application de la directive consacrée à ce sujet dite sur la réparation du dommage écologique du 1^{er} août 2005 aujourd'hui codifiée au Code de l'environnement, et une thèse beaucoup plus restrictive relative à une stricte remise en état. Sans aller dans les détails, la Cour a effectivement tranché entre les deux⁴.

La Cour s'est penchée sur l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre les dommages et les activités nicaraguayennes en prenant en considération les dommages occasionnés aux biens et services environnementaux.

Elle a attribué une valeur pécuniaire aux dommages occasionnés aux biens et services environnementaux, les indemnités allouées étant finalement purement symboliques par comparaison à la doctrine adoptée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire dite de l'Erika confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 2012 (pourvoi n° 2000-82-938, ou dans l'arrêt du Conseil d'État Commune de Barjols/Correns de 1974 - CE, 20 décembre 1974, n° 90229 : indemnisation liée à la durée du cycle de repeuplement végétal ou biologique correspondant à la capacité de production du milieu).

Bien entendu, la décision de la Cour internationale de justice ne vaut comme jurisprudence opérationnelle que dans les litiges entre États et n'a pas ouvert l'indemnisation ou la réparation des dommages écologiques purs, mais a quand même défini les conséquences d'une véritable responsabilité liée à l'environnement.

Il faudrait sans doute faire un effort supplémentaire, notamment d'expertise, pour pouvoir relier ce précédent jurisprudentiel à un dommage climatique, ce qui ne nous paraît pas forcément impossible puisque l'Accord de Paris oblige les États à limiter leurs émissions. D'évidence, la limitation de ces émissions sera d'autant plus importante que les mécanismes de compensation CO₂ seront réduits. Reste la délicate question de l'ingérence écologique.

III. L'INGÉRENCE ÉCOLOGIQUE

Le droit de l'ingérence peut être défini comme la reconnaissance du droit des États de s'immiscer dans les affaires d'un autre État en cas de violation massive des droits de la personne, qui repose sur le principe selon lequel l'État ne peut altérer gravement



« Aujourd'hui, le droit international de la prévention semble se concentrer sur le droit des études d'impact transfrontières, mais il est malheureusement le plus développé là où on en a le moins besoin ».

les conditions de vie de ses concitoyens et leur droit à l'alimentation et à la santé.

Ce droit d'ingérence a été mis en valeur sous la forme d'un devoir d'ingérence qui est lié à l'obligation morale faite à un État de fournir son assistance en cas d'urgence humaine.

Si ces différents concepts du droit commun ont été initiés par les organisations humanitaires, ils n'ont en fait aucune base légale.

Sans doute, la notion de crime contre l'humanité dont on trouve la répression dans la Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale a-t-elle renforcé l'idée même du droit d'ingérence, puisqu'il s'agirait ici de prévenir un dommage grave à l'humanité.

On notera que la question du dommage environnemental n'est pas reliée au crime contre l'humanité puisque la seule façon de l'envisager dans la convention de Rome l'a été dans la perspective d'un simple crime lié à la destruction inutile lors d'opérations de guerre, de ressources de l'environnement.

Le sujet est donc assez vierge.

Il n'en reste pas moins que sur le plan des faits, les catastrophes comme celle de Bhopal et surtout celle de Tchernobyl ont révélé la nécessité de mener une action collective face à un péril important concernant l'environnement.

Si l'idée d'intervenir à titre préventif n'a pas encore de précédent, celle-ci se retrouve dans la conscience internationale qui considère que la préservation en expansion de la protection du patrimoine forestier est une composante essentielle de la lutte contre le réchauffement climatique, et que la déforestation va en sens contraire des intérêts collectifs des habitants de cette planète.

Sans doute, la conférence de Rio n'a pu aboutir qu'à un seul texte qui est une déclaration de principes non contraignante faisant autorité pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts.

Il semblerait en tout cas, dans l'état actuel des choses, que la recherche d'une médiation plutôt qu'une ingérence directe devrait pouvoir être développée.

S'agissant de la forêt amazonienne brésilienne, on peut rappeler ici qu'a été élaboré par le Brésil lui-même un programme pilote accompagné de la constitution d'un fonds de financement des opérations alimenté par les États du nord et la Communauté européenne, et géré par la Banque mondiale.

Il n'en reste pas moins que malgré l'exploration de ces quelques pistes, le droit forestier international reste à construire face à la question du bouleversement climatique.

2019-5384

4) Voir affaire Costa Rica c/ Nicaragua, document Village-justice.com par Jeanne Bonacina Lhommet.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 5 décembre 2020 – numéro 77

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



NUMÉRO SPÉCIAL

**Les avancées environnementales
nous font garder le moral**

Huglo Lepage Avocats



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine,
Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

GARDONS LE MORAL

Vers une relance de la lutte contre le changement climatique	3
La pollution de l'air va enfin être prise au sérieux	6
La protection de la biodiversité commence à produire des effets	7
RSE, ESG : le greenwashing devient impossible	9
En route vers l'investissement durable : une révolution s'annonce	10
Un nouveau volet de décentralisation puissant s'est ouvert	12
Mobilité : 2020 marque l'année du retour du vélo comme moyen de transport privilégié	14

AGENDA 8

ÎLE-DE-FRANCE

Zoom sur le nouveau plan Éco-collèges	16
Des trottinettes électriques en libre-service à Viry-Châtillon	16
DeliverMe.City : un nouveau service de livraison 100 % digital et écoresponsable	17

ANNONCES LÉGALES 19

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02

R.C.S. PARIS 552 074 627

Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00

Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**

Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**

Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461

I.S.S.N. : 2491-1897

Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)

Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 euros

Abonnement annuel papier : 99 euros

Abonnement annuel numérique : 55 euros



COPYRIGHT 2020

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

L'épidémie que nous vivons a des conséquences non seulement sur notre vie économique et sociétale (sans parler, pour certains, de notre vie et de notre santé), mais également sur notre moral, car il est très difficile de se projeter et d'imaginer l'avenir dans ce contexte. C'est pour tenter de répondre à cet exercice particulièrement redoutable que nous avons imaginé ce numéro « *Gardons le moral* », en essayant de présenter des raisons d'espérer une réelle amélioration du monde d'après. Quelques thématiques ont été retenues ; bien d'autres sujets auraient certainement pu être traités, mais nous sommes certains que le même principe de raisonnement pourrait être appliqué à d'autres domaines.

L'exercice est assez redoutable, dans la mesure où l'État a utilisé cette période d'infantilisation relative et d'hébétement collectif pour prendre un certain nombre de mesures qui s'inscrivent directement à l'encontre des progrès réels dont il va être question ci-après. Les restrictions en termes de libertés publiques s'ajoutent les unes aux autres, jusqu'à mobiliser une partie de la communauté internationale contre des projets de loi jugés liberticides ; la violence augmente dans la société et atteint des niveaux jusque-là inconnus en temps de paix.

La durée de vie de la pandémie, plus longue que ce qu'on imaginait au départ, a permis d'établir des liens qui apparaissent de plus en plus étroits entre le virus et la situation environnementale. Indépendamment des conditions originelles d'apparition du virus (qui sont encore en discussion), le lien de causalité qui apparaît de plus en plus clair entre la pollution de l'air et le nombre de cas de Covid ainsi que leur gravité en est une illustration : la disparition de nombreux espaces naturels et la coexistence entre espèces sauvages et espèces domestiques augmentent les risques de zoonoses. La destruction massive des élevages de visons et les risques de destruction de volailles liés à la grippe aviaire montrent la fragilité de notre système. Pourtant, les atteintes au droit de l'environnement se multiplient, jusqu'à l'intervention de mesures ouvertement régressives, comme l'autorisation donnée d'utilisation des néonicotinoïdes, tueurs d'abeilles, mais aussi destructeurs de la santé humaine et de la biodiversité en général, ou encore la loi ASAP (Accélération et Simplification de l'Action Publique), ces deux textes étant actuellement soumis au Conseil constitutionnel. On observera du reste, au rang des bonnes nouvelles, la mobilisation sans précédent de nombreux acteurs qui ont produit un mémoire en intervention devant le Conseil constitutionnel par le système dit



Corinne Lepage

de la « porte étroite », offrant ainsi au Haut conseil une véritable panoplie de réflexions et d'études jurisprudentielles sur le principe dit de « non-régression ».

Pourtant, avec un autre regard, il est possible de garder le moral et de trouver des raisons d'espérer. C'est ce que nous avons essayé de faire dans ce numéro, en constatant que la transition écologique, économique et sociétale prenait corps.

Différents signes apparaissent, qui conduisent à envisager que d'un grand mal puisse sortir un bien.

Ce constat résulte de nouvelles jurisprudences d'une part, et du changement d'un certain nombre d'acteurs économiques d'autre part. La lutte contre le dérèglement climatique, au niveau national et international, prend une nouvelle vigueur ; la réduction de la pollution de l'air et la protection de la biodiversité deviennent pour les juges une réalité. La RSE et la finance durable s'orientent vers de véritables règles, les autorités communautaires, comme l'AMF au niveau national, s'étant engagées contre l'écoblanchiment. La vie change au quotidien, avec une nouvelle place des maires dans la protection des populations et la transformation. De plus, l'engouement pour le vélo annonce une nouvelle manière de vivre.

Bien d'autres exemples auraient pu être donnés. Ce que nous avons voulu, avec ce numéro, c'est dire que nous avons confiance dans la capacité humaine à se ressaisir, à imaginer, à créer, à transformer, à marquer sa solidarité dans le temps et dans l'espace.

HL

Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Vers une relance de la lutte contre le changement climatique



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit

Dans une déclaration dont la presse s'est fait l'écho le 20 septembre 2020¹, le Secrétaire général de l'ONU, Monsieur António Guterres, a rappelé que la lutte contre le réchauffement climatique était un impératif absolu, et que la crise actuelle de la Covid-19 ne pouvait pas effacer nos efforts et nos devoirs pour respecter les objectifs de l'Accord de Paris.

Il est vrai que, d'un côté, nous avons déjà pratiquement atteint le degré d'augmentation de la température moyenne d'émission liée aux émissions de gaz à effet de serre par rapport au niveau de 1990, et que de l'autre côté, la crise de la Covid-19 a entraîné un certain ralentissement des émissions.

Mais ce n'est pas cela qui compte.

Ce qui va compter, ce sont les efforts réalisés par tous les acteurs du jeu social, qu'il s'agisse de la finance, de l'économie, de l'industrie, dont on perçoit un certain nombre de messages et de signes positifs... mais tout ceci ne peut fonctionner que s'il y a un encadrement juridique important, notamment dans le domaine national comme international.

Pour faire un bref bilan de la situation, notamment des espoirs et des ambitions liés à la progression de la lutte contre le réchauffement climatique, nous porterons notre attention sur trois plans : celui du droit international, celui du droit communautaire et celui du droit interne lié à la jurisprudence issue de l'arrêt rendu par le Conseil d'État dans l'affaire dite « *Commune de Grande-Synthe C/ État français* » du 19 novembre 2020, et qui a été, à juste titre, salué dans les premiers commentaires comme une décision historique et en tout cas importante².

Sur le plan du droit international, la situation devra nécessairement évoluer par la relance des COP, avec la participation des pays les



plus engagés pour un redéveloppement du multilatéralisme, qui avait été mis à mal par le président sortant des États-Unis.

Il n'y a pas lieu ici d'entrer dans le détail.

Les efforts faits sur le plan du droit interne des États-Unis par le président Trump a consisté en une véritable entreprise de démolition du droit de l'environnement auquel celui-ci s'est livré, tant sur le plan de sa propre politique que sur le plan de la nomination des responsables des principales agences et, en particulier, l'Agence américaine pour l'environnement.

Pour l'anecdote, on pourra consulter une traduction du journal *The New York Times* dont le titre est : « *Qui contrôle la politique environnementale de Trump ?* »³

Parmi les 20 personnes les plus puissantes, occupant des emplois dans l'environnement du gouvernement américain, la plupart, si

ce n'est la totalité, viennent de l'industrie des combustibles fossiles ou ont passé leur activité professionnelle à lutter contre les réglementations mises en place par les précédents gouvernements.

Le système dit des « *dépouilles* » permettra, sans doute, d'envisager une autre perspective, mais malheureusement, les efforts réalisés par le président pour assurer le contrôle des juges fédéraux, et en particulier le contrôle de la Cour suprême (ce qui est un mystère pour personne), est une réalité évidente.

Aussi, il n'est pas sûr que dans le contexte actuel, même avec un changement de président, la tentation ne soit pas grande de la part de la Cour suprême de renverser sa fameuse jurisprudence⁴ fondatrice du contentieux climatique.

1) Article de Carole Vinet, *La Croix*, 20 septembre 2020.

2) Le Club des juristes, communication, 23 novembre 2020 : Un tsunami juridique.

3) Document mis en ligne sur Internet (<https://www.nytimes.com/interactive/2020/01/14/climate/fossil-fuel-industry-environmental-policy.html>).

4) Cour suprême des États-Unis, 2 avril 2007, Massachusetts c/ EPA, affaire 549US-497.

Considérant que le réchauffement climatique existe et constitue une menace pour les États-Unis, la Cour suprême avait alors estimé que le principe de précaution, comme le principe de prévention, pouvaient effectivement imposer des mesures positives à l'administration et habiliter le juge à constater la carence du législateur et de l'administration en matière de gaz à effet de serre, leur accordant une faculté d'interprétation des incertitudes scientifiques pour fonder une telle obligation positive⁵.

Mais le vrai sujet est celui de la politique internationale et le redéveloppement du multilatéralisme, ce qui a effectivement été annoncé très rapidement par le président élu. Il faudra cependant compter ici avec le rôle du Sénat, dont le pouvoir est de bloquer toute politique internationale et toute ratification d'accords internationaux, faculté qui a fait ses preuves à plusieurs reprises dans l'histoire du droit international public.

Dans tous les cas, il est évident que la question climatique et celle des études d'impacts climatiques doivent prendre une place importante dans la négociation des contrats et traités internationaux commerciaux, de type Mercosur, faute de quoi c'est la politique des entreprises qui devrait en pâtir⁶.

Il y a là tout un programme à réactualiser, et si ce n'est pas un grand portail, c'est au moins une fenêtre qui pourra s'ouvrir sur l'avenir.

Plus intéressante et plus concrète est la position de la Commission européenne sur le sujet.

Celle-ci a d'ailleurs toujours été un modèle et donc montré la voie.

La présidente de la Commission européenne, dans une communication du 16 septembre dernier, annonçait son projet de rehausser l'objectif climatique de l'Europe pour 2030 en proposant une réduction de 55 % des émissions de carbone par rapport à 1990 au lieu des 40 % déjà fixés⁷.

Pour avancer et faire avancer le système, la Commission envisage de soumettre au système des quotas de CO₂ le transport routier et le bâtiment, et d'accélérer les efforts d'efficacité énergétique.

Une évaluation des plans nationaux remis par chaque État et décrivant les actions à mettre en place pour la période 2021/2030 devrait permettre d'envisager l'avenir.

Les engagements des États membres pour les énergies renouvelables devraient aller

au-delà de 33 % de la production d'énergie, rapportée éventuellement à 38 % avec ce nouvel objectif climatique.

Il faudra faire progresser les objectifs d'efficacité énergétique pour les monter à 32 % voire 36 % – 39 % pour 2030.

Il s'agit ici, encore une fois, de projets à faire passer dans une Europe assez divisée, et au-delà de l'opposition même d'un certain nombre d'États, qui y voient curieusement une ingérence inadmissible dans leur politique. Fort heureusement, faire passer des objectifs de ce type pour la Commission européenne est possible, malgré l'opposition de certains, puisqu'il s'agit ici d'obtenir une majorité et non l'unanimité.

En tout cas, les retombées seront considérables en termes d'obligation dans des secteurs aussi importants que le transport routier ou le bâtiment, et évidemment dans toutes les hypothèses d'utilisation de combustibles fossiles.

Ce programme devra entraîner la révision des directives sur le climat.

Plus concrets encore sont les efforts accomplis par la jurisprudence, et, en particulier, ceux issus d'une récente décision du Conseil d'État, qu'il convient de commenter brièvement.

S'agissant des efforts de la jurisprudence, nous avons vu, dans une précédente chronique parue ici en août 2020, ce qu'il en était du point de vue des décisions de justice rendues par les Cours suprêmes⁸.

Ce mouvement du droit jurisprudentiel initié aux États-Unis, comme on l'a vu, ne fait, en effet, que s'accroître⁹.

Tout d'abord, parmi les jurisprudences les plus récentes, et en-dehors de celles qui avaient été mentionnées, notamment celle de la cour d'appel de Londres qui avait appliqué l'Accord de Paris (cour d'appel de Londres, 27 février 2020 – Secrétaire d'État aux transports c/ Aéroport Heathrow et autres).

Il faut compter avec l'arrêt de la Cour suprême d'Irlande du 31 juillet 2020¹⁰.

La Cour d'Irlande a, en effet, tout récemment annulé le plan national d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre adopté par le gouvernement irlandais, pour contrariété avec la loi.

Le juge a estimé que les mesures prévues par ce plan n'atteignaient pas le niveau de précision requis, selon lequel une personne

raisonnable et intéressée puisse à la fois estimer si le plan est réaliste et se faire une opinion sur les choix de politique publique entrepris, dans l'objectif que ce pays atteigne, d'ici 2050, l'objectif transitionnel national fixé par le législateur.

Outre le fait que la loi impose une importante participation publique et une transparence quant aux choix entrepris, la Cour suprême a, en effet, jugé que le plan aurait dû couvrir avec suffisamment de précision l'ensemble de la période et ne pas rester suffisamment vague.

On parle également, dans l'état actuel des choses, d'une décision qui viendrait de la Cour d'Oslo, Cour supérieure de la Norvège et qui devrait, en principe, aller dans le même sens.

C'est dire que l'arrêt du Conseil d'État était particulièrement attendu. Il a été rendu à la requête d'une collectivité publique : Grande-Synthe.

Comme on le sait, entrée dans une véritable politique locale de lutte contre le changement climatique, la ville de Grande-Synthe, signataire de la Convention des Maires, lancée en 2008 par la Commission européenne dans le cadre de l'adoption du paquet énergie/climat à l'horizon 2020, a fait des efforts considérables pour limiter ses émissions (40 %). Mais elle était menacée de submersion, car construite sur des polders.

Le recours de la commune de Grande-Synthe était dirigé contre une décision implicite de rejet d'un recours gracieux, tendait à obtenir que l'État prenne toutes les mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de manière non seulement à respecter strictement les obligations déjà consenties, mais à en réduire encore les émissions, par rapport à ses obligations, pour que soient mises en œuvre les mesures immédiates d'adaptation au changement climatique de la France, compte tenu de l'absence de documents en vigueur à l'heure actuellement¹¹.

Dans une décision remarquable, rendue sous la présidence du président de la section du Contentieux, les deux sous-sections réunies (6^e et 5^e), le Conseil d'État a estimé qu'il ne disposait pas des éléments nécessaires pour juger si le refus de prendre des mesures complémentaires pour la lutte contre les gaz à effet de serre était compatible avec le respect des prescriptions utiles pour parvenir à l'objectif 2030.

5) Voir à ce sujet Marta Torre-Schaub, « Le rôle des incertitudes dans la prise de décision aux États-Unis, Le réchauffement climatique au prétoire », *revue internationale de droit comparé*, Volume 59, numéro 3-2007, pages 685 à 713.

6) Voir notre ouvrage *L'Étude d'impact et la RSE climatique*, éditions Bruylant, 2020.

7) Voir à ce sujet, communication de Florence Roussel, *Actu environnement*, 5 novembre 2020.

8) Voir cette revue *Journal Spécial des Sociétés*, août 2020, numéro 52, page 12.

9) Voir notre ouvrage *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Éditions Bruylant, 2018.

10) Ministre de l'Environnement en Irlande c/ Gouvernement.

11) Voir pour plus de détail, notre article AJDA, 30 septembre 2019, numéro 32, pages 1861 et suivantes.

Il a demandé au gouvernement de lui fournir, dans un délai de trois mois, les justifications appropriées, et à la commune requérante, ainsi qu'aux intervenants, tous les éléments complémentaires.

Le communiqué du Conseil d'État ajoute ceci : « Si les justifications apportées par le gouvernement ne sont pas suffisantes, le Conseil d'État pourra alors faire droit à la requête de la Commune et annuler le refus de prendre des mesures supplémentaires permettant de respecter la trajectoire prévue pour atteindre l'objectif de -40 % à l'horizon 2030. »

On se rappellera que l'objectif de la Commission pour 2030 était de proposer une réduction de 50 % des émissions de carbone par rapport à 1990, au lieu des 40 % déjà fixés.

C'est dire qu'il est possible, dans le cours de l'instruction de la suite de la procédure, qu'il y ait à tenir compte de cet élément.

La lecture de l'arrêt du Conseil d'État repose sur des constatations de fait très claires :

- tout d'abord, il s'appuie sur le fait que pour la période de 2015/2018, le plafond prévu a déjà été dépassé,
- que la baisse moyenne devait être de 1 % par an, alors que le plafond imposait une réduction de 2,2 %,
- que le gouvernement avait encore baissé l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour la période 2019 à 2023, et avait donc prévu un décalage de la trajectoire de baisse pour atteindre l'objectif prévu pour 2030, ce qui, selon son analyse, montre bien qu'une partie des efforts initialement prévus est reportée après 2023, ce qui imposerait alors de réaliser une réduction des émissions en suivant un rythme qui n'a jamais été atteint jusqu'ici¹².

Sur le plan concret, on peut considérer que la décision du Conseil d'État devra entraîner un bouleversement de la politique climatique et l'obligation pour l'État, pour sa part, de réviser ses prévisions.

L'arrêt du Conseil d'État, en-dehors des questions de procédure qui seront brièvement évoquées, mais qui sont importantes pour l'avenir du contentieux climatique en France, porte sur trois points.

L'arrêt du Conseil d'État montre que le droit climatique en France doit passer d'un droit mou au droit dur, et que le droit fondé qui doit s'inscrire demain l'est sur les impératifs résultant du droit international, qui doit se traduire par une obligation d'agir.

Sur le premier point, on rappellera que l'article L. 229-1 du Code de l'environnement



D.R.

tel qu'il résulte d'une loi du 2 juillet 2003, dispose que la lutte contre l'intensification d'effet de serre et la prévention des risques liés au réchauffement climatique sont reconnus priorités nationales.

Il ne s'agit pas là d'un impératif mais d'un projet, d'un programme, et c'est pourquoi la jurisprudence n'en a tiré aucune conséquence (voir Cour administrative d'appel de Nancy, 21 juin 2007, numéro 06NC00102).

Pour le Conseil d'État, en substance, il faut faire référence au rôle de l'Accord de Paris sur le droit climatique, lui-même issu de la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique du 9 mai 1992.

À cet égard, s'agissant de ces dispositions de droit international public, le Conseil d'État affirme et reconnaît au considérant n° 12 : « Si les stipulations de la CCNUCC et de l'Accord de Paris cité au point 9 requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers et sont, par suite, dépourvues d'effet direct, elles doivent néanmoins être prises en considération dans l'interprétation des dispositions de droit national, notamment celles citées au point 11 qui, se référant aux objectifs qu'elles fixent, ont précisément pour objet de les mettre en œuvre. »

Et le point de passage, effectivement, est le droit européen, notamment la législation française, en particulier l'article L. 100-4 du Code de l'énergie qui se réfère expressément à la Convention des Nations unies précitée, ainsi que l'Accord de Paris.

Sur le troisième point, très clairement, il résulte de l'ensemble de ces dispositifs que l'État

en tire l'obligation d'agir, car il ne s'agit plus d'obligation de moyen, mais d'obligation de résultat.

L'État doit justifier de l'effectivité des objectifs et des mesures contenues dans les différents documents de planification climatique et énergétique.

Toute la question restera de savoir, effectivement, si la réponse de l'administration est insuffisante, si la Haute assemblée ne pourrait pas aller un peu plus loin en utilisant son pouvoir d'injonction tel qu'elle le tient de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative.

En tout cas, aucun des moyens soutenus n'aurait pu prospérer si l'intérêt pour agir de la commune n'avait été reconnu du fait de sa situation exceptionnelle au regard du niveau des eaux de la mer, ce qui signifie sans doute que le contentieux ne serait pas ouvert à d'autres communes qui ne justifieraient pas d'un intérêt particulier.

C'est donc un nouvel horizon qui s'ouvre, qui va avoir d'immenses conséquences pratiques et programmatiques, auxquelles il faudra s'attendre.

Une fois de plus, l'on voit que les juges sont effectivement en pointe devant la carence des États pour répondre à une situation qui est faite d'impératifs prioritaires. Quelles que soient les difficultés du moment, le local ne peut plus se penser sans le global, le présent sans le futur, ce qui est, personne n'en doute, bon pour le moral.

Une nation sans perspective ne peut pas prospérer, et ici, l'avenir, c'est le droit qui le porte.

2020-6517

12) Cf communiqué du Conseil d'État précité du 19 novembre 2020.

La pollution de l'air va enfin être prise au sérieux



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La question de la pollution de l'air est un sujet très ancien, puisque j'avais eu l'honneur de faire voter une loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, en décembre 1996. Cette loi reconnaissait, dans son article premier, le droit à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé, principe dont le caractère virtuel est jusqu'à présent resté évident.

Malgré 50 000 morts annuels en France, 500 000 morts annuels en Europe, l'indifférence a, jusqu'à présent, largement caractérisé l'attitude des politiques de tous bords, et ce, malgré une législation communautaire assez précise et une législation nationale dont la clarté n'a d'équivalence que la non-application.

Certes le Conseil d'État, dans un premier arrêt Amis de la Terre du 12 juillet 2017, avait condamné l'État à agir pour respecter les normes communautaires concernant les particules fines PM10 et dioxyde d'azote. Sans succès. Un second arrêt du 10 juillet 2020 est passé aux choses sérieuses en condamnant l'État à agir dans un délai de six mois sous astreinte de 10 millions d'euros par semestre.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est également prononcée. Dans un arrêt rendu le 24 octobre 2019, la CJUE « condamne la France pour manquement aux obligations issues de la directive qualité de l'air » de 2008. Concrètement, la justice européenne estime que « la France a dépassé de manière systématique et persistante la valeur limite annuelle pour le dioxyde d'azote depuis le 1^{er} janvier 2010 ». De plus, le 30 octobre 2020, la Commission européenne a décidé de renvoyer la France devant la Cour de justice de l'UE pour « non-respect de son obligation de protection des citoyens contre la mauvaise qualité de l'air en raison du "non-respect systématique" des règles européennes en matière de pollution aux particules fines PM10, dont les seuils ont été dépassés "dans les zones de Paris et de la Martinique sur une durée de respectivement douze et quatorze ans" ».



Il paraît évident que la France sera condamnée, comme vient de l'être l'Italie par un arrêt rendu par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, le 10 novembre 2020, (aff C 644/18), les situations italiennes et françaises étant éminemment comparables. En effet, il était reproché à l'Italie, depuis 2010 d'avoir dépassé de manière systématique, dans les zones concernées, les valeurs limites journalières applicables de concentrations PM10. C'est ce que sanctionne la Cour, qui a rejeté tous les arguments de l'Italie qui sont probablement les mêmes que ceux de la France, aux termes desquels le manquement ne serait pas dû à la situation italienne, mais à la pollution transfrontière, ou encore aux particularités topographiques et climatiques des zones concernées. La Cour considère que le seul fait de ne pas avoir pris les mesures appropriées pour garantir le respect des valeurs limites constitue une faute, et que même si des processus d'amélioration étaient en place, les mesures étaient insuffisantes, notamment par l'absence de mesures visant à entraîner des changements structurels spécifiquement au regard des facteurs principaux de pollution.

Cette fermeté des juges ne peut qu'être approuvée et renforcée par

l'acquisition de récentes connaissances scientifiques établissant des liens entre le développement des cas de Covid-19 et les pollutions de l'air, en particulier celle des particules fines. En effet, une série d'études – chinoises, italiennes, de Harvard, et anglaises – établissent toutes une corrélation entre le nombre de cas, leur gravité d'une part, la pollution de l'air aux particules fines en particulier et PM10 d'autre part. La confirmation d'un lien de causalité permettrait de tirer des conséquences claires pour l'avenir. Dès lors que les liens entre virus et particules fines sont établis, ces particules fines doivent impérativement être réduites, car les menaces d'autres virus sont probables. Cela signifie non seulement la disparition la plus rapide possible du transport thermique, mais aussi la réduction drastique des épandages agricoles (source d'ammoniac et donc de PM10) et de toutes les sources de poussières, comme le chauffage au bois sans filtre.

Ainsi, alors que les 50 000 morts annuels de pollution de l'air en Europe ont laissé les pouvoirs publics comme l'opinion publique du reste totalement indifférents, il aura fallu la Covid-19 et l'application des textes pour qu'une lueur d'espoir sur la prise en charge de ce sujet majeur apparaisse.

2020-6519

La protection de la biodiversité commence à produire des effets



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la Cour, Of counsel,
Huglo Lepage Avocats

Depuis plusieurs décennies, la destruction de la biodiversité est un sujet majeur pour l'humanité, mais relégué au second rang par rapport à la question climatique. Et pourtant ! Les rapports accablants se succèdent les uns aux autres. La liste rouge des espèces menacées, publiée par l'Union internationale de conservation de la nature, est édifiante : en 2020, sur 120 372 espèces étudiées, 32 441 sont classées menacées. Parmi ces espèces, 41 % des amphibiens, 14 % des oiseaux et 26 % des mammifères sont menacés d'extinction au niveau mondial. C'est également le cas pour 30 % des requins, 23 % des coraux constructeurs de récifs et 34 % des conifères. Selon un rapport publié par le WWF en novembre 2018, les populations des vertébrés sauvages ont décliné de 60 % entre 1970 et 2014, et la plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (IPBES) livre un verdict sans appel : « *Les preuves accablantes contenues dans l'évaluation globale publiée par l'IPBES et obtenues à partir d'un large éventail de domaines de connaissance présentent un panorama inquiétant* », a déclaré le président de l'IPBES, Sir Robert Watson. « *La santé des*

écosystèmes dont nous dépendons, ainsi que toutes les autres espèces, se dégrade plus vite que jamais. Nous sommes en train d'éroder les fondements mêmes de nos économies, nos moyens de subsistance, la sécurité alimentaire, la santé et la qualité de vie dans le monde entier ». Et cet organisme propose un « *changement transformateur* », c'est-à-dire un changement fondamental à l'échelle d'un système qui prend en considération les facteurs technologiques, économiques et sociaux, y compris en termes de paradigmes, objectifs et valeurs.

Comment arrive-t-on à un constat aussi catastrophique alors que la panoplie de textes de protection de la biodiversité est immense ?

Commençons par le niveau international. Dès 1972, il y a un demi-siècle, le Sommet de Johannesburg, en 2002, s'était donné pour objectif la perte de biodiversité à l'horizon 2010. La Convention sur la diversité biologique retient trois niveaux de biodiversité le niveau des espèces (diversité spécifique), le niveau intra spécifique (diversité génétique) et le niveau des écosystèmes (diversité écosystémiques). Le protocole de Carthagène adopté en janvier 2000 à Montréal vise la biosécurité et porte sur

les organismes vivants modifiés ou organismes génétiquement modifiés. La Convention sur la diversité biologique date du 5 juin 1992 et a trois objectifs : la conservation de la diversité biologique (biodiversité), l'utilisation durable de ces éléments et un partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. La convention portant sur le commerce international des espèces de faune et de flore menacées d'extinction, la Convention CITES, a été adoptée le 3 mars 1973 et amendée le 22 juin 1979 à Bonn. Elle confère aujourd'hui protection à plus de 30 000 espèces sauvages (25 000 espèces végétales et 5 000 animales). À la même époque, la Convention sur le patrimoine universel, signée le 23 novembre 1972, classe dans le patrimoine naturel de valeur universelle les formations géologiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétales menacées qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation. Il faut citer également la Convention de Ramsar, signée en 1971, sur la conservation et l'utilisation durable des zones humides, entrée en vigueur le 21 décembre 1975, la Convention de Bonn sur la



Agenda



CERCLE DES ÉCONOMISTES

Comment éviter une génération sacrifiée ?

10 décembre 2020

Webinaire

www.lecercledeconomistes.fr

2020-3868

ATORUS

Legal Operation

10 décembre 2020

Webinaire

Renseignements : 06 75 42 39 71

contact@atorusexecutive.com

www.atorusexecutive.com

2020-3859

ESLSCA BUSINESS SCHOOL PARIS

Le droit des affaires en temps de crise :
comment réagit-il ?

16 décembre 2020

Webinaire

Renseignements : 01 78 42 89 60

www.eslsca.fr

2020-3867

ALTARES D&B ET CABINET DEGAULLE FLEURANCE

La conformité et les cadeaux d'affaires

17 décembre 2020

Webinaire

Renseignements : 08 25 80 58 02

www.altares.com/fr/levent

2020-3866

CONSEIL D'ÉTAT

De nouvelles frontières pour le juge
administratif

18 décembre 2020

Webinaire

sre-colloques@conseil-etat.fr

www.conseil-etat.fr

2020-3850

||||| Gardons le moral

conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage est destinée à permettre la conservation des espèces migratrices et de leur habitat. La Convention internationale sur la biodiversité ; les COP biodiversité sont désormais des rendez-vous au même titre que les COP Climat. En 2020, il y a eu notamment le Congrès mondial de la nature de l'UICN à Marseille et la COP 15 à Pékin.

La directive « Oiseaux » (2009/147/CE) du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, et la directive « Habitats » (92/43/CEE) du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels, de la faune et de la flore sauvages fixent un cadre commun pour les États membres. Le réseau Natura 2000 vise à assurer la survie à long terme des espèces et des habitats particulièrement menacés, à forts enjeux de conservation en Europe. La vision politique de l'Union a été présentée par une communication de la Commission européenne du 3 juin 2011, intitulée : « *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - Stratégie de l'UE à l'horizon 2020* ».

Cette nouvelle stratégie élaborée par la Commission européenne pour préserver la biodiversité poursuit trois objectifs majeurs :

- faire reculer d'ici à 2020 le taux très élevé d'extinction des espèces ;
- rétablir autant que possible les écosystèmes naturels dans l'Union européenne (UE) ;
- et contribuer davantage à la lutte contre la perte de biodiversité au niveau mondial.

Enfin, en France, la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, promulguée le 8 août 2016, vise à protéger, restaurer et valoriser la biodiversité, et notamment à « *éviter, réduire, compenser* » les impacts négatifs de certaines activités humaines sur l'environnement. Le préjudice écologique, le concept de non-régression du droit de l'environnement ainsi que celui de compensation avec « *absence de perte nette de biodiversité* » et de solidarité écologique ont été reconnus.

Cet arsenal juridique plus qu'impressionnant n'a en réalité donné que des résultats très modestes, car jusqu'à présent, le juge national n'avait pas considéré que la protection d'une espèce donnée et de son habitat pouvait empêcher la réalisation d'un projet. Certes le projet de Roybon avait été abandonné, en particulier à cause des déboisements, mais le contournement de Strasbourg a été finalement validé, et la séquence ERC de la loi de 2016 (c'est-à-dire « *éviter, réduire, compenser* ») s'est très généralement limitée à une compensation, au demeurant souvent très insuffisante.

Il semblerait que la situation soit en train de changer de manière tout à fait sérieuse, tant en ce qui concerne le préjudice écologique qu'en ce qui concerne la prise en compte des espèces,

comme éléments suffisants pour bloquer un projet, même majeur.

Le préjudice écologique a été reconnu de manière très claire par la Cour de cassation en 2012 dans l'arrêt Erika. La loi l'a introduit dans le Code civil, mais en limitant son usage aux préjudices vraiment importants et en redonnant à l'État un large pouvoir. En réalité, la loi est beaucoup plus restrictive que ne l'était l'arrêt de la Cour de cassation. Or, par un arrêt du 10 novembre 2020 n° 2667 (20-82.245), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur l'article 1247 du Code civil. Cet article réduit le préjudice écologique réparable à « *l'atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». C'est précisément cette notion d'atteinte non négligeable qui pose un problème, dans la mesure où la Charte de l'environnement dans ses articles 3 et 4 porte sur l'atteinte en général à l'environnement. Il n'est donc pas question de gravité préjudice, et c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur cette limitation : « *compte tenu de la place croissante qu'occupent les questions relatives aux atteintes portées à l'environnement dans le débat public, un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ».

À l'heure où ces lignes sont écrites, la décision du Conseil constitutionnel n'est pas rendue. Mais, le seul fait que la Cour de cassation se pose cette question est évidemment extrêmement encourageant.

D'autre part, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, par un jugement en date du 9 novembre 2020 (commune de Mitry-Mory), annulé une dérogation « *espèces protégées* » qui était indispensable pour permettre la réalisation des travaux de la ligne express Paris-Charles de Gaulle. C'est la première fois que sur un projet d'une telle envergure, un « *halte-là* » est mis pour protéger les espèces. La motivation du tribunal est très intéressante. En effet, pour qu'il soit porté atteinte à une espèce protégée, il faut un intérêt public majeur. Or, le tribunal a estimé que celui-ci n'était pas établi, dans la mesure où les deux motifs qui avaient été retenus par l'administration, à savoir, d'une part la nécessité de disposer d'une ligne pour les Jeux olympiques de 2024, et d'autre part, la nécessité de répondre à l'augmentation du trafic aérien n'étaient plus justifiées.

Il est probable que dans les mois et années à venir, d'une part la valeur patrimoniale des unités de compensation biologique, et, d'autre part, la volonté de supprimer toute croissance dans l'artificialisation des sols, viendront conforter cette jurisprudence et remettre en cause la manière de concevoir nos projets ainsi que l'ordre des priorités.

2020-6520

RSE, ESG : le greenwashing devient impossible



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La Covid-19 a évidemment un impact énorme sur la vie économique de notre pays et sur le fonctionnement des entreprises. On n'abordera pas ici la question du plan de relance, des milliards d'euros mobilisés, dont un tiers pour la transition écologique, même si, évidemment, le sujet est majeur pour la survie de beaucoup de nos entreprises.

De même, la question du télétravail, dont le sujet avait débuté avant la pandémie, est devenue un enjeu important de négociation entre organisations syndicales et patronales. Mais le présent propos ne s'y arrêtera pas, même s'il porte en lui une profonde transformation des conditions de travail et la création de nouveaux droits, pour les salariés en particulier, le droit à la déconnexion et à la protection de la vie privée dans le cadre du télétravail.

Le présent propos se concentre sur la question managériale et de stratégie des entreprises. Des évolutions qui avaient vu le jour bien avant la pandémie, pour certaines depuis une dizaine d'années, sont en passe de changer non pas de degré, mais de nature. En effet, ce qui était de l'ordre de la cosmétique et de la communication plus ou moins réelle se transforme aujourd'hui en une réalité contrôlée qui impose aux entreprises de choisir « leur camp », car « l'écoblanchiment » pour reprendre la formule du règlement 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser durablement, modifie le règlement 2019/2088.

Deux domaines en particulier illustrent ce propos. Le premier est celui de la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises et l'Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance (ESG), c'est-à-dire des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance qui constituent les piliers de l'analyse extra financière. Un très large développement de l'une et de l'autre de ces politiques s'est fait au cours des dernières années, sans cadre réellement très défini, mais avec une forte pression en direction, en particulier des sociétés cotées. Or, la crise liée à la Covid fait exploser d'une certaine manière les faux-semblants, et, comme on l'a vu ci-dessus (vers l'investissement durable), les nouvelles règles mises tant par l'AMF que par le droit communautaire visent à réduire à court terme, et à supprimer à long terme le greenwashing.

On peut comprendre que la menace vitale qui pèse sur beaucoup d'entreprises des



conséquences très lourdes, et certains ont, comme le soulignent plusieurs spécialistes (voir Info durable 16 novembre 2020), purement et simplement coupé les budgets RSE. Ainsi, un tiers des entreprises s'arrêteraient de mener cette politique considérant que ce n'est pas une priorité. La multiplication des conflits sociaux des manquements liés à l'équipement du personnel, à la protection des consommateurs a été notée au cours des mois qui viennent de s'écouler. Le premier indice de l'engagement sociétal a été publié, attribuant notre moyenne de 48 % sociétés du CAC 40, ce qui reste modeste.

Cependant, dans la mesure où le social revient en force et où la question environnementale, notamment climatique, est dans tous les esprits, le sujet RSE est effectivement vital, mais à l'inverse de cette attitude. Selon Harris interactive, 30 % des ingénieurs envisageraient de quitter leurs entreprises en raison des valeurs qui y sont appliquées ; les jeunes promus des grandes écoles sont de plus en plus réticents à entrer dans des groupes qui ne respectent pas les principes fondamentaux de la RSE.

Les entreprises européennes sont aujourd'hui les mieux placées comme leaders mondiaux dans le domaine de l'ESG, et ses principes sont au cœur des transformations en matière de financement et

d'investissement durable (voir article ci-dessous). À ceci s'ajoute la perte de valeur résultant d'actifs exposés déjà hier au risque sanitaire, au risque climatique aujourd'hui, au risque biodiversité demain.

L'AMF ne s'y est pas trompé. Dans une note publiée le 11 mars 2020, elle s'est prononcée en faveur d'un label « ESG » incluant un système de notation, avec l'objectif « d'établir un nouveau standard connu au niveau international » de mettre un terme aux différents labels en compétition. Si une référence à la durabilité est faite dans les publicités de placement collectif, le nouveau référentiel sera applicable immédiatement pour les produits existants au plus tard au 30 novembre 2020.

Les nouvelles règles qui se mettent en place ne permettront plus le faux-semblant, et les entreprises devront choisir entre une politique effective de RSE et de ESG, ou le choix de ne plus s'inscrire dans cette logique, posant alors très clairement la question de la pérennité à long terme, voire même à moyen terme de ces entreprises.

Le second domaine est celui des entreprises à mission, prévues par la loi PACTE du 22 mai 2019, ayant créé le label de « société à mission », qui se sont fixé une raison d'être et ajoutent à leur objectif économique des objectifs sociaux et environnementaux. Le décret d'application du 2 janvier 2020 précise les règles de publicité et les conditions mises à la définition et l'action de l'organisme tiers indépendant.

La communauté des entreprises à mission, qui regroupe les entrepreneurs, mais aussi des experts, des actionnaires, des salariés, travaille à développer le nombre d'acteurs entrant dans ce système, qui apporte évidemment beaucoup dans le contexte Covid et post-Covid. Comme le rappelait le président de cette association, Emery Jacquillat, « parce qu'elle met au cœur de son modèle la résolution des défis sociaux et environnementaux du XXI^e siècle, l'entreprise à mission contribue activement au bien commun ». Ces transformations profondes, assurant le passage de la virtualité à la réalité, pourraient connaître, du fait de la Covid-19, une accélération finalement assez éloignée de la timidité des pouvoirs publics, et même d'une partie du monde économique à l'égard de la transition économique écologique.

2020-6521

En route vers l'investissement durable : une révolution s'annonce



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Le pacte vert pour l'Europe annoncé en décembre 2019, décrit par la présidente de la Commission européenne comme l'équivalent européen du « premier homme sur la lune », vise à mobiliser 1 000 milliards d'euros d'investissement dans les dix ans qui viennent, pour parvenir à l'objectif d'une économie neutre en carbone d'ici 2050. 25 % de ce budget sera consacré à la lutte contre le changement climatique avec de très nombreux objectifs, l'importance de l'investissement étant corrélée à un effort beaucoup plus considérable de réduction des objectifs d'émission de gaz à effet de serre, qui passerait de 40 à au moins 55 % en 2030 par rapport au niveau de 1990.

À la suite de ce premier plan, un plan de relance de 750 milliards d'euros articulé autour de ce pacte vert a été décidé. L'objectif est de porter la part des énergies renouvelables d'environ 33 % aujourd'hui (rappelons qu'en France, nous n'en sommes qu'à 18 %) à plus de 50 % d'ici 2030. Les transports logistiques propres, les modes de transport à faible émission, l'éco-conception des produits, le développement massif de l'économie circulaire, la préservation de la biodiversité font partie des objectifs principaux. Toutefois, indépendamment des financements et des investissements directement prévus dans ces différents secteurs, il est indispensable que le

financement durable soit clairement caractérisé. En effet, il est d'une certaine manière vain de consentir des efforts immenses tout en laissant de côté le financement de projets par différents investisseurs qui s'inscriraient délibérément à l'encontre de ces objectifs, c'est-à-dire qui seraient contre-productifs. De plus, la tendance au greenwashing dans les communications financières, voire dans les documents extra-financiers des entreprises, est avérée et doublement inacceptable. Inacceptable pour des raisons de transparence et d'éthique, mais aussi inacceptable en ce que sont mis sur un pied d'égalité des entreprises qui font réellement des efforts et des entreprises qui ne les font pas.



C'est la raison pour laquelle l'Europe s'est dotée d'une taxonomie pour définir les activités durables, débloquer les investissements, lutter contre le risque d'éco-blanchiment et garantir l'obligation mise à la charge du monde de la finance de rendre des comptes en vue d'atteindre les ambitions climatiques. Après deux années de travail, un accord politique intervenu le 18 décembre 2019, le texte adopté par le Conseil du 15 avril 2020 a été approuvé par le Parlement européen le 18 juin 2020, de telle sorte que le règlement sur la taxonomie a pu être publié le 22 juin 2020. Ce règlement s'appuie sur le travail effectué par le groupe d'experts techniques sur la finance durable qui a publié un rapport final très riche le 9 mars 2020, contenant les recommandations relatives à la conception globale de la taxonomie de l'Union européenne et les orientations de mise en œuvre. Six objectifs environnementaux sont définis par ce texte :

- l'atténuation du changement climatique,
- l'adaptation au changement climatique,
- l'utilisation durable de l'eau et des ressources marines,
- l'économie circulaire,
- la prévention de la pollution,
- un écosystème sain.

Les nouvelles obligations, qui seront précisées dans des actes délégués qui doivent être publiés incessamment sous peu, concernent les acteurs impliqués, les obligations de transparence et les secteurs concernés.

Le règlement du 18 juin 2020 complète donc et précise le règlement 2019/2088 intervenu le 27 novembre 2019 concernant la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

Tout d'abord, le champ d'application extrêmement large. L'article premier précise que le règlement s'applique aux mesures adoptées par les États membres par l'Union qui imposent des exigences aux acteurs des marchés financiers ou émetteurs, aux acteurs des marchés financiers et enfin aux entreprises qui sont soumises à l'obligation de publier une déclaration non financière et une déclaration non financière consolidée. Ainsi, les entreprises

devront reporter sur les parts de leur chiffre d'affaires et de leur Capex (dépenses d'investissement) ainsi que de leur OPEX (dépenses d'exploitation) les éléments conformes à la taxonomie européenne. C'est donc toute la comptabilité extra-financière qui doit être revisitée.

Les acteurs des marchés financiers devront soit justifier les raisons pour lesquelles ils n'utilisent pas la taxonomie, soit l'appliquer en indiquant les objectifs environnementaux auxquels leurs produits contribuent, la proportion des investissements alignés sur la taxonomie, et la répartition entre les « activités de transition » et les « activités habilitantes ».

Le règlement précise ensuite des critères de durabilité environnementale des activités économiques selon quatre niveaux classés par ordre décroissant :

- l'activité contribue substantiellement à plusieurs objectifs environnementaux,
- l'activité ne cause aucun préjudice important à aucun des objectifs environnementaux,
- l'activité est exercée dans le respect des garanties minimales prévues à l'article 18,
- l'activité conforme aux critères d'examen technique établi par la commission.

Pour chacun des six objectifs environnementaux (atténuation du changement climatique, adaptation au changement climatique, utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines, la transition vers une économie circulaire, la prévention et la réduction de la pollution, de la protection de la restauration de la biodiversité et des écosystèmes), est défini ce qu'il faut entendre par contribution substantielle. Deux niveaux sont déterminés : celui des activités à performances propres et celui des activités de transition.

Le règlement précise également les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent être considérées comme habilitantes. Ce sont celles qui, bien que n'ayant pas directement un impact positif, contribuent à permettre à d'autres activités d'apporter une contribution substantielle, un objectif environnemental. Ces entreprises ne peuvent bénéficier de la qualité d'activité habilitante que pour autant elles n'aient pas dans leurs actifs

des éléments qui compromettent les objectifs environnementaux de long terme, et pour autant qu'elles aient un impact environnemental positif significatif sur la base de considérations relatives au cycle de vie.

Le règlement définit ce qu'il faut entendre par préjudice important causé aux objectifs environnementaux, et enfin fixe les garanties minimales ainsi que les exigences applicables aux critères d'examen technique.

Dans ces conditions, les principes de transparence dans les informations qui sont données, tant au niveau des informations précontractuelles publiées que des rapports périodiques, deviennent impératifs.

Il s'agit là d'une véritable révolution dont les conditions pratiques seront fixées par les règlements d'exécution à intervenir incessamment. Le changement sera considérable. Ainsi, selon Novethic, 20 % de l'indice MSCI est conforme aux critères de la taxonomie, alors que 85 % des obligations vertes respectent aujourd'hui le cadre des *greens bonds principles*. Une étude réalisée sur 101 fonds verts européens a conclu que trois fonds seulement sur les 101 étaient éligibles à l'éco label. Enfin, pour Morgan Stanley, 101 entreprises européennes sur 1 300 cotées soumises aux nouvelles règles ont des activités conformes à la taxonomie.

C'est donc bien une révolution dans le monde de l'investissement durable de la finance qui se met en place avec une généralisation de l'éco conditionnalité et la disparition de toute tentative d'éco blanchiment. Même si toutes les entreprises ne sont pas concernées, il va de soi que la soumission des fonds, des investisseurs, des banques, des assurances à ces règles va, par un effet de vase communicant, se propager de plus en plus profondément dans le monde économique. De plus, cette éco conditionnalité née au niveau européen est évidemment applicable au niveau national, dans la mesure où le règlement s'applique aux États membres dans toutes les règles qu'ils ont à mettre en place au niveau de leur système financier.

2020-6522

Un nouveau volet de décentralisation puissant s'est ouvert



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Depuis plusieurs années, la réduction des crédits et dotations fournis par l'État aux collectivités territoriales, ainsi que les moyens mis à disposition de ces mêmes collectivités par l'État, est une réalité. À titre d'illustration, le maire de Nice indiquait récemment que le nombre de policiers nationaux dans sa ville était passé de plus de 70 à 40 en quelques années. Cette diminution de l'engagement financier de l'État au profit des collectivités territoriales intervient alors même que jamais les besoins n'ont été aussi importants, qu'il s'agisse de l'aide sociale compte tenu de l'augmentation exponentielle de la précarité, des besoins en termes de sécurité publique ou encore de l'impératif de transformation de nos villes pour répondre aux défis de demain, et notamment aux défis climatiques et de biodiversité.

Dans un pays jacobin et centralisé comme la France, où la décentralisation a plutôt régressé que progressé au cours des dernières années, compte tenu notamment de la réduction des moyens, il est intéressant de noter l'émancipation croissante des maires dans bien des domaines. Une situation nouvelle qui va poser à terme un problème sur le plan constitutionnel.

Tout d'abord, la décentralisation énergétique est devenue une réalité conduisant les responsables locaux (maires et présidents d'intercommunalité) à prendre de plus en plus d'initiatives pour mettre en place une autonomie énergétique. Les obligations communautaires récentes (directive du 18 décembre 2018) en termes de création de communautés d'énergie et d'autoconsommation collective vont être un puissant levier pour accroître massivement l'offre locale d'énergie corrélée à la nature des territoires. Dans

le même temps, ce sont les collectivités locales qui donnent des exemples de transformation et de choix politiques pour réduire massivement les émissions des gaz à effet de serre et s'adapter aux dérèglements climatiques. Ainsi, l'interdiction du diesel, émetteur massif de particules fines, a-t-elle été votée par une série de grandes villes dans toute l'Europe alors même que les États n'avaient encore rien décidé à cet égard. Ce n'est pas un hasard si certaines de ces villes ont été les premières à lancer des procédures pour contraindre les États à agir ; la ville de Grande-Synthe en France, soutenue par les villes de Paris et Grenoble, a, à cet égard, ouvert une brèche considérable avec l'arrêt du Conseil d'État du 19 novembre 2020. Dans le même ordre d'idées, les innovations autour de la ville du quart d'heure, les *smart cities*, la renaturation urbaine, sont autant de nouvelles politiques qui changent la vie de nos concitoyens sur le terrain. Progressivement, entre l'inaction de l'État d'une part et les risques réels, ainsi que les investissements faits sur les territoires, suivent des trajectoires en ciseaux, dont les conséquences, y compris en termes politiques, sont loin d'être négligeables.

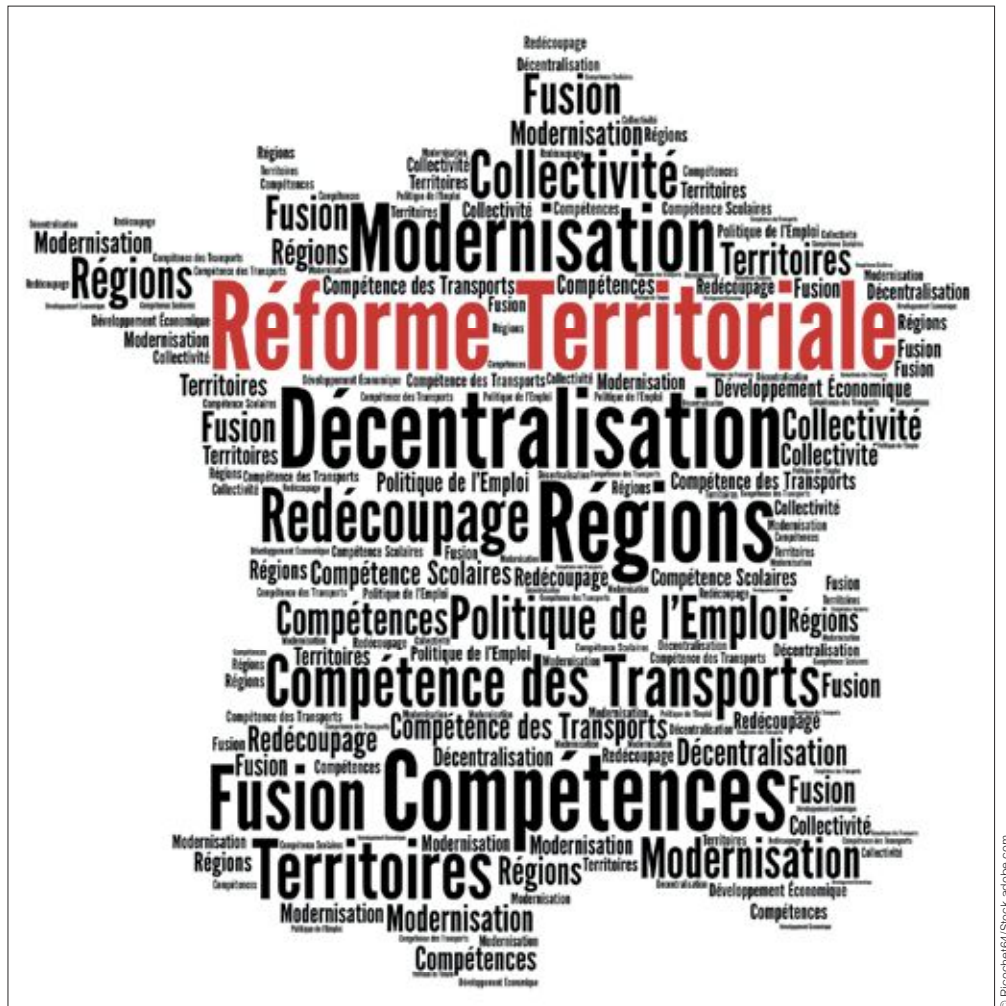
En second lieu, et c'est peut-être encore plus innovant, les questions de santé publique et de sécurité publique qui relevaient traditionnellement de la sphère étatique sont devenues progressivement l'apanage des collectivités locales. Certes le vieil article 99 du Code des communes devenu l'article L. 2211-1 du Code général des collectivités territoriales, qui fonde le pouvoir de police des maires, vise la sécurité et la salubrité publique, mais les carences de l'État, et parfois des choix qui s'inscrivent à contre-courant de l'intérêt général, ont progressivement changé la nature de la répartition des compétences et des

responsabilités. Tout d'abord, en matière de police, au sens de sécurité publique et de maintien de l'ordre, la crise très profonde que traverse la police nationale a évidemment des conséquences au niveau local. Le débat sur le fait d'armer ou non la police municipale, sujet qui apparaissait quasiment comme indécent il y a une dizaine d'années, est aujourd'hui plus consensuel dans la mesure où la nécessité fait loi. La faiblesse du nombre de policiers nationaux jointe à la pauvreté, voire la misère de ses moyens, a progressivement conduit les collectivités territoriales à doter leur police municipale de moyens beaucoup plus adaptés, plus modernes, et la question de l'armement se pose de plus en plus dans ce contexte. Le fait qu'à Nice, l'assaillant de la Basilique Notre-Dame ait été arrêté dans sa folie destructrice par des policiers municipaux intervenus bien plus rapidement que la police nationale et dont l'armement a permis que le drame prenne fin, est apparu comme un révélateur. De plus, si les valeurs républicaines excluent que l'ordre public puisse être maintenu par des milices des polices privées, il apparaît de plus en plus inévitable que les polices municipales soient renforcées et armées même si, bien évidemment, un certain nombre d'activités doivent être réservées à la police nationale.

Toutefois, sécurité publique et santé publique se rejoignent parfois, et les exemples des derniers mois posent, sous un angle tout à fait nouveau, la question de la répartition des compétences entre collectivités territoriales et État quand ce dernier est en carence. Deux exemples récents méritent particulièrement l'attention. Le premier est celui de l'obligation de porter le masque en période de crise sanitaire. Lorsque le maire de Sceaux, en mai 2020, a pris un arrêté pour obliger le port du masque,

l'État lui a rétorqué que ce n'était pas de sa compétence et que, de surcroît, c'était attentatoire aux libertés. Le tribunal administratif de Paris et le Conseil d'État ont donné raison à l'État. Décisions d'une certaine manière ridicules, puisque trois mois plus tard, le port du masque devenait obligatoire dans toutes les villes de France. Alors, l'État a-t-il pris à son tour une mesure attentatoire aux libertés ou bien le maire de Sceaux a-t-il simplement été victime de l'égo de l'État en carence, parce que, lui, a agi là où l'État était inerte ? En quoi pouvait-on considérer que la décision du maire de Sceaux au début du déconfinement était illégale ? Au contraire, on peut considérer que si cette décision avait été prise au niveau national, le pic d'épidémie que nous avons connu à la rentrée aurait peut-être pu être évité. Était-il normal, censé et légal, d'interdire à un maire soucieux de la santé de ses concitoyens de prendre une mesure qui n'était, semble-t-il, pas liberticide, puisqu'elle a été validée trois mois plus tard, et aurait pu éviter bien des malades et des morts au niveau national ? En cas de carence de l'État, un maire ne peut-il pas être regardé comme autorisé à agir pour protéger sa population ?

Le même sujet est porté à propos des arrêtés des maires anti-pesticides. Des décisions contraires ont été rendues par les tribunaux administratifs, mais globalement, les cours d'appel continuent à considérer qu'une police spéciale ayant été conféré à l'État, et plus particulièrement au ministère de l'Agriculture, la police générale du maire ne peut trouver à s'exercer même durant la période où les riverains des zones traitées par les pesticides ne bénéficiaient d'aucune mesure de protection. Le décret et l'arrêté de décembre 2019 qui fixent une distance minimale de 5 ou 10 mètres sauf en cas de charte, dont l'absence de sérieux est une évidence, ne changent rien dans les faits, mais donnent l'illusion qu'une mesure de protection a été prise, ce qui n'est pas le cas, puisqu'il n'existe notamment aucune sanction en cas de non-respect de ces textes de la fin d'année 2019. En revanche, ce qui est encore plus certain, c'est qu'avant décembre 2019, aucune mesure de protection n'existait au niveau national. Était-il donc raisonnable de priver les maires de leur compétence générale pour protéger les populations ? Le sujet se répète de manière constante et divise au sein de la juridiction administrative. Ainsi,



pour le compteur Linky, tous les arrêtés municipaux ont été annulés au motif que la police spéciale exclut la mise en œuvre de la police générale du maire et que de toute façon, c'était une obligation pour ENEDIS d'installer ce compteur. Or, la cour d'appel de Bordeaux vient non seulement de juger qu'il n'y a aucune obligation pour un particulier d'accepter un compteur Linky, mais encore que toutes les personnes électro sensibles ont le droit *a minima* à un filtre. Là encore, était-il raisonnable d'interdire au maire de prendre des arrêtés rappelant la liberté des particuliers et le droit des personnes électro sensibles à être protégées ? La même question se pose aujourd'hui avec la 5G dont les études sur l'impact sanitaire ne seront connues que dans un an, alors que le développement de la 5G a été acté par le gouvernement... À l'évidence, l'histoire est un éternel recommencement duquel il faudrait désormais tirer des leçons.

De plus en plus, nos concitoyens, devant une parole publique nationale largement déconsidérée, face à une défiance croissante, se retournent vers leurs édiles locaux pour obtenir la protection

qu'ils estiment légitime. Car de toute manière et de tout temps, en France, l'échelon préféré des Français a toujours été l'échelon communal. Le Conseil d'État, et surtout le Conseil constitutionnel, ont reconnu que le droit à la santé était un impératif de valeur constitutionnelle et que la liberté du commerce et de l'industrie pouvait être réduite pour assurer l'effectivité de ce droit. Dans ce contexte, et alors que l'article 72 de la Constitution maintient la liberté des collectivités locales de s'administrer, peut-on continuer à faire prévaloir une organisation des compétences favorisant l'État, y compris lorsqu'aucun usage n'est fait de cette compétence ? La question reste entière et implique également une réflexion en termes de responsabilité en cas de carence d'un État qui avait les moyens d'agir.

Le sujet va certainement monter en puissance et s'inscrit dans une réflexion beaucoup plus large qui s'impose au début de la troisième décennie du XXI^e siècle sur les rapports entre État et territoires et la reconquête par ces derniers de véritables compétences.

Mobilité : 2020 marque l'année du retour du vélo comme moyen de transport privilégié



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

2 685 411 . C'est le nombre de passages¹ de cyclistes sur la rue de Rivoli à Paris depuis l'installation d'un totem de comptage de cyclistes, le 4 septembre 2019 : la fréquentation quotidienne est passée de 4 500 passages par jour en 2019 à près de 10 000, notamment lors de la grève des transports fin 2019 et lors du déconfinement, le 11 mai 2020, à la suite de la crise sanitaire liée à la Covid-19.

« *Mais c'est une révolte ? – Non, Sire, c'est une [vélorution]* »², telle aurait pu être la réponse du duc de La Rochefoucauld devant cet engouement. Car il s'agit sans conteste d'une révolution, le vélo repassant au statut du mode de déplacement – comme dans les années 1970 où il représentait 10 % des trajets domicile-travail – dépassant ainsi celui d'activité de loisir ou de pratique sportive qu'il avait acquis entre les années 1970 et 2000. En effet, les derniers chiffres montrent que la part modale du vélo dans les déplacements du quotidien était résiduelle – 3 % à l'échelle nationale – positionnant la France au 25^e rang dans l'Union européenne où la part modale dépasse 7 %. Pour les seuls trajets inférieurs à 5 km, qui représentent près de 60 % des déplacements, la part de la voiture s'élève à 45 % environ selon l'INSEE, alors que le vélo y serait pertinent³.

Les mesures de confinement liées à la crise sanitaire en 2020 ont entraîné une baisse inédite de tous les déplacements. Or, si certains pensaient que les véhicules motorisés allaient redevenir le premier outil de transport des Français, ce fut tout le contraire, plaçant le vélo comme la mobilité la plus adaptée pour se déplacer tout en n'aggravant pas la propagation du virus.

Si, à court terme, les mesures provisoires prises par le Gouvernement et les collectivités territoriales ont permis au vélo d'offrir une solution de mobilité résiliente aux Français (I),

leur pérennisation offrirait une réponse durable pour les transports face à l'urgence climatique et environnementale. La récente loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (LOM) apparaît comme un outil adapté pour concrétiser cet objectif (II).

I. LES AMÉNAGEMENTS CYCLABLES PROVISOIRES LIÉS À LA CRISE SANITAIRE : UNE SOLUTION RÉSILIENTE ET EFFICACE

Il est rare de présenter la pratique avant la théorie dans un exposé juridique. Et pourtant, les mesures pour réaliser des aménagements cyclables provisoires à l'issue des confinements liés à la Covid-19 ont été prises sans nécessiter l'édiction de textes juridiques spécifiques. Face aux circonstances traumatiques liées à la Covid-19, les acteurs publics ont su trouver une réponse résiliente pour les transports. Autrement dit, ils ont su adapter les territoires, de manière à permettre à tous de continuer à se déplacer.

La première mesure phare correspond évidemment aux « *coronapistes* ». Ces aménagements cyclables provisoires ont pour objectif de fluidifier la circulation urbaine – mode de transport capacitaire, environ quatre à six fois plus que l'automobile à espace disponible équivalent, de décongestionner les transports publics – en absorbant au mieux le report attendu, de favoriser le respect des distances de sécurité, d'encourager un mode de transport décarboné et de lutter contre la sédentarité. Selon les données fournies par la Fédération européenne des cyclistes, ce sont 1 115,44 kilomètres de coronapistes qui ont été effectivement créées dans l'Union européenne⁴.

La rapidité de leur mise en œuvre tient notamment à l'absence de contrainte juridique pour créer ces pistes cyclables temporaires. Il s'agit d'un « *changement d'exploitation de la voirie exigeant la prise d'un arrêté de circulation par l'autorité investie du pouvoir de police, au*

même titre que les autres mesures de police »⁵. Le CEREMA (Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement) a produit un guide express en mai 2020 intitulé « *Aménagements cyclables provisoires : tester pour aménager durablement* », ayant permis aux collectivités territoriales de mettre en œuvre des pistes cyclables provisoires efficaces. Celles-ci doivent naturellement réduire le nombre de voies affectées au trafic motorisé et à leur stationnement – la rue de Rivoli à Paris en est le meilleur exemple, élargir les aménagements cyclables existants incluant le stationnement, modifier le plan de circulation et enfin, prendre en compte les piétons et les quais de bus.

Le Gouvernement a accompagné les mesures prises par les collectivités territoriales d'un plan de 20 millions d'euros le 30 avril 2020 – passant à 60 millions le 28 mai 2020 – permettant de prendre en charge des réparations (forfait de 50 euros par usager) au sein d'un réseau de réparateurs référencés, d'installer des places de stationnement ou encore de suivre des formations⁶.

Les actions complémentaires du Gouvernement et des collectivités territoriales pour le développement de l'usage du vélo sont incontestablement un succès. Elles furent si rapides qu'elles conduisirent la candidate à la mairie de Paris, Madame Rachida Dati, à se plaindre – à tort sans doute : « *on découvre un matin qu'on a une piste cyclable en bas de chez soi !* ».

Mais l'enjeu est désormais de pérenniser ces aménagements cyclables provisoires et la récente loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (LOM) devrait constituer une première réponse à l'attente de l'ensemble des acteurs – collectivités, entreprises, syndicats de copropriétaires, associations et riverains.

1) Selon les dernières données disponibles, Twitter @RivoliBot.

2) « *Mais c'est une révolte ? – Non, Sire, c'est une révolution !* » : réponse du duc de La Rochefoucauld à Louis XVI réveillé le soir du 14 juillet 1789 à Versailles.

3) Étude d'impact, lettre rectificative au projet de loi d'orientation des mobilités, 20 février 2019.

4) Données disponibles sur le site Internet de la Fédération européenne des cyclistes : <https://ecf.com/dashboard>.

5) *Aménagements cyclables provisoires : tester pour aménager durablement*, Guide Express, CEREMA, mai 2020.

6) Un plan gouvernemental de 20 millions d'euros pour encourager la pratique du vélo pendant le déconfinement, *Le Monde avec AFP*, 30 avril 2020.

II. LA LOI D'ORIENTATION DES MOBILITÉS

DU 24 DÉCEMBRE 2019 : OUTIL DE PÉRENNISATION DE L'USAGE DU VÉLO ?

Pendant longtemps le droit distinguait le droit des transports et le droit du développement durable, l'un se préoccupant des aspects économiques et sociaux du transport (Code des transports) et l'autre de la protection de l'environnement et de la lutte contre les pollutions (Code de l'environnement) ; sans véritablement réussir à créer une mobilité propre pourtant nécessaire pour faire face à l'urgence climatique et environnementale⁷.

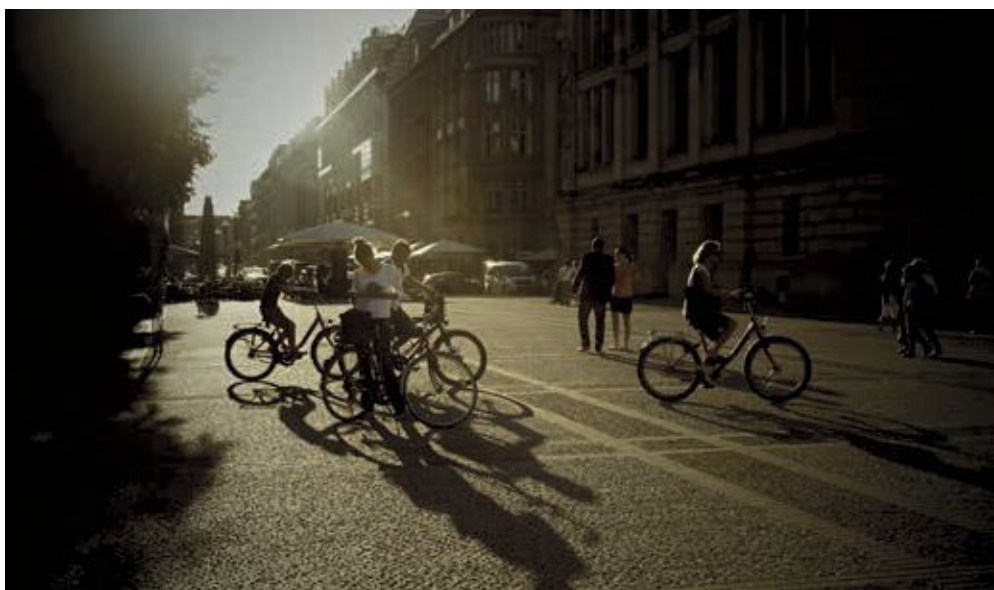
Les transports correspondent au premier émetteur de gaz à effet de serre (CO₂) et constituent une question de santé publique majeure. À cet égard, la Haute Cour d'Irlande a d'ailleurs reconnu un droit constitutionnel personnel à un environnement sain dans le domaine des infrastructures de transport (Haute Cour d'Irlande, 21 novembre 2017, *Friends of the Irish Environment CLG v. Fingal County Council*). En France, la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte avait initié le retour de l'usage à vélo en prévoyant une indemnité kilométrique vélo (remplacée par le « forfait mobilités durables » depuis le 1^{er} janvier 2020 par la loi LOM).

La loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités poursuit cet objectif. Elle a pour but de donner plus de place dans les territoires aux modes actifs, en promouvant beaucoup plus largement l'usage du vélo, de façon à tripler sa part dans les déplacements d'ici 2024.

Ses principaux apports sont :

Aménagements des voies cyclables. La loi LOM prévoit que des itinéraires cyclables (pistes ou bandes cyclables, voies vertes, zones de rencontre, marquages au sol) doivent être mis en œuvre lors de réalisation ou de rénovation de voies urbaines. Lorsque leur mise en œuvre est impossible dans le cadre d'une voie propre destinée aux transports collectifs, il est obligatoire d'autoriser les cyclistes à emprunter cette voie (article L. 228-2 du Code de l'environnement).

Estimation des besoins en pistes cyclables. L'article L. 228-3 du Code de l'environnement impose au gestionnaire de la voie, à l'occasion des réalisations ou des réaménagements des voies hors agglomération, hors autoroutes et voies rapides, d'évaluer, en lien avec l'autorité organisatrice de la mobilité, le besoin de réalisation d'un aménagement cyclable ainsi que sa faisabilité technique ou financière. Ils doivent tenir compte des orientations des



plans de mobilité et de mobilité simplifiés ainsi que du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires et du schéma national des véloroutes.

Consécration légale des véloroutes. À cet égard, la loi donne une définition légale des véloroutes correspondant à « *des itinéraires continus destinés à faciliter la circulation des cyclistes sur de moyennes et de longues distances. Elles ont notamment pour support des voies appartenant au domaine public ou privé de l'État, de ses établissements publics ainsi que des collectivités territoriales et de leurs groupements compétents en matière de voirie. Elles empruntent tout type de voie adapté à la circulation des cyclistes et bénéficient d'un jalonnement continu* » (article L. 154-1 du Code de la voirie routière).

Compétences du maire en matière de circulation. L'article L. 2213-1-1 du Code général des collectivités territoriales permet au maire, sur le périmètre de la commune dont il a la charge, de fixer par arrêté motivé, pour tout ou partie des voies de l'agglomération ouvertes à la circulation publique une vitesse maximale autorisée inférieure à celle prévue par le Code de la route s'il juge une nécessité de sécurité et circulation routière, de mobilité ou de protection de l'environnement. Cette mesure permet donc de créer des zones limitées à 30 km/h par exemple, propices à la circulation partagée des vélos et des piétons.

Faciliter le transport des vélos dans les transports en commun. Les trains devront désormais prévoir des emplacements destinés au transport de vélos non démontés et ne restreignant pas l'accès des personnes handicapées ou à mobilité réduite (article L. 1272-5 du Code des transports). Dans le même ordre d'idée, les gares devront être équipées de stationnements sécurisés pour les

vélos avant le 1^{er} janvier 2024 (article L. 1272-1 du Code des transports).

Stationnement des vélos dans les copropriétés. Les vols de vélos étant malheureusement très nombreux, le stationnement sécurisé, comme au niveau des gares, s'avère indispensable et les copropriétés ont incontestablement un rôle à jouer. De nombreuses cours intérieures d'immeubles peuvent accueillir les vélos des propriétaires et des locataires sans porter atteinte à la destination de l'immeuble. Pour faciliter cette mesure, l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965 a été modifié permettant à l'assemblée générale des copropriétés d'approuver, par majorité simple (et non à la majorité absolue), l'autorisation donnée à un ou plusieurs copropriétaires d'effectuer des travaux, à leurs frais, permettant le stationnement sécurisé des vélos dans les parties communes.

Sensibiliser à l'usage du vélo dès le plus jeune âge (article L. 312-13-2 du Code de l'éducation), **organiser un service public de location de vélos par Île-de-France Mobilités** (article L. 1241-1 du Code des transports), **encadrer les vélotaxis** (articles L. 3123-2, L. 3123-2-1) ou encore **instaurer un suivi centralisé des vélos à compter du 1^{er} janvier 2021 pour les vélos neufs et à compter du 1^{er} juillet 2021** (article L. 1271-2 du Code des transports) sont autant de mesures issues de la loi LOM pour favoriser l'usage du vélo comme moyen de transport.

L'année 2020 marque incontestablement le retour du vélo comme moyen de transport sûr, rapide, peu coûteux et ayant des effets positifs sur la santé et sur l'environnement. Les nombreux investissements et aides publics confortent l'idée d'un secteur créateur d'emplois et de projets d'infrastructures pour lesquels les collectivités auront un grand rôle de planification à jouer.

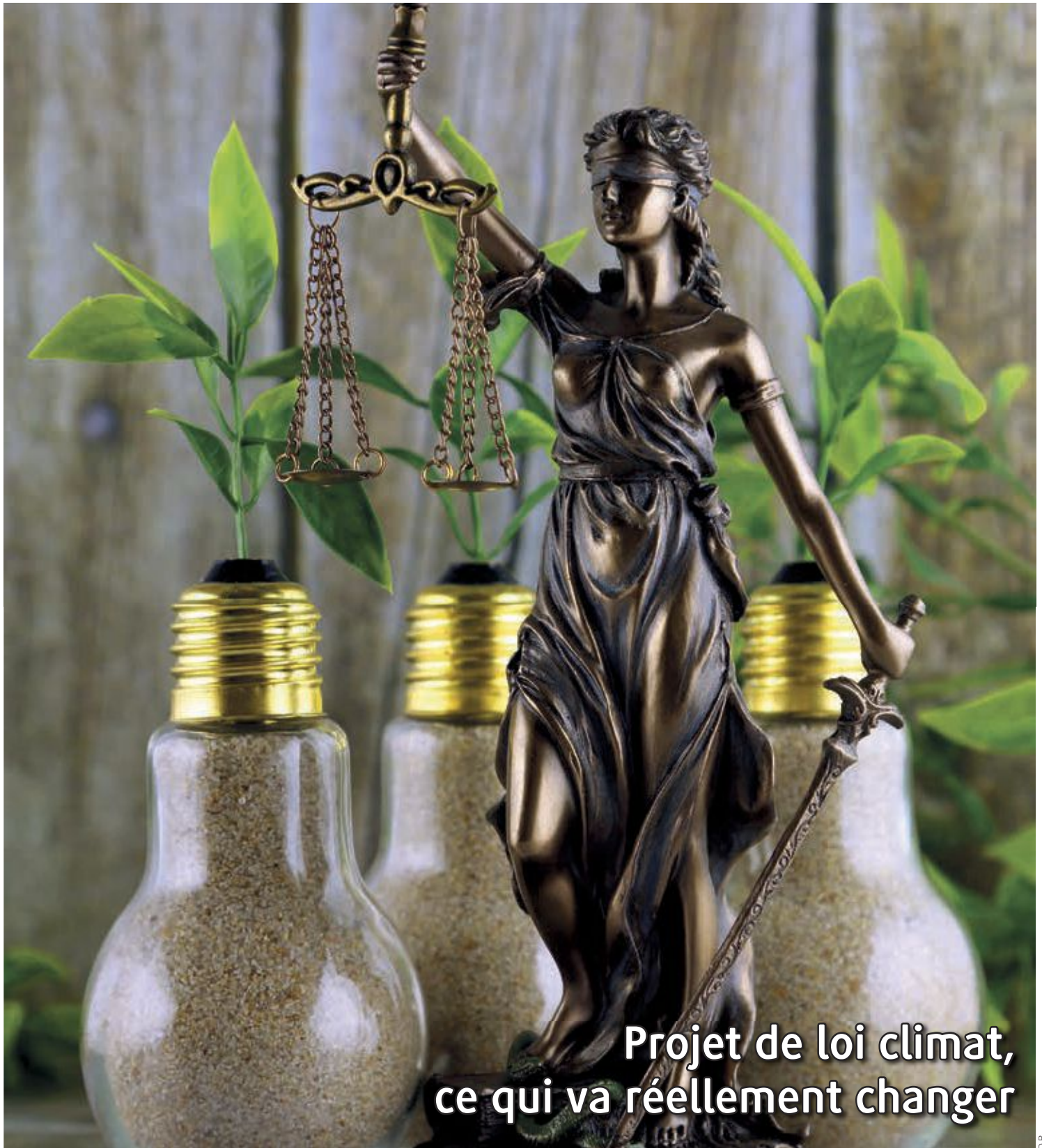
2020-6523

⁷ Regards sur les faiblesses, les enjeux et les perspectives d'un droit des transports durable, Christian Huglo, Transports et développement durable, Stéphane Mouton, Eric Naim-Gesbert et Amelia Crozes (dir.), Éditions PU Aix-Marseille, 06/05/2020.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 29 mai 2021 – numéro 39

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



**Projet de loi climat,
ce qui va réellement changer**



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine,
Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

PROJET DE LOI CLIMAT

Entre généralités et secteurs spécifiquement visés :
 décryptage de la loi climat dans le monde
 de l'entreprise 3
 Le paysage réglementaire des collectivités territoriales
 remodelé par la loi climat 12
 Administrés, consommateurs, propriétaires et usagers
 des services publics : quelles conséquences
 au quotidien avec la loi climat ? 18
 Les nouvelles obligations de l'État posées
 par la loi climat 21
 La réforme attendue du Code minier
 et la loi Climat résilience. 26
 Les insuffisances du dispositif pénal de la loi climat 29

AGENDA 28

ÎLE-DE-FRANCE

La moitié du département
 en état de catastrophe naturelle 33
 Deux projets alto-séquanais œuvrant en faveur
 de la biodiversité soutenus par France Relance. . . 33
 Nouvelle machine de consigne pour les bouteilles
 en plastique 34

ANNONCES LÉGALES 36

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
 anciennement
 LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
 Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
 8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
 R.C.S. PARIS 552 074 627
 Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
 Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
 Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
 Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0622 I 83461
 I.S.S.N. : 2491-1897
 Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
 Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
 Abonnement annuel papier : 99 €
 Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2021
 Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

La loi climat et résilience a fait, c'est le moins qu'on puisse dire, couler beaucoup d'encre.

Elle s'inscrit en effet dans la lignée de la Convention pour le climat à laquelle ont participé 150 de nos concitoyens chargés de proposer des mesures permettant notamment d'atteindre l'objectif d'une réduction de 40 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030. Sans entrer dans aucune polémique, on ne peut que constater que certaines propositions n'ont pas du tout été retenues, et que d'autres ont été considérablement amoindries de telle sorte que l'objectif de 40 % paraît hors d'atteinte. La situation est d'autant plus délicate qu'entre-temps, l'Union européenne a décidé de porter cet objectif de 40 à 55 %, ce qui change considérablement la donne.

L'objectif de ce numéro spécial du *Journal Spécial des Sociétés* n'est pas de s'interroger sur le fait de savoir si tel ou tel objectif dans tel ou tel secteur pourra être atteint.

Nous avons pensé que pour les acteurs économiques que sont les entreprises, les collectivités territoriales, mais aussi les consommateurs, il pouvait être intéressant de regarder la loi sous un angle un peu différent, en pointant ce qui allait réellement changer pour eux, au-delà des effets d'annonce, du renvoi à des rapports quelconques ou du renvoi à des mesures ultérieures.

Aussi, nous nous sommes permis d'analyser le projet de loi qui a été voté en première lecture par l'Assemblée nationale non plus en fonction des sept titres qui organisent ladite loi, mais en fonction des agents économiques concernés et à l'intérieur de la catégorie des entreprises en fonction des différents secteurs économiques en distinguant en particulier l'agriculture.

Nous avons également traité à part des obligations de l'État puisque, pour une large part, la loi crée des obligations de rapports en très grand nombre dont on



Corinne Lepage

peut s'interroger sur le point de savoir s'ils seront déposés ou non sur le bureau de l'Assemblée nationale, et si le meilleur emploi qui peut être fait aujourd'hui de nos fonctionnaires consiste à multiplier les rapports...

Bien sûr, le texte n'est pas définitif. Nous avons néanmoins considéré que l'Assemblée nationale ayant le dernier mot, et le texte étant voté en urgence, c'est-à-dire sans deuxième lecture systématique des deux chambres, les modifications resteraient mineures.

Ainsi, nous espérons avoir contribué à une meilleure compréhension du texte et surtout à la capacité donnée à tous les acteurs de se préparer à son application.



Corinne Lepage,
 Avocate à la Cour,
 Huglo Lepage Avocats

2021-7168



Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour



Roxane Sageloli,
Avocat à la Cour



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la Cour



Andréa Marti,
Avocat à la Cour



Benjamin Huglo,
Docteur en droit

Le projet de loi climat et ses 83 articles, largement amendés pour certains, ont nécessairement des conséquences sur les entreprises, leurs modes de fonctionnement, leur organisation, et même leurs techniques de commercialisation. Si certains articles de la loi sont des généralités et ont vocation à s'appliquer à tout type d'entreprise, d'autres articles, quant à eux, visent des secteurs particuliers. Une distinction entre ces différents articles est alors indispensable pour bien appréhender les tenants et les aboutissants de la loi climat, sur le secteur entrepreneurial.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AUX ENTREPRISES

TRAVAILLER : LES ENJEUX DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI

Différentes propositions sont faites par la loi climat sur ce thème :

- faire des enjeux de la transition écologique un sujet de négociation collective dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences au niveau de la branche et au sein des entreprises de plus de 300 salariés ainsi que des entreprises et groupes d'entreprises de dimensions communautaires ;
- élargir le champ des attributions des comités sociaux et économiques sur les conséquences environnementales des mesures et des activités de l'entreprise ;
- désigner des représentants des acteurs de la transition écologique sur le territoire au sein des comités régionaux de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelle ;
- informer les entreprises sur les enjeux liés à l'environnement et du développement durable et les accompagner dans leur projet d'adaptation, nouvelle mission confiée aux opérateurs de compétence.

Le Conseil d'État n'a pas formulé de remarque particulière sur ces points, sauf à demander à ce que soient précisées les personnes susceptibles d'être désignées comme acteur de la transition écologique sur le territoire.

Ces dispositions ont globalement été validées par le Conseil Économique Social et Environnemental (CESE), même si elles sont en



régression par rapport à ce qu'avait envisagé la Convention citoyenne pour le climat.

S'agissant du Comité Social et Économique (CSE), l'objectif de la loi est d'inciter les entreprises à anticiper les conséquences de la transition écologique sur l'évolution de l'emploi, les compétences, les formations...

Concernant la négociation collective en matière de Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC), il s'agit de renforcer cette gestion en matière de transition écologique.

Concernant le CSE, l'article 2312-8 du Code du travail est modifié avec la prise en compte des conséquences environnementales des décisions de l'employeur dans le cadre des informations et consultations prévues à cet effet, mais également sur les thématiques faisant l'objet d'une consultation récurrente, dispositions d'ordre public, dispositions supplétives détaillées applicables à défaut d'accord (article L. 2312-22 du Code du travail).

De plus, dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur a la nouvelle obligation de mettre en place des informations environnementales *via* la base de données économiques et sociales (articles L. 2312-18 et R. 2312-9 du Code du travail, articles L. 225-102-1 et R. 225-105-1 du Code de commerce).

Pour la GPEC, la mesure proposée est très en

deçà de ce qu'avait proposé la Convention citoyenne, puisqu'il ne s'agit que de la modification de l'article L. 2242-20 du Code du travail définissant les dispositions supplétives relatives à la négociation obligatoire d'entreprise. En définitive, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, la transition écologique est ajoutée aux consultations récurrentes du CSE.

De même, lorsque l'employeur devra consulter le CSE en application de l'article L. 2312-8 du Code du travail, l'impact environnemental de sa décision devra également être examiné.

S'agissant du GPEC, elle devra prendre en considération les enjeux de la transition écologique.

S'agissant plus particulièrement des articles 17 et 18 du projet de loi, ils concernent l'inclusion des acteurs de la transition écologique dans la gouvernance des formations au sein du Comité régional de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelle (CREFOCP), et du renforcement de l'implication des Opérateurs de compétence sur les sujets liés (OPCO).

On rappellera tout d'abord que les OPCO sont des organismes destinés à réaliser des études prospectives pour définir les formations professionnelles utiles aux entreprises de leurs différents secteurs professionnels.

Les CREFOCP sont des lieux de discussion et de partage sur tous les dispositifs de formation professionnelle.

L'objectif est de permettre à l'horizon 2025 que chaque entreprise puisse être accompagnée pour prendre en compte dans le cadre de ses activités la question environnementale.

Les OPCO se voient ainsi confier une véritable mission de proximité et de conseil et d'estimation de toutes les entreprises de leur champ professionnel ; leurs actions seront évaluées à travers des conventions d'objectifs et de moyens triennaux conclus avec l'État.

S'agissant des membres du CREFOCP, ils pourront s'appuyer sur des personnes qualifiées. Il faut également souligner deux dispositions supplémentaires.

En premier lieu, la mission des experts-comptables est modifiée à l'article L. 2315-87-1 du Code du travail pour étendre cette mission à tous les éléments d'ordre économique, financier, social ou environnemental nécessaires à la compréhension des orientations stratégiques de l'entreprise et de manière plus générale, l'aspect social et l'aspect environnemental pour cette mission.

Ensuite, l'article 18 quater concerne exclusivement les dispositifs d'accompagnement des salariés dans le cadre de la fermeture des centrales à charbon ; l'ordonnance 2020-921 du 29 juillet 2020 est ratifiée et modifiée pour offrir un certain nombre de possibilités pour congé d'accompagnement et pour le bénéfice des dispositifs conventionnels de cessation anticipée d'activité.

CONSOMMER : L'AFFICHAGE ENVIRONNEMENTAL

Les dispositions des articles 1, 2 et 3 de la loi climat concernent l'ensemble de la Société bien que l'article 1^{er} ait une incidence première sur les entreprises.

L'article 1^{er} concerne en effet l'affichage environnemental.

Il modifie la loi pourtant très récente du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, prescrivant l'article 15 de cette loi. En réalité, l'affichage environnemental n'est pas du tout une innovation et, à la vérité, ces nouvelles dispositions auront un impact au moins à court terme, excessivement limité, voire inexistant.

Le Haut conseil pour le climat rappelle dans son avis que l'affichage environnemental était déjà prévu dans les lois Grenelle 2009 et 2010, et dans la loi de transition énergétique pour la croissance verte de 2015. La vérité consiste à reconnaître qu'il n'en a été faite aucune application effective, comme le constate le Haut conseil pour le climat.

La loi AGECE avait étendu l'affichage environnemental à la possibilité d'un affichage social et avait visé, sans aucune obligation, le secteur du textile et de l'habillement tout en subordonnant le caractère obligatoire de cet affichage à une modification communautaire.

L'apport de l'article 1^{er}, tel qu'il a été voté, est très modeste.

Tout d'abord, il étend l'affichage environnemental au-delà du secteur du climat et intègre, comme l'avait suggéré le Conseil d'État, une mesure en termes d'émissions de gaz à effet de serre (plus précise que la référence au climat), mais aussi la biodiversité, la consommation d'eau et celle des autres ressources naturelles.

En définitive, le sujet de l'affichage environnemental est gentiment renvoyé à 2026.

Il s'agit donc d'une extension bienvenue, la question de l'environnement ne se limitant pas à celle du climat. Cependant, il convient de souligner le fait que la prise en compte des émissions de gaz à effets de serre dans le secteur du textile est très importante pour l'industrie française, qui devrait être favorisée par rapport au textile venu d'Asie par exemple, beaucoup plus carbonivore.

Mais cet affichage n'a pas vocation à entrer en vigueur immédiatement.

En effet, si la loi renvoie à un décret le soin de fixer la liste des catégories de biens et services pour lesquels l'affichage est obligatoire, séparant ainsi la catégorie des biens et services pour lesquels il existe une obligation d'affichage et une catégorie de biens et services pour lesquels l'affichage reste volontaire, l'entrée en vigueur du décret est subordonnée à une expérimentation.

Or, si la loi AGECE avait donné à l'ADEM un délai de 18 mois pour faire une expérimentation dans le domaine de l'agroalimentaire, l'article 1^{er} de la loi donne un délai de cinq ans, ce qui renvoie à 2026, un hypothétique affichage environnemental obligatoire.

De plus, l'article 2 autorise, si un motif d'intérêt général le justifie, qu'un décret fixe des critères de taille d'émetteurs sur le marché assujetti à cette obligation.

Pour les biens et services à affichage obligatoire, un décret déterminera les critères présentant l'impact le plus important pour l'environnement.

Enfin, l'article 1^{er} prévoit des modalités de contrôle à déterminer par décret en Conseil d'État, mais ne définit aucune sanction.

Dès lors, et en définitive, le sujet de l'affichage environnemental est gentiment renvoyé à 2026.

CONSOMMER : LA RÉGULATION DE LA PUBLICITÉ

Le projet de loi prévoit un chapitre spécifique à l'encadrement et à la régulation de la publicité qui a trop tendance à inciter à une surconsommation de produits polluants.

Si toute restriction apportée à la publicité pourrait être susceptible de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, au droit de propriété et constituer une entrave à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation de services, il n'est pas exclu d'y apporter des restrictions voire des interdictions, si elles sont justifiées par un objectif d'intérêt général et qu'elles sont adaptées et proportionnées à cet objectif¹. À l'instar du tabagisme et de l'alcoolisme², la protection de l'environnement, érigée en objectif de valeur constitutionnelle³, peut justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre dès lors, notamment, que la France est tenue par des engagements précis en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

L'article 4 de la loi climat intègre désormais un nouvel article L. 581-25-1 du Code de l'environnement portant interdiction de la publicité relative à la commercialisation ou faisant la promotion des énergies fossiles, en raison de leur lien direct avec les émissions de gaz à effet de serre. La liste des énergies fossiles concernées, ainsi que les modalités s'appliquant aux énergies renouvelables incorporées dans des énergies fossiles, doit être précisée par décret en Conseil d'État. L'étude d'impact fait notamment référence à l'essence, le gaz, les stations-service, les produits pétroliers. Le Ministère aurait précisé que les énergies mélangeant du carburant fossile et du biocarburant ne seraient pas visées par cet article. Le non-respect de cette interdiction serait ainsi puni d'une amende de 30 000 euros pour une personne physique, et de 75 000 euros pour une personne morale. En cas de récidive, il est prévu que le montant de ces amendes soit doublé.

L'article 4 bis B prévoit l'interdiction du *greenwashing* ou éco-blanchiment en l'insérant à l'article L. 132-2 du Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales trompeuses. Il est ainsi interdit de laisser entendre ou de donner l'impression qu'un bien ou un service aurait un effet positif ou n'aurait pas d'incidence sur l'environnement ou qu'il serait moins néfaste pour l'environnement que les biens ou services concurrents.

1) DC n° 90-283, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme ; CEDH, 5 mars 2009, n° 13353/05, Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France.

2) Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite Loi Évin.

3) QPC n° 2019-823 du 31 janvier 2020.

L'article 4 bis A modifie l'article L. 121-2 du Code de la consommation afin d'intégrer la référence à la protection de l'environnement (« *impact environnemental du bien ou du service* ») dans la définition des pratiques commerciales trompeuses. Le projet de loi vient ainsi codifier la jurisprudence en la matière⁴ et compléter l'article L. 541-9-1 du Code de l'environnement créé par la loi AGECE du 10 février 2020⁵, interdisant aux producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets de faire figurer sur un produit ou emballage les mentions « *biodégradable, respectueux de l'environnement* » ou toute autre mention équivalente.

En cas de non-respect de cette interdiction, le montant de l'amende peut être porté de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 80 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit.

La sanction fera l'objet d'un affichage ou d'une diffusion notamment sur le site Internet de la personne morale condamnée pendant un mois.

L'article 4 bis C de la loi climat crée à l'article L. 229-62 du Code de l'environnement l'interdiction d'affirmer à tort dans une publicité qu'un produit ou un service est neutre en carbone ou dépourvu de conséquences négatives sur le climat ou toute autre formulation ayant une finalité et une signification similaires⁶.

L'article 5 de la loi climat vise quant à lui à réduire la publicité audiovisuelle en faveur des produits et services ayant un impact négatif sur l'environnement, grâce à la mise en œuvre d'un dispositif de co-régulation reposant sur des codes de bonne conduite. Ces codes doivent transcrire les engagements figurant dans un « contrat climat » conclu entre les annonceurs et les médias, d'une part, et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), d'autre part.

L'article 5 bis A de la loi climat prévoit l'obligation d'afficher dans les publicités une mention obligatoire, visible et facilement compréhensible sur l'impact environnemental de certains produits et services, à savoir : les produits soumis à affichage environnemental obligatoire au titre de l'article 15 de la loi AGECE, à une étiquette énergie obligatoire au titre de l'article 15 de la directive 2009/125/CE relative à l'écoconception, ou les véhicules concernés par une étiquette obligatoire relevant de la directive 1999/94/CE relative au carburant et les émissions de CO₂ de se déclarer auprès des autorités d'autorégulation mises en place dans le secteur de la publicité.

L'article 24 de la loi climat étend l'obligation d'installer des panneaux photovoltaïques, ou des toits végétalisés sur les bâtiments professionnels



et les entrepôts en abaissant de 1 000 à 500 m² d'emprise au sol le seuil à partir duquel elle s'impose aux nouvelles constructions et en l'appliquant aux extensions de bâtiments et structures existants dès lors qu'elles atteignent ou dépassent ce seuil.

Cette obligation est en vigueur depuis la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. La loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat est venue étendre et préciser cette exigence, à l'article L. 111-18-1 du Code de l'urbanisme, afin que les nouveaux bâtiments commerciaux, mais aussi industriels et artisanaux, ainsi que les nouveaux entrepôts et parkings couverts comportent désormais, au moment de leur construction, au moins 30 % de leur surface en toiture ou ombrière végétalisée ou recouverte de panneaux solaires dès lors que leur emprise au sol dépasse les 1 000 m².

Si cette modification est naturellement bénéfique pour le développement des panneaux photovoltaïques, il est regrettable de devoir attendre son entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2024 seulement.

LA LUTTE CONTRE LA DÉFORESTATION IMPORTÉE

Les articles 63bis, 64, 64bis et 64ter de la loi climat introduisent des dispositions pour lutter contre la déforestation importée, c'est-à-dire l'importation de produits dont la production est à l'origine de la déforestation.

La stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée adoptée le 14 novembre 2018 prévoit la mise en place d'une plateforme avec un mécanisme d'alerte pour les entreprises pour freiner ces importations.

L'article 64 de la loi climat permet donc aux agents du ministère chargé de l'Environnement qui mettent en œuvre la stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée d'obtenir les informations de la part de la Direction générale des Douanes et des Droits indirects permettant de tracer les chaînes d'approvisionnement en matières premières agricoles.

Les articles 64bis et 64ter nouveaux du projet de loi, issus d'amendements, ne contiennent aucune disposition ayant quelque valeur juridique que ce soit.

L'avis du Conseil d'État est muet sur ces dispositions comme l'est, et c'est tout à fait naturel puisqu'il s'agit de dispositions ajoutées par le Parlement, l'étude d'impact.

L'objectif de n'acheter que des produits n'ayant pas contribué à la déforestation importée à partir de 2022 renvoie à un décret d'application qui n'est pas encore sorti, et si l'objectif est fixé à compter de 2022, aucune disposition ne vient rendre contraignant cet objectif tout à fait légitime.

L'article 64ter du projet de loi, pour sa part, prévoit la remise au Parlement d'un rapport sur la mise en œuvre de la plateforme nationale de lutte contre la déforestation importée à destination des entreprises et des acheteurs publics pour les aider.

Il s'agit là d'une disposition tout à fait intéressante, mais dont l'effet juridique est plus qu'aléatoire.

LES SECTEURS DIRECTEMENT VISÉS PAR LA LOI CLIMAT

SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ET COMMERÇANTS

L'article 11 du projet de loi dispose que l'action des pouvoirs publics tend à ce que 20 % de la surface de vente soit consacrée à la vente en

4) Voir Cass. Crim., 6 octobre 2009, n° 08-87.757 sur les emballages du Roundup de Monsanto ou encore CA Versailles, 19 septembre 2013, n° 12/07604 sur la publicité de capsules de café (« faites du goût, pas de déchets » et « assurément la meilleure façon de faire du café »).

5) Article 13 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (AGEC).

6) Adoption de l'amendement n° 4981 du 25 mars 2021 déposé par M. Patrick Mignola et a.

vrac dans les commerces dont la surface est supérieure à 400 m².

Cet objectif fixé pour 2040 s'inscrit dans la lignée des dispositions introduites par la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage à l'économie circulaire (AGEC), et notamment à la création d'un nouveau chapitre dans le Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales encouragées dont la section unique est consacrée à la vente de produits sans emballage. Elle vise évidemment à modifier les habitudes de consommation, au même titre que l'interdiction des sacs en plastique, et participera ainsi à l'objectif de réduction des emballages et de la production de déchets et à une diminution des émissions de gaz à effet de serre qu'ils génèrent. Cette mesure doit être appréhendée en même temps que l'objectif de fin de mise à disposition des emballages en plastique à usage unique fixé à 2040 qu'a posé la loi AGEC.

Elle impactera essentiellement les acteurs privés dès lors qu'elle nécessite une refonte en profondeur des outils de production et de la chaîne logistique.

Elle induit évidemment des investissements pour la recherche de solutions alternatives aux emballages plastiques à usage unique, pour l'industrialisation de solutions d'emballages réemployables, le développement d'infrastructures logistiques et d'outils de lavage, ainsi que pour l'acquisition d'équipements alternatifs à l'utilisation de plastique ou à leur adaptation.

Compte tenu de l'impact sur l'ensemble de la chaîne logistique, la responsabilité de chacun des acteurs se posera avec plus d'acuité en raison du rôle protecteur de l'emballage dans le contexte de chaînes d'approvisionnement mondialisées.

Une partie des financements nécessaires à cette transformation radicale du secteur semble avoir été fléchée dans le plan de relance présenté le 3 septembre 2020, à travers notamment sa mesure « *investissement dans le réemploi et le recyclage* ». Les mesures pourraient être financées par l'ADEME via son fond « Économie circulaire » qui serait abondé de 226 millions d'euros supplémentaires en 2021 et 2022. La question se pose des critères d'éligibilité à ces fonds et de l'adaptation des financements alloués à l'ampleur du changement requis.

Toutefois, compte tenu du caractère programmatique de cet article et du fait qu'il n'induit pas d'action particulière de l'État, le Conseil d'État, dans son avis du 4 février 2021, estime qu'il pourrait être contraire à l'article 4 de la Constitution. L'adoption récente du décret n° 2021-517, le 29 avril dernier, relatif aux objectifs de réduction, de réutilisation et de réemploi, et de recyclage des emballages plastiques à usage unique pour la période 2021-2025, permet toutefois d'imaginer une adaptation par étape similaire.

L'article 12 du projet de loi climat ouvre la possibilité pour le gouvernement d'imposer la généralisation d'un dispositif de consigne de verre en vue de sa réutilisation. Il viendra compléter l'article L. 541-10-11 du Code de l'environnement introduit par la loi AGEC.

Cet article concourt à l'objectif de réemploi, à la circularisation de l'économie, et ainsi à la réduction de la production de déchets. Cette généralisation d'un dispositif de consignes pour les emballages en verre devrait toutefois être conditionnée à un bilan global environnemental positif, ainsi qu'il avait été souligné lors de l'élaboration de la loi AGEC. Elle suppose une réorganisation de la filière de gestion des emballages en verre et également de la chaîne logistique (avec la mise en place d'une logistique inversée) et des producteurs.

Compte tenu de l'impact sur l'ensemble de la chaîne logistique, la responsabilité de chacun des acteurs se posera avec plus d'acuité en raison du rôle protecteur de l'emballage dans le contexte de chaînes d'approvisionnement mondialisées.

Au-delà des habitudes de consommation des particuliers, les collectivités locales et les entreprises seront principalement impactées. Les éco-organismes seront également largement mis à contribution.

En termes de coûts d'adaptation, l'impact pour les collectivités devrait être compensé par les obligations de couverture des coûts de collecte séparée et de traitement des emballages prévu pour la filière en application du principe de responsabilité élargie des producteurs.

Des textes d'application devront évidemment être adoptés.

SECTEUR DU BRICOLAGE

Le Code de la consommation est modifié par la loi climat qui prévoit l'intervention d'une nouvelle section 19 sous l'article L. 224-112 dudit Code qui oblige tout professionnel visant des prestations d'entretien, de réparation d'outils de bricolage et de jardinage, à permettre aux consommateurs d'opter pour l'utilisation de pièces de rechange ou de pièces issues de l'économie circulaire à la place de pièces neuves.

Là aussi, le manquement à cette obligation est sanctionné par une amende.

Le gouvernement a suivi la suggestion du Conseil d'État de préciser la catégorie d'équipement concerné, et la durée minimale des pièces détachées.

SECTEUR DU TRANSPORT DE MARCHANDISES

L'article 33 du projet de loi climat concerne les entreprises dans leur activité de transport.

Cette disposition modifie à la fois le Code de commerce et le Code de l'environnement.

Il modifie l'article L. 225-102-1 du Code de commerce en complétant le deuxième alinéa du III par une définition des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique. Il s'agit des postes d'émissions directes et indirectes de gaz à effet de serre lié aux activités de transport en amont et aval de l'activité.

Elle crée une nouvelle obligation qui est celle de réaliser un plan d'action pour réduire les émissions.

L'exigence de ce plan d'action propre aux entreprises se traduit au plan national par un bilan national prévu à l'article L. 229-25-1 du Code de l'environnement qui doit être rendu public chaque année et qui analyse les effets de ces plans au regard des objectifs de stratégie bas-carbone.

Pour bien comprendre la portée de la mesure, il faut rappeler les obligations actuelles de publication d'informations non financières qui s'appliquent, conformément à la loi du 19 juillet 2017 et à l'article L. 225-104 du Code de commerce, aux sociétés cotées ayant plus de 500 salariés, soit un total de bilan dépassant 120 millions d'euros, soit un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions d'euros et aux sociétés non cotées ayant plus de 500 salariés avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros.

L'article R. 225-105 du Code de commerce précise les thématiques à aborder qu'elles soient sociales, environnementales ou en matière de gouvernance.

La loi précise ce qu'il faut entendre par « *informations relatives aux conséquences sur le changement climatique* ».

Elle donne un délai au plan d'action, la première publication devant avoir lieu avant le 30 juin 2024 et concernera les exercices ouverts à compter du 1^{er} juillet 2022.

Ainsi, l'obligation est précisée pour les entreprises dites « chargeurs », c'est-à-dire les entreprises commanditaires de prestations de transport de marchandises s'adressant directement à une société de transport ou *via* des sociétés spécialisées dans l'organisation des prestations de transport (étude d'impact, p. 285).

Dès lors, toutes les entreprises qui étaient déjà soumises à une obligation de publication de documents de performances extra financières voient cette obligation renforcée avec les précisions sur le transport, et les entreprises « chargeurs » sont précisément concernées de telle sorte que la réduction des émissions de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques n'est plus de la seule responsabilité des entreprises de transport, mais de l'ensemble des entreprises de la chaîne logistique.

En ce qui concerne le bilan des plans d'action, il s'agit d'une nouvelle obligation mise à la charge de l'État et dont la réalisation dépendra bien évidemment du recensement des plans d'actions des différentes entreprises.

SECTEUR TRANSPORT : LA SUPPRESSION DE L'AVANTAGE FISCAL DU GAZOLE ROUTIER

L'article 30 du projet de loi climat prévoit un objectif programmatique destiné à supprimer l'avantage fiscal du gazole routier, conformément à la proposition initialement formulée par la Convention citoyenne pour le climat.

On rappellera qu'une entreprise de transport routier de marchandises peut demander le remboursement partiel de la Taxe intérieure sur la consommation des produits énergétiques (TICPE) dans les conditions fixées par l'article 352 du Code des douanes.

Depuis de nombreuses années, cet avantage fiscal est dénoncé notamment par la Cour des comptes. Dans un référé rendu public le 1^{er} mars 2013 sur les dépenses fiscales rattachées à la mission écologie, aménagement et développement durables et relatives à l'énergie, la Cour des comptes dénonce les effets négatifs sur l'environnement de certaines dépenses fiscales et en particulier du remboursement aux transporteurs routiers de la TICPE. Pour la Cour, cette mesure ne contribue pas à favoriser la transition énergétique, mais a pour objectif essentiel de soutenir l'activité économique, notamment le transport routier de marchandises (*Les dépenses fiscales rattachées à la mission écologie, aménagement et développement durables relatives à l'énergie*, Cour des comptes, 17 déc. 2012).

Plus récemment, le Conseil de défense écologique, qui s'est réuni le 9 juillet 2019, a prévu que le remboursement partiel dont bénéficient les transporteurs routiers de marchandises sur le gazole sera réduit de 2 centimes à partir de 2020 (Conseil de défense écologique - Compte rendu par F. de Rugy et E. Borne).

On l'aura compris : l'objectif de cette disposition est d'assurer un renouvellement des flottes de poids lourds au bénéfice de véhicules roulant soit à l'hydrogène, au biogaz ou au biodiesel. Ce dispositif est parfaitement cohérent avec l'objectif d'arrêt de la production de moteurs thermiques en 2040 pour tenir l'engagement d'une neutralité carbone du secteur en 2050.

Toutefois, il s'agit d'un objectif programmatique qui – pour le moment – n'a pas d'effet contraignant.

De manière très prudente, le législateur a en effet prévu que les premières orientations permettant d'atteindre l'objectif fixé doivent intervenir à l'issue de la présidence française du Conseil de l'Union européenne, c'est-à-dire en 2022.

La France souhaite ainsi sans doute tenter une harmonisation de la fiscalité au niveau européen



puisqu'il existe une très grande disparité des taux de taxation du gazole en Europe, induisant bien évidemment une distorsion de concurrence dans le secteur du transport routier de marchandises. Un chemin important reste donc à parcourir.

Il n'en demeure pas moins que seules des mesures contraignantes permettront réellement de réduire les émissions de gaz à effet de serre, en application des Accords de Paris.

On rappellera à cet égard que les émissions de gaz à effet de serre de l'entier secteur des transports représentent 31 % des émissions totales. Sur ce secteur, si les voitures particulières représentent 51 % des émissions, le transport des poids lourds, y compris bus et cars, représente 22 % des émissions du secteur des transports et les véhicules utilitaires 19 %. Le transport par la route constitue ainsi la quasi-totalité des émissions du transport (94 %). Le poids des émissions des poids lourds, rapportés à la circulation (kilomètres parcourus par les véhicules) est plus important que celui des voitures particulières.

Si l'on ne peut que constater une très faible offre de la part des fabricants de poids lourds s'agissant de véhicules fonctionnant à l'hydrogène, au biogaz ou au biodiesel, on ne peut qu'espérer que la disparition à terme de l'avantage fiscal du gazole routier permettra un renouvellement vertueux des flottes de poids lourds.

LE SECTEUR AÉRIEN ET LA COMPENSATION CARBONE

Le gouvernement souhaite tout d'abord que le transport aérien s'acquitte d'un prix suffisant du carbone à partir de 2025 (article 35 du projet de loi) tout en privilégiant une approche européenne, à l'instar de l'avantage fiscal pour le diesel routier.

C'est dans cette optique qu'il est également prévu par l'article 36 de la loi climat l'interdiction des services réguliers à l'ensemble des liaisons intérieures dont la desserte est assurée par le rail en moins de 2h30, sans correspondance.

Des dérogations sont toutefois possibles lorsque les services aériens assurent majoritairement le transport de passagers en correspondance ou peuvent être regardés comme assurant un transport aérien. Ces dérogations devront être définies par la voie réglementaire.

Si l'on comprend bien le but poursuivi, il convient toutefois d'être extrêmement vigilant quant au niveau de service considéré comme équivalent, notamment à l'heure de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs où certaines destinations pourraient être délaissées, ouvrant ainsi la porte à des zones non desservies sur certains territoires.

Il est donc important de pouvoir réviser périodiquement le dispositif afin d'éviter certains effets pervers de la suppression des liaisons locales.

L'État entend également encadrer le développement des aéroports en inscrivant dans la loi le fait que toute extension d'aéroport effectuée par voie d'expropriation ne saurait, après compensation, aboutir à une augmentation des émissions de gaz à effet de serre (article 37 de la loi climat). Toutefois, ces dispositions n'ont pas d'effet rétroactif et ne sauraient donc s'appliquer aux projets actuellement en cours ainsi que le prévoit explicitement le législateur.

Enfin, le législateur souhaite mettre en place la compensation carbone des vols nationaux : 50 % des émissions devront être compensées dès janvier 2022, 70 % en 2023 puis 100 % en 2024 (article 38 de la loi).

Il suit de là que les compagnies aériennes vont devoir financer des programmes « *dits à haute valeur environnementale* ».

Ces mesures doivent être saluées, mais, à l'instar de ce qui est prévu pour le transport routier de marchandises, une harmonisation européenne est vivement souhaitée afin d'éviter une distorsion de concurrence au niveau européen.

SECTEUR DE L'AMÉNAGEMENT, PROMOTEURS ET URBANISTES

CONSÉCRATION ET PROGRAMMATION DE L'OBJECTIF ZAN (« ZÉRO ARTIFICIALISATION NETTE »), SUIVANT UNE DÉFINITION ATTENDUE

L'objectif de « zéro artificialisation nette » (ZAN) inscrit dans le cadre du « plan biodiversité » présenté en 2018 est désormais porté au rang législatif.

À ce titre, l'article 47 du projet de loi ambitionne de diviser par deux le rythme d'artificialisation des sols sur les dix prochaines années – suivant la promulgation du texte de loi – par rapport au rythme observé sur la décennie précédente.

Parallèlement, l'article 48 intègre l'objectif ZAN au sein de l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme, définissant les principes généraux d'équilibre urbain à respecter, en y intégrant une définition de l'artificialisation des sols.

La notion pouvait jusqu'alors souffrir d'interprétations diverses, notamment dans le cadre de sa traduction au sein des documents d'urbanisme (certains la confondant parfois avec la notion d'imperméabilisation des sols, cependant que d'autres l'interprétaient de manière beaucoup plus large), laissant ainsi les collectivités elles-mêmes, mais aussi les professionnels du secteur dans une situation d'incertitude particulièrement peu satisfaisante.

Celle qui sera dorénavant retenue se veut plus pragmatique, impliquant une appréciation de l'atteinte éventuellement portée à la fonctionnalité des sols : « *un sol est regardé comme artificialisé si l'occupation ou l'usage qui en est fait affecte durablement tout ou partie de ses fonctions écologiques, en particulier ses fonctions biologiques, hydriques et climatiques ainsi que son potentiel agronomique. Les surfaces de pleine terre ne sont pas considérées comme artificialisées.* » Un décret en Conseil d'État devra fixer les conditions d'appréciation de ces nouvelles dispositions, et établir notamment une nomenclature des sols artificialisés en fonction de leur occupation et de leur usage, ainsi que l'échelle à laquelle l'artificialisation des sols doit être appréciée.

Il est à noter que la notion de « friche » sera également définie, dans le cadre d'un nouvel article L. 111-26 ajouté au Code de l'urbanisme : « *on entend par "friche" tout bien ou droit immobilier, bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans un aménagement ou des travaux préalables. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret* » (article 53 bis de la loi climat).

L'article 49 du projet de loi décline ensuite l'objectif de programmation ainsi fixé au niveau des documents de planification régionale (SRADDET, SDRIF, PADDUC et SAR), avec lesquels les documents d'urbanisme locaux (SCOT, PLU, Carte

communale) devront être rendus compatibles. À l'échelle communale et intercommunale, les collectivités territoriales devront tenir compte, avant d'ouvrir de nouveaux secteurs à l'urbanisation, de la vacance des locaux et des capacités foncières disponibles dans les zones déjà artificialisées. Le règlement du PLU pourra également définir des règles de limitation de l'imperméabilisation des sols, de désimperméabilisation des sols et de compensation de toute nouvelle imperméabilisation. Là encore, un décret en Conseil d'État est attendu. Un rapport devrait également être rendu par chaque commune ou intercommunalité, au moins une fois tous les deux ans pour les communes de moins de 3 500 habitants et au moins une fois par an pour les communes et les intercommunalités de plus de 3 500 habitants, rendant compte de l'artificialisation des sols et donnant lieu à un débat devant l'organe délibérant (voir en ce sens l'article – dans le présent JSS – de Madeleine Babès, « *Le paysage réglementaire des collectivités territoriales remodelé par la loi climat* »).

« La loi ambitionne de diviser par deux le rythme d'artificialisation des sols sur les dix prochaines années par rapport au rythme observé sur la décennie précédente. »

Concrètement, les acteurs de l'urbanisme et de l'aménagement devront ici redoubler de vigilance, et ce dès avant le stade des réflexions préalables à l'acquisition de la maîtrise foncière. Tandis qu'elle précède parfois de plusieurs années la concrétisation des projets d'aménagement, via le dépôt des demandes d'autorisations d'urbanisme ou environnementales, la maîtrise foncière n'est en effet jamais source de droits acquis en termes de constructibilité. Alors que le projet de loi invite à ne plus raisonner à l'aune de l'unité foncière, mais à l'échelle de tout le territoire, suivant un état actualisé de la vacance et de la capacité d'accueil foncière disponible, la participation effective des constructeurs et aménageurs à l'évolution des documents d'urbanisme apparaît de mise, et certainement même partie intégrante à la conception des projets d'aménagement.

Dans les dix années suivant la promulgation de la loi, il est également fixé l'objectif de réduire de 50 % l'emprise au sol des constructions de parking par rapport à la décennie précédente (article 52 bis C). Cet objectif s'accompagne, dans la même période, de celui d'installer des ombrières pour 50 % des surfaces de parkings extérieurs existants. L'ensemble des parkings devront par ailleurs être végétalisés d'ici 2025.

DÉROGATIONS AU PLU

L'article 51 bis du projet de loi élargit la liste et le champ d'application des dérogations au règlement d'un PLU ou d'un document en tenant lieu, en procédant à une réécriture de l'article L. 152-6 du Code de l'urbanisme.

Celles-ci seront désormais également permises dans le périmètre d'une grande opération d'urbanisme et dans les secteurs d'intervention comprenant un centre-ville des opérations de revitalisation de territoire.

Il sera par ailleurs permis de déroger aux règles relatives au gabarit, dans la limite d'une majoration de 30 % de ces règles, comme aux obligations en matière de création d'aires de stationnement applicables aux logements, lorsque le projet de construction de logements est situé à moins de 500 mètres d'une gare ou d'une station de transport public guidé ou de transport collectif en site propre, en tenant compte de la qualité de la desserte, de la densité urbaine ou des besoins propres au projet au regard des capacités de stationnement existant à proximité.

Lorsque le règlement impose la réalisation d'aires de stationnement pour les véhicules motorisés, cette obligation pourra être réduite, à due proportion, d'une aire de stationnement pour véhicule motorisé en contrepartie de la création d'une infrastructure ou de l'aménagement d'un espace permettant le stationnement sécurisé de six vélos.

Une dérogation supplémentaire de 15 % des règles relatives au gabarit pourra en outre être autorisée pour les constructions contribuant à la qualité du cadre de vie, par la création d'espaces extérieurs en continuité des habitations, assurant un équilibre entre les espaces construits et les espaces libres, sans pouvoir concourir à excéder 50 % de dépassement au total.

Les dérogations pourront être refusées en tenant compte de la nature du projet, de la zone d'implantation ou des objectifs fixés par le PLU en matière de réduction du rythme de l'artificialisation des sols.

OPTIMISATION DE LA DENSITÉ DES CONSTRUCTIONS

L'aménagement des Grandes opérations d'urbanisme (GOU) se verra tout d'abord conditionné au respect d'une densité minimale de constructions, le cas échéant décliné par secteur afin, toujours, de contribuer à limiter l'étalement urbain (article 51).

Aux termes d'un nouvel alinéa inséré à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, toute action ou opération d'aménagement faisant l'objet d'une évaluation environnementale, pour laquelle la première demande d'autorisation soumise à évaluation environnementale aura été déposée après l'entrée en vigueur de la loi, devra par ailleurs faire l'objet d'une étude sur l'optimisation de la densité des constructions dans la zone

concernée, en tenant compte de la qualité urbaine ainsi que de la préservation et de la restauration de la biodiversité, et de la nature en ville. Les conclusions de cette étude seront prises en compte dans l'étude d'impact (article 51 bis).

Enfin, en matière de lotissements, et par exception au premier alinéa de l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme, lorsque la majorité des propriétaires le demandent ou l'acceptent, l'autorité compétente peut modifier à la hausse le nombre de lots autorisés au sein du lotissement pour procéder à une subdivision prévue à l'article L. 442-12 (article 53 bis A).

INTERDICTION DE CRÉATION OU D'EXTENSION DE ZONES COMMERCIALES SOURCES D'ARTIFICIALISATION DES SOLS, ET INTÉGRATION DE L'ACTIVITÉ LOGISTIQUE AU SEIN DU DAAC DU SCoT

L'objectif ZAN précité trouve dans le projet de loi une traduction très concrète, et déjà très décriée en matière d'exploitation commerciale.

À cet effet, l'article 52 du projet de loi intègre directement dans l'article L. 752-6 du Code de commerce fixant les conditions de délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale un principe général d'interdiction de création ou d'extension de surfaces commerciales qui engendreraient une artificialisation des sols au sens du nouvel article L. 101-2 du Code de l'urbanisme.

En ce cas, l'autorisation d'exploitation commerciale ne pourra désormais être délivrée qu'à titre dérogatoire, et pour les seuls projets inférieurs à 10 000 m² de surface de vente, sous réserve que le pétitionnaire démontre, à l'appui de l'analyse d'impact du projet produite à l'appui de la demande d'autorisation, que le projet s'insère en continuité avec les espaces urbanisés dans un secteur au type d'urbanisation adéquat, qu'il répond aux besoins du territoire et qu'il obéit à l'un des critères suivants :

- l'insertion du projet dans le secteur d'intervention d'une opération de revitalisation de territoire ou dans un quartier prioritaire de la politique de la ville ;
- l'insertion du projet dans une opération d'aménagement au sein d'un espace déjà urbanisé, afin de favoriser notamment la mixité fonctionnelle du secteur concerné ;
- la compensation par la transformation d'un sol artificialisé en sol non artificialisé, au sens du II de l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme ;
- l'insertion au sein d'un secteur d'implantation périphérique ou d'une centralité urbaine localisés dans le document d'orientation et d'objectifs du SCoT entré en vigueur avant la promulgation de la loi ou au sein d'une zone d'activité commerciale délimitée dans le règlement du PLUi entré en vigueur avant la promulgation de la loi.

La Commission nationale d'aménagement commercial examinera les demandes de



dérogation présentées pour tous les projets d'une surface de vente supérieure à 3 000 m².

Un décret en Conseil d'État viendra préciser les modalités d'application de ces nouvelles dispositions.

Il reste qu'un tel dispositif, appliqué aux seuls projets soumis à autorisation d'exploitation commerciale, excluant donc nombre de projets similaires en termes d'artificialisation des sols comme en termes d'impacts environnementaux, pose bien évidemment question au regard de l'objectif poursuivi (on en voudra pour preuve le tollé suscité par le rejet des amendements proposés en faveur d'un encadrement similaire des entrepôts logistiques de e-commerce).

Au-delà même de la prise en compte de projets pourtant similaires, le nouveau dispositif interroge d'autant plus que les commerces et services marchands contribuent à hauteur de 5 % au rythme d'artificialisation des sols, contre 50 % pour l'habitat, et 16 % pour les infrastructures, qui quant à elles ne font l'objet d'aucune restriction suivant l'objectif ZAN.

Quoi qu'il en soit, l'impact est mesurable pour les entreprises, le critère ZAN devenant la clé de voute de la nouvelle procédure d'autorisation d'exploitation commerciale. L'économie des projets concernés, qui devront désormais prendre place sur un espace déjà artificialisé, devra *a minima* intégrer le coût de la remise en état du terrain en friche, soit un surcoût estimé par l'étude d'impact du projet de loi entre + 20 % et + 30 % par rapport à un terrain nu (études de dépollution, coûts de dépollution, démontage, déconstruction, etc.), voire le coût d'une construction à étages (renfort des structures), de parkings souterrains ou en superstructure, etc.

En parallèle, le document d'aménagement artisanal et commercial (DAAC) compris dans le document d'orientation et d'objectifs (DOO) du SCoT intégrera désormais l'activité logistique, en devenant un « *document d'aménagement artisanal, commercial et*

logistique » (article 52 bis). Le nouveau document d'aménagement artisanal, commercial et logistique déterminera les conditions d'implantation des constructions commerciales et des constructions logistiques commerciales en fonction de leur surface, de leur impact sur l'artificialisation des sols et de leur impact sur les équilibres territoriaux, notamment au regard du développement du commerce de proximité, de la fréquence d'achat ou des flux générés par les personnes ou les marchandises.

TRAITEMENT ET REQUALIFICATION AU BESOIN FORCÉE DES ZAE

En complément de ces dispositions, l'article 53 charge les intercommunalités compétentes en matière de développement économique d'établir un inventaire des zones d'activités économiques définies à l'article L. 318-8-1 du Code de l'urbanisme sur leur territoire, réactualisé au minimum tous les six ans.

Il crée en parallèle, à l'instar du dispositif existant dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV), une nouvelle obligation de travaux d'office dans les zones d'activités économiques situées dans le périmètre d'un projet partenarial d'aménagement (PPA) ou d'une opération de revitalisation du territoire (ORT). Lorsque l'état de dégradation ou l'absence d'entretien par les propriétaires des locaux compromettront la réalisation d'une opération d'aménagement ou de restructuration de la zone, les propriétaires concernés pourront être mis en demeure de procéder à la réhabilitation des locaux, terrains ou équipements de la zone par le préfet, le maire ou le représentant de l'EPCI compétent après avis de l'organe délibérant. Faute d'avoir manifesté dans un délai de trois mois la volonté de se conformer à cette mise en demeure, ou lorsque les travaux de réhabilitation n'auront pas débuté dans un délai d'un an, l'expropriation des locaux pourra être engagée.

Un décret en Conseil d'État viendra préciser les conditions d'application de cet article.

ÉVALUATION DU POTENTIEL DE RÉVERSIBILITÉ ET D'ÉVOLUTIVITÉ DES BÂTIMENTS

Suivant l'idée d'évolutivité des logements introduite par la loi Élan au sein du Code de la construction et de l'habitation, l'article 54 du projet de loi ambitionne de s'inscrire dans une démarche d'économie circulaire en imposant au maître d'ouvrage, préalablement aux travaux de construction ou de démolition d'un bâtiment (démolitions soumises à l'établissement d'un diagnostic déchets), la réalisation d'une étude du potentiel de changement de destination et d'évolution de celui-ci, y compris par sa surélévation. Pour les travaux de construction, un document attestant la réalisation de l'étude devra être transmis aux services de l'État compétents dans le département avant le dépôt de la demande de permis de construire. En cas de démolition, l'étude sera à joindre au diagnostic déchets, dont le contenu, les modalités de réalisation et de publication sont par ailleurs précisés par l'article 54 bis du projet de loi (nouveaux art. L. 126-34 et L. 126-35 du CCH).

Un décret en Conseil d'État viendra déterminer les catégories de bâtiments concernés par la réalisation de cette étude, ainsi que son contenu. Il en sera de même s'agissant du diagnostic déchet.

Ces dispositions, prévues pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2023 sont présentées comme un outil d'aide à la décision du maître d'ouvrage, censé contribuer à la réduction de la consommation de matières premières et d'émissions de gaz à effet de serre, car devant notamment permettre de limiter les opérations de démolition-reconstruction. Faute de disposer encore des critères qui seront fixés par décret en Conseil d'État, il est difficile d'anticiper le coût du nouveau dispositif.

Il reste néanmoins permis de s'interroger sur sa réelle effectivité au regard de l'objectif poursuivi. N'étant notamment pas sanctionné dans le cadre de l'instruction des dossiers de permis de construire ou de démolir, ni assorti de mesures incitatives particulières, il n'existe en effet aucune garantie que les bâtiments neufs auront effectivement été éco-conçus pour changer de destination ou de configuration, ou que la mesure contribuera effectivement à réduire le nombre de démolitions et ainsi la quantité de déchets générés.

HABILITATION DU GOUVERNEMENT À LÉGIFÉRER PAR ORDONNANCE POUR COMPLÉTER LES PRINCIPALES MESURES PROPOSÉES

De nouvelles mesures, certainement non dénuées d'importance, sont attendues. En ce sens, l'article 55 habilite le gouvernement à prendre

par voie d'ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la loi, toutes mesures relevant du domaine de la loi afin de rationaliser les procédures d'autorisation prévues par le Code de l'urbanisme et le Code de l'environnement, pour accélérer les projets sur des terrains déjà artificialisés, dans les périmètres d'opérations de revitalisation de territoire, de grandes opérations d'urbanisme ou d'opérations d'intérêt national.

SECTEUR DE L'AGRICULTURE – GESTION DES ÉMISSIONS DE PROTOXYDE D'AZOTE ET D'AMMONIAQUE

Les articles 62 et 63 de la loi climat concernent la question des émissions de protoxyde d'azote et d'ammoniaque dans le secteur agricole.

On sait que les produits résultant de cycle de l'azote posent de très gros problèmes aussi bien en tant qu'émetteurs de gaz à effet de serre qu'en tant que polluants importants pour la santé humaine.

“ La France a des objectifs de réduction du protoxyde d'azote comme des objectifs de réduction des émissions d'ammoniaque. Le sujet est connu depuis de très nombreuses années, mais aucune mesure concrète n'a jamais été prise. ”

En effet, le protoxyde d'azote est un gaz à effet de serre dont l'effet forçatif est reconnu, et les NOx et surtout l'ammoniaque sont des polluants de l'air très importants.

En particulier, l'ammoniaque qui résulte des épandages agricoles est un précurseur des particules fines, lesquelles ont un effet délétère sur l'air et la santé humaine ; de plus, des corrélations claires ont été établies entre les épandages d'ammoniaque au printemps, l'augmentation des émissions de particules fines et le nombre de cas de Covid.

En conséquence, la France a des objectifs de réduction du protoxyde d'azote comme des objectifs de réduction des émissions d'ammoniaque.

Le sujet est connu depuis de très nombreuses années, mais aucune mesure concrète n'a jamais été prise.

L'étude d'impact de la loi climat met en lumière le fait que pour respecter l'engagement de la France en 2050, les émissions du secteur de l'agriculture devront être divisées par deux, soit une réduction de 15 % de protoxydes d'azote en 2030 par rapport à 2015 et 45 % en 2050.

Et ce chiffre ne prend pas en considération le nouvel objectif de 55 % de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour 2030 qui devrait encore faire progresser les objectifs de réduction des émissions de protoxyde d'azote.

S'agissant de l'ammoniaque, l'étude d'impact reconnaît que non seulement la France n'a pas baissé ses émissions, mais au contraire les a augmentées de près de 5 % entre 2005 et 2018, d'où un risque de contentieux européen.

La loi fixe donc un objectif de réduction de 13 % des émissions d'ammoniaque en 2030 par rapport à 2005 qui sera nécessairement insuffisant, et de 15% des émissions de protoxyde d'azote en 2030 par rapport à 2015.

L'article 63 de la loi climat précise qu'un décret doit définir une trajectoire annuelle de réduction de ces émissions pour parvenir à l'objectif, et donne un an au gouvernement pour présenter un rapport sur le suivi de cette réduction.

En premier lieu, comme on vient de l'indiquer, l'objectif sera notoirement insuffisant par rapport aux nouveaux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Mais surtout, on voit mal comment l'objectif serait tenu sans mesure contraignante puisque jusqu'à présent, non seulement aucune réduction n'a été observée, mais au contraire, on est en présence d'augmentations.

De surcroît, la jurisprudence du Conseil d'État « Grande Synthèse » a désormais fixé une orientation très claire sur les réductions annuelles, en obligeant le gouvernement à justifier, année par année, que l'objectif est tenu.

On aurait donc imaginé des dispositions précises pour tenir cet objectif. Il n'en est rien.

En effet, l'article 62 de la loi climat ne fait qu'envisager de mettre en place une redevance sur les engrais azotés dans l'hypothèse où les objectifs annuels de réduction ne seraient pas tenus pendant deux années consécutives.

Compte tenu des délais nécessaires pour connaître les résultats d'une année sur l'autre, il est probable qu'aucune redevance ne sera envisagée avant 2023 ou 2024.

Dès lors, cette disposition n'a évidemment aucun caractère concret immédiatement.

La Convention citoyenne avait proposé la mise en place d'une redevance pour pollution diffuse dans le cadre de l'article L. 213-10-8 du Code de l'environnement. Mais l'étude d'impact contestait ce système en considérant que l'impact environnemental devait varier en fonction du type d'engrais et de son impact.

Il avait été envisagé dans l'étude d'impact une redevance de 30 euros pour les ammonitrates, 120 euros pour les solutions azotées, et 225 euros pour le protoxyde d'azote par tonne d'azote minéral acheté.

Ce n'est pas ce qui est retenu puisque rien n'est fixé de manière précise dans la loi climat.

En revanche, l'article 62 de ladite loi donne un délai d'un an au gouvernement pour présenter un rapport sur ce que pourrait être cette redevance sur les technologies et outils d'aide à la décision et à l'exploitation, ainsi que la liste des financements publics permettant d'accompagner ces démarches.

Il prévoit également une étude de l'impact écologique et économique de la création et de la mise en œuvre de certificats d'économie d'engrais azotés en conformité avec la trajectoire de réduction des émissions d'ammoniaques et de protoxydes d'azote.

On ne peut que déplorer une telle pusillanimité dans la disposition votée, et ce d'autant plus que l'étude d'impact souligne trois pages durant, l'impact positif qu'aurait une redevance à la fois sur le climat, sur l'air, sur l'eau et sur la biodiversité.

SECTEUR DE L'AGRICULTURE – POLITIQUE AGRICOLE COMMUNE (PAC)

Il s'agit ici d'évoquer l'élaboration du plan stratégique de cohérence concernant la PAC.

L'article 65 du projet de loi modifie l'article L.4 du Code rural et de la Pêche maritime. Il intègre la critique qui avait été faite par le Conseil d'État de reprendre la formulation proposée à l'Assemblée. Ces dispositions visent à écarter la critique de dispositions législatives prises par anticipation des règlements européens non encore publiés, dans la mesure où l'obligation d'établir ce plan stratégique national ne figure que dans un projet de règlement du Conseil, mais n'a pas été encore adoptée.

S'agissant du contenu même du texte, il assure la cohérence avec toutes les stratégies qui touchent à l'environnement : stratégie bas carbone, bien sûr, stratégie nationale pour la biodiversité, plan national de prévention des risques pour la santé, lutte contre la déforestation importée.

Ce texte n'a pas d'incidence juridique immédiate dans la mesure où le règlement communautaire à venir de la PAC est un règlement et a donc un effet direct en droit interne.

Cependant, il crée l'obligation pour l'État de réaliser annuellement un rapport de performance avec un certain nombre d'indicateurs :

- évaluation de l'impact, l'efficacité, l'efficience, la pertinence des interventions financées par son PSN ;
- contrôle des valeurs cibles (objectifs chiffrés) pour tous les indicateurs de résultat contribuant aux objectifs spécifiques du PSN ;
- suivi des progrès accomplis vers ces valeurs cibles.

Les documents de programmation, les plans d'action et les évaluations sont également transmis au Parlement et au Conseil économique et social et rendus publics.



Aucune sanction n'est naturellement prévue dans l'hypothèse où les documents ne seraient pas transmis, mais, dès lors que leur existence deviendra une obligation européenne, la non-transmission et la non-publication deviendront des infractions à la réglementation de l'Union. On peut donc espérer que cette disposition soit suivie d'effet.

L'ENCADREMENT DES LABELS – LE SECTEUR DE L'AGRO ÉCOLOGIE

Cette disposition intéresse essentiellement le monde des PME. Elle reprend une proposition de la Convention citoyenne demandant le renforcement et l'encadrement des labels privés. Ce n'est pas l'objet de la proposition gouvernementale.

La disposition votée conformément à la proposition du gouvernement concerne la lisibilité du commerce équitable en intégrant l'environnement et l'agro écologie dans les principes du commerce équitable et en rendant obligatoire le recours à un label reconnu par l'État pour pouvoir utiliser le terme de commerce équitable.

L'interdiction des labels privés qui avait été formulée par la Convention pour le climat n'est pas retenue et c'est une autre disposition qui traite du sujet.

C'est la plateforme RSE créée au sein de France Stratégie qui sera chargée de reconnaître ses labels. À cet égard, le Parlement a rajouté un point supplémentaire numéro trois à l'article 66 pour préciser que c'est la plateforme nationale d'action globale pour la RSE, qui comprend parmi ses membres un député et un sénateur, qui validera le label pour une durée de trois ans. Ces dispositions entrent en vigueur au 1^{er} janvier 2023.

Un nouvel article 66 bis a été ajouté par le Parlement au projet initial qui complète

l'article L. 640-2-1 du Code rural et de la pêche maritime. Il autorise les labels privés pour des produits agricoles et forestiers ou alimentaires et les produits de la mer, bruts ou transformés à la condition qu'ils soient issus d'une démarche collective. Cependant, la disposition législative est particulièrement légère quant aux modalités d'encadrement des cahiers des charges et de contrôle même s'il en est prévu un contrôle régulier.

On peut craindre que cette disposition ne permette une floraison de label dont la réalité et la qualité pourront laisser à désirer.

SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ET DE L'ALIMENTAIRE

La loi climat modifie le Code de la consommation sur ce point, en modifiant le chapitre trois du titre Ier du livre 1^{er} de ce Code pour créer deux sections : la première intitulée « *informations sur les conditions sociales de fabrication des produits* » et une seconde section totalement nouvelle, intitulée « *informations sur la saisonnalité des fruits et des légumes* ».

Ces dispositions prévoient un affichage dans les magasins de vente de plus de 400 m² d'une information claire et lisible relative à la saisonnalité limitée des fruits et légumes frais. Cette disposition est prévue pour encourager la consommation de fruits et légumes de saison. Mais, elle ne fait l'objet d'aucun contrôle ni d'aucune sanction. Elle est donc purement incitative.

Le secteur des entreprises est donc largement concerné par la loi climat. Sauf que comme cela a pu être démontré dans le présent article, la mise en œuvre des dispositions et le manque d'ambition générale posent déjà question, alors même que la loi n'est pas encore promulguée.

Le paysage réglementaire des collectivités territoriales remodelé par la loi climat



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour

Ces dernières années, les collectivités territoriales n'ont pas été épargnées par les innovations et évolutions réglementaires. Et c'est dans un contexte de plus en plus contraint financièrement, notamment en raison des baisses de dotation de l'État, qu'il est demandé aux collectivités territoriales, et notamment aux échelons locaux que sont les intercommunalités et les communes, de s'adapter en permanence à un paysage réglementaire en constante évolution, dans des domaines extrêmement diversifiés.

La loi climat, adoptée en première lecture le 4 mai dernier à l'Assemblée nationale, en est l'illustration parfaite.

Si elle comporte beaucoup de dispositions-cadres, peu applicables en l'état et qui relèvent davantage de la déclaration de bonnes intentions, les collectivités territoriales ne sont pas épargnées par les évolutions que prévoit ce texte, dont certaines ne seront pas sans conséquence.

110 heures de débat à l'Assemblée nationale, ce qui en fait un des textes les plus débattus de la V^e République.

Il faut dire que l'enjeu était de taille : lutter contre le dérèglement climatique et renforcer la résilience face à ce dérèglement. Pour ce faire, le législateur a organisé sa loi autour de sept titres :

- Consommer ;
- Produire et travailler ;
- Se déplacer ;
- Se loger ;
- Se nourrir ;
- Renforcer la protection juridique de l'environnement ;
- Dispositions relatives à l'évaluation climatique et environnementale.

Les collectivités territoriales sont concernées par chacun des six premiers thèmes notamment. Un décryptage s'impose alors.

CONSOMMER : LE NOUVEAU POUVOIR DE POLICE DU MAIRE EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ

Le Titre premier de la loi climat « Consommer » prévoit plusieurs dispositions, et notamment,

pour ce qui intéresse les collectivités territoriales et plus précisément les communes (ou les intercommunalités), renforce les pouvoirs du maire (ou du président de l'EPCI compétent) en matière de réglementation et de contrôle de l'affichage publicitaire.

À ce titre, les articles 6 et 7 de la loi climat innovent et transfèrent le pouvoir de police de la publicité aux maires et aux intercommunalités, et ce, même en l'absence de règlement local de publicité.

« La commande publique est indéniablement un réel levier économique. »

Actuellement, aux termes de l'article L. 581-1 du Code de l'environnement, « *chacun a le droit d'exprimer et de diffuser informations et idées, quelle qu'en soit la nature, par le moyen de la publicité, d'enseignes et de préenseignes, conformément aux lois en vigueur (...)* ». Les articles suivants fixent les règles applicables en matière de publicité et d'enseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique. Le pouvoir de police en matière de publicité est alors exercé, de manière alternative, soit par le préfet, soit par le maire lorsqu'il existe un règlement local de publicité.

Désormais, la loi climat fait du maire la seule et unique autorité de police compétente et de référence en matière de publicité extérieure. Par ailleurs, et lorsqu'un établissement public de coopération intercommunale est compétent en matière de plan local d'urbanisme ou de règlement local de publicité, les maires des communes membres de cet établissement public transfèrent au président leurs pouvoirs de police en matière de publicité.

Si le préfet pouvait auparavant se substituer à un maire défaillant dans la mise en œuvre de ses pouvoirs de police en matière de publicité, cette possibilité a été supprimée par la loi climat. Dès lors, un préfet qui constaterait une carence

de l'édile local n'aurait d'autre possibilité que de demander au maire d'agir, et à défaut, de saisir le juge administratif de cette carence : moins de flexibilité donc pour le préfet et accroissement de pouvoir pour le maire qui s'accompagne nécessairement d'un accroissement de responsabilité.

Dans son avis du 4 février dernier, le Conseil d'État a noté qu'en faisant du maire l'autorité de police de référence en matière de publicité, la loi climat procède « *à l'égard des communes ou établissements publics de coopération intercommunale non dotés d'un règlement local de publicité, à un transfert de compétences au sens de l'article 72-2 de la Constitution, qui doit être compensé par un transfert de ressources équivalentes* » ; en d'autres termes, le Conseil d'État suggérerait une compensation financière pour cette nouvelle attribution. Pour le moment, il ne semble pas que la loi climat ait été amendée en ce sens.

PRODUIRE ET TRAVAILLER : LA COMMANDE PUBLIQUE BOULEVERSÉE PAR LE PROJET DE LOI CLIMAT

Si le projet de loi climat est relativement révolutionnaire en matière de commande publique, il n'est pourtant pas nouveau de parler de développement durable ou d'environnement dans la commande publique française, même si ce fut, ne l'oublions pas, sous l'impulsion de directives européennes de 2004, transposées en droit interne en 2006 seulement. Il n'en demeure pas moins que les pouvoirs adjudicateurs se familiarisent tout de même de plus en plus avec l'insertion du développement durable dans les contrats de la commande publique.

Un rapport rendu il y a quelques jours par l'observatoire économique de la commande publique (Ocep) publie les chiffres 2019 qui démontrent que d'une part, la commande publique représente 110 816 millions d'euros et que, d'autre part, les clauses sociales dans les marchés publics ont augmenté de 22,5 %, alors que les clauses environnementales ont augmenté de 16,8 %.

Ces chiffres témoignent du fait que la commande publique est indéniablement un réel levier économique.

Avec le projet de loi climat et plus précisément son article 15, il est bien évident qu'un cap est franchi en matière de prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics et dans les contrats de concession. Si l'on ne peut que se féliciter d'une telle évolution, on doit également s'interroger sur la question de savoir si les acheteurs publics sont prêts à y faire face, tant techniquement et financièrement.

Traditionnellement, il existe deux manières d'intégrer l'environnement dans un contrat de la commande publique : soit par le biais d'un critère de sélection des offres prenant en compte des caractéristiques environnementales, soit en intégrant dans les documents contractuels une clause environnementale. Naturellement l'un n'exclut pas l'autre.

L'article 15 du projet de loi climat agit sur ces deux dimensions.

Concernant les clauses environnementales, le projet de loi climat prévoyait, dans sa version initiale présentée à l'Assemblée nationale, de modifier l'actuel article L. 2112-2 alinéa 2 du Code de la commande publique, en créant désormais une obligation d'insertion de clauses environnementales dans les marchés publics. En effet, la rédaction envisagée laissait alors que très peu de place aux doutes : « (...) les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement ». Mais après étude par l'Assemblée nationale, le nouveau projet de rédaction de l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique a largement été élargi puisque désormais, il est imposé que les spécifications techniques prennent en compte, tout à la fois, « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Concernant les conditions d'exécution des marchés publics, le projet de modification de l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique indique : « Les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement, au domaine social et à l'emploi. Elles peuvent également prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation ou à la lutte contre les discriminations. »

Quelles conséquences pour les collectivités territoriales ? Dans la rédaction de leurs pièces de marchés publics, les acheteurs publics devront alors intégrer des clauses environnementales et des clauses d'insertion sociale. La rédaction projetée de l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique, en employant le présent de l'indicatif, ne laisse pas le choix quant au fait de tenir compte de considérations environnementales



et liées au domaine social et à l'emploi dans les clauses du marché. Le propos est néanmoins nuancé concernant les considérations relatives à l'économie, à l'innovation ou à la lutte contre les discriminations, qui restent facultatives pour les acheteurs publics.

En d'autres termes, le projet de loi a évolué lors de son étude par l'Assemblée nationale et n'est plus uniquement axé sur l'environnement et l'obligation de clauses environnementales dans les marchés publics, mais sur le développement durable d'une manière plus générale. Cela rend la mise en œuvre des évolutions projetées du Code de la commande encore plus complexe : en l'état de rédaction du texte, les collectivités territoriales se trouvent clairement confrontées à l'obligation de prévoir des clauses environnementales et des clauses d'insertion sociale dans leurs marchés publics.

Se posent alors bien évidemment de nombreuses questions telles que les modalités de rédaction de ces clauses avec lesquelles toutes les collectivités ne sont pas encore familières, ou encore les modalités de mise en œuvre de manière concrète, et notamment les modalités de contrôle et/ou de sanction. Encore faut-il ici que ces clauses soient donc opérationnelles, utiles, facilement mises en œuvre et applicables par les cocontractants, et surtout qu'elles ne soient pas dissuasives pour les candidats éventuels. Le défi à relever semble loin d'être gagné sur ce point.

À côté des modalités d'exécution des prestations du marché se pose la question des critères de sélection des offres.

Concernant l'insertion d'un critère environnemental dans les documents de la consultation, le projet de loi climat envisage de modifier à son tour l'article L. 2152-7 alinéa 1^{er} du Code de la commande publique, qui pourrait

alors prévoir dans sa nouvelle rédaction que l'un au moins des critères de sélection « prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ».

Naturellement, nous voyons poindre ici le risque de dérives en matière d'attribution de marchés.

Et c'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle le Conseil d'État rappelle, dans son avis en date du 4 février dernier, que les critères de sélection doivent avant tout rester objectifs, et qu'ils ne doivent pas avoir pour effet de restreindre de manière anormale la concurrence.

Pour le dire de manière plus simple, il ne s'agit pas uniquement de privilégier l'entreprise voisine en raison d'un simple critère de proximité géographique. Et ce sera là toute la difficulté...

D'une manière plus générale, l'avis du Conseil d'État du 4 février dernier est en effet assez critique sur ce projet de loi puisqu'il a pu constater notamment que l'étude d'impact du projet est insuffisante sur certains aspects, allant jusqu'à employer le terme « d'insuffisances notables ». Le décor est planté... cela explique probablement le fait que l'article 15 présenté en première lecture à l'Assemblée nationale à l'origine, et celui adopté à l'issue des débats ait considérablement évolué, des articles 15 bis et ter ayant même été créés lors des débats.

Mais si le Conseil d'État était assez critique sur le projet de loi soumis à son étude, ce n'est pas sur la partie commande publique et l'article 15 de ce projet qu'il est le plus virulent.

Malgré tout, le Conseil d'État soulevait déjà quelques interrogations quant au fait que l'extension des dispositions du Code de la commande publique en matière d'environnement dans les marchés publics ne soit pas intégrée aux contrats de concession.

En réalité, il semblait en effet tout simplement incompréhensible d'imposer de telles évolutions

en matière de marchés publics et de ne pas le faire en matière de contrats de concession alors même que ces derniers sont des contrats supposant des investissements beaucoup plus lourds, sur des durées beaucoup plus longues et avec des entreprises davantage en mesure de satisfaire à ce type de critère ou de respecter ce type de clauses.

Le mal fut réparé et le projet de loi prévoit désormais qu'aux termes de l'article L. 3114-2 du Code de la commande publique « *les conditions d'exécution d'un contrat de concession doivent être liées à son objet* », étant précisé tout de même que « *pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité, les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement* » ; en d'autres termes, ici aussi, une obligation de clause environnementale dans les contrats de concession (hors contrat de concessions de défense ou de sécurité). Une faculté est laissée en revanche quant à l'insertion d'une clause prenant en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social ou à l'emploi.

En matière d'exécution de contrats de concession, le législateur va encore plus loin. Chaque année, le concessionnaire remet à l'autorité concédante un rapport d'information, prévu à l'article L. 3131-5 du Code de la commande publique, et qui n'est pas une nouveauté.

La nouveauté néanmoins, c'est que le législateur entend désormais imposer que ce rapport d'information décrira notamment « *les mesures mises en œuvre par le concessionnaire pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat* ». C'est là une manière intéressante de vérifier que la clause environnementale est bien exécutée. Mais encore faudra-t-il prévoir des sanctions adaptées en cas d'omission dans le rapport ou de clause environnementale peu ou pas exécutée.

Concernant les conditions d'attribution des contrats de concession, il est prévu une modification de l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique afin de prévoir que les contrats de concession (hors concession de défense ou de sécurité), « *au moins un des critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre* ». Cette nouvelle rédaction signe donc une obligation de critère environnemental dans les contrats de concession.

Les collectivités territoriales vont donc devoir changer considérablement leurs manières de faire en matière de commande publique, qu'il s'agisse des modalités de rédaction des

contrats, ou de leurs modalités d'exécution, de contrôle et de sanction. Car prévoir des clauses environnementales sans prévoir de modalités de contrôle et de sanction serait parfaitement inutile et contraire à l'esprit de la loi climat qui n'apporte pourtant aucun élément aux collectivités en la matière, et qui vont devoir redoubler d'ingéniosité et de vigilance.

« Là où les collectivités ont réellement un rôle à jouer en la matière, c'est par le prisme de la création de zones à faibles émissions. »

SE DÉPLACER : LES COLLECTIVITÉS CONFRONTÉES AUX OBJECTIFS DE RÉDUCTION D'ÉMISSION DE CO₂ ET AUX CRÉATIONS DE ZONES À FAIBLES ÉMISSIONS

Les articles 25 et 26 du projet de loi climat donnent des précisions quant à la trajectoire de réduction des émissions de CO₂ des véhicules afin d'accélérer la transition du parc automobile et d'atteindre les objectifs fixés par la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités qui prévoit notamment la fin de vente des voitures particulières d'ici 2040.

L'objectif visé est bien évidemment de favoriser le report modal de la voiture vers les transports collectifs en entrée de ville en intégrant le développement des parkings-relais dans les objectifs des plans de mobilité élaborés par les collectivités territoriales.

Il ressort par ailleurs du compte rendu du conseil des ministres du 10 février 2021 que « (...) le projet de loi a pour objectif d'amplifier la mutation des déplacements du quotidien déjà engagée par la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités. Il promeut les alternatives à la voiture individuelle et la transition vers un parc de véhicules moins carbonés, tout en modifiant les modes d'organisation du transport en ville, avec notamment la création de zones à faibles émissions pour les agglomérations de plus de 150 000 habitants et l'obligation pour les régions de proposer des tarifs permettant de favoriser l'usage des transports collectifs plutôt que des transports individuels. Il encourage le recours au train plutôt qu'à l'avion en interdisant les vols domestiques quand une alternative en train existe en moins de 2h30 et prévoit la compensation carbone systématique des vols intérieurs. Il fixe des objectifs pour réduire les émissions des véhicules d'ici à 2030 ».

Un vaste chantier que les collectivités vont, là encore, devoir s'approprier.

Deux thématiques principales doivent être prises en compte dans le titre du projet de loi relatif aux déplacements :

- l'affirmation de la volonté de réduction des émissions de CO₂ et d'objectifs à l'horizon 2030 ;
- l'élargissement des possibilités de création de zones à faibles émissions (ZFE) avec l'article 27 de la loi climat.

Et chacune de ces problématiques concerne directement les collectivités territoriales.

Concernant la réduction des émissions de CO₂ et la fixation d'objectifs à l'horizon 2030, le contexte peut bien évidemment être rappelé. En effet, des engagements ont été pris par la France en matière de lutte contre l'augmentation des émissions de CO₂, et lors des Accords de Paris signés lors de la COP21. Dans cet accord mondial, la France, tout comme l'Union européenne d'ailleurs, se sont engagées d'ici la deuxième moitié du 21^e siècle, à limiter le réchauffement de la planète « *bien en dessous de 2°C* ». Et c'est d'ailleurs en cohérence avec ces engagements notamment que la France a pu mener une politique nationale de lutte contre le changement climatique.

La loi énergie-climat de 2019 en est le reflet, fixant notamment comme objectifs, concernant l'émission de gaz à effet de serre :

- « • *Neutralité carbone en 2050.*
- *Réduction de 40 % des émissions de GES en 2030 par rapport à 1990 (objectif identique à la LTECV).*
- *Division des émissions de GES par au moins 6 d'ici 2050 par rapport à 1990.*
- *Fermeture des dernières centrales à charbon en 2022* ».

Mais là où les collectivités ont réellement un rôle à jouer en la matière, c'est par le prisme de la création de zones à faibles émissions.

Ces zones ne sont pas une nouveauté.

La Loi sur l'orientation des mobilités (LOM) adoptée le 24 décembre 2019 dont l'article 86 rend obligatoire la mise en place de ZFE lorsque les normes de qualité de l'air ne sont pas respectées de manière régulière, et a introduit une disposition portant sur la création de ZFE-m (Zones à Faibles Émissions-mobilité) avant le 31 décembre 2020 pour les territoires dépassant régulièrement les seuils réglementaires, sans qu'aucune sanction n'ait pour autant été prévue en cas de non-respect.

Plus récemment encore, le décret n° 2020-1138 du 16 septembre 2020, codifié dans le Code général des collectivités territoriales et relatif au non-respect de manière régulière des normes de la qualité de l'air donnant lieu à une obligation d'instauration d'une zone à faibles émissions mobilité, précise les cas dans lesquels la création d'une ZFE est rendue obligatoire.

À ce titre, il ressort notamment d'une lecture combinée des articles L. 2213-4-1 alinéa 2 et D2213-1-0-2 du Code général des collectivités

territoriales que la création de telles zones est obligatoire pour les zones administratives de surveillance de la qualité de l'air, dans lesquelles « (...) l'une des valeurs limites relatives au dioxyde d'azote (NO₂), aux particules PM10 ou aux particules PM2,5 mentionnées à l'article R. 221-1 du Code de l'environnement n'est pas respectée au moins trois années sur les cinq dernières ».

Le projet de loi climat vient ajouter des cas de recours obligatoires aux ZFE, en prévoyant désormais que l'instauration d'une ZFE est obligatoire avant le 31 décembre 2024, pour toutes les agglomérations de plus de 150 000 habitants.

Dans ces zones, la collectivité compétente prendra les mesures de restriction de la circulation des véhicules automobiles construits pour le transport de personnes ou de marchandises dont le poids total autorisé en charge est inférieur ou égal à 3,5 tonnes et disposant d'au moins quatre roues.

Par ailleurs, le projet de loi climat renforce les obligations en matière d'aménagements de zones cyclables, notamment lors de la réalisation ou du réaménagement de voies situées dans des ZFE-m. Les collectivités, et nous pensons surtout évidemment ici aux présidents d'EPCI ou aux maires, vont devoir utiliser leur pouvoir de police pour réglementer de telles zones et assurer la sécurité des usagers, et leur cohabitation avec d'autres usages (certains véhicules, piétons ...).

Les collectivités ont donc un rôle primordial à jouer en matière de création de zones à faible émission et de zones cyclables, pour intégrer de manière plus sécurisée et plus automatique le vélo en ville, dans un objectif de toujours réduire les émissions de CO₂.

Mais bien évidemment, de tels aménagements ont un coût dont on ne doit pas faire abstraction. La loi climat n'aborde pas cette problématique pourtant non négligeable.

Seule précision financière intéressante en matière de circulation, l'article 32 du projet de loi qui habilite le gouvernement à légiférer par ordonnance pour permettre aux régions d'instituer, de manière expérimentale, des contributions spécifiques assises sur la circulation des véhicules de transport routier de marchandises empruntant les voies du domaine public routier national.

Un dispositif qui n'est pas sans rappeler celui qui fut posé jadis par l'article 11 de la loi Grenelle 1, prévoyant la fameuse taxe poids lourd qui n'a jamais été appliquée, forçant à l'abrogation du dispositif par la loi de finances pour 2017.

Espérons que le dispositif prévu par la loi climat ait une fin plus heureuse...

RÈGLEMENTATIONS TERRITORIALES ET MOBILITÉ

L'article 28 de la loi climat rend obligatoire, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, la mise en place de voies réservées



aux véhicules de transport en commun, aux taxis, aux véhicules transportant un nombre minimal d'occupants, notamment dans le cadre du covoiturage ou aux véhicules à très faibles émissions sur une portion des autoroutes ou routes express du réseau routier national ou départemental hors agglomération desservant une zone à faibles émissions mobilité (ZFE-m, voir le point précédent).

L'intérêt de la disposition est que chaque création de voie devra faire l'objet d'une évaluation dont les résultats seront rendus publics.

Les voies réservées feront l'objet d'un arrêté de l'autorité de police de la circulation compétente, pris après avis de l'autorité organisatrice de la mobilité (AOM) responsable de l'élaboration du plan de mobilité. Particularité évidemment en Île-de-France où l'arrêté ne pourra qu'être pris après avis d'Île-de-France Mobilités.

L'article 29 du projet de loi donne quant à lui un rôle d'importance aux régions en matière de mobilité puisqu'elles ont la lourde tâche de proposer des barèmes tarifaires incitant les usagers à privilégier les transports collectifs. Si une pratique existait déjà pour certaines régions particulièrement attractives quant aux tarifs pratiqués dans les transports collectifs et notamment ferroviaires, la loi climat vient désormais généraliser à l'ensemble du territoire cette pratique.

SE LOGER : LES POLITIQUES PUBLIQUES DE L'HABITAT ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE À L'ÉPREUVE DU PROJET DE LOI CLIMAT |||||

Dans les domaines des politiques publiques, de l'habitat et de l'aménagement du territoire, la loi climat est très fournie. Il s'agit d'ailleurs d'une des parties qui a été le plus débattue et amendée.

Les collectivités ont, à l'évidence, un rôle à jouer dans ces matières extrêmement variées, aussi bien en matière de rénovation des bâtiments, qu'en matière de diminution de la consommation d'énergie ou encore de lutte contre l'artificialisation des sols (articles 46 à 57 largement amendés lors de la première lecture à l'Assemblée nationale).

SUR LA RÉNOVATION DES BÂTIMENTS

Un article 43 *ter* inséré par l'amendement n° 5714 ouvre la possibilité à tous les maires d'instituer des périmètres de ravalement obligatoire sur le territoire de leur commune, sans arrêté préfectoral préalable. En ce qui concerne Paris, la règle du ravalement obligatoire tous les dix ans est maintenue, bien qu'elle ne soit déjà actuellement pas des plus respectées. Elle est par ailleurs étendue à une liste de communes fixée par arrêté préfectoral sur proposition ou après avis des conseils municipaux.

SUR L'OBJECTIF DE DIMINUTION DE LA CONSOMMATION D'ÉNERGIE

Concernant les communes et EPCI de plus de 50 000 habitants, les départements et les régions, la loi climat pose une obligation de définition d'une stratégie pluriannuelle de réduction de la consommation énergétique de leur patrimoine immobilier à usage tertiaire.

SUR L'URBANISME ET LA LUTTE CONTRE L'ARTIFICIALISATION DES SOLS

LA PROTECTION DES ÉCOSYSTÈMES

Aux termes de l'article 56 bis de la loi climat qui crée de nouvelles dispositions à l'article L. 363-1 du Code de l'environnement, l'accès par voie terrestre ou maritime aux espaces naturels protégés pourra être réglementé voire interdit.

RÉTABLISSEMENT DU DROIT DE PRÉEMPTION DANS LES PÉRIMÈTRES SENSIBLES PRÉEXISTANTS AUX ESPACES NATURELS SENSIBLES

Les titulaires du droit de préemption dans les espaces naturels sensibles mentionnés aux articles L. 215-4 à L. 215-8 du Code de l'urbanisme, à savoir notamment les départements, se voient restituer la capacité d'exercer ce droit dans les périmètres sensibles créés par l'État avant l'entrée en vigueur de la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement instituant les espaces naturels sensibles (article 57 du projet de loi climat).

ARTIFICIALISATION DES SOLS - DÉFINITION

Le sujet de l'artificialisation des sols qui n'est pas nouveau, a très largement été débattu à l'Assemblée nationale. Et pour cause, l'artificialisation des sols est une des actions premières de dérèglement climatique et d'érosion de la biodiversité. De nos jours, il est considéré que l'artificialisation des sols progresse d'environ 8,5 % par an. Il fallait donc des dispositions à la hauteur pour inverser la tendance.

Mais est-ce le cas ?

Il peut déjà être souligné que si le sujet n'est pas nouveau, une définition du phénomène est néanmoins prévue par l'article 48 du projet de loi, qui ajoute à l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme :

« L'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme tend à limiter l'artificialisation des sols et à aboutir, à terme, à l'absence de toute artificialisation nette de ceux-ci, en recherchant l'équilibre entre :

1° La maîtrise de l'étalement urbain ;

2° Le renouvellement urbain et l'optimisation de la densité des espaces urbanisés ;

3° La qualité urbaine ainsi que la préservation et la reconquête de la biodiversité et de la nature en ville ;

4° La protection des sols naturels, agricoles et forestiers.

Un sol est regardé comme artificialisé si l'occupation ou l'usage qui en est fait affectent durablement tout ou partie de ses fonctions. »

Par ailleurs, il est renvoyé à un décret en Conseil d'État pour fixer les conditions d'application de cette disposition. Ce décret établira notamment une nomenclature des sols artificialisés en fonction de leur occupation et de leur usage, ainsi que l'échelle à laquelle l'artificialisation des sols doit être appréciée. En d'autres termes, sans décret en Conseil d'État, et en l'état, pas d'application possible.

IMPACT SUR LES DOCUMENTS DE PLANIFICATION ET D'URBANISME

Cette problématique intéresse directement les collectivités territoriales qui vont devoir

s'adapter : cela implique une certaine organisation, mais également du temps et un coût certain. La quatrième partie du Code général des collectivités territoriales et le livre premier du Code de l'urbanisme sont alors largement modifiés par la loi climat.

Dans son avis du 4 février dernier, le Conseil d'État relève bien que dans le prolongement logique du Plan biodiversité du 4 juillet 2018, le projet de loi fixe comme objectif l'arrêt, à terme, de tout accroissement de l'artificialisation des sols (objectif dit « *zéro artificialisation nette* »), ainsi qu'un objectif intermédiaire de division par deux de l'accroissement de l'artificialisation, pour les dix prochaines années.

L'intégration de ces objectifs dans les documents d'urbanisme que sont les SCOT, les PLU ou encore même les cartes communales ou documents en tenant lieu, va nécessairement occasionner de nombreuses modifications si les collectivités territoriales compétentes en la matière veulent se conformer à l'objectif de réduction du rythme d'artificialisation de moitié d'ici dix ans, soit à l'horizon 2031. Ce n'est évidemment pas anodin pour ces collectivités, et surtout pour celles qui viendraient de modifier ou de réviser, ou qui seraient en cours de modification ou de révision de leurs documents d'urbanisme. À la lourdeur des procédures s'attache un coût qui peut être conséquent et qui, en tout état de cause, doit être anticipé et budgétisé.

Et la contribution des collectivités ne s'arrête pas là.

Les gestionnaires des services de restauration collective seront tenus de proposer, au moins une fois par semaine, un menu végétarien.

Concernant les Régions, plusieurs amendements sont venus compléter le projet de loi initial en prévoyant que les documents de planification régionale (et donc notamment les SRADDET) devront être modifiés, selon une procédure de modification simplifiée, afin d'intégrer les objets de la loi climat. Sauf que les SRADDET sont des documents encore récents dont certains n'ont même pas encore été adoptés ou à peine, et qu'un délai d'un an est laissé pour les modifier. Bien évidemment, le Conseil d'État n'a pas manqué de souligner cette difficulté dans son avis du 4 février, même si le délai d'un an fixé ne commencera à courir qu'à compter de l'intervention des décrets d'application, en particulier le décret relatif à la nomenclature des sols artificialisés,

ce qui pourrait considérablement rallonger les délais de modification.

Concernant les intercommunalités, les articles 49 bis et suivants de la loi climat prévoient que les PLUi à venir devront notamment :

- intégrer un échéancier prévisionnel d'ouverture à l'urbanisation ;
- intégrer dans leurs orientations d'aménagement et de programmation, les actions et opérations nécessaires pour mettre en valeur les continuités écologiques ;
- définir une part minimale de surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables dans les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants et les communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique.

Par ailleurs, et aux termes de l'article 49 bis E de la loi climat, les orientations d'aménagement et de programmation pourront définir les actions et opérations nécessaires à la protection des franges urbaines et rurales.

Enfin, concernant les communes (ou intercommunalités), premier échelon de gestion des règles d'urbanisme, le projet de loi prévoit la création d'un article L. 2231-1 du Code général des collectivités territoriales, posant une obligation nouvelle pour le maire (ou le président de l'EPCI en cas de PLU intercommunal dit PLUi) de présenter chaque année, à l'organe délibérant, un rapport qui permettra de suivre les moyens mis en œuvre pour lutter contre l'artificialisation des sols et les résultats obtenus.

Une nouvelle obligation pour les communes ayant une incidence directe sur leur PLU concerne la création de zones de renaturation ou de surfaces non imperméabilisées.

Actuellement déjà, certaines communes ont eu l'occasion de voter des projets en faveur de la renaturation ou de mettre en place des zones au profit de surfaces non imperméabilisées. C'est qui est de l'ordre de la faculté aujourd'hui, sera une obligation demain. En effet, la loi climat prévoit que les documents d'urbanisme comme le PLU préciseront les éléments sur la renaturation et les surfaces non imperméables. C'est ainsi que les communes situées dans des zones dites à forte croissance démographique où dans lesquels existe un déséquilibre important entre offre et demande de logements, se verront contraintes de fixer une surface minimale de zones non imperméabilisées dans leur PLU.

Une obligation supplémentaire doit être précisée concernant le cas des communes concernées par l'évolution du trait de côte, conséquence directe du dérèglement climatique.

En effet, à l'horizon 2024, les collectivités concernées par le recul du trait de côte devront cartographier les zones qui seront impactées à

horizon 0-30 ans et celles qui seront impactées à horizon 30-100 ans.

Les nouvelles constructions seront interdites dans les zones impactées à horizon 0-30 ans afin de prioriser la renaturation de ces territoires. Dans les zones impactées à horizon 30-100 ans, les constructions nouvelles seront autorisées qu'à condition d'être démolies à terme.

LE RÔLE DES OBSERVATOIRES

Dans le cadre du Plan biodiversité, un observatoire national de l'artificialisation des sols a été créé, afin de répondre à l'objectif de suivi de la consommation d'espace. Cet outil de mesure permet de constater l'évolution de l'artificialisation des sols à l'échelle de chaque commune. Dans le cadre de la loi climat, l'article 50 précise qu'un décret déterminera comment l'État mettra ces données à dispositions des collectivités, et plus précisément des communes et de leurs établissements publics de coopération intercommunale.

En parallèle, des observatoires de l'habitat et du foncier sont mis en place au plus tard deux ans après que le programme local de l'habitat a été rendu exécutoire dans chaque collectivité concernée. Si ces observatoires sont déjà prévus par l'article L. 302-1 du Code de la construction et de l'habitat, la loi climat vient en préciser les délais de mise en œuvre (deux ans donc à compter du PLH rendu exécutoire) et les contenus.

LE PRINCIPE D'INTERDICTION DE CRÉATION DE NOUVELLES SURFACES COMMERCIALES ET ENTREPÔTS

La logique par rapport à celle qui existe aujourd'hui sera totalement inversée avec la loi climat. En effet, l'article 52 prévoit désormais une interdiction générale de construction de nouveaux centres-commerciaux qui seraient synonymes d'artificialisation des sols, sans démontrer leur nécessité au regard de différents critères. Il n'y aura pas exception pour les surfaces de vente de plus de 10 000 m² et concernant les projets d'une surface de vente supérieure à 3 000 m², les demandes de dérogation seront examinées par une Commission Nationale d'Aménagement Commercial (CNAC).

Concernant les parkings liés à ces installations commerciales notamment, l'article 52 bis C crée un nouvel objectif de réduction de 50 % d'emprise au sol des constructions de parking, à l'horizon 2031. Cet objectif s'accompagne également de l'obligation d'installation d'ombrières pour 50 % des surfaces de parkings extérieurs existants. Par ailleurs, l'ensemble des parkings devront être végétalisés d'ici 2025.



Enfin, concernant les entrepôts, l'article 52 bis prévoit quant à lui que des secteurs d'implantation seront identifiés en fonction des besoins du territoire concerné, en associant les populations locales et les collectivités territoriales. Reste à savoir, de manière concrète, si la parole des populations et des collectivités sera réellement écoutée et si des considérations purement économiques ne viendront pas mettre à mal l'objectif de lutte contre l'artificialisation des sols.

SE NOURRIR : LA RESTAURATION COLLECTIVE EN PLEINE MUTATION AVEC L'IMPOSITION D'UN MENU VÉGÉTARIEN HEBDOMADAIRE

La restauration collective est régulièrement un sujet qui évolue et qui pose question notamment à l'échelon communal, lorsqu'elle touche la restauration scolaire. Prise en compte ou non de menus diversifiés sur fond de débat sur le principe de laïcité (menu sans porc, viande halal ou casher...), intégration du bio et des circuits courts dans les cantines scolaires, tout en faisant attention au respect des règles de la commande publique et à ne pas créer de restrictions de concurrence, la restauration collective est régulièrement un sujet fait d'arbitrages et de compromis.

Et la loi climat n'épargne pas la restauration collective et ouvre notamment un nouveau débat : la création d'un menu végétarien.

L'article 24 de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine durable et accessible à tous, dite loi « EGALIM » a mis en place, pour la restauration scolaire, une phase d'expérimentation obligatoire, imposant la proposition d'un menu végétarien une fois par semaine. Cette expérimentation a débuté le 1^{er} novembre 2019.

Désormais, avec l'entrée en vigueur de la loi climat, les gestionnaires des services de restauration collective seront tenus de proposer, au moins une fois par semaine, un menu végétarien. Cela implique donc pour ces gestionnaires (collectivités territoriales qui gèrent en régie ou gestionnaires privés de service public) d'adapter leurs offres ; la faisabilité technique est loin d'être évidente. À titre d'illustration, cela posera nécessairement des difficultés pour les cantines qui proposent des repas uniques (dans ce cas le menu végétarien sera imposé à tous les élèves), ou encore pour les restaurations scolaires gérées par un concessionnaire privé : les contrats de concession (et probablement les prix) vont devoir évoluer pour se mettre en conformité avec cette nouvelle exigence. Le Conseil d'État avait pourtant relevé, dans son avis du 4 février dernier, le caractère inopportun d'une telle mesure et surtout sa complexité de mise en œuvre pratique. Le débat à l'Assemblée nationale a pourtant largement appuyé le choix d'un menu végétarien hebdomadaire, mais il est bien évident que les difficultés pratiques de mise en œuvre au sein des cantines scolaires et pour les collectivités territoriales ont largement été sous-estimées.

RENFORCER LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT : LE CONSTAT DES INFRACTIONS PAR LES GARDES CHAMPÊTRES

Les gardes champêtres constituent, dans la fonction publique territoriale, un cadre d'emploi de la police municipale (ou intercommunale). Aussi le garde champêtre est-il compétent pour dresser des procès-verbaux et constater différentes infractions, dans la limite de ses pouvoirs, notamment fixés par le Code de procédure pénale.

La loi climat prévoit dans le livre II du Code de l'environnement, la création d'un titre III qui traite des atteintes générales aux milieux physiques, et qui pose notamment l'existence d'un délit d'écocide. En tout état de cause, si différents agents sont compétents pour constater les différentes infractions prévues dans ce titre III, les gardes champêtres sont également compétents pour constater, au niveau local, les différentes atteintes aux milieux physiques prévues par le Code de l'environnement.

En conclusion, nul doute que l'adoption de la loi climat va susciter de vives réactions de la part des élus locaux et imposer de revoir la planification de certaines politiques publiques locales, des projets de territoire ou même l'organisation de certains services des collectivités territoriales... et d'adapter les budgets en conséquence.

Administrés, consommateurs, propriétaires et usagers des services publics : quelles conséquences au quotidien avec la loi climat ?



Le projet de loi climat est le fruit de travaux et propositions de la Convention citoyenne pour le climat. Partant, il semblait primordial d'en cerner les conséquences concrètes sur la vie quotidienne des particuliers, qu'ils soient administrés, consommateurs, locataires, propriétaires-baillleurs ou usagers de services publics, en matière de consommation, d'emploi, de transport et de mobilité, ou encore et surtout de logement.

CONSOMMER : LES ÉVOLUTIONS DE LA LOI CLIMAT ET LES CHANGEMENTS D'HABITUDES DE CONSOMMATION

VENTE EN VRAC ET SUPPRESSION DES EMBALLAGES

L'article 11 du projet de loi, à caractère programmatique, dispose que l'action des pouvoirs publics tend à ce que 20 % de la surface de vente soit consacrée à la vente en vrac dans les commerces dont la surface est supérieure à 400 m².

Cet objectif fixé pour 2040 s'inscrit dans la lignée des dispositions introduites par la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage à l'économie circulaire (AGEC), et notamment à la création d'un nouveau chapitre dans le Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales encouragées, dont la section unique est consacrée à la vente de produits sans emballage.

Elle vise évidemment à modifier les habitudes de consommation, au même titre que l'interdiction des sacs en plastique, et participera ainsi à l'objectif de réduction des emballages et de la production de déchets et à une diminution des émissions de gaz à effet de serre qu'ils génèrent.

Cette mesure doit être appréhendée en même temps que l'objectif de fin de mise à disposition des emballages en plastique à usage unique fixé à 2040 qu'a posé la loi AGEC.

Elle impactera essentiellement les acteurs privés dès lors qu'elle nécessite une refonte en profondeur des outils de production et de la chaîne logistique (voir en ce sens l'article du

présent JSS « *Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise* » p.3), mais a aussi des conséquences directes et évidentes sur les consommateurs.

Les autorités organisatrices de la mobilité seront obligées d'inclure au sein des comités des partenaires des citoyens tirés au sort.

RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LE GASPILLAGE

L'article 13 du projet de loi est extrêmement factuel puisqu'il vise une modification du Code de la consommation concernant les outils de bricolage et de jardinage motorisés, ainsi que les bicyclettes, y compris à assistance électronique et les engins de déplacements personnels motorisés.

Ces dispositions ne sont pas à proprement parler novatrices puisque l'article 19 de la loi AGEC avait déjà prévu de pouvoir mettre à disposition les pièces détachées non seulement pendant la période de commercialisation du modèle, mais également après la date de mise sur le marché de la dernière unité du modèle, et ce, pendant une durée minimale de cinq ans.

Le manquement à cette obligation est sanctionné par un nouvel article L.131-3 intégré dans le Code de la consommation qui punit d'une amende dont le montant ne peut excéder 15 000 euros pour une personne physique.

Le gouvernement a suivi la suggestion du Conseil d'État faite dans son avis du 4 février dernier, de préciser la catégorie d'équipements concernés et la durée minimale des pièces détachées, ce qui a occasionné des amendements au projet de loi initial.

TRAVAILLER : ADAPTATION DE L'EMPLOI À LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE

Les articles 16 à 18 du projet de loi climat sont relatifs à l'adaptation de l'emploi à la transition écologique.

En effet, comme le souhaitait la Convention

citoyenne pour le climat, ces articles visent à intégrer la question de la transition écologique dans le dialogue social et territorial, et surtout la possibilité donnée aux salariés de s'adapter aux transformations (voir article dans le présent JSS « *Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise* »).

MOBILITÉ : L'INTÉGRATION DES PARTICULIERS DANS LES COMITÉS DES PARTENAIRES

L'article 34 du projet de loi climat modifie les comités des partenaires créés par les autorités organisatrices de la mobilité (AOM) afin d'y intégrer des citoyens tirés au sort. Il prévoit également que les comités sont consultés sur tout projet de mobilité, et non plus annuellement, et qu'ils évaluent, au moins une fois par an, les politiques de mobilité mises en place sur le territoire relevant de l'autorité organisatrice de la mobilité.

L'article L.1231-5 du Code des transports est ainsi modifié afin d'intégrer au sein des comités des partenaires des habitants tirés au sort. Comme le rappelle l'étude d'impact du projet de loi, les habitants tirés au sort pourront être volontaires ou refuser de participer. Si les AOM seront obligées d'inclure au sein des comités des partenaires des citoyens tirés au sort, elles seront libres d'en définir les modalités. Les comités des partenaires ne seront plus seulement consultés *a minima* une fois par an, mais « *sur tout projet de mobilité* » comme sur l'opportunité de mettre en place une nouvelle solution de mobilité (telle une plateforme de covoiturage) ou encore de créer des itinéraires cyclables, en lien avec les gestionnaires de voirie. Une avancée donc dans la concertation des particuliers davantage intégrés au processus de décision.

Ce dispositif entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2022.

SE LOGER : LA PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE AU CŒUR DES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET DES RAPPORTS LOCATIFS

UNE OBLIGATION DE TRANSPARENCE EN CAS DE VENTE OU LOCATION

L'article 39 ter A du texte adopté en première lecture vient ajouter une nouvelle disposition à

l'article L. 126-33 du Code de la construction et de l'habitation, disposant que tout non-professionnel qui contreviendrait à l'obligation d'information applicable en cas de vente ou de location d'un bien immobilier au sujet du classement du bien au regard de sa performance énergétique et du montant des dépenses théoriques de l'ensemble des usages énumérés dans le diagnostic de performance énergétique (mentions obligatoires dans les annonces relatives à la vente ou à la location) s'expose à une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros.

Cette disposition vient non seulement renforcer le régime applicable en matière d'information sur la performance énergétique des bâtiments, mais surtout rétablir une certaine égalité de traitement entre la catégorie des non-professionnels et celle des professionnels, ces derniers étant en effet déjà passibles d'une telle amende en cas de méconnaissance de cette obligation au titre de l'article L.126-33 - II du même code (3 000 euros maximum pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale).

Un tel rééquilibrage est d'autant plus bienvenu dans le dessein de renforcer le dispositif que les transactions non intermédiées représenteraient environ les deux tiers du marché de la vente de biens immobiliers¹.

LES AUDITS ÉNERGÉTIQUES OBLIGATOIRES DÈS 2022

L'article 40 du texte a, quant à lui, pour objet de rendre obligatoires dès 2022 les audits énergétiques lors des ventes de maisons ou d'immeubles en monopropriété considérés comme des passoires énergétiques (catégories F et G)², et à partir de 2025 pour les logements classés E.

Si l'article voté prévoit que le contenu de cet audit sera « défini par arrêté », le texte de loi prévoit d'ores et déjà que l'audit énergétique doit notamment formuler « des propositions de travaux », lesquelles devront être compatibles avec les servitudes du Code du patrimoine et présenter un coût « qui n'est pas disproportionné par rapport à la valeur du bien » ; un tel dispositif a ainsi pour objectif de permettre à tout potentiel acquéreur de disposer d'une information claire et précise sur les travaux à réaliser et leur montant, avant de s'engager dans un projet d'acquisition et de rénovation.



Si l'ambition de cet article peut être saluée en ce qu'il prévoit la mise en place de ce dispositif dès 2022 pour les bâtiments les plus consommateurs en énergie (catégories E et F), il est toutefois regrettable que les dispositions votées ne prévoient aucune sanction particulière en cas de méconnaissance de ces obligations.

Une telle mesure semble par conséquent trop peu ambitieuse pour garantir la réussite de l'objectif de suppression des passoires thermiques sur le territoire national avant 2025, tel que fixé à l'article 5 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte³. Et surtout, une obligation posée sans sanction en cas de non-respect revient, *in fine*, à une absence d'obligation.

Une application différée de ces mesures en outre-mer est enfin organisée par cet article, l'étude d'impact du projet de loi en date du 10 février 2021 ayant en effet précisé que « la problématique énergétique en outre-mer est différente de celle observée dans l'Hexagone, car elle ne repose pas tant sur de fortes consommations énergétiques, mais plus sur une énergie très carbonée avec un mix énergétique dépourvu de nucléaire⁴ ».

Pourtant, la problématique énergétique est une réalité dans le logement français.

Selon le ministère de la Transition écologique, la France compte environ 4,8 millions de « passoires thermiques », c'est-à-dire des

logements énergivores et mal isolés, ce qui représente près de 17 % du total des résidences principales.

Madame Barbara Pompili, ministre de la Transition écologique, a relevé à cet égard que : « Le secteur du bâtiment représente un quart de nos émissions de gaz à effet de serre : la solution est connue, il faut rénover, rénover, rénover. »

La Convention citoyenne pour le climat souhaitait ainsi rendre obligatoire la rénovation énergétique globale et performante des bâtiments pour tous les propriétaires d'ici 2040 « afin d'atteindre un niveau de performance énergétique A ou B (ou égale à C pour certains logements qui ne pourront pas atteindre un niveau plus élevé) ».

Les députés, sans aller jusqu'à cette obligation de rénovation globale des logements, ont voté le gel du loyer des passoires énergétiques (article 41) et l'interdiction de la location des logements les plus énergivores d'ici 2028 (article 42).

LA PRISE EN COMPTE DU CAS PARTICULIER DES LOGEMENTS ÉNERGIVORES ET DES PASSOIRES THERMIQUES

En pratique, les dispositions des articles 41 et 42 du projet de loi ont des impacts sur différents acteurs, et notamment sur les particuliers (qu'ils soient locataires ou propriétaires-bailleurs).

L'article 41 du projet de loi climat et résilience prévoit une nouvelle exception

1) Le diagnostic de performance énergétique se muscle, *Actu-environnement.com*, 13 avril 2021.

2) Selon les données du ministère de la Transition écologique « Un million de logements changent de propriétaires chaque année en France » et « environ 13 % de ces ventes concernent des logements de classes F ou G » (<https://www.ecologie.gouv.fr/projet-loi-climat-resilience-deputes-ont-vote-mesures-sur-renovation-des-logements-ca-change-quo>).

3) « Avant 2025, tous les bâtiments privés résidentiels dont la consommation en énergie primaire est supérieure à 330 kilowattheures d'énergie primaire par mètre carré et par an doivent avoir fait l'objet d'une rénovation énergétique. »

4) Étude d'impact du projet de loi portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, 10 février 2021, p. 338.

au principe de libre fixation par les parties du montant du loyer, prévu à l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, auquel des limitations ont déjà été apportées notamment en 2018.

En effet, les propriétaires-bailleurs, qu'ils soient des particuliers ou des personnes morales, auront l'interdiction à partir de 2023 d'augmenter le montant du loyer des logements énergivores, classés F et G en performance énergétique, lors de la conclusion d'un bail, en cours de bail ou lors de son renouvellement.

Cette interdiction, applicable aux locations meublées comme aux logements loués vides, prendra effet un an après la promulgation de la loi.

L'objectif affiché est de contraindre les propriétaires de passoires thermiques, qui souhaiteraient augmenter le montant du loyer, à réaliser des travaux de rénovation énergétique.

Il résulte par ailleurs de l'article 42 du projet de loi climat et résilience que les propriétaires-bailleurs de passoires thermiques ne pourront plus louer leurs logements ne répondant pas au critère de décence, dont la définition repose sur les niveaux de performance résultant du diagnostic de performance énergétique.

Seront ainsi exclus de la définition de logement décent et partant de toute possibilité de location, les logements classés G à partir de 2025 (soit 600 000 logements), ceux classés F à partir de 2028 (soit 1 800 000 logements) et ceux classés E à partir de 2034 (soit

2 620 000 logements dans le parc locatif social et privé).

Là encore, si les propriétaires-bailleurs de passoires thermiques souhaitent louer leur logement, ils devront réaliser des travaux de rénovation énergétique, étant précisé que les sanctions encourues restent à définir, et que pour le moment, en l'absence de sanction, le dispositif ne peut que poser question quant à son application concrète.

« Le projet de loi climat n'est pas sans conséquence sur la vie des particuliers, surtout en matière de logement où des évolutions notables sont relevées. »

LA CRÉATION D'UN PLAN PLURIANNUEL DE TRAVAUX

L'article 44 du texte adopté en première lecture rend obligatoire, « à l'issue d'un délai de quinze ans à compter de la date de réception des travaux », la réalisation au sein des copropriétés d'un plan pluriannuel de travaux sur la base d'une analyse technique du bâti et des équipements de l'immeuble, ainsi que du diagnostic de performance énergétique.

Si ce plan devrait permettre aux copropriétés de mieux anticiper, programmer puis voter les travaux de rénovation portant sur les parties

communes et contribuer ainsi à l'objectif général de rénovation du parc de bâtiments en France, il est toutefois surprenant qu'un délai aussi long que quinze années à compter de la réception des travaux ait été retenu par les députés pour que soit mis en œuvre ledit plan pluriannuel.

Un tel délai semble en effet là encore assez peu cohérent avec l'impératif d'agir au plus vite pour réduire les émissions de gaz à effet de serre au plan national, l'article L. 100-4 du Code de l'énergie rappelant à cet égard que la politique énergétique nationale a pour objet premier de répondre à « l'urgence écologique et climatique ».

S'agissant du financement de ce plan, l'article 44 du texte précise enfin qu'un fonds de travaux sera constitué par le syndicat de copropriétaires afin de permettre la réalisation des travaux décidés.

En conclusion, le projet de loi climat n'est pas sans conséquence sur la vie des particuliers, surtout en matière de logement où des évolutions notables sont relevées.

Pour autant, l'application concrète de ces évolutions pose définitivement question en l'absence de procédures de contrôle et surtout compte tenu de l'insuffisance du régime de sanctions prévues.

Il y a donc fort à parier que le temps et la pratique mettront en exergue les limites de la loi climat et son manque d'ambition eu égard à l'urgence climatique.

2021-7168

Brèves

ÉCOLOGIE

Initiative France accompagne les entrepreneurs dans leur stratégie verte

La transition écologique des TPE est un axe majeur du plan France Relance et une priorité de la stratégie 2021 du réseau Initiative France, 1^{er} réseau associatif de financement et d'accompagnement des entrepreneurs. Circuits-courts, rapprochement entre la production et le consommateur, optimisation de sa consommation d'énergie, lutte contre le gaspillage... Considérant la transition écologique comme une opportunité pour les entrepreneurs, il entend impulser la transition écologique auprès de entrepreneurs. Aussi, dans le cadre d'un partenariat avec l'ADEME, le réseau entend renforcer l'expertise de ses 20 000 bénévoles chefs d'entreprise, en leur mettant une grille d'appréciation de l'impact écologique des projets d'entreprise accompagnés, servant de point d'appui pour aider les entrepreneurs à intégrer l'écologie dans leur plan de développement.

SEINE-SAINT-DENIS

La Swape, un concept écolo qui donne plusieurs vies aux vêtements

Accompagnée et financée par Initiative Grand Est Seine-Saint-Denis, La Swape, née en mars 2020, est un site de vente en ligne de vêtements vintage et de seconde main. La particularité ? Au bout de 2 mois après l'achat, le client peut soit garder le vêtement, soit le renvoyer, et récupérer alors 65 % du prix de l'article. Une solution anti-gaspillage et durable, qui favorise le recyclage et promeut une autre manière de « consommer » ses vêtements. Rendez-vous sur le site <https://la-swape.com>.

HAUTS-DE-SEINE

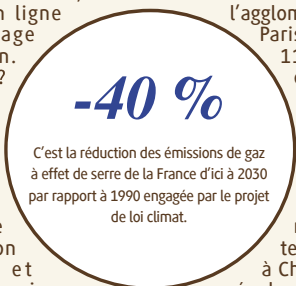
Le territoire Vallée Sud-Grand Paris va aménager un démonstrateur écologique

S'inscrivant dans une logique environnementale globale portée par son Plan Climat Air Énergie Territorial, l'agglomération Vallée Sud-Grand Paris – qui réunit désormais 11 communes des Hauts-de-Seine – poursuit son engagement. Pour sensibiliser le public à l'environnement et aux nouvelles énergies, celle-ci entend aménager un démonstrateur écologique regroupant plusieurs techniques innovantes. Situé à Châtenay-Malabry, ce projet écologique multidisciplinaire devrait voir le jour en 2023 avec une « vitrine écolo à 15 millions d'euros », précise *Le Parisien*.

ENVIRONNEMENT

L'ADEME confirme l'intérêt des opérations de rétrofit sur le plan environnemental

Le 26 mai dernier, l'Agence de la transition écologique (ADEME) a publié une étude, questionnant les gains environnementaux et le modèle économique des opérations de rétrofit électrique batterie sur différents segments du parc. Le « rétrofit » – la conversion de véhicules thermiques en véhicules électriques – semble se dessiner depuis l'arrêté du 13 mars 2020 ; lequel autorise et encadre les modifications de motorisation sans avoir à demander l'autorisation aux constructeurs des véhicules. L'étude confirme l'intérêt des opérations de rétrofit sur le plan environnemental (gaz à effet de serre et polluants). Dans le parc de véhicules en circulation, les véhicules lourds semblent être ceux sur lesquels le modèle économique est le plus favorable. Les cibles de la citadine et de l'autobus semblent, selon l'Agence, être des cibles à privilégier.



Les nouvelles obligations de l'État posées par la loi climat



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour



Roxane Sageloli,
Avocate à la Cour



Théophile Begel,
Avocat à la Cour



Andréa Marti,
Avocat à la Cour

En ordonnant un supplément d'instruction tendant à déterminer dans quelle mesure le refus opposé par le gouvernement de prendre des mesures supplémentaires aux fins de faire décroître les émissions de gaz à effet de serre produites à l'échelle nationale pour atteindre les objectifs que la France s'est fixés à horizon 2030 et 2050 était ou non compatible avec la trajectoire de réduction des émissions telle que fixée par le décret du 21 avril 2020, le premier arrêt rendu par le Conseil d'État dans l'affaire « Grande-Synthe » en novembre dernier a implicitement, mais nécessairement, déjà jugé que c'est au premier chef sur l'État que pèse l'obligation d'agir en matière de lutte contre le changement climatique (CE, 19 nov. 2020, n° 427301).

Il sera donc particulièrement intéressant d'examiner ci-après le degré d'ambition des nouvelles obligations pesant sur l'État que projette de retenir cette nouvelle législation en la matière.

CONSOMMER : QUELLES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT ? ||| VERS DE NOUVELLES MISSIONS DU SERVICE PUBLIC DE L'ENSEIGNEMENT

La loi climat crée un article L. 121-8 du Code de l'éducation, concernant les objectifs des missions du service public de l'enseignement.

Il vient s'intégrer après un article L. 121-7 qui concerne la technologie reconnue comme une des composantes fondamentales de la culture.

L'article L. 121-8 intègre donc l'éducation à l'environnement et au développement durable dans les composantes générales de l'enseignement et la définit comme devant permettre aux élèves de comprendre les enjeux environnementaux, sanitaires, sociaux et économiques du développement durable. Les enjeux sont eux-mêmes définis comme ceux relatifs au changement climatique, au respect du vivant, à la préservation de la biodiversité terrestre et marine, la maîtrise des savoir-faire.

Il intègre également une modification à l'article L. 312-9 du Code de l'éducation qui concerne les outils numériques pour intégrer



la dimension de l'impact environnemental et de la sobriété numérique, et ajoute enfin le terme « transition écologique » après le terme « économique » dans un certain nombre de dispositions du Code.

L'article 3 du projet de loi, pour sa part, crée un comité d'éducation à la santé, à la citoyenneté et à l'environnement chargé d'aider à la lutte contre l'exclusion, mais qui concourt également à la lutte contre l'échec scolaire, la promotion de la santé physique, à l'éducation, la citoyenneté et à la transmission des valeurs républicaines, à la promotion du principe de laïcité et au soutien des initiatives de prévention et de lutte contre toutes les formes de discrimination en associant élèves, parents d'élèves et intervenants extérieurs.

Le Conseil d'État dans son avis du 4 février dernier a considéré que ces dispositions n'étaient pas sans portée normative dans la mesure où elles impliquaient des aménagements des programmes par le pouvoir réglementaire.

Enfin, l'extension des missions du Comité d'éducation à la santé et à la citoyenneté, élargies à l'environnement et au développement durable, n'appelle aucune observation particulière.

Ces dispositions, concernant l'éducation à l'environnement, n'ont en réalité que peu de valeur ou pas de valeur normative en attendant une éventuelle modification des programmes.

ENCADRER ET RÉGULER LA PUBLICITÉ

L'article 5 bis de la loi climat prévoit la publication d'un rapport annuel par l'ARCEP et le CSA afin de mesurer l'impact environnemental des différents modes de réception de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande. Ce rapport a vocation à « renforcer l'information des consommateurs sur la consommation énergétique et les émissions de gaz à effet de serre liées à chacun des modes de réception ou terminaux (hertzien, par câble, satellite, fibre, ADSL, réseaux de téléphonie mobile). Il permettra par ailleurs de mieux évaluer les évolutions des usages audiovisuels et d'aider les citoyens à faire des choix éclairés, notamment en faveur de la TNT, dont l'usage est gratuit et facile d'accès¹. »

L'article 5 ter de la même loi confie à l'ARCEP des pouvoirs supplémentaires en matière de collecte des données relatives à l'empreinte environnementale du secteur du numérique. Ce « baromètre environnemental » a pour objectif d'améliorer l'information des consommateurs. L'amendement n° 7187 du 25 mars 2021 à l'origine de cet article souligne la nécessité de pouvoir recueillir des informations relatives à l'empreinte environnementale auprès des acteurs du numérique, montant par exemple que les data centers représentaient 14 % de l'empreinte environnementale du numérique en France et que les terminaux en représentaient 81 %.

1) Rapport n° 3995, monsieur Jean-René Cazeneuve, 19 mars 2021.

FAVORISER LES ÉNERGIES RENOUVELABLES

L'article 22 du projet de loi prévoit que les objectifs nationaux de développement des différentes filières d'énergie renouvelable et de récupération de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE) mentionnée à l'article L. 141-1 du Code de l'énergie soient déclinés, par décret, en objectifs régionaux et que les objectifs fixés parallèlement en la matière par les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) et le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie d'Île-de-France soient rendus compatibles avec ceux-ci.

Le but de cet article est d'accélérer le développement des énergies renouvelables et de récupération en améliorant la gouvernance régionale de la politique énergétique, comme souhaité par la Convention citoyenne pour le climat.

Le Conseil d'État, dans son avis du 4 février 2021, considère que ces dispositions, qui sont justifiées par l'objectif constitutionnel de préservation de l'environnement, ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Toutefois, il suggère, afin de mieux encadrer le décret fixant les objectifs régionaux, de compléter la rédaction de ces dispositions afin de préciser que les objectifs régionaux fixés par le décret tiennent compte des ressources régionales mobilisables.

Un comité régional de l'énergie est créé dans chaque région et est chargé de favoriser la concertation avec les collectivités sur les questions relatives à l'énergie. Il pourra rendre des avis sur tous les sujets relatifs à l'énergie ayant un impact sur la région. Il devra également élaborer une proposition d'objectifs régionaux de développement des énergies renouvelables de la région dans un délai de deux mois après demande du ministère de la Transition écologique.

L'article 22 bis A de la loi climat crée un article L. 352-1-1 au sein du Code de l'énergie permettant de recourir à des appels d'offres pour faciliter le développement de la filière du stockage de l'électricité, en corrélation avec les objectifs de développement des énergies renouvelables en lien avec la PPE. Ainsi, lorsque les capacités de stockage d'électricité ne répondent pas aux objectifs de la PPE ou lorsque le bilan prévisionnel pluriannuel met en évidence des besoins de flexibilité, l'autorité administrative pourra recourir à des appels

d'offres définies par décret après avis de la CRE.

L'article 22 bis B de la loi climat prévoit la réalisation par l'État d'études identifiant des sites potentiellement propices au développement de l'hydroélectricité dans le respect des objectifs de protection du bon état écologique des cours d'eau et de protection de la biodiversité. Ces travaux se feront en lien avec les collectivités territoriales et les communautés d'énergie concernées. Un bilan de ces travaux sera établi dans un délai de deux ans.

Un comité régional de l'énergie est créé dans chaque région et est chargé de favoriser la concertation avec les collectivités sur les questions relatives à l'énergie. Il pourra rendre des avis sur tous les sujets relatifs à l'énergie.

L'article 22 bis de la loi climat ratifie les ordonnances du 3 mars 2021 relatives au volet durabilité des bioénergies, à l'utilisation des énergies renouvelables et au marché intérieur de l'électricité².

L'article 23 de la loi climat inscrit quant à lui le développement des communautés d'énergie renouvelable et des communautés énergétiques citoyennes dans les visées de la PPE. Il modifie ainsi l'article L. 141-2 du Code de l'énergie en l'insérant dans le quatrième volet de la PPE sur le développement équilibré des réseaux, du stockage et de la transformation des énergies et du pilotage de la demande d'énergie, à côté, notamment, de l'objectif de favoriser la production locale d'énergie.

Leur inscription explicite dans la PPE permettra de définir une vraie feuille de route dans la prochaine PPE. Selon le dernier décompte d'Énergie partagée, près de 210 projets locaux seraient désormais à l'étude, une progression qui traduit une réelle envie d'agir et de s'engager des acteurs locaux. Cette inscription est donc la bienvenue.

SE LOGER : LES OBJECTIFS DE RÉNOVATION ÉNERGÉTIQUE

Présentant un enjeu déterminant en matière de diminution de consommation énergétique (47 % de l'énergie finale consommée en France

en 2016) et de diminution des émissions de gaz à effet de serre (27 % des émissions de gaz à effet de serre en 2016), le sujet de la rénovation du parc des bâtiments est traité au Chapitre 1^{er} (Rénover les bâtiments) du Titre IV (Se loger) du texte débattu, lequel s'ouvre par un article 39 créant un nouvel article L. 173-1-1 au sein du Code de la construction et de l'habitation.

Cet article prévoit qu'un arrêté des ministres chargés de la Construction et de l'Énergie définira les seuils permettant de classer les bâtiments du parc national en 7 catégories en fonction de leur performance (A - extrêmement performants, B - très performants, C - assez performants, D - assez peu performants, E - peu performants, F - très peu performants et G - extrêmement peu performants).

Les députés ont ainsi suivi les recommandations du Conseil d'État sur ce point qui figurent dans son avis du 4 février 2021 et qui indiquait que les définitions des niveaux de performance énergétique utilisées pour l'établissement des Diagnostics de performance énergétique (DPE) n'avaient pas vocation à figurer dans une loi.

L'article 39 bis C du projet de loi vient quant à lui préciser le contenu en matière d'objectifs de rénovation énergétique dans le secteur des bâtiments que devra comporter la loi devant déterminer « avant le 1^{er} juillet 2023, puis tous les cinq ans » les objectifs et priorités d'action de la politique énergétique nationale pour répondre à l'urgence écologique et climatique prise en application de l'article L.100-1 A du Code de l'énergie.

Le texte adopté en première lecture complète ainsi le 5^o de l'article L.100-1 A du Code de l'énergie en précisant notamment que les objectifs en matière de rénovation énergétique des bâtiments devront être « cohérents avec l'objectif de disposer à l'horizon 2050 d'un parc de bâtiments sobres en énergie et faiblement émetteurs de gaz à effet de serre », et que chacune de ces lois quinquennales devra évaluer « le rythme et la typologie des rénovations nécessaires à l'atteinte de la trajectoire de rénovation énergétique du parc de logements ».

S'il est louable que les députés aient ainsi entendu renforcer le contenu des lois quinquennales à venir en matière d'objectifs et de priorités d'action de la politique énergétique nationale, il y a toutefois lieu de s'interroger sur la disposition prévoyant que la France projette d'ici 2050 de disposer d'un parc de bâtiments

2) Ordonnance n° 2021-235 du 3 mars 2021 portant transposition du volet durabilité des bioénergies de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables ; Ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ; Ordonnance n° 2021-237 du 3 mars 2021 portant transposition de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE, et mesures d'adaptation au règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité.

« faiblement émetteurs de gaz à effet de serre ».

Une telle formulation semble en effet en contradiction avec l'ambition d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 prévue à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie : sur ce point, la fixation d'un objectif tendant à disposer d'ici 2050 d'un parc de bâtiments sobres en énergie et en carbone (et non simplement « faiblement émetteurs de gaz à effet de serre ») aurait sans doute été plus cohérent.

L'article 39 quater du texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale ajoute un septième thème devant obligatoirement figurer au sein du Rapport que le gouvernement remet tous les deux ans au Parlement sur la situation du logement en France au titre de l'article L. 300-3 du Code de la construction et de l'habitation ; en application de cet article 39 quater, ce Rapport biennal devra en effet dorénavant comporter : « [...] des données sur le nombre de rénovations énergétiques effectuées chaque année, notamment le nombre de rénovations performantes au sens du 17° bis de l'article L.111-1 ».

Cette disposition également bienvenue, a ainsi pour objet de renforcer le dispositif de suivi en matière de données relatives au déploiement des rénovations énergétiques sur le territoire, la très grande faiblesse de ce dispositif ayant en effet déjà été ciblée comme l'une des causes principales de l'insuffisance du rythme actuel de rénovation énergétique des bâtiments dans un Rapport d'information de la Mission d'information parlementaire sur la rénovation thermique des bâtiments en date du 10 février 2021³.

Il y a toutefois lieu de s'interroger sur le caractère suffisant d'une telle mesure si celle-ci n'est pas parallèlement accompagnée d'un renforcement des moyens matériels et humains visant à recueillir des données fiables sur le nombre de rénovations énergétiques réalisées annuellement ; ainsi que le relevait le Rapport précité en effet, et « afin de pallier un manque criant de suivi des données [un] Observatoire national de la rénovation énergétique, afin de disposer d'un outil de suivi et de contrôle de l'état thermique du parc immobilier » a été créé en 2020 ; constatant que « seuls deux emplois » étaient dévolus à ce travail, le Rapport déplorait toutefois « que les moyens de l'Observatoire national de la rénovation énergétique [étaient] nettement insuffisants par rapport à la complexité et à l'importance de la tâche⁴ ».



CONTRÔLE, SANCTION ET RÉGIME DE POLICE ADMINISTRATIVE

L'article 45 du texte adopté prévoit une habilitation à légiférer par ordonnance aux fins notamment de compléter et modifier le régime de police administrative portant sur les règles de construction prévues par le livre Ier du Code de la construction et de l'habitation, et de coordonner cette police et les sanctions auxquelles elle est susceptible de conduire avec le dispositif de contrôle et de sanctions pénales prévu au titre VIII de ce même livre I^{er}. Le texte voté par les députés est sur ce point plus ambitieux que le projet de loi initialement proposé, dans la mesure où le gouvernement est autorisé à prendre ces mesures dans un délai de douze mois là où le projet de loi proposait un délai de dix-huit mois, alors même que, selon le Conseil d'État, et « compte tenu de la diversité des mesures à prendre et de la nécessité d'engager une large concertation avec les nombreux acteurs, publics comme privés, concernés, [un tel délai de dix-huit mois] apparai[ssai]t opportun⁵ ».

RENFORCEMENT DU RÔLE D'ACCOMPAGNEMENT ET DE CONTRÔLE DES SERVICES DE L'ÉTAT DANS LA MISE EN ŒUVRE DE L'OBJECTIF ZAN

La consécration au sein du projet de loi portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets, d'un chapitre entièrement dédié à la lutte contre le phénomène d'artificialisation des sols (Titre IV, Chapitre III) était attendue. Le ton en avait été donné dans le cadre du « Plan biodiversité » présenté en 2018, qui intégrait déjà un objectif

de « zéro artificialisation nette » (ZAN). S'en était suivie une Instruction du gouvernement du 29 juillet 2019 relative à l'engagement de l'État en faveur d'une gestion économe de l'espace, appelant globalement au renforcement de la mobilisation de l'État local et des acteurs locaux dans la poursuite de cet objectif, instruction réitérée le 24 août 2020 dans le cadre d'une circulaire sur le rôle des préfets en matière d'aménagement commercial dans le cadre de la lutte contre l'artificialisation.

Désormais, l'objectif ZAN est porté au rang législatif, accentuant d'autant plus le rôle d'accompagnement et de contrôle des services de l'État dans l'élaboration et l'évolution des documents de planification urbaine, auxquels ils seront, le cas échéant, amenés à s'opposer dans le cadre du contrôle de légalité.

Ils devront, avec les services de la région, contrôler et garantir le suivi quant à l'atteinte des objectifs fixés.

Les services de l'État seront également mobilisés en qualité de cosignataires, avec les collectivités territoriales chargées de l'aménagement et de l'urbanisme, des conventions de sobriété foncière instituées par l'article 49 *quinquies* du projet de loi, ayant pour objet l'organisation et l'accompagnement de la mise en œuvre du projet global de territoire et du programme d'actions porté par les collectivités territoriales pour lutter contre la consommation des espaces naturels, agricoles et forestiers, et contre l'artificialisation des sols, pour favoriser le recyclage urbain et la lutte contre la vacance, ainsi que pour mettre en œuvre la trame verte et bleue, les continuités écologiques et la nature en ville.

3) Soulignant l'insuffisance du dispositif actuel en matière de suivi des rénovations énergétiques réalisées annuellement – faute de données, le Rapport relevait en effet que : « la fiabilité des données pour la rénovation thermique est une condition indispensable pour arrêter des politiques publiques s'inscrivant dans le temps long » (Rapport d'information de la Mission d'information parlementaire sur la rénovation thermique des bâtiments, 10 février 2021, pp. 38-39).

4) Ibid., pp. 38-39.

5) Avis du Conseil d'État du 4 février 2021 sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets (NOR : TREP2100379L/Verte-1, p. 29).

Conformément à l'article 50 *bis* du projet de loi, le gouvernement devra par ailleurs transmettre au Parlement, au plus tard le 31 décembre 2030, un rapport évaluant les modalités d'application des dispositions visant à réduire l'artificialisation et l'imperméabilisation des sols, et précisant les orientations à adopter pour la décennie 2031/2040, ainsi que les préconisations à suivre sur la trajectoire de réduction de l'artificialisation des sols à adopter pour atteindre l'absence de toute artificialisation nette en 2050.

TRAITEMENT ET REQUALIFICATION AU BESOIN FORCÉE DES ZAE

Outre l'implication nécessaire des services de l'État tout au long du processus d'implantation d'une zone d'activités économiques, auquel l'État peut également être partie prenante, notamment dans le cadre d'un Projet partenariat d'aménagement (PPA) ou d'une Opération de revitalisation du territoire (ORT), l'article 53 du projet de loi instaure dans ces périmètres une nouvelle obligation de travaux d'office pouvant être directement mise en œuvre par le préfet.

SUIVI ET CONTRÔLE DES ATTESTATIONS DE RÉALISATION DE L'ÉTUDE DE RÉVERSIBILITÉ DES BÂTIMENTS

Les services de l'État compétents dans le département seront plus particulièrement chargés de vérifier la bonne application des nouvelles règles de construction fixées, au travers notamment du suivi des attestations de réalisation de l'étude de réversibilité des bâtiments introduite par l'article 54 du projet de loi.

HABILITATION DU GOUVERNEMENT À LÉGIFÉRER PAR ORDONNANCE POUR COMPLÉTER LES PRINCIPALES MESURES PROPOSÉES

L'article 55 du projet de loi habilite le gouvernement à légiférer par ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la loi, afin de rationaliser les procédures d'autorisation prévues par le Code de l'urbanisme et le Code de l'environnement pour accélérer les projets sur des terrains déjà artificialisés, dans les périmètres d'opérations de revitalisation de territoire, de grandes opérations d'urbanisme ou d'opérations d'intérêt national.

SANCTUARISATION DES ZONES NATURELLES PROTÉGÉES ET SENSIBLES

L'article 56 du projet de loi intègre les objectifs de la stratégie nationale pour les aires protégées 2020-2030, tendant à constituer un réseau cohérent d'aires protégées en métropole et en outre-mer, sur terre et en mer, couvrant au moins 30 % du territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou juridiction française. Ce réseau visera également la mise sous protection forte de 10 % de l'ensemble du

territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou sous juridiction française.

Cette stratégie devra être actualisée au moins tous les dix ans, sans que la surface ne puisse, conformément au principe de non-régression environnementale, être réduite entre deux actualisations.

Le dispositif prend la suite des premiers engagements qui figuraient déjà dans l'article 23 de la loi de programmation Grenelle 1 de 2009, arrivés à échéance sans atteinte complète des objectifs.

L'article 56 bis prévoit par ailleurs que l'accès par voie terrestre ou maritime aux espaces naturels protégés pourra être réglementé ou interdit, conformément aux nouvelles dispositions de l'article L. 363-1 du Code de l'environnement.

Nul ne saurait ignorer que le protoxyde d'azote est un gaz à effet de serre et qu'ils sont, avec l'ammoniaque, des polluants de l'air très importants.

SE NOURRIR : L'ÉTAT MIS À CONTRIBUTION DANS DES DOMAINES VARIÉS L'OBJECTIF DE RÉDUCTION DU PROTOXYDE D'AZOTE ET DE L'AMMONIAQUE

La question des émissions de protoxyde d'azote et d'ammoniaque dans le secteur agricole, qui n'est pas une question nouvelle, est traitée par les articles 62 et 63 de la loi climat.

Nul ne saurait ignorer que le protoxyde d'azote est un gaz à effet de serre dont l'effet forcatif est reconnu et qu'ils sont, avec l'ammoniaque, des polluants de l'air très importants.

En particulier, l'ammoniaque qui résulte des épandages agricoles est un précurseur des particules fines, lesquelles ont un effet délétère sur l'air et la santé humaine ; de plus, des corrélations claires ont été établies entre les épandages d'ammoniaque au printemps, l'augmentation des émissions de particules fines et le nombre de cas de Covid.

En conséquence, la France a des objectifs de réduction du protoxyde d'azote comme des objectifs de réduction des émissions d'ammoniaque.

Si le sujet est connu depuis de très nombreuses années, aucune mesure concrète n'a jamais été prise pour autant.

L'étude d'impact de la loi climat a pu mettre en lumière le fait que pour respecter l'engagement de la France à l'horizon 2050, les émissions du secteur de l'agriculture devront être divisées par deux, soit une réduction de 15 % de protoxydes d'azote en 2030 par rapport à 2015 et 45 % en 2050.

Et ce chiffre ne prend pas en considération le nouvel objectif de 55 % de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour 2030, qui devrait encore faire progresser les objectifs de réduction des émissions de protoxyde d'azote.

S'agissant de l'ammoniaque, l'étude d'impact reconnaît que non seulement la France n'a pas baissé ses émissions, mais au contraire les a augmentées de près de 5 % entre 2005 et 2018, d'où un risque de contentieux communautaire.

La loi fixe donc un objectif de réduction de 13 % des émissions d'ammoniaque en 2030 par rapport à 2005 qui sera nécessairement insuffisant, et de 15 % des émissions de protoxyde d'azote en 2030 par rapport à 2015. L'État doit donc agir.

L'article 63 de la loi climat précise qu'un décret doit définir une trajectoire annuelle de réduction de ces émissions pour parvenir à l'objectif, et donne un an au gouvernement pour présenter un rapport sur le suivi de cette réduction.

Mis à l'évidence, l'objectif sera notoirement insuffisant par rapport aux nouveaux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Et surtout, on voit mal comment l'objectif serait tenu sans mesure contraignante puisque jusqu'à présent, non seulement aucune réduction n'a été observée, mais au contraire, une augmentation peut être déplorée.

De surcroît, la jurisprudence du Conseil d'État « Grande Synthèse » a désormais fixé une orientation très claire sur les réductions annuelles en obligeant le gouvernement à justifier année par année que l'objectif est tenu.

On aurait donc imaginé des dispositions précises pour tenir cet objectif. Il n'en est rien.

En effet, l'article 62 du projet de loi ne fait qu'envisager de mettre en place une redevance sur les engrais azotés dans l'hypothèse où les objectifs annuels de réduction ne seraient pas tenus pendant deux années consécutives (voir en ce sens l'article dans le présent JSS « *Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise* »).

En l'état, de telles dispositions ne sont sans aucun effet concret.

LA LUTTE CONTRE LA DÉFORESTATION IMPORTÉE

Les articles 63bis, 64, 64bis et 64ter du projet de loi introduisent des dispositions pour lutter contre la déforestation importée, c'est-à-dire l'importation de produits dont la production est à l'origine de la déforestation (voir en ce sens l'article dans le présent JSS « *Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise* » p.2).

Il sera tout de même précisé ici que l'objectif de n'acheter que des produits n'ayant pas

contribué à la déforestation importée à partir de 2022 renvoie à un décret d'application qui n'est pas encore sorti, et si l'objectif est fixé à compter de 2022, aucune disposition ne vient rendre contraignant cet objectif tout à fait légitime.

L'article 64 ter de la loi climat, pour sa part, prévoit la remise au Parlement d'un rapport sur la mise en œuvre de la plateforme nationale de lutte contre la déforestation importée à destination des entreprises et des acheteurs publics pour les aider.

Il s'agit là d'une disposition tout à fait intéressante, mais dont l'effet juridique est plus qu'aléatoire.

L'ÉLABORATION D'UN PLAN STRATÉGIQUE DE COHÉRENCE CONCERNANT LA POLITIQUE AGRICOLE COMMUNE

Ce plan stratégique est prévu par l'article 65 du projet de loi.

Il est renvoyé sur ce point à l'article publié dans le présent JSS : « *Entre généralités et secteurs spécifiquement visés : décryptage de la loi climat dans le monde de l'entreprise* » p.2.

ENCOURAGER LA STRUCTURATION DE FILIÈRES RESPECTUEUSES DE L'ENVIRONNEMENT

L'article 66 quater du projet de loi climat modifie l'article 640-1 du Code rural qui fixe les grands objectifs de la politique conduite dans le domaine de la qualité de l'origine des produits agricoles forestiers alimentaires des produits de la mer.

Aux quatre paragraphes qui existaient déjà concernant la diversité des produits, leurs caractéristiques, le développement des secteurs, la fixation sur le territoire de la production et la répartition équitable des fruits de la valorisation, s'ajoute désormais un objectif supplémentaire qui est celui de l'encouragement des structures de filières respectueuses de l'environnement et la biodiversité, notamment au regard des pratiques agroécologiques, de l'utilisation de matières premières durables, de modes de transformation responsable de circuits de production et de consommation de proximité.

On ne peut que se réjouir de telles dispositions dans leur principe, mais leur efficacité reste très aléatoire puisque ces dispositions générales ne sont accompagnées d'aucun moyen précis et aucun contrôle n'est prévu pour apprécier les conditions dans lesquelles cet encouragement sera ou ne sera pas mis en place.

ÉVALUATION CLIMATIQUE ET ENVIRONNEMENTALE |||

Le gouvernement avait, à l'origine, « prévu simplement » la remise au Parlement d'un certain nombre de rapports.

Le premier sur la réglementation et les référentiels relatifs à l'installation de bornes dans



les parkings couverts, un deuxième relatif aux métiers et compétences en tension en rapport avec la transition écologique, un troisième rapport sur l'opportunité de mettre à disposition des gestionnaires de restauration collective des modèles de rédaction de marchés publics pour favoriser le développement de l'alimentation locale biologique, et enfin un dernier rapport sur les pistes relatives à l'affectation du produit des sanctions pénales définies aux différents articles du Code de l'environnement.

Le Parlement y ajoutait trois nouvelles obligations :

- la première dans l'article 76 du projet de loi qui prévoit un rapport annuel de la Cour des comptes avec l'appui du Haut conseil pour le climat, évaluant la mise en œuvre des mesures prévues par la loi ;
- un rapport annexé au projet de loi fixant les objectifs en matière de baisse des émissions de gaz à effet de serre déjà prévu par le Code de l'énergie et qui doit être approuvé par le Parlement ;
- un rapport qui doit présenter le bilan des actions engagées par le gouvernement, les collectivités territoriales et les entreprises au titre de la stratégie nationale de développement à faible intensité carbone. Ce rapport doit proposer l'évolution des budgets carbone pour garantir l'atteinte des objectifs climatiques de la France.

On peut penser que ces dispositions sont destinées à répondre à toutes les critiques qui sont faites sur la faiblesse de l'engagement français au regard des objectifs à atteindre.

L'article 77 du projet de loi prévoit quant à lui la mise en place d'un observatoire des actions conduites par les collectivités territoriales sous la responsabilité des collectivités territoriales représentées par les membres du collège d'élus assurant leur

représentation au sein du Conseil national de la transition écologique. Cet observatoire est destiné à faire le point des actions mises en œuvre et des engagements pris pour réduire les émissions de gaz à effet de serre. Ce rapport doit être transmis au Parlement au moins tous les trois ans avec l'avis du Haut conseil pour le climat.

L'article 78 du projet de loi prévoit enfin que pour chaque secteur fortement émetteur de gaz à effet de serre, une feuille de route doit être établie conjointement par les parties prenantes des filières économiques, le gouvernement et les représentants des collectivités territoriales pour coordonner les actions pour atteindre les objectifs de baisse des émissions de gaz à effet de serre. Comme précédemment, un rapport doit être déposé au Parlement au moins tous les trois ans.

En tout état de cause, avant la fin de l'année 2021, le gouvernement doit remettre au Parlement un rapport sur les moyens d'améliorer l'évaluation d'impact environnemental et climatique des projets de loi. Ceci fait écho à la grave critique faite par le Conseil d'État des conditions dans lesquelles la présente loi a été préparée et sur la faiblesse de l'évaluation climatique de la loi.

Ainsi, ce ne sont pas moins de dix rapports qui devront être réalisés, étant bien sûr précisé qu'aucune sanction n'est envisagée en cas d'absence ou de retard dans le dépôt de ces documents...

En définitive, en dehors de charger de manière massive la barque des fonctionnaires de l'État qui élaborent ces différents rapports, on évalue assez mal les dispositions vraiment concrètes de ce texte.

La réforme attendue du Code minier et la loi Climat résilience



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit

I. LE CONTEXTE DE LA REFORME

La réforme du Code minier reste encore aujourd'hui une préoccupation tout à fait justifiée, et en tout cas trop souvent différée.

Elle vient de faire son apparition dans le projet de loi voté par l'Assemblée nationale le 20 avril dernier, en ses articles 20 et 21.

Le premier article, en substance, modifie certaines dispositions du Code minier en matière d'encadrement des travaux miniers, de modalité d'arrêt des travaux, de responsabilité des exploitants et de leurs ayants droit après arrêt.

Quant à l'article 21, il habilite avec un mandat extrêmement large le gouvernement à réformer le Code minier afin de développer un modèle extractif responsable, exemplaire, et de corriger les dispositions obsolètes ou insuffisamment précises spécialement en ce qui concerne les domaines de la santé et de l'environnement (qui n'y avait jamais figuré jusqu'à présent malgré, en particulier, l'apparition de la Charte de l'environnement en 2004, promulguée en 2005).

De nombreux rapports ont tenté de conduire à une harmonisation indispensable avec la Charte, notamment le rapport déjà ancien, du conseiller d'état Tuot et celui du député Chanteguet qui remonte au début de l'année 2017. Ils n'ont jamais pu aboutir, et pourtant, des événements de plus en plus pressants en ont manifesté la nécessité, qu'il s'agisse de l'abandon des sites pollués miniers (on en compterait plus d'une trentaine importants sur le territoire hexagonal selon les travaux préparatoires de la loi), ou qu'il s'agisse simplement de procédures contestées, en particulier l'affaire dite de la Montage d'Or en Guyane, ou encore l'impasse nécessairement permanente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le sujet.

Sur le premier point et dans le cadre de la politique de lutte contre l'artificialisation et surtout la remise en état des sols après les activités minières, on consultera avec profit le rapport n°700 de la Commission d'enquête parlementaire sur les problèmes sanitaires et écologiques liés aux pollutions des sols qui ont accueilli des activités industrielles ou minières, et sur les politiques publiques et industrielles de réhabilitation des sols (qui font vraiment défaut) ; d'ailleurs, la lutte contre l'artificialisation des sols est l'un des nombreux objectifs de la loi climat présentée à l'Assemblée nationale (voir en ce sens les précédents articles dans le présent JSS).

Ce qui frappe en tout cas à la lecture des travaux préparatoires, c'est la grande qualité d'analyse de l'étude d'impact législative qui consacre plus de 23 pages au sujet.

L'affaire de la Montage d'Or en Guyane a rendu urgente une réaction sur les droits attachés aux titres miniers puisque le 24 décembre 2020, le Tribunal administratif de Cayenne a annulé une décision implicite de rejet de refus de prolongation des concessions minières nécessaires à l'exploitation du projet, et cela alors que le Président de la République avait annoncé son hostilité au projet et souhaitait le voir abandonné, comme peu compatible avec la protection de la biodiversité.

D'autre part, la multiplication des petites exploitations en Guyane sans autorisation aucune, conduisait à une atteinte au patrimoine forestier dont la conservation est considérée comme indispensable à la lutte contre le réchauffement climatique,

ce qui obligeait à repenser le système des poursuites et de la répression en cas d'infraction.

Le troisième élément nécessitait une réaction contre la décision du Conseil constitutionnel qui avait considéré que les autorisations de travaux et de recherches minières notamment en mer en Nouvelle Calédonie n'avaient pas d'incidence significative sur l'environnement. La vérité est que tout ce qui tourne autour du principe de prévention dans le domaine de l'environnement est conditionné par le texte même de la Charte de l'environnement et par l'existence ou non d'un renvoi à une disposition législative. Or, en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en particulier, qui ne protège que les droits et les devoirs en matière d'environnement, il ne peut pas y avoir de place à une réforme autre que législative.

II. LES AVIS ANTÉRIEURS À L'ÉTUDE DU PROJET DE LOI PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Le projet de loi climat réformant en partie le Code minier a donc été présenté au Conseil des ministres du 10 février 2021 ; il avait reçu un accueil préalable assez mitigé de la part du Conseil d'État qui, dans son avis du 4 février 2021, n'a pas pour autant abordé ce contenu spécifique de façon détaillée.

Le Conseil économique et social environnemental a refusé de se prononcer au regard des conditions dans lesquelles il avait été saisi et compte tenu de ses publications antérieures (voir avis du 27 janvier 2021, CESE 04, Michel Badret et Claire Bordenave, p. 57). L'avis du Haut conseil pour le climat sur le projet de loi climat résilience de février 2021 n'en fait pratiquement pas mention.

Par contre, le Conseil national de la transition écologique, dans sa délibération n° 2020-3 adoptée le 23 novembre 2020, c'est-à-dire antérieurement à la

présentation du projet de loi climat, a émis un avis tout à fait favorable en y ajoutant un certain nombre de recommandations.

Ce qui frappe en tout cas à la lecture des travaux préparatoires, c'est la grande qualité d'analyse de l'étude d'impact législative qui consacre plus de 23 pages au sujet, ainsi que le rapport du rapporteur du projet de loi Monsieur Cazeneuve.

À l'origine, le texte du projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale ne comportait qu'un seul article visant le Code minier : uniquement l'article 20 portant sur des modifications très ponctuelles. Certaines n'étaient pas sans intérêt, par exemple celles visant l'introduction de la santé et de l'environnement dans les objectifs du droit minier. Ont été ajoutés audit Code les articles L.161, L.163-6, L.163-9 et L.171-3 visant à la responsabilité des maisons mères et filiales. Mais l'essentiel du texte, plus de quatre pages, constituait une longue liste de délégations au gouvernement pour lui permettre d'agir par ordonnance dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution.

En somme, dans cet état de la procédure législative, le Parlement était invité à déléguer donc se dépouiller.

III. LES APPORTS DU PROJET DE LOI CLIMAT EN MATIÈRE MINIÈRE

Même si la délégation législative se retrouve à l'article 21 de la loi adoptée, dite petite loi du 20 avril, il n'en reste pas moins que le nouvel article 20, tel qu'il a été voté, ne comporte pas moins de 15 pages environ, ce qui va permettre effectivement d'apporter des solutions immédiates à certains aspects particulièrement criants de la situation. Il s'agit de l'absence de perspective environnementale dans la délivrance des titres et des autorisations de travaux, la question de la responsabilité, y compris la responsabilité pénale et surtout également, la réhabilitation des sites en ce compris finalement la situation en Guyane.

Ce sont ces différents points qu'il faut reprendre maintenant pour voir l'importance du travail accompli par l'Assemblée nationale dans ce domaine particulier.

On peut résumer les principales dispositions adoptées en se référant à trois rubriques importantes.

LA PARTIE ADMINISTRATIVE

Premièrement, il s'agit d'abord ici de l'alignement du régime juridique des titres et actes administratifs



d'autorisations de travaux sur le régime des installations classées tant en ce qui concerne le régime des décisions administratives, que le fonctionnement et les conséquences de l'arrêt de l'activité minière.

C'est sans doute le point le plus important avec l'insertion dans l'article L. 161-1 du Code minier de la perspective de protection de l'environnement et de la santé qui n'existait pas jusqu'alors et qui font penser aux dispositions prises à l'article L.511-1 du Code de l'environnement, étant entendu que c'est à l'État que revient la définition de la politique nationale des ressources et des usages du sous-sol (voir chapitre 3 du livre 1^{er} du titre 1^{er} qui est ajouté au Code minier).

De même, un titre 1^{er} bis est ajouté après le titre 1^{er} du livre 1^{er} qui vise la modification des principes régissant le modèle minier français qui devra d'abord s'aligner sur les règles relatives au développement durable.

En effet, l'introduction d'un nouvel article L.114-1 dans le Code minier rappelle le principe selon lequel l'octroi, l'extension et la prolongation d'un titre exclusif de recherches ou d'une concession sont précédés d'une analyse environnementale, économique et sociale qui est définie strictement à l'article L.114-2 du même Code. Celle-ci est réalisée sous le contrôle du Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable et soumise à un avis économique et social du Conseil Général de l'Économie, de l'Industrie, de l'Énergie et des Technologies.

La procédure prévoit la mise à disposition du dossier de demande sur un site internet. L'autorisation doit être assortie d'un cahier des charges. À cela s'ajoutent les dispositions bien connues des garanties financières qui sont introduites par un article L.162-2 nouveau du Code minier, qui doivent être mobilisées dans les conditions les plus classiques pour la remise en état, la surveillance, le maintien en sécurité et les interventions éventuelles en cas d'accident.

En cas d'arrêt de travaux, un système de servitude est introduit à l'article L.174-5-1 du Code minier, posant l'obligation de réparer les dommages environnementaux par référence à l'article L.162-1 du Code de l'environnement et une responsabilité des maisons mères pour les filiales (voir le complément apporté au chapitre 1 du titre 7 du livre 1^{er} par un article L.171-3 nouveau du Code minier).

Comme l'avait envisagé le Conseil d'État dans son avis du 4 février dernier, la responsabilité de l'exploitant limitée à 30 ans a été introduite par un article nouveau L. 163-9 du Code minier, la permanence des pouvoirs de police étant assurée par l'article L. 173-2 du même Code. Ces dispositions sont d'application immédiate, tout comme celles de l'article L. 100-3 nouveau du Code minier qui disposent clairement que les décisions, titres et autorisations pris en application du présent Code sont soumises au contentieux de pleine juridiction.

Agenda



JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Formation : les bénéficiaires effectifs

4 juin 2021

8, rue Saint Augustin 75002 Paris

Renseignements : 01 47 03 10 10

formation@jss.fr

www.jss.fr/Formations-Calendarier.awp

2021-4082

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER, EDSM

L'emploi, entre valorisation et préservation

4 juin 2021

En distanciel, ou en présentiel

Faculté de droit et de science politique de Montpellier

39, rue de l'Université 34060 Montpellier Cedex 2

Renseignements : 06 11 73 84 76

m2dprt.montpellier@gmail.com

www.dprtmontpellier.fr/evènements-formationen/7.html

2021-4087

UNIVERSITÉ DE RENNES 1, IODE, MASTER 2 DROIT DU NUMÉRIQUE

Le droit des sociétés à l'ère numérique

8 juin 2021

Amphi VII Faculté de droit et de science politique

9, rue Jean Macé 35000 Rennes

sandra.blandin@univ-rennes1.fr

dsenelpa.sciencesconf.org

2021-4088

OBSERVATOIRE DE L'ÉTHIQUE PUBLIQUE ET CERSA

Le Conseil constitutionnel, la déontologie et la transparence

10/11 juin 2021

En ligne ou en présentiel

2, place du Panthéon 75005 Paris

www.observatoireethiquepublique.com

2021-4081

ACE

L'avocat dans tous ses états

11/12 juin 2021

Ile des Embiez Domaine Paul Ricard

83140 Six Fours les Plages

Renseignements : Sandrine Lagorce 01 47 66 30 07

s.lagorce@avocats-conseils.org

xrm.eudonet.com/specif/EUDO_06431/xtranet/event.aspx?i=klr4PwHThSqtndbuVTOIwR1EpL1R1EpL1

2021-4062

Projet de loi Climat

Pour un esprit averti, on comprend parfaitement qu'une telle disposition de plein contentieux est précisément un moyen de régler la question du projet de la Montagne d'Or dès lors que le Sénat aurait adopté des dispositions semblables qui seront d'application immédiate, puisque la question environnementale devient également un impératif de gestion et d'autorisation des activités minières. Rappelons en effet qu'en matière de plein contentieux, les dispositions applicables sont celles du jour où le juge statue, et ce dernier peut refaire l'acte et non pas se cantonner dans un système d'annulation partielle ou totale ou rejet.

LA PARTIE PÉNALE DE LA RÉFORME

S'agissant de la partie pénale de la réforme, l'article 20 quater adopté par l'Assemblée nationale modifie les pénalités et renforce les moyens de la lutte contre l'orpaillage illégal (5 ans d'emprisonnement et interdiction de territoire pour les étrangers).

Les sanctions sont relevées lorsqu'elles sont commises dans le parc amazonien de Guyane pouvant atteindre jusqu'à dix ans d'emprisonnement et 4,5 millions d'euros d'amende.

Les agents de l'Office national des forêts et des réserves naturelles (ONF) auront également la possibilité de contrôler.

À également été ajoutée une procédure d'urgence calquée sur l'article L.216-13 du Code de l'Environnement, à savoir un référé pénal entre les mains du Procureur, par référence au champ de compétence des nouveaux pôles juridictionnels et environnementaux institués par la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale.

Elle vise plus particulièrement, suite à un sous-amendement du rapporteur général, au non-respect de la fracturation hydraulique ou la menace sur les intérêts protégés par le Code minier.

Les agents de l'ONF et de l'Office français de la biodiversité (OFB) voient leurs prérogatives judiciaires renforcées.

LE CAS PARTICULIER DE LA MONTAGNE D'OR

S'agissant de l'affaire de la Montagne d'Or, le gouvernement a rappelé au cours des débats qu'il avait fait appel de la décision du tribunal administratif de Cayenne, et comme on l'a indiqué, l'adoption de nouvelles dispositions et leur entrée en vigueur rapide pourraient permettre de trouver une solution.

Cette réforme peut-elle aboutir ?

On peut en discuter et même en douter.

Le premier élément à prendre en considération trouve sa réponse dans la lecture de l'article 21 de la petite loi adoptée par l'Assemblée nationale et qui autorise le gouvernement à procéder par ordonnance dans un délai de 18 mois afin, dit le texte (qui s'étend sur plus de quatre pages), premièrement de transformer les fondements juridiques et les objectifs du modèle minier français, deuxièmement d'améliorer la prise en compte des enjeux environnementaux liés aux activités minières à tous les stades et de rénover la participation du public et des collectivités territoriales, troisièmement de moderniser le droit minier dans les conditions les plus étendues, quatrièmement de mieux encadrer l'activité minière en matière d'or, cinquièmement de clarifier certaines dispositions du Code minier relatives à la prorogation des titres miniers, les effets attachés aux droits d'inventeur et surtout de prendre des dispositions relatives à l'Outre-mer, et sixièmement afin d'organiser le régime de réparation des dommages miniers causés à l'environnement.

On voit là qu'il s'agit en fait d'un blanc-seing pour reprendre à l'envi, comme le voudrait le pouvoir réglementaire, des dispositions qui auront déjà pu être votées ou bien entendu envisagées puisque pour l'instant rien ne permet d'affirmer que les dispositions prévues par l'Assemblée nationale seront suivies et adoptées par le Sénat.

Elles sont pourtant, pour certaines d'entre elles, d'une utilité certaines et immédiates car elles peuvent s'appliquer d'urgence à des situations complexes comme celles de la Guyane ou de la remise en état des sites dans une perspective de lutte contre l'artificialisation des sols qui est aussi un des objectifs de la loi Climat Résilience.

Le second élément à prendre en considération est une question de calendrier.

Beaucoup de députés ont mis en doute le fait que le gouvernement puisse avant l'échéance présidentielle, réaliser le plan qu'il se propose d'adopter et ce n'est pas, comme on dit, loin d'être vraisemblable.

Quoi qu'il en soit, on ne peut d'une façon ou d'une autre que réenvisager un droit minier qui soit malgré tout... en marche avec son temps.

2021-7180

Les insuffisances du dispositif pénal de la loi climat



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,

La Convention citoyenne avait proposé l'introduction en droit interne du crime d'écocide. Le projet de loi climat a été moins ambitieux et lui a substitué le délit d'écocide. Les conditions drastiques auxquelles sont soumises la réalisation de ce délit ne permettent même pas de respecter les obligations européennes datant de 2008 en matière de droit pénal de l'environnement.

Chacun connaît les difficultés auxquelles se heurte la justice française, dont les moyens sont les plus faibles de toute l'Europe et dont l'organisation judiciaire, qui renforce de manière constante les prérogatives d'un parquet non indépendant, pose de réels problèmes, notamment au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au sein de ce système, le droit pénal de l'environnement est un parent plus que pauvre, avec moins de 1 % de délits reconnus et 50 % d'infractions liées à la chasse !

C'est donc peu de dire que la France n'a pas respecté la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, puisqu'en dehors de l'eau et des espèces protégées, l'atteinte à l'air, au sol et même d'une certaine manière les pollutions générées par les déchets ne sont pas réprimées en tant que telles. Les infractions n'existent que pour autant qu'il y ait la violation d'une mise en demeure émise par l'autorité administrative ; le simple non-respect d'un arrêté d'autorisation par exemple ne fait l'objet que d'une contravention, ce qui signifie qu'en réalité, ce type d'infraction n'est jamais réprimé ou de manière extrêmement insuffisante et finalement peu dissuasive.

La loi introduit un nouveau dispositif pour lequel la médiatisation s'est concentrée sur la question de l'écocide qui n'est qu'une partie du texte. Mais en réalité, il n'y a aucune révolution pénale ; une simple aggravation de sanctions existantes, le délit d'écocide étant largement inapplicable et l'air et le sol restant indéniablement à l'écart de toute sanction pénale.



LE RENFORCEMENT DE SANCTIONS EXISTANTES III

Le délit prévu à l'article L. 173-1 du Code de l'environnement, qui consiste à avoir fait fonctionner ou à avoir exploité une installation ou un ouvrage sans l'autorisation, l'enregistrement, l'agrément, l'homologation ou la certification exigée au titre des activités concernant l'eau ou les installations classées, peut voir sa répression augmentée pour passer à trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende ; ce montant pourrait être porté jusqu'au triple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Il en va de même du délit prévu à l'article L. 173-2 du même Code qui concerne le non-respect d'une mise en demeure, de la méconnaissance de l'article L. 541-46 du Code de l'environnement qui concerne les déchets et de l'article L. 1252-5 du Code des transports qui a trait à des infractions commises dans le cadre de transport non autorisé par voie ferrée, routière et fluviale, de transport de matériel dangereux ou dont l'utilisation est interdite ou sans que le signalement de la dangerosité ne soit effectué.

Enfin, l'article L. 173-3 du Code de l'environnement qui concerne l'infraction consistant à avoir porté gravement atteinte

à la santé ou à la sécurité des personnes ou provoqué une dégradation substantielle de la faune et de la flore, ou de la qualité de l'air, de l'eau ou du sol, en ne satisfaisant pas aux prescriptions fixées par les arrêtés d'autorisation, se voit complété par le même dispositif, à savoir une peine de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

Enfin, toutes ces infractions sont considérées comme identiques au regard de la récidive.

Ce dispositif paraît imposant, mais ce n'est qu'une apparence.

Tout d'abord, on observera que dans l'immense majorité des cas, il s'agit d'infractions administratives avant d'être des atteintes à l'environnement, ce qui signifie que si une autorisation n'est pas nécessaire, il n'y a pas d'infraction.

De plus, cette sévérité accrue n'intervient que lorsqu'il y a un risque immédiat d'atteinte grave et durable à la faune, la flore, la qualité de l'eau.

Par durable, il faut entendre une atteinte qui soit susceptible de durer au moins dix ans.

Cette condition est quasiment impossible à remplir. Comment en effet prouver

lorsqu'une infraction est commise que le dommage qui va en résulter va durer dix ans.

De surcroît, seules sont visées les atteintes au milieu aquatique, à la faune et la flore dont les effets prévisibles sur le temps seront particulièrement difficiles à envisager. En revanche, les atteintes portées à l'air (qui par définition ne dure pas dix ans, mais dont les effets délétères peuvent durer beaucoup plus de dix ans) et aux sols ne sont pas envisagées.

Enfin, encore faudrait-il un réel contrôle des installations classées ou de la police de l'eau pour vérifier si les conditions de fonctionnement sont respectées.

Chacun sait que l'on n'en est très loin.

Enfin, l'article 70 nouveau de la loi climat augmente les peines pour une série d'infractions du code de l'environnement :

- les rejets d'hydrocarbures c'est-à-dire le dégazage (L. 218-11) ;
- les rejets résultant d'opérations d'exploration et d'exploitation de ressources naturelles en mer (article L. 218-34) ;
- les rejets dans le cadre d'opérations d'immersion sur les plateformes et autres ouvrages en mer (L. 218-48) ;
- les rejets dans le cadre des opérations d'incinération effectuées sur des navires (L. 218-64) ;
- les rejets en mer (L. 218-73) ;
- les travaux effectués au sein des parcs nationaux en violation des prescriptions ou sans autorisation (L. 331-26) ;
- le fait de s'opposer à des travaux de restauration des écosystèmes dans les parcs nationaux (L. 331-27) ;
- les infractions commises dans les réserves naturelles, les lieux en instance de classement de réserves naturelles ou la destruction de territoire classé réserve naturelle sans autorisation (L. 332-25) ;
- les infractions commises sur des monuments naturels ou des sites classés (L. 341-19) ;
- l'utilisation des ressources génétiques en infraction avec la législation (L. 415-3-1) ;
- les infractions commises dans les réserves de pêche ou dans la pêche d'espèces protégées (L. 436-16) ;
- les exclusions d'associations agréées de pêche en cas d'infraction (L. 437) ;
- les infractions commises lors d'activités menées dans l'Antarctique (L. 713-5).

LA MISE EN DANGER DÉLIBÉRÉE DE L'ENVIRONNEMENT

La seconde innovation concerne la mise en danger délibérée de l'environnement par analogie avec la mise en danger délibérée de la vie d'autrui.

Un nouvel article L. 231-1 est ajouté au Code de l'environnement. Il sanctionne le fait, en violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, d'émettre dans l'air, de jeter, de déverser, de laisser s'écouler dans les eaux superficielles et souterraines de réseaux, de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou des substances dont l'action ou les réactions entraînent des effets nuisibles graves et durables sur la santé, la faune et la flore, à l'exception des dommages mentionnés aux articles L. 218-73 ou L. 432-2, ou des modifications graves du régime normal d'alimentation en eau.

L'écocide ne se conçoit que comme un crime. (...) Se référer donc à un délit d'écocide pose en soi un problème

Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende, montant qui pourrait être porté jusqu'au quintuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Ce délit d'atteinte générale aux milieux physiques est en réalité le renforcement du délit intentionnel d'atteinte à l'environnement. On observera qu'il ne concerne que l'air et l'eau, mais qu'il ne concerne pas le sol. De plus, il ne s'applique que dans la mesure où les émissions ou les opérations de rejet dépassent les autorisations délivrées. De surcroît et, comme précédemment, il faut qu'il y ait des effets durables, c'est-à-dire qui durent au moins dix ans. Autrement dit, c'est une infraction qui ne pourra jamais être sanctionnée.

De même, il est créé une nouvelle infraction en matière de déchets dans le cas du non-respect des prescriptions, mais là encore l'infraction n'est constituée que pour autant que l'action ou les réactions entraînent des effets qui portent une atteinte grave et durable à la santé, la faune, la flore, ou la qualité des sols. La durée de dix ans là aussi est un obstacle absolument majeur.

Pour toutes ces infractions, le délai de prescription court à compter de la découverte du dommage et non de la commission de l'infraction, ce qui est assez logique compte tenu du délai de dix ans. Mais cela crée bien entendu une très forte incertitude juridique au profit des pollueurs potentiels et au détriment

des victimes. De plus, on pourra s'interroger sur la signification du terme de « découverte du dommage ». En effet, un dommage peut être immédiat sans pour autant qu'on puisse avoir la moindre idée qu'il va effectivement durer dix ans. Or, la prescription d'un délit est de six ans. Il y a donc là aussi une difficulté supplémentaire.

L'INTRODUCTION DE L'ÉCOCIDE CHANGE-T-ELLE LA DONNE ?

Tout d'abord, le terme écocide comporte la racine « cide », laquelle vient du latin *caedere* qui signifie tuer. L'écocide consiste donc à tuer la maison ou l'écosystème. Il ne peut donc s'agir d'un délit. L'écocide ne se conçoit que comme un crime, car il comporte la destruction complète du milieu et donc, nécessairement, intègre directement ou indirectement la notion d'« humanicide », qui est un crime contre l'humain privé de la possibilité de vivre dans son milieu et donc destiné à mourir.

Se référer donc à un délit d'écocide pose en soi un problème. Peut-on *a minima* considérer qu'il s'agit de l'introduction en droit interne d'un délit général d'atteinte à l'environnement, dans les conditions prévues par la directive 2008 ? On verra ci-dessous qu'il n'en est rien.

Le nouvel article L. 231-3 du Code de l'environnement définit l'écocide comme l'infraction prévue à l'article L.231-1 du même Code, lorsque les faits sont commis de manière intentionnelle ; il en va de même des infractions prévues aux articles L. 173-3 et L. 231-2 lorsqu'elles sont commises en ayant connaissance du caractère grave et durable des dommages sur la santé, la faune, la flore ou la qualité de l'air, de l'eau et des sols susceptible d'être induit par les faits commis.

La peine prévue est alors de cinq ans d'emprisonnement pour l'infraction prévue à l'article L. 173-3 précité et de dix ans d'emprisonnement pour les infractions prévues aux articles L. 231-1 et L. 231-2 précités également.

La peine d'un million d'euros d'amende est portée à quatre millions, l'amende pouvant aller jusqu'au décuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Cet article qui peut paraître d'une sévérité extrême a été vivement critiqué par le Conseil d'État dans son avis du 4 février dernier, dans la mesure où pour qu'il y ait un délit, il faut une intention.

Par voie de conséquence, exiger l'élément intentionnel pour l'écocide est incompréhensible dès lors qu'il est déjà exigé pour les autres infractions. Comment dès lors déterminer le cas dans lequel on se trouve dans un écocide et le cas dans lequel il s'agit

d'une infraction de droit commun ? De surcroît, la même définition du « durable », à savoir un dommage qui dure dix ans, reste une condition excessivement difficile à remplir. Il est donc peu probable que ce nouveau délit d'écocide donne lieu à application et à une jurisprudence abondante.

LES DISPOSITIONS PLUS TECHNIQUES

DU DISPOSITIF PÉNAL

LA CONSTATATION DES INFRACTIONS

Les articles 67 et 67 bis de la loi climat renforcent les conditions de recherche et de constatation des infractions en étendant les corps d'inspecteurs et d'agents susceptibles d'y procéder, y compris jusqu'aux gardes champêtres, ce qui intéresse directement les collectivités territoriales qui emploient ces fonctionnaires (voir en ce sens dans le présent JSS l'article de Madeleine Babès, « *Le paysage réglementaire des collectivités territoriales remodelé par la loi climat* »).

Est introduit un article L. 171-5-2 dans le Code de l'environnement pour déterminer les conditions dans lesquelles les contrôles par drones peuvent être effectués en protégeant en particulier les domiciles.

LES ENQUÊTES ET ANALYSES

Par ailleurs, la loi crée un bureau d'enquête et d'analyse sur les risques industriels un peu sur le modèle du BEA. Les nouveaux articles L. 500-1 et L. 500-2 du Code de l'environnement dans leur rédaction issue de cette loi, donne à ce bureau une compétence en cas d'accident majeur entraînant des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune, à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau.

Cette enquête est obligatoire lorsque l'accident doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne comme relevant sur une installation visée à l'article L. 515-32 du Code de l'environnement, c'est-à-dire, une installation de type Seveso. Cette enquête est possible pour tout accident survenu dans une ICPE, dans une mine, dans un réseau souterrain ou sur des produits et équipements à risques ou enfin toute infrastructure mentionnée à l'article L. 551-2 du même Code, c'est-à-dire pour tout accident impliquant des véhicules ou des ouvrages d'infrastructures.

Sont exclues de la compétence les installations et activités relevant de l'autorité de sûreté nucléaire et les installations relevant du ministère des Armées.

Les frais relatifs aux expertises et analyses sollicitées par le bureau d'enquête et d'analyses de risque industriel peuvent être mis à la charge de l'exploitant.

Mais sa compétence n'a rien de judiciaire.

Cette enquête technique a pour seul objet



l'amélioration de la sécurité et la prévention de futurs accidents ; elle n'a pas à chercher les fautes et responsabilités et reste donc parfaitement distincte de l'enquête judiciaire. Mais il n'est pas certain que la séparation entre les deux activités soit tellement aisée.

LA QUESTION DE LA REMISE EN ÉTAT ET DE LA SUSPENSION D'ACTIVITÉ

L'article L.173-5 du Code de l'environnement permet, en cas de condamnation d'une personne physique ou morale pour une infraction prévue au présent code, au tribunal de décider de l'arrêt ou de la suspension des travaux de l'activité pour une durée qui ne peut excéder un an. Le tribunal peut également ordonner les mesures de remise en état ou la réparation des dommages causés à l'environnement avec une astreinte journalière au plus égale à 3 000 euros.

Le tribunal peut décider que ces mesures sont exécutées d'office aux frais de l'exploitant et ordonner dans ces cas-là consignation de la somme répondant aux travaux à réaliser.

Le projet de loi, dans son article 71, donne la possibilité à ce que ces dispositions soient ordonnées selon la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale prévue aux articles 495-1 à 495-6 du Code de procédure pénale, ou selon la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-16 du même Code.

Il en va de même en ce qui concerne les infractions au Code de l'urbanisme en cas de construction sans permis par la modification de l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme.

Enfin, l'article 71 ter clôt un débat judiciaire actuel sur la compétence des juridictions chargées des actions relatives au devoir

de vigilance, en raison d'une opposition entre les entreprises qui souhaitent qu'il s'agisse de tribunaux de commerce et les associations qui s'adressent plus volontiers aux tribunaux judiciaires. L'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire est créé et attribue à un ou plusieurs tribunaux judiciaires, spécialement désignés, ces actions relatives au devoir de vigilance.

ENCORE DES RAPPORTS...

Enfin, l'article 73 prévoit à compter de la promulgation de la loi, la remise au Parlement d'un rapport sur l'application des dispositions de cette loi et sur les dispositions des articles 15 à 20 de la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

Dans le délai d'un an devra être remis au Parlement un rapport sur l'action du gouvernement en faveur de la reconnaissance de l'écocide comme un crime qui doit être jugé par les juridictions pénales internationales et sur l'opportunité de procéder à une codification à droit constant des dispositions pénales concernant l'ensemble des infractions relatives à l'environnement de nature législative et réglementaire.

LES FAIBLESSES JURIDIQUES DE CE TEXTE

Avant même d'aborder la question du droit européen, il convient de souligner la sévérité de l'avis du Conseil d'État du 4 février dernier sur cette loi climat.

Le Conseil d'État a descendu en flammes ce texte dans la mesure où « *le projet de loi n'assure pas une répression cohérente graduée proportionnée des atteintes graves et*

durables à l'environnement selon l'existence ou non d'une intention ».

De plus, le Conseil d'État fait observer que la loi réprime de manière différente et incohérente les comportements intentionnels causant des atteintes graves et durables à l'environnement. Il donne donc un avis tout à fait négatif sur cette partie du texte ce qui devrait conduire à sa réécriture complète.

RAPPEL DES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES

L'article 3 de la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal précise :

« Les États membres font en sorte que les actes suivants constituent une infraction pénale lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement ou par négligence au moins grave :

- le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol ou les eaux, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore ;

- la collecte, le transport, la valorisation ou l'élimination de déchets, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore ;

- le transfert de déchets ;

- l'exploitation d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée ou des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées, causant ou susceptible de causer, à l'extérieur de cette usine, la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol ou de la qualité des eaux, ou bien de la faune ou de la flore ;

- la production, le traitement, la manipulation, l'utilisation, la détention, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation ou l'élimination de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses, causant ou susceptibles de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore ;

- la mise à mort, la destruction, la possession ou la capture de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées sauf dans les cas où les actes portent sur une

quantité négligeable de ces spécimens et ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ;

- le commerce de spécimens d'espèces de faune ou de flore sauvages protégées ou de parties

- de ces spécimens et ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ;

- tout acte causant une dégradation importante d'un habitat au sein d'un site protégé ;

- la production, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché ou l'utilisation de substances appauvrissant la couche d'ozone. »

La volonté du gouvernement de réduire de manière drastique le champ d'application des nouveaux délits conduit à une série de verrous qui créent une incompatibilité avec les exigences européennes.

L'article 4 : Incitation et complicité ajoute :

« Les États membres veillent à ce que le fait d'inciter à commettre de manière intentionnelle un acte visé à l'article 3 ou de s'en rendre complice soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale. »

Quant à l'article 5 : Sanctions :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 3 et 4 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. »

Venons-en à l'essentiel, à savoir la prétention d'introduire un écocide dans le droit français.

LA CONFORMITÉ DU PROJET DE LOI AVEC LES EXIGENCES EUROPÉENNES

En réalité, le compte n'y est pas, dans la mesure où la volonté du gouvernement de réduire de manière drastique le champ d'application des nouveaux délits conduit à une série de verrous qui créent une incompatibilité avec les exigences européennes.

En premier lieu, le délai de dix ans exigé pour la durée des dommages, nécessaire pour que l'infraction puisse être constituée, est une double hérésie. D'une part, il est très difficile de prouver au moment où l'infraction est commise que les effets de l'infraction vont durer dix ans et, au bout de dix ans, le délit est prescrit puisque la prescription est de six ans. De plus, cette exigence est disproportionnée

d'autant plus qu'aucune condition liée à la durée du dommage n'est prévue dans les textes communautaires. Apporter la preuve *ab initio* de ce que les dommages causés vont durer plus de dix ans, preuve qui pèsera sur le ministère public et les victimes – puisqu'il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction – risque de s'avérer dans la plupart des cas impossible et conduire à des discussions qui seront très éloignées de l'essentiel, à savoir avoir commis volontairement une atteinte au milieu quelle que soit la gravité de cette atteinte.

En second lieu, l'intention est définie de manière très étroite comme la connaissance des risques encourus d'atteintes graves et durables. Or la négligence est considérée par le droit communautaire comme un élément intentionnel constituant l'infraction. Sur ce point, le texte n'est pas conforme aux exigences européennes. Certes, la jurisprudence *Erika* (Crim. 25 sept. 2012) a retenu la négligence comme constitutive de l'infraction et de la responsabilité civile (alors que la convention sur la responsabilité civile du fait des pollutions de mer par hydrocarbures excluait la responsabilité de l'affréteur sauf s'il avait commis une faute volontaire). Mais cette définition extrêmement étroite rendra très difficile la prise en considération de la négligence comme élément constitutif de l'infraction, et c'est précisément pour cela qu'elle a été retenue.

En troisième lieu, le projet implique un élément de gravité. Or la directive communautaire fait référence à une dégradation substantielle. Il n'est pas évident que les deux concepts soient de valeur équivalente, la gravité étant plus exigeante que la dégradation substantielle.

En quatrième lieu, le champ d'application du projet de loi ne couvre pas tous les domaines retenus par la directive. Il en va notamment ainsi des radiations ionisantes qui, comme par hasard, sont oubliées, ou de la dégradation des habitats qui n'est pas visée. Or le droit pénal est d'interprétation stricte.

Enfin, on peut s'interroger sur la question de l'incitation visée à l'article 4 de la directive qui prévoit sa répression au même titre que la complicité. Celle-ci ne fait pas de problème puisqu'il s'agit de droit pénal général et que par conséquent, la complicité sera punie comme le délit lui-même.

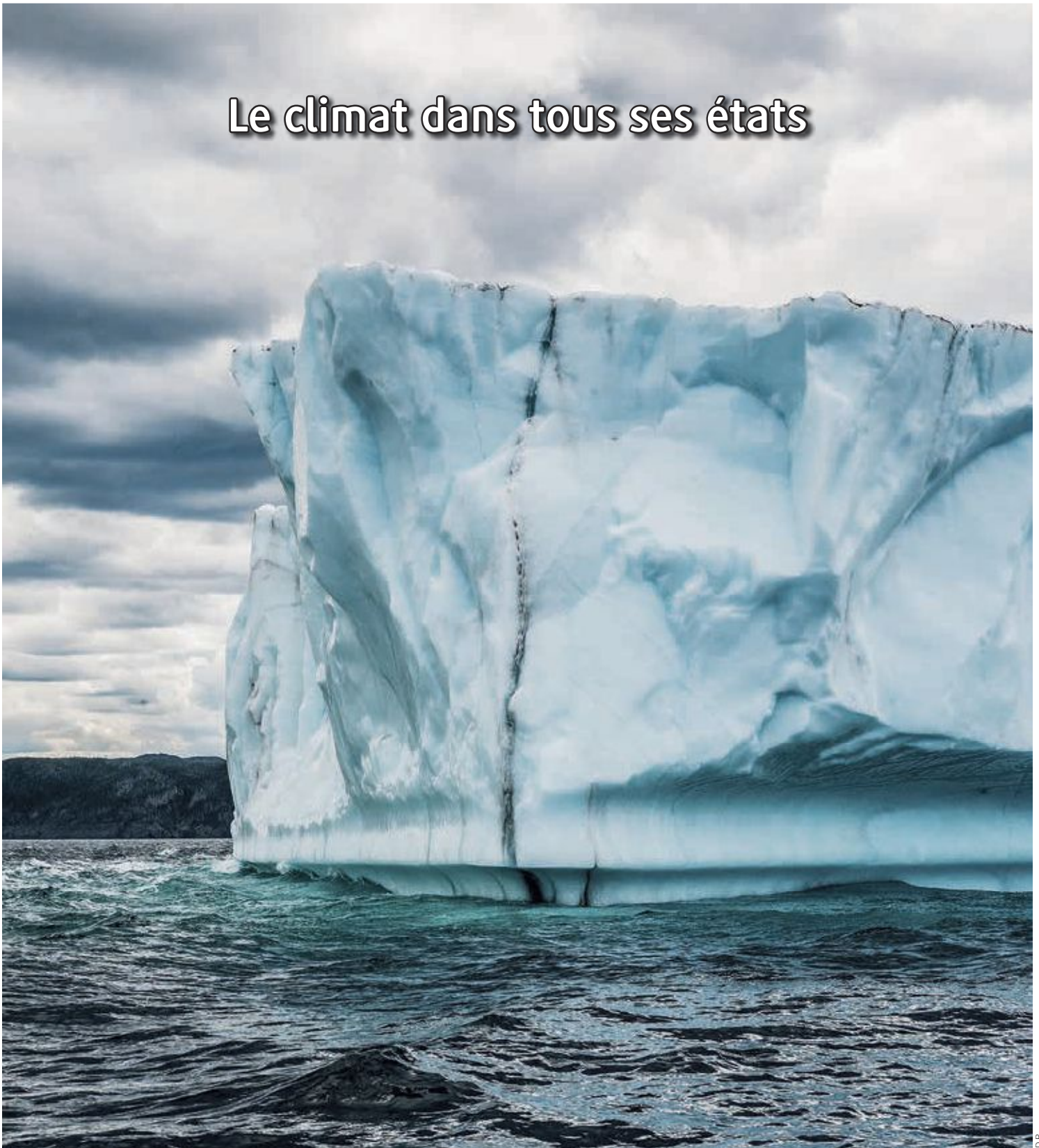
En revanche, sur l'incitation qui peut, dans le domaine environnemental prendre des formes très diverses, le doute fait plus qu'exister. Ainsi, le fait pour un conseil d'administration de refuser des crédits indispensables pour éviter une pollution pourrait-il être réprimé ? La loi n'apporte aucune réponse sur ces problématiques pourtant essentielles.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 17 novembre 2021 – numéro 80

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Le climat dans tous ses états



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

COP26

Les acteurs non étatiques après Glasgow	3
La révolution du <i>Green New Deal</i> au niveau européen	7
Le carbone : enjeu d'investissement ou de désinvestissement	10
Entreprises, États et collectivités territoriales face à la compensation carbone	13
L'adaptation : le nouveau grand sujet pour tous les acteurs Pourquoi l'adaptation maintenant ?	16
Finance durable : où en est-on ?	20
La décarbonation de l'industrie et ses limites	23
Sobriété énergétique : quels outils ?	26
Puits de carbone : l'appel de la forêt	28
Digitalisation : outil ou enjeu de la transition écologique ?	30

AGENDA 15

ÎLE-DE-FRANCE

À la CIUP, une expo pour manger local et diminuer son empreinte carbone.	36
La Seine-Saint-Denis a créé sa propre Convention citoyenne pour le climat	36
Préserver la biodiversité à domicile grâce à l'application Hortilio	37

ANNONCES LÉGALES 38

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 183461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2021

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le climat dans tous ses états

La conférence de Glasgow ou COP 26 est l'occasion de faire un point d'étape sur la question climatique, de manière aussi concrète que possible.

Ce numéro spécial n'a pas l'ambition de couvrir tous les sujets qui sont extrêmement nombreux, mais d'essayer d'apporter à ses lecteurs un certain nombre d'éléments de synthèse sur les enjeux de Glasgow, et au-delà, sur les transformations juridiques auxquelles l'Union européenne procède actuellement.

Cet ensemble a des conséquences profondément importantes sur le monde économique en entraînant une différenciation des entreprises en fonction de leur impact climatique et en faisant apparaître comme un sujet aussi majeur que celui de la réduction des émissions de gaz à effet de serre, le sujet de l'adaptation au dérèglement climatique déjà apparent.

Dans un troisième temps, on s'intéressera à des sujets plus particuliers que sont la sobriété énergétique, la finance verte et la RSE, les limites que rencontre la décarbonation de l'industrie, le rôle des forêts notamment comme puits de carbone, la situation paradoxale du digital, outil de transformation au service de la transition énergétique, mais aussi facteur majeur des émissions de gaz à effet de serre, et enfin les questions liées à la capture de carbone.



Corinne Lepage

Ces différents articles n'ont pas la prétention de faire le tour complet du sujet, mais visent à permettre aux acteurs économiques, et de manière plus large à tous les acteurs intéressés par ce sujet, d'avoir une vision d'ensemble d'un certain nombre de thématiques essentielles, de manière à pouvoir en tirer, chacun à leur niveau, les conséquences nécessaires.

HL

Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

2021-7862



Les acteurs non étatiques après Glasgow



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

À l'heure où ces lignes sont écrites, la conférence de Glasgow n'est pas encore achevée. Toutefois l'absence de la Chine et de la Russie, le manque d'engagement – même si des progrès sont accomplis sur la lutte contre la déforestation qui commencera en 2030, l'abandon du charbon (même pas par tous) en 2030 ou la réduction du méthane – est criant. Le fossé s'accroît entre des engagements demeurant modestes et une situation qui se dégrade à une vitesse accélérée. Si les États répondent incontestablement à des injonctions contradictoires et si des considérations géopolitiques ou de politiques intérieures l'emportent sur toute autre considération, il en va bien différemment des acteurs non étatiques, soumis à d'autres principes de réalité. Qu'il s'agisse des entreprises, des collectivités territoriales, du monde de la finance et plus encore des jeunes, la transformation est perçue comme une réelle nécessité. Dans ce contexte, les positions juridiques et financières de l'Union européenne constituent des leviers très intéressants pour permettre une transformation effective. Ils le sont d'autant plus que le droit occupe une place croissante dans la lutte contre le dérèglement climatique.

UNE SITUATION CATASTROPHIQUE

S'agissant du caractère catastrophique de la situation actuelle, le constat est largement partagé. Les mots de Boris Johnson ou du secrétaire général de l'ONU Antonio Guterres sont sans



COP26

équivoque. Quant au rapport du GIEC du 9 août 2021, il est aussi sans ambiguïté : « *La vie sur Terre peut se remettre d'un changement climatique majeur en évoluant vers de nouvelles espèces et en créant de nouveaux écosystèmes. L'humanité ne le peut pas.* »

LA DÉGRADATION RAPIDE DE LA SITUATION

Pour la première fois, deux régions du monde sont devenues inhabitables : Jacobabad au Pakistan, et Ras al Khaimah dans le golfe persique. Les

phénomènes météo se sont multipliés au cours de l'année 2021 avec de terribles incendies, des inondations meurtrières, des feux de forêt en Sibérie qui ont ravagé près de 20 millions d'hectares, un dôme de chaleur de 47° au Canada avec des incendies gigantesques, des inondations monstrueuses en Chine, la présence de nuages « cracheurs de feu » provoquant des orages géants, qui eux-mêmes engendrent des incendies en Australie. Les feux de forêt dans l'Arctique ont libéré 66 mégatonnes de CO₂, ceux de Russie

1 800 mégatonnes ; quant aux incendies canadiens, ils ont émis plus de carbone que durant n'importe quelle année depuis 2003. Ces incendies rajoutent aux émissions de gaz à effet de serre déjà colossales. Les représentants du Climat Vulnérable Forum qui rassemble les pays immédiatement concernés par le changement climatique réclament un pacte climatique d'urgence ; ils veulent bénéficier du principe de pertes et dommages liés au réchauffement climatique inscrit à l'agenda de la COP de Glasgow.

L'AUGMENTATION MASSIVE DES GES

Entre 1850 et 2019, les teneurs dans l'atmosphère de gaz carbonique de métal et de protoxyde d'azote dus aux activités humaines ont augmenté respectivement de 47 %, 156 % et 23 %, entraînant un réchauffement de plus de 1°1 (1° ou 1.1°), peu atténué par quelques autres facteurs (activité du soleil, El Niño, volcanisme, etc.), pour 2° environ. Quels que soient les efforts entrepris actuellement, la température continuera d'augmenter au moins jusqu'en 2050 avec des scénarios qui vont de 1,8° à 5,7° dans le pire des cas. Il est très probable que le seuil de 1,5° soit dépassé d'ici 2040, soit avec dix ans d'avance dans un scénario de très faibles émissions. Le GIEC souligne également les risques comme la fonte de la calotte glaciaire de l'Antarctique ou la disparition des forêts.

À ceci s'ajoute une crise énergétique qui entraîne un recours accru aux énergies fossiles. Avec la reprise post-covid, les besoins ont considérablement augmenté, d'où une hausse des prix. En Chine, la demande d'électricité a progressé de 14 % en 2021, et les deux tiers ont été assurés par du charbon. Des centrales à charbon ont été rouvertes en Turquie, en Inde et en Iran. Des effets d'aubaine sont instaurés,

entraînant une très forte spéculation. Au total, l'addition est salée : les émissions de carbone en 2021, selon l'étude publiée le 4 novembre par global carbone Project, ont augmenté de 4,9 % après une chute de 5,4 % en 2020. Selon ce rapport, « *le rebond des émissions mondiales de CO₂ d'origine fossile en 2021 reflète un retour vers l'économie fossile pré-covid* ». La Chine voit une courbe ascendante, et l'Inde augmente de 12 % ses émissions, la plaçant au même niveau que l'Europe, celui du charbon plus tôt, mais le pic des fossiles est attendu seulement pour 2030, ce qui représenterait une augmentation de 4° de la température...

LE NON-RESPECT DES ACCORDS DE PARIS

Le 28 octobre, après la publication par la Chine de sa contribution nationale, 111 États avaient déposé des contributions nouvelles, et 36 n'avaient rien fourni. Parmi les contributions nouvelles, 78 pays représentant la moitié des émissions mondiales n'avaient fait aucun effort supplémentaire (Chine, Turquie, Inde, Arabie Saoudite) et neuf avaient réduit leurs ambitions. Si ces engagements étaient respectés, cela conduirait le monde à une augmentation de 2,7°. Malheureusement, un certain nombre d'engagements sont factices. Il en va notamment ainsi du Brésil qui continue à inclure le puits de carbone que constituait l'Amazonie alors que celle-ci est devenue émettrice de CO₂ ; dans la mesure où les Accords de Paris ne permettent pas de contrôle, ces engagements restent virtuels.

De plus, de nombreux engagements des Accords de Paris restent virtuels :

- personne ne croit un instant que le 1,5° est à notre portée ;
- les capacités d'adaptation n'ont pas été mises en œuvre ;
- les contributions de tous les pays

n'ont pas progressé dans le temps en violation de l'article 3 ;

- le fait de ne pas respecter le plafond des émissions n'est pas une violation de l'Accord puisque cela n'est pas contraignant ;
- les puits de carbone des forêts n'ont pas été préservés ;
- l'interdiction de la double comptabilité des émissions n'est pas respectée ;
- les 100 milliards prévus à l'article 9 pour le financement des pays du Sud ne sont toujours pas assurés... [sur tous ces points, l'excellent rapport de Bettina Laville sous l'égide du comité 21 (www.comité21.org).

Cet océan entre des engagements plus ou moins sérieux, plus ou moins contrôlés et la dégradation rapide de la situation n'est pas acceptable pour de très nombreux acteurs qui sont confrontés aux effets déjà réels du dérèglement climatique, qui craignent pour l'avenir de leurs activités et/ou qui craignent tout simplement pour leur propre avenir.

LE RÔLE CROISSANT DES ACTEURS

NON ÉTATIQUES

Par acteurs non étatiques, il faut entendre bien évidemment les ONG et un certain nombre d'organisations scientifiques et financières qui sont en mesure de vérifier, et le cas échéant contester les informations fournies, ce qui est bien entendu très utile pour le débat et contraint notamment les acteurs économiques et financiers à ne pas tomber dans l'éco-blanchiment ou les *fake news*. Il faut entendre bien évidemment les très nombreuses organisations militantes, et en particulier les jeunes qui se font de plus en plus entendre sur toute la planète.

Le présent propos sera concentré sur les collectivités publiques et le monde économique et financier.

LES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

Il est indéniable que les collectivités publiques, régions et villes, jouent un rôle croissant au niveau international par l'intermédiaire notamment du R20 (regroupant les grandes régions du monde) et du C40 (regroupant les mégalo-poles et les métropoles), et du CGLU (Cités et Gouvernements Locaux Unis, qui regroupe 240 000 villes et collectivités dans le monde représentant plus de cinq milliards d'individus). Ces différentes organisations sont très présentes au niveau international et se font entendre par un certain nombre d'événements lors des sommets internationaux et en particulier de la COP26.

Mais ce sont également des acteurs très engagés et effectifs dans la lutte contre le dérèglement climatique ; c'est en effet à leur échelle que sont prises les principales mesures concrètes, qu'il s'agisse de mobilité, d'immobilier ou de villes durables. En conséquence, les acteurs territoriaux exigent d'être beaucoup plus associés à l'élaboration des politiques en matière de climat et de disposer d'outils effectifs. Ainsi, le comité européen des régions réclame un tableau de bord régional européen et un système de contribution déterminé qui auraient pour but au niveau régional et local de surveiller la réduction des émissions de gaz à effet de serre ; des propositions sont faites par le comité sur le système d'échange de droits d'émissions et de taxes, le secteur agricole, celui de l'énergie.

Le C40 a lancé le Cities Race to Zero ; l'organisation CGLU est également très active pour promouvoir dans tout son réseau, organisé de manière régionale, des solutions concrètes non seulement pour lutter contre les émissions, mais également pour l'adaptation.



LES ENTREPRISES

Face à la question climatique, toutes les entreprises n'ont évidemment pas la même attitude, car certaines sont des gagnantes de la révolution énergétique et digitale, alors que d'autres (toutes celles qui sont inscrites dans le monde fossile) sont *a priori* les perdantes de cette transformation qui va devoir s'accélérer de force, car ce n'est pas de gré.

21 % des 2 000 plus grandes entreprises du monde, regroupées au sein de différentes organisations, ont pris des engagements, dont celui d'atteindre zéro émission nette de carbone en 2040, et ont annoncé vouloir atteindre la neutralité carbone. Certes, il existe une discussion, notamment d'ordre juridique, sur ce que signifie zéro émission nette de carbone (ceci renvoie en particulier à la question de la compensation carbone traitée dans ce numéro), mais la dynamique est la bonne.

L'effort est évidemment à poursuivre, car les rapports soulignent qu'il faudrait que 65 % des entreprises mettent en pratique l'Accord de Paris, soit huit fois le pourcentage actuel, pour que les objectifs climatiques soient atteints. En France, 32,5 % des entreprises

du CAC 40 ont pris des mesures de limitation de la température, ce qui est un très bon score par rapport aux autres pays (23 % au Royaume-Uni et aux États-Unis par exemple). Cela étant, on peut espérer, au moins au niveau des entreprises européennes, que l'effort remarquable que fait l'Union européenne autour du *Green New Deal* et de la taxonomie encourage nos acteurs pour s'engager de manière beaucoup plus active, ne serait-ce qu'en raison des avantages financiers qu'ils pourraient en retirer ou des risques auxquels ils seraient confrontés (voir l'article consacré au carbone dans les entreprises p.10).

LA FINANCE

C'est le secteur clé donnant lieu à la fois à de grands espoirs et à beaucoup de réserves. Les espoirs viennent de la finance durable et à plusieurs égards :

- les coalitions qui s'engagent à ne plus financer le charbon, bien que le rapport de Reclaim Finance souligne la faiblesse des fonds concernés (3 400 milliards sur 23 000 milliards), des engagements non suivis d'effets entre investisseurs et État ;
- la finance durable avec de nouveaux

outils : les prêts à impact positif (SLL), les green bonds (1 000 milliards cumulés) ;

- des coalitions sous forme de centres financiers pour le développement durable (une douzaine dans le monde), plusieurs formes de coopérations entre États et investisseurs privés, un cadre d'investissement et de gestion lancé par le One Planet Sovereign Wealth Fund.

Dans un article récent, Christine Lagarde, présidente de la BCE, mettait en lumière la nécessité pour les banques de présenter des plans de transition avec un contrôle pour éviter l'écoblanchiment et sa volonté de surveiller les banques centrales quant à leur exposition aux risques climatiques dans la supervision.

Dans ce contexte, le réseau pour le verdissement du système financier, qui rassemble une centaine de banques centrales, cherche à unifier l'appréciation des risques climatiques ; la Banque de France a mené le premier stress test climatique mondial en 2020 ; ce réseau voudrait devenir le Logitech de la finance.

Quoi qu'il en soit, les chiffres sont impressionnants : plus de 450 établissements financiers représentant 130 000 milliards de dollars d'actifs sont désormais réunis au sein de la Glasgow Financial Alliance for Net Zero. Cette structure s'engage à atteindre la neutralité carbone d'ici 2050 avec des objectifs intermédiaires pour 2030.

Pour atteindre cet objectif, 100 000 milliards de dollars sont nécessaires, mais reste à apporter la preuve de la concrétisation de ces engagements. Que représente effectivement le net zéro ? En attendant, les investissements dans les hydrocarbures et le charbon continuent, les profits des sociétés

pétrolières en 2021 ont explosé, et il faut rappeler qu'en 2020, plus de 450 milliards de dollars de subventions ont été versés en faveur des fossiles !

LA PLACE DU DROIT

Dans ce contexte, la place du droit est croissante.

- La justice climatique est devenue une réalité. Depuis la décision Urgenda¹ intervenue en 2019, de nombreuses décisions ont été rendues, contraignant les États, et même les entreprises, avec la décision Shell aux Pays-Bas², à réduire plus ou moins massivement leurs émissions de gaz à effet de serre. Plus de 2 000 procès sont en cours dans le monde qui commencent à concerner également la réparation.

- Plus intéressant et novateur encore, les membres de l'AOSIS (Alliance des petits États insulaires), qui sont les premiers concernés par les effets du dérèglement climatique puisqu'ils sont appelés à disparaître, réclament une réparation effective. Leur avocat veut saisir la Cour internationale de justice ou le tribunal international du droit de la mer d'un avis consultatif, car ces derniers sont au bord de l'effondrement. Ainsi, les attermolements des conférences internationales suscitent pour ceux qui n'ont plus d'espoir la judiciarisation de leur situation.

- En second lieu, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a reconnu le 8 octobre 2021 (résolution 48/13) que l'exercice du droit de bénéficier d'un environnement propre, sain et durable était un élément important de la jouissance des droits de l'homme. Cette reconnaissance, qui est nouvelle dans cette enceinte, même si la plupart des Constitutions du monde reconnaissent le droit à un environnement sain, constitue une nouvelle étape.

- De nombreuses décisions rendues dans le cadre de la justice climatique assimilent aux droits humains le droit à voir maintenir le climat à un niveau viable, ce qui nécessite évidemment une lutte efficace contre le dérèglement climatique.

- Enfin, la question de la responsabilité liée à l'inaction des entreprises va se poser de manière croissante. L'arrêt Shell est une première étape. Une décision brésilienne récente pose la question de la réparation du préjudice lié à une déforestation illégale. L'utilisation du devoir de vigilance progresse.

- Dans un article publié récemment³, Frédéric Peltier soulignait que la responsabilité sanctionne une faute, et que la jurisprudence en construction sur la responsabilité environnementale ne sort actuellement pas du droit commun. En conséquence, plutôt que fuir le débat sur le risque climatique, les actionnaires devraient délibérer sur les enjeux environnementaux des sociétés qu'ils financent pour définir les précautions qui doivent être mises en œuvre. On pourrait rajouter qu'il s'agit non seulement d'une mesure rationnelle dans le cadre d'une gestion raisonnable, mais que ne pas le faire risque d'engager une succession de responsabilités en boule de neige qui pourrait bien finir par retomber sur les actionnaires négligents.

En conclusion, le caractère vital de la question climatique fait qu'elle est devenue un sujet dont tous les acteurs se sont emparés. Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit en réalité pas d'une transition écologique. Il s'agit d'une transformation complète de l'organisation de nos sociétés qui implique non seulement l'économie, mais également la manière de vivre et de s'organiser sur un plan de la gouvernance. Il est donc tout à fait logique que tous les acteurs s'emparent du sujet.

2021-7878

1) Décision du 20 décembre 2019 de la Cour suprême des Pays-Bas.

2) 26 mai 2021 tribunal de La Haye.

3) *Les Échos*, 5 novembre 2021 « Climat : aux actionnaires d'assumer leurs responsabilités ».

La révolution du *Green New Deal* au niveau européen¹



Christian Huglo,
Avocat à la Cour

Le 11 décembre 2019, la Commission européenne, ambitieuse, révélait son *Green New Deal*. Cette nouvelle politique présentait un objectif de neutralité climatique en 2050. La nouvelle présidente, Ursula von der Leyen, annonçait une transformation des modes de vie et de consommation.

Compte tenu du caractère exhaustif du *Green Deal* qui touche aussi bien le droit de la biodiversité, le droit de l'énergie, le droit des bâtiments, le droit des sols, le droit de l'agriculture et le contrôle des produits chimiques, il est apparu utile de se concentrer sur deux étapes clés qui, parmi les projets annoncés en décembre 2019, nous paraissaient importantes.

Tout d'abord, le règlement adopté le 30 juin 2021² constitue ce que l'on appelle la loi européenne sur le climat, qui a été qualifiée par la présidente de la Commission européenne de « loi des lois » : il vient consacrer juridiquement l'objectif de neutralité climatique en 2050 et rehausser l'objectif intermédiaire de réduction des gaz à effet de serre à horizon 2030 à 55 %.

Deux semaines plus tard, le 14 juillet 2021, la Commission européenne portait au public un paquet législatif de 12 propositions de textes pour ajuster sa réglementation au nouvel objectif intermédiaire de réduction des gaz à effet de serre, le paquet « Ajustement à l'objectif 55 ».



LA LOI CLIMAT EUROPÉENNE DU 30 JUIN 2021

Le règlement (UE) 2021/1119 du 30 juin 2021 est un texte essentiel, car il impose une réduction de 55 % des émissions des gaz à effet de serre, soit en réduction directe, soit en amélioration de l'utilisation des puits de carbone pour un objectif 2030 par rapport à 1990, ce qui implique une diminution de 3 % par an des émissions cumulées, transports, bâtiments et déchets, alors que la baisse était de 0,4 % entre 2004 et 2019.

C'est dire l'extrême importance de l'effort à accomplir.

Précédé d'un exposé des motifs de 24 pages, le règlement se compose de 14 articles dont le plus important est l'article 1^{er} alinéa 2 qui fixe, d'une part,

un objectif contraignant de neutralité climatique dans l'Union d'ici à 2050 et des objectifs intermédiaires, d'autre part, l'adaptation aux conséquences du changement climatique prévoyant un cadre permettant de progresser vers l'objectif mondial d'adaptation défini à l'article 7 de l'Accord de Paris.

Ce texte phare du dispositif est assez complexe car, d'un côté, il procède par étape en harmonie avec l'Accord de Paris, mais il ajoute également d'autres rendez-vous, notamment celui de 2040 pour mesurer le chemin accompli vers l'objectif 2050, à savoir la neutralité des émissions.

Le dispositif mis en place a recours à des mesures essentiellement incitatives, créant de nouvelles obligations de

1) L'auteur remercie Sylvain Hamanaka pour sa collaboration à la relecture du présent article.

2) Règlement 2021-1119 du Parlement et du Conseil JOUE 09.07.2021.

planification et assurant un contrôle des étapes parcourues.

DE NOUVELLES OBLIGATIONS DE PLANIFICATION

Il implique d'abord l'obligation pour les États membres de réaliser des plans « climat » dont on ne peut imaginer, alors que c'est le cas aujourd'hui, qu'ils demeureraient sans aucune force juridique.

Les résultats à atteindre seront évalués par la Commission européenne à intervalles réguliers (tous les cinq ans à compter de l'année 2023). Elle devra contrôler les progrès réalisés par les États membres collectivement (article 6 paragraphe 1), par l'Union européenne elle-même (article 6 paragraphe 2).

En ce qui concerne l'adaptation au changement climatique prévue à l'article 1^{er} alinéa 2 précité, celle-ci s'incarne dans une obligation de progrès constant (article 5 paragraphe 1). À ce titre, les États membres doivent adopter et mettre en œuvre des plans nationaux d'adaptation en tenant compte de la stratégie de l'Union (l'article 5, paragraphe 2 et paragraphe 4).

UN CONTRÔLE ACCRU

S'agissant du contrôle des mesures d'adaptation, l'article 6 prévoit deux types d'évaluation : l'évaluation des progrès à réaliser collectivement par les États membres et l'évaluation des engagements de l'Union.

Les dispositions de l'article 6 paragraphe 3 offrent à la Commission le pouvoir de constater l'insuffisance des mesures prévues par l'Union. L'article 6 paragraphe 4 permet à la Commission l'obligation d'évaluer a priori, avant leur adoption, la cohérence de tout projet de mesure ou de proposition législative – y compris les propositions budgétaires – au regard de l'objectif de neutralité climatique, et des objectifs de l'Union en matière de climat pour 2030 et 2040.

L'article 7 prévoit l'évaluation des mesures nationales : l'intérêt de ce texte est d'autoriser la Commission, lorsqu'elle constate que les mesures adoptées ne garantissent pas l'amélioration de l'adaptation à l'article 5 ou l'objectif de neutralité climatique, à émettre des recommandations à adresser à l'État membre en rendant publique cette recommandation.

Face à cette recommandation, l'État membre doit, dans un délai de six mois à compter de la réception de la recommandation, notifier la manière dont il entend en tenir compte. Il doit écrire dans son rapport d'avancement national intégré en matière d'énergie et de climat³ la manière dont il a tenu compte de ces recommandations.

En réalité, la difficulté du système tient au fait qu'il est difficile de savoir si effectivement, dans la progression des efforts collectifs, il pourrait être possible d'admettre que certains États membres puissent invoquer une compensation possible provenant des États qui eux sont en avance.

Quoi qu'il en soit, deux nouveautés méritent d'être mentionnées. La première est l'institution d'un Conseil scientifique qui, du fait de son indépendance et de son expertise scientifique et technique, pourra servir de point de référence pour l'Union pour les connaissances scientifiques relatives au changement climatique. La seconde participe de l'idée d'un recours à une certaine forme de participation. L'article 3 du règlement prévoit en effet que la Commission dialogue avec les secteurs de l'économie au sein de l'Union qui choisissent d'élaborer des feuilles de route indicatives volontaires en vue d'atteindre l'objectif de neutralité climatique annoncée à l'article 2 paragraphe 1^{er}.

La Commission suivra le développement de ces feuilles de route dans le cadre de ce dialogue et facilitera celui-ci au niveau de l'Union ainsi que le partage des bonnes pratiques entre les parties prenantes concernées.

Bien entendu, le recours au règlement, eu égard à son caractère impératif dont l'application

universelle pour les États membres de l'Union ne saurait être mise en cause, semble être l'instrument idéal pour lutter contre le réchauffement climatique et la perte de biodiversité, qui en est la conséquence, compte des révélations issues des travaux du GIEC montrant une évolution aussi radicale qu'imprévisible et catastrophique de la situation climatique.

Cependant, sa réussite dépendra de l'effectivité de sa mise en œuvre. De surcroît, n'oublions pas l'importance de la façon dont les États réagiront lors de la COP26 de Glasgow comme face à l'opinion publique, la société civile exerçant dans la majorité ou tout du moins dans une bonne partie des États de l'Union, une vigilance climatique en saisissant le juge.

Quoi qu'il advienne, l'essentiel n'est pas seulement dans le suivi institutionnel à la neutralité carbone pour 2050, c'est le contenu des mesures prises qui en assurera ou non la réussite. Tel est l'objectif du pacte vert pour l'Europe.

LE PAQUET LÉGISLATIF « AJUSTEMENT À L'OBJECTIF 55 »

Le 14 juillet 2021, dans le cadre de son pacte vert, l'Union européenne a donc présenté un ensemble de propositions législatives pour ajuster sa législation à son nouvel objectif de réduction : le paquet législatif « Ajustement à l'objectif 55⁴ ». Il contient la programmation de l'évolution de 12 textes pour parvenir à l'objectif de 55 % de diminution d'ici à 2030 par rapport à l'année 1990.

Parmi les mesures phares, les plus importantes visent la modification du système d'échanges et quotas d'émissions, des mesures visant la réduction des émissions pour les bâtiments, transports routiers, la promotion des énergies renouvelables, le contrôle de l'efficacité énergétique et un règlement sur l'utilisation des terres, la foresterie et l'agriculture pour préserver et développer les puits de carbone.

3) Le rapport d'avancement national intégré en matière d'énergie et de climat est une obligation de l'article 17 du règlement (UE) 2018/1999.
 4) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions « Ajustement à l'objectif 55 » : atteindre l'objectif climatique de l'UE à l'horizon 2030 sur la voie de la neutralité climatique, COM/2021/550 final.
 5) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union, la

Il s'agit bien, effectivement, de 12 textes qui doivent être élaborés : d'abord, deux directives modifiant le système d'échange des quotas des missions SEQUE-UE (le plus important des objectifs de la Commission, à savoir la suppression progressive des quotas des discussions à titre gratuit pour certains secteurs, notamment l'aviation et l'extension de ce système en vue de la réduction des émissions dans les transports routiers et les bâtiments distincts de celui mis en place pour la distribution de carburant pour le transport routier⁵).

Ensuite sont proposés :

- un règlement sur la répartition de l'effort de réduction qui a pour but d'assigner à chaque État membre des objectifs renforcés de réduction des émissions pour le bâtiment, les transports routiers, les transports maritimes intérieurs, l'agriculture, les déchets, les petites industries ayant pour objectif de modifier le règlement du 30 mai 2018 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre⁶ ;
- une directive sur les énergies renouvelables qui devrait permettre d'aboutir à un objectif de production de la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables à un taux de 40 % d'ici à 2030⁷. Cette directive modifiera la directive du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie et ensuite une directive sur l'efficacité énergétique afin d'abaisser la consommation globale d'énergie dans lequel le secteur public, notamment, sera tenu de rénover 3 % de ses bâtiments chaque année ;
- deux règlements sur les émissions provenant du transport routier qui établissent des normes plus strictes en matière

d'émission de CO₂ pour les véhicules et en particulier visant la disparition progressive et programmée pour 2035 des véhicules à moteur thermique mise à disposition de points de recharge, tous les 60 km pour la recharge électrique et tous les 150 km pour le ravitaillement en hydrogène. Ce dispositif fera l'objet de deux règlements visant précédemment le règlement du 17 avril 2019 n° 2019/631 puis la directive du 22 octobre 2014 n° 2014/94/UE⁸ ;

- deux règlements devront intervenir sur le carburant des avions et des navires, une directive sur la taxation de l'énergie et un règlement instituant un nouveau mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (ReFuelEU Aviation et FuelEU Maritime) ;
- la 12^e mesure concerne un règlement sur l'utilisation des terres, ce que l'on appelle la foresterie et l'agriculture avec un objectif global d'absorption de carbone pour les puits naturels équivalent à 310 millions de tonnes d'émission de CO₂ d'ici de 2030⁹ ;
- enfin, l'Union a également publié une stratégie de l'Union pour la forêt visant à accroître sa qualité, la quantité et la résilience des forêts de l'Union qui comporte un plan pour l'implantation de trois milliards d'arbres à travers l'Europe d'ici 2030¹⁰.

Il s'agit, on l'a compris, de la programmation de ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui une nouvelle évolution du droit de l'environnement à travers le développement du droit climatique qui semble prendre un essor spécifique, voire s'inscrire dans une nouvelle codification.

Certains, sans doute, considéreront que ces mesures ne sont pas suffisantes, mais il faut constater que les exigences liées au programme annoncé sont déjà considérables

et impliqueront des mesures beaucoup plus drastiques pour certains États, dont la France, qui est déjà en retard sur l'objectif de 40 % de diminution des gaz à effet de serre, et dont le Conseil d'État, dans sa décision du 1^{er} juillet 2021 (Commune de Grande-Synthe, requête n° 427301), a enjoint au gouvernement de réaliser et mettre en place les mesures nécessaires pour y parvenir, et c'est un objectif de 55 % finalement que la France devra respecter.

En conclusion, un plan aussi important et ambitieux que le *Green Deal* européen, qui cherche à être un modèle mondial, ne devrait avoir que des répercussions significatives sur le plan des relations internationales de l'Union. Le reproche que l'on fait généralement à la politique climatique de l'Union est le fait qu'elle vise surtout à réguler les émissions de gaz à effet de serre et leurs effets au niveau du seul territoire des États membres.

On a déjà montré que ce que l'on appelle l'étude d'impact climatique servant à mesurer les effets d'un projet ou d'une politique environnementale n'a de sens que si sont pris en considération non seulement des effets directs, et surtout des effets indirects du projet sur le climat¹¹.

La recherche de l'efficacité peut se mesurer ici d'abord à l'égard de la prise de position de l'Europe vis-à-vis de ses relations avec le monde extérieur, et de même quant à la nécessaire prise en considération de la conséquence d'une taxation en carbone aux frontières, et ensuite dans la véritable mise en place d'une politique de cohérence et de participation que l'on voit poindre grâce à la jurisprudence.

2021-7879

décision (UE) 2015/1814 concernant la création et le fonctionnement d'une réserve de stabilité du marché pour le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre de l'Union et le règlement (UE) 2015/757, 14 juillet 2021, COM (2021) 551 final.

6) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2018/842 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'Accord de Paris, 14 juillet 2021, COM/2021/555 final.

7) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil et la directive 98/70/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la promotion de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, et abrogeant la directive (UE) 2015/652 du Conseil, 14 juillet 2021, COM/2021/557 final.

8) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2019/631 en ce qui concerne le renforcement des normes de performance en matière d'émissions de CO₂ pour les voitures particulières neuves et les véhicules utilitaires légers neufs conformément à l'ambition accrue de l'Union en matière de climat, 14 juillet 2021, COM(2021) 556 final.

9) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2018/841 en ce qui concerne le champ d'application, la simplification des règles de conformité, la fixation des objectifs des États membres pour 2030 et l'engagement dans la réalisation collective de la neutralité climatique d'ici à 2035 dans le secteur de l'utilisation des terres, de la foresterie et de l'agriculture, et le règlement (UE) 2018/1999 en ce qui concerne l'amélioration de la surveillance, des rapports, du suivi des progrès et de la révision, 14 juillet 2021, COM/2021/554 final.

10) Nouvelle stratégie UE pour les forêts pour 2030 (16 juillet 2021).

11) Voir notre communication mélanges Benoît Jadot à paraître et notre ouvrage *L'étude d'impact climatique*, Ed. Bruylant 2020.

Le carbone : enjeu d'investissement ou de désinvestissement



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Certes, les émissions de gaz à effet de serre et plus encore le carbone ne sont pas le seul critère pour définir ce qu'est un investissement durable. L'atténuation du changement climatique n'est en effet qu'un des six secteurs définis par le règlement 2020/852, sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables.

Toutefois, un investissement ne peut être considéré comme durable s'il est fort émetteur de gaz à effet de serre, et ce, même s'il est favorable à l'un des cinq autres objectifs environnementaux visés ci-dessus.

Ceci explique que la question centrale du climat est un des critères les mieux établis de différenciation des entreprises des secteurs économiques auxquels a procédé l'Union européenne à travers les actes délégués intervenus sur la base du règlement du 18 juin 2020, mais aussi que la sortie du carbone et les désinvestissements que ceux-ci doivent générer est au cœur du débat pour atteindre les objectifs climatiques, à savoir le zéro net carbone en 2050, la réduction de 45 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030 par rapport à 2010 et de 55 % en 2030 par rapport à 1990.

LE CARBONE DEVIENT UN FACTEUR MAJEUR DE CLASSIFICATION DES ENTREPRISES ET DE CRITÈRES D'INVESTISSEMENT POUR LE MONDE FINANCIER

L'article 10 du règlement 2020/852 définit ce qu'il faut entendre par contribution substantielle à l'atténuation du changement climatique : transport, stockage, distribution et/ou utilisation des énergies renouvelables, amélioration de l'efficacité énergétique, mobilité propre ou neutre pour le climat, utilisation de matières renouvelables issues de sources durables, accroissement de l'utilisation de technologies de captage d'utilisation du carbone, renforcement des puits de carbone terrestres, mise en place d'infrastructures énergétiques permettant la décarbonation des systèmes énergétiques, production de combustibles propres à partir de sources renouvelables neutres en carbone, facilitation d'une des activités précédemment énumérées. Est également acceptée comme entrant dans cette définition, une activité pour laquelle il n'y a pas de solution de remplacement sobre en carbone, mais qui favorise la transition vers une économie neutre pour le climat compatible avec un profil d'évolution visant à limiter l'augmentation de la température 1,5°.

Le règlement définit également dans son article 16 une autre catégorie qui est celle des activités habilitantes. Il s'agit d'activités économiques qui permettent directement à d'autres activités d'apporter une contribution substantielle à l'un ou l'autre de ces objectifs pour autant qu'elles n'entraînent pas le verrouillage d'actifs qui compromettent des objectifs environnementaux à long terme et qu'elles aient un impact environnemental positif significatif sur la base de considérations relatives au cycle de vie.

L'acte délégué du 4 avril 2021 est l'acte délégué relatif au volet climatique de la taxinomie de l'UE ; il couvre déjà les activités économiques de quelque 40 % des sociétés cotées, opérant dans des secteurs responsables de près de 80 % des émissions directes de gaz à effet de serre en Europe, et d'autres activités seront ajoutées à l'avenir.

Il définit trois grandes catégories d'activités en fonction précisément de leur impact climatique.

Les activités durables qui sont celles qui répondent aux critères du règlement et s'intègrent dans les différentes activités visées à l'article 10. En règle générale, et notamment pour la production électrique, c'est le seuil de 100gCO2e/kWh qui est retenu.

Les activités transitoires sont celles pour lesquelles il n'existe pas d'alternative bas carbone économiquement ou technologiquement viable, mais qui peuvent être considérées comme contribuant substantiellement à l'atténuation du changement climatique. Il faut alors que ces activités :

« a) *présentent des niveaux d'émission de gaz à effet de serre qui correspondent aux meilleures performances du secteur ou de l'industrie ;*

b) *n'entravent pas le développement ni le déploiement de solutions de remplacement sobres en carbone ;*

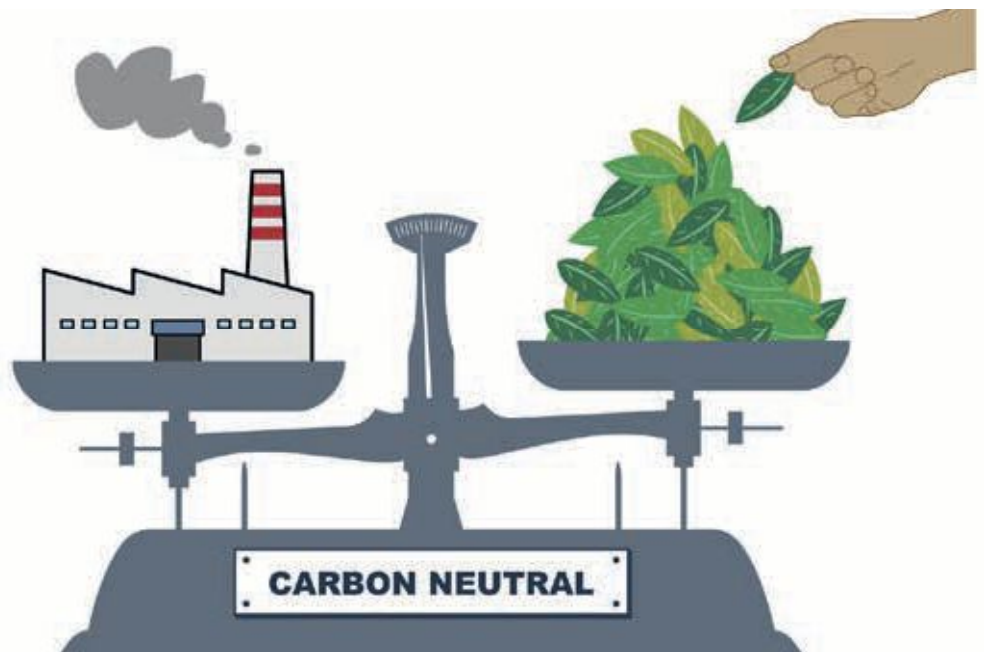
c) *n'entraînent pas un verrouillage des actifs à forte intensité de carbone, compte tenu de la durée de vie économique de ces actifs. »*

Le règlement reconnaît 21 activités transitoires.

La troisième catégorie est celle des activités habilitantes définies comme précédemment. Il existe 26 activités habilitantes.

Le règlement délégué de la Commission du 4 juin 2021, complétant ce règlement, fixe des critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions une activité économique peut être considérée comme contribuant substantiellement à l'atténuation du changement climatique et si cette activité ne cause pas de préjudice important à un autre objectif environnemental.

Ce document entre dans le détail des modes de calcul selon les différents secteurs économiques et calculés sur l'ensemble du cycle de vie du produit. Il est accompagné de deux annexes de plus de 200 pages chacune, concernant de multiples activités économiques, et notamment la production énergétique, la chimie, le transport, le bâtiment et définissant pour chaque type



d'activité (une centaine est listée) le critère d'examen technique à satisfaire et la manière dont le critère relatif à l'absence de préjudice important causé aux cinq autres objectifs environnementaux doit être évalué.

Sans doute ce système de la taxonomie n'est-il applicable qu'aux grandes entreprises et aux PME cotées ainsi qu'au monde de la finance. Néanmoins, par cercles concentriques et ne serait-ce que pour pouvoir bénéficier de fonds publics ou de prêts bancaires, progressivement, c'est tout le monde économique qui est impacté par ce qui est plus qu'une transition, mais bien une transformation accélérée de notre modèle économique. En conséquence, la stratégie de toute entreprise, quelle qu'elle soit, ne peut plus se concevoir aujourd'hui sans référence à son impact carbone présent et futur.

Ce qui joue en positif joue également en négatif. Cela signifie très clairement que le carbone, ou plutôt l'impact climatique, est un facteur de désinvestissement qui n'était encore que faiblement perceptible, mais dont le poids ne peut et ne doit que croître.

LA SORTIE DU CARBONE ET LES DÉSINVESTISSEMENTS, AU CŒUR DU DÉBAT POUR ATTEINDRE LES OBJECTIFS CLIMATIQUES

À ce jour, si certains États ont décidé de sortir du charbon, généralement à moyen terme voire à long terme, rien n'interdit légalement d'investir dans le charbon ni même dans le pétrole. Or, il est bien évident que pour sortir des hydrocarbures, il est indispensable d'arrêter d'investir. Tant que le système financier dans son ensemble ne se sera pas organisé pour désinvestir dans le fossile et les industries qui en dépendent, il est inutile de penser que les objectifs de 1,5° même 2° pourront être atteints. Du reste, les calculs qui sont actuellement faits, à la suite d'un certain nombre d'annonces à la COP26 de sortie du financement du charbon en 2022 et en 2025, des hydrocarbures en 2035 conduisent selon leurs auteurs à une augmentation de la température de 4°.

Cette trajectoire est à l'opposé de ce que proposait très clairement l'Agence Internationale de l'Énergie dans un rapport publié en mai 2021. Pour accéder à la neutralité carbone d'ici 2050, celle-ci proposait de mettre fin dès 2023 à toute exploration pétrolière

et gazière, de stopper partout dans le monde l'installation de chaudières à gaz dès 2025, de fermer toutes les centrales à charbon des économies avancées d'ici 2030 et 2040 pour le reste du monde et enfin de cesser la vente des voitures thermiques dès 2035 dans le monde entier.

Cesser de forer signifie cesser d'investir dans le pétrole et dans le gaz, la fermeture des centrales à charbon sous-entendant l'absence de nouvelles installations.

On en est très loin, et bien, évidemment, les engagements pris à Glasgow, surtout les résultats effectifs – alors même que la hausse du prix de l'énergie et en particulier du gaz et du pétrole affectent de nombreuses économies –, sont scrutés à la loupe.

Pourtant, un certain nombre de règles, de mises en garde intervenues dans le monde bancaire et financier, en particulier au niveau européen et de tout le système de la taxonomie et de son application au monde de la finance, est destiné à changer de paradigme.

Les stress tests sont déjà pratiqués dans le monde bancaire et financier pour apprécier le risque auquel ces établissements sont exposés au regard de leurs actifs dans le monde fossile ; ces tests constituent un examen assez redoutable. On rappellera que la commission économie du climat de l'ONU dans un rapport qui date déjà de 2018 estimait que le risque financier lié à des actifs ayant perdu toute valeur du fait du climat était 12 fois supérieur à celui des subprimes.

Le paquet bancaire 2021 avec la mise en œuvre de Bâle III ajoute dans la gestion du risque ESG des tests de résistance climatique qui sont en réalité distincts du seul investissement dans des actifs pétroliers ou gaziers *a fortiori* charbonniers. En effet, l'investissement dans des entreprises, qui elles-mêmes peuvent être affectées par le

dérèglement climatique, s'inscrit dans ce risque.

Malgré tout cela, dans la réalité, le désinvestissement est encore très modeste et loin des objectifs qu'il conviendrait d'atteindre.

Plus de 500 milliards de dollars ont été investis en 2020 dans les énergies renouvelables, dans le stockage d'énergie, l'hydrogène, la capture de CO₂. Sans doute, les dépenses consacrées aux hydrocarbures, y compris pétrole et gaz de schiste, ont chuté à leur plus bas niveau depuis dix ans.

Le secteur des hydrocarbures affirme avoir réduit de 30 % ses investissements dans les hydrocarbures en 2020, soit 160 milliards de dollars de moins. Cependant, les investissements du monde pétrolier, en dehors de son cœur de métier, ne représentent que 1 % de l'investissement total selon l'agence internationale de l'énergie.

Les banques continuent à financer l'investissement dans les hydrocarbures même si, en apparence, elles semblent vouloir en restreindre l'usage. Ainsi, de grandes banques françaises ont annoncé vouloir cesser – à partir de janvier 2022 –, de financer les projets et les entreprises, dont la part d'hydrocarbures, non conventionnels dans l'exploration de production, serait supérieure à 30 %. Alors que le ministre de l'Économie avait demandé une stratégie de sortie du pétrole et du gaz non conventionnels dans son ensemble, ces banques se sont limitées à deux sous-secteurs : pétrole et gaz de schiste et sables bitumineux.

De plus, même pour ces deux secteurs, les investissements inférieurs à 30 % continuent à être financés. Malheureusement, les grandes banques françaises sont le quatrième plus gros investisseur dans le secteur pétrogazier, et la France est le seul

pays du G20 à avoir vu ses banques augmenter leur participation dans ce secteur. Seuls la Banque postale et le Crédit Mutuel ont une approche compatible avec le scénario 1,5°.

Autre problème, les fonds verts ont quand même été largement détournés de leur objectif initial, au moins jusqu'à l'intervention de la nouvelle réglementation. En effet, ces fonds (les émissions de *green bonds* ont été multipliées par cinq et représentent aujourd'hui 569 milliards de dollars tandis que les encours de fonds d'investissement ESG ont quadruplé à 1 800 milliards de dollars, selon le think tank New Financial) ont été très largement utilisés par les sociétés pétrolières pour développer des projets verts à côté de leurs investissements principaux, d'où un risque de greenwashing non négligeable.

Les études montrent qu'en réalité, la différence d'investissement entre fonds ISR et autres fonds est faible en ce qui concerne les entreprises attributaires. Bien plus, un rapport récent de l'association Rainforest Action Network établit que les banques continuent bien, à côté des financements verts mis en valeur, à financer l'industrie fossile, et dans des proportions beaucoup plus importantes. Et ceci ne tient évidemment pas compte du financement d'industries fortement dépendantes du pétrole.

Une course de vitesse est bien entendu engagée, et chacun sait dans quel sens s'écrit l'histoire. Ce qui est sûr, c'est que la question du carbone, et, dans une mesure moindre, celle du méthane du protoxyde d'azote, sont devenues les marqueurs entre l'économie d'hier et celle de demain, et, par voie de conséquence, un facteur de sélection parmi les secteurs économiques, et, à l'intérieur de chacun d'entre eux, entre les entreprises en fonction de leur exposition.

Entreprises, États et collectivités territoriales face à la compensation carbone



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour

Pour le dire simplement, la compensation carbone consiste à contrebalancer les émissions de gaz à effet de serre générées. Et le sujet n'est pas nouveau puisque c'est en 1997 qu'il prend corps, grâce au Protocole de Kyoto, accord international qui oblige les États signataires à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre. Pour ce faire, les États bénéficient de quotas d'émission et peuvent donc réaliser et/ou encourager la mise en œuvre d'actions concourant à la réduction d'émission de gaz à effet de serre sur leur territoire. Ils peuvent également financer des projets « verts ».

Mais en parallèle, des démarches de compensation carbone volontaires se sont développées dans la sphère entrepreneuriale.

C'est ainsi que s'est développée, sur fond d'action en faveur du climat et de lutte contre les dérèglements climatiques, une réelle économie du carbone.

Le carbone a donc un prix et la pollution a un coût.

LA PRATIQUE A LA DÉRIVE DE LA COMPENSATION CARBONE PAR LES ENTREPRISES

Dans le monde de l'entreprise, les démarches de compensation carbone volontaires ont proliféré, laissant émerger la technique du « crédit carbone » : il s'agit d'une unité correspondant à l'émission d'une tonne de CO₂ évitée ou séquestrée.

La *compensation* carbone consiste alors à financer un projet de réduction ou de séquestration d'émissions de gaz à effet de serre, dont les impacts sont

mesurés et donnent lieu à des *crédits carbone*, représentant donc chacun une tonne de CO₂ évitée ou séquestrée.

Mais une telle démarche n'a de sens, que si l'entreprise qui souhaite compenser s'inscrit réellement dans une démarche de réduction de ses émissions de gaz à effet de serre.

En effet, si l'Agence De l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie (ADEME)¹ a déjà eu l'occasion de rappeler que la compensation volontaire ne doit être envisagée que « *postérieurement à la mise en œuvre d'efforts de réduction de ses émissions sur son périmètre d'action* », force est de constater que la réalité factuelle est bien différente. Sous prétexte de financer des projets de réduction ou de séquestration de gaz à effet de serre, certaines entreprises ont continué leurs activités et pérennisé des modes de fonctionnement polluant,

1) <https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/compensation-volontaire-demarches-et-limites-7402.pdf>



estimant que ces derniers étaient compensés par leurs investissements dans des « projets verts ».

Se donner une image vertueuse et faussement soucieuse de l'environnement, c'est ce que l'on appelle du « greenwashing », ou encore de l'éco-blanchiment. La compensation carbone étant, dans ce cas de figure, une caution pour continuer à polluer.

Il ne faut donc pas être dupe. La compensation carbone n'a de sens, que si elle s'accompagne d'une réforme des modes de fonctionnement et de production, plus respectueux de l'environnement et visant à réduire l'empreinte carbone d'une entreprise ou de ses productions ; l'entreprise doit

être inscrite dans des actions en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre, et non se servir de la compensation pour continuer à polluer.

Le sujet et la pratique du greenwashing demeurent d'actualité puisque dans un rapport « *Compensation carbone : tout sauf neutre !²* », publié en octobre dernier, le CCFD Terre solidaire, première ONG française de développement, n'a pas manqué de pointer du doigt le fait que de nombreuses entreprises utilisent les mécanismes de compensation carbone comme un « alibi pour ne pas agir ». De manière indiscutable, le rapport conclut à la réduction plutôt qu'à la compensation, estimant que « *la réduction immédiate des émissions à la source doit être la priorité de toutes les politiques climat et de toutes les stratégies climat des entreprises, en particulier pour les secteurs les plus émetteurs comme l'agriculture, l'énergie ou le transport* ».

Pour l'avenir, la Commission européenne a publié la communication 2020/ C317/04 intitulée « *Lignes directrices*



concernant certaines aides d'État dans le contexte du système de quotas d'émissions de gaz à effet de serre après 2021 » et qui prévoit notamment :

- une révision du facteur d'émission ;
- l'obligation de réaliser un audit énergétique ;
- la nouvelle liste des 14 secteurs industriels éligibles.

Le sujet de la compensation carbone n'a donc pas fini de faire couler de l'encre.

LA PRATIQUE ENCORE TROP PEU UTILISÉE DE LA COMPENSATION CARBONE DANS LES MARCHES PUBLICS

En matière de commande publique, les choses ont mis davantage de temps à se mettre en place, mais l'achat public évolue avec son temps, comme en témoigne le guide « *L'achat public, une réponse aux enjeux climatiques* », sorti il y a tout juste 5 ans, à l'automne 2016³. L'objectif de ce guide, autour duquel la communication a du reste été modeste, et qui mériterait quelques mises à jour, était d'apporter un « ensemble d'informations technico-

juridiques et des propositions opérationnelles pour la mise en œuvre et le déploiement d'une démarche d'achat intégrant des considérations relatives au changement climatique », et d'expliquer notamment le processus de compensation carbone et comment celle-ci pouvait prendre place dans les marchés publics.

Dans les marchés publics, la compensation peut prendre deux formes : soit être à l'initiative du soumissionnaire, sans que cela lui ait été imposé, soit être imposée par l'acheteur public.

Deux possibilités semblent être à privilégier.

- D'une part, il pourrait être envisagé de réserver l'attribution du marché à une entreprise présentant un label de compensation carbone volontaire, puisqu'aux termes de l'article R. 2111-13 du Code de la commande publique : « *Dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution d'un marché, l'acheteur peut imposer à l'opérateur économique qu'il détienne un label*

2) https://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/rapport_neutralitecarbone_ccfd-terresolidaire.pdf

3) <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>

particulier si ce dernier remplit les conditions fixées aux articles R. 2111-14 et R. 2111-15 ». Naturellement, réserver un marché devra se faire dans le respect des règles de la commande publique, et en respectant le jeu de la mise en concurrence.

• D'autre part, l'introduction d'une clause précisant que le titulaire du marché devra compenser les émissions liées à sa prestation, naturellement, une fois que les actions d'atténuation auront été menées, est un biais intéressant. D'emblée l'attention des acheteurs publics sera attirée sur la clarté de la rédaction d'une telle clause. Et là encore, la compensation carbone n'aura de sens que si elle s'inscrit dans une démarche plus générale de l'entreprise de réduction d'émission de gaz à effet de serre. Sur ce point, le guide de l'achat public cité ci-avant rappelle précisément que la « compensation est une solution qui doit s'envisager après des efforts de réduction des émissions de GES à la source. En effet, cette démarche ne doit pas être perçue comme une "échappatoire" à la réduction des émissions. Elle ne peut être engagée que pour diminuer des émissions non compressibles sur un périmètre donné. Il convient par ailleurs de rappeler que la compensation des émissions dans un lieu par une réduction ailleurs n'est pas une solution "universalisable" : pour compenser, il faut pouvoir réduire quelque part, ce qui est impossible si tout le monde veut compenser au lieu de réduire ». Les choses sont donc clairement posées pour les acheteurs publics.

Qu'en serait-il en cas de non-respect de ses obligations par le titulaire du marché ?

Des pénalités pourront être prévues pour sanctionner les cas de non-respect de la « clause compensation carbone », d'où la nécessité impérative

de rédiger judicieusement et clairement ladite clause ainsi que la clause relative aux pénalités pour éviter toute difficulté d'exécution et tout recours au juge du contrat. De manière originale, mais extrêmement intéressante, le guide cité suggère que la pénalité pourra être utilisée pour compenser les émissions de la prestation, à condition naturellement de l'avoir prévue dans le marché. Sur le plan comptable, l'affectation du montant de ces pénalités sur un budget carbone pour financer d'autres actions de réduction, notamment en cohérence avec le plan climat-air-énergie du territoire pourrait être un moyen plus sûr de compenser de manière efficace.

La commande publique permet donc un panel d'action non négligeable en la matière, encore bien trop peu utilisé.

Si la dérive du greenwashing ne peut qu'être déplorée au sein des entreprises privées, la commande publique pourrait bien être un levier extrêmement efficace pour redonner à la compensation carbone ses lettres de noblesse, à charge pour les acheteurs publics de jouer le jeu, de développer l'insertion de « clauses compensation carbone » et de s'assurer que l'entreprise s'inscrit bien dans une démarche globale de réduction des émissions de gaz à effet de serre et non dans du greenwashing.

Contre toute attente, l'achat public souvent décrié, réputé peu innovant et inexorablement associé à la lourdeur des procédures administratives, pourrait bien être un des sauveurs de la compensation carbone. Les évolutions du code de la commande publique avec l'intégration des dispositions de la loi climat y contribueront grandement, favorisant voire imposant un verdissement de plus en plus prégnant des marchés publics.

2021-7881



UNIVERSITÉ D'ANGERS, CENTRE JEAN BODIN, CONFLUENCES, THEMUS-UM

Le Banquier du 21^e Siècle

25 novembre 2021

Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de l'Université d'Angers – Amphithéâtre Volney 13, allée François Mitterrand 49000 Angers

centrejeanbodin.univ-angers.fr

2021-4283

UNIVERSITÉ D'ORLÉANS, CRJ POTHIER

La vaccination : entre protection et contrainte
25 novembre 2021

Centre Hospitalier régional d'Orléans
Salle de conférences Jacques Guillemeau
14, avenue de l'Hôpital 45100 Orléans

manifcrjp.sciencesconf.org/resource/page/id/33

2021-4294

LE BARREAU TCHÈQUE ET L'ASSOCIATION MASARYK

La technique de la médiation en France et en République tchèque

26 novembre 2021

Ambassade de la République tchèque
15, avenue Charles Floquet 75007 Paris

Renseignements : Eva Indruchova

international@cak.cz

2021-4273

UNIVERSITÉ LUMIÈRE LYON 2, FACULTÉ DE DROIT, DROITS CONTRATS TERRITOIRES

Le droit prétexte

26 novembre 2021

Faculté de droit et science politique
Université Lumière Lyon 2
Grand Amphithéâtre Lyon 2

4 bis, rue de l'Université 69007 Lyon

nathalie.rivier@univ-lyon2.fr

dct.msh-lse.fr

2021-4295

FÉDÉRATION DES CENTRES DE GESTION AGRÉÉS

42^{es} Journées Nationales de la Fédération des Centres de Gestion Agréés

28/30 novembre 2021

Palais des Congrès

Avenue de la 1^{re} Division France Libre 13200 Arles

Renseignements : 01 42 67 80 62

www.fcga.fr

2021-4151

L'adaptation : le nouveau grand sujet pour tous les acteurs

Pourquoi l'adaptation maintenant ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Le rapport de programme des Nations unies pour l'environnement présenté le 4 novembre sur l'adaptation aux impacts des changements climatiques est intitulé : « *La tempête qui se prépare : s'adapter au changement climatique dans un monde post-pandémie* ».

Les effets du dérèglement climatique déjà largement perceptibles pour certains et qui deviennent une menace vitale pour les autres ont évidemment un impact sur tous les secteurs de la vie humaine. Le lien avec la biodiversité est évident mais au-delà, des simples individus aux plus grandes structures, la question de l'adaptation à court, moyen et long terme devient une question majeure.

Elle est bien entendu au centre des débats de la COP26 dans la mesure où les besoins, notamment des pays du Sud, sont 5 à 10 fois supérieurs au financement proposé.

Elle joue un rôle croissant dans le cadre de la taxonomie européenne, et elle constitue un nouveau champ d'actions et d'activité pour tous les acteurs.

LA PLACE DE L'ADAPTATION À LA COP26 |||||

La question de l'adaptation figurait bien évidemment dans l'Accord de

Paris, mais ce sujet a toujours été le parent très pauvre des politiques publiques et privées. La novation avec la COP26 est le fait de vouloir partager à égalité des efforts financiers en faveur de l'atténuation des changements climatiques et en faveur de l'adaptation. L'engagement a été pris de fournir des communications sur l'adaptation comme il en existe sur la réduction. Le secrétaire général de l'ONU avait souligné en mai 2021 que « *les changements climatiques menacent les vies et au cours des réunions préparatoires les moyens de subsistance dans le monde entier* ». Au cours des réunions préparatoires de la COP26, l'accent était largement mis sur l'accélération de l'adaptation, et c'est la raison pour laquelle les pays du Sud exigent que les 100 milliards prévus lors de la COP 15 en 2009 à Copenhague et repris à Paris en 2015 puissent également être mobilisés pour l'adaptation. Une « *Adaptation Action Coalition* » a été créée entre l'Égypte, le Bangladesh, le Malawi, les Pays-Bas et la Suisse, ainsi que le Programme des Nations unies pour le Développement ; celle-ci est soutenue par 20 pays et plus de 1 500 entreprises dans le cadre d'une campagne intitulée « *Race to Resilience* ». Un centre d'excellence pour le climat et la résilience aux

catastrophes, a été lancé. Il aura pour objectif de stimuler les efforts d'adaptation.

Les besoins sont colossaux, les coûts d'adaptation des seuls pays en voie de développement sont évalués à près de 300 milliards de dollars par an d'ici 2030 et 500 milliards par an d'ici 2050... le financement climatique aux pays en développement n'a même pas atteint 80 milliards de dollars en 2019...

Cette question de l'adaptation est essentielle à la fois pour les collectivités publiques, États, collectivités locales et pour les entreprises.

LES PLANS D'ADAPTATION |||||

79 % des États du monde ont déjà adopté une stratégie ou un plan d'adaptation, 65 % d'entre eux disposent d'un ou plusieurs plans sectoriels et 26 % d'un ou plusieurs instruments de planification infranationale. Les projets d'adaptation eux-mêmes progressent puisque 2 600 projets ont été financés entre 2010 et 2019.

Au niveau européen, deux orientations se conjuguent.

D'une part, un plan stratégique intitulé horizon Europe fixe des orientations stratégiques pour la période 2021-2024 autour de quatre grandes orientations :

- l'autonomie stratégique ouverte ;
- la restauration des écosystèmes et la biodiversité pour gérer les ressources naturelles de façon durable ;
- faire de l'Europe la première économie circulaire neutre pour le climat et durable fondée sur les technologies numériques ;
- créer une société européenne plus résiliente, plus inclusive et plus démocratique.

D'autre part, le *Green New Deal* met l'accélération sur l'adaptation qui, au cours des périodes précédentes, avait été traitée de manière assez légère.

Le 24 février 2021, a été adoptée une nouvelle stratégie d'adaptation de l'Union européenne, élément essentiel du pacte vert pour l'Europe.

Cette stratégie s'apprécie à trois niveaux :

- les politiques et actions doivent accroître la résilience de l'Europe face aux effets du changement climatique ;
- l'Union européenne aide les autorités nationales, régionales et locales et les partenaires du secteur privé à s'adapter ;
- enfin, à l'échelle mondiale, l'Union soutient la résilience, la préparation au changement climatique.

Le règlement du 30 juin 2021 (2021/1119), intitulé loi européenne sur le climat, fixe, dans son article 5, les règles relatives à l'adaptation. Le premier point concerne la surveillance des progrès réalisés en matière de renforcement de la capacité d'adaptation, d'accroissement de la résilience et de réduction de la vulnérabilité au changement climatique. Les politiques de l'Union comme celles des États doivent être cohérentes et contribuer à cette adaptation dans tous les domaines d'action, y compris dans les politiques et les mesures socio-économiques et environnementales.

Les États membres doivent adopter des stratégies et des plans nationaux



d'adaptation au changement climatique ; ils doivent « *reposer sur de solides analyses du changement climatique et des vulnérabilités, des évaluations des progrès accomplis, des indicateurs guidés par les meilleures données scientifiques disponibles les plus récentes. Les États membres doivent tenir compte de la vulnérabilité particulière de secteurs pertinents notamment, de l'agriculture et des ressources hydriques, des systèmes alimentaires et la sécurité alimentaire et promeuvent des solutions fondées sur la nature et l'adaptation reposant sur les écosystèmes.* »

Ces stratégies doivent être mises à jour régulièrement et évaluées par la Commission tous les cinq ans, la première évaluation devant être fournie au plus tard le 30 septembre 2023. L'insuffisance des résultats en matière d'adaptation permet à la Commission de prendre les mesures nécessaires conformément au traité, ce qui signifie, dans le pire cas, saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

De plus, toute proposition budgétaire, toute mesure législative doit inclure dans son étude d'impact l'amélioration d'adaptation.

Il va de soi que ces évolutions vont avoir des conséquences considérables sur chacun des États membres dont le nôtre. Le plan français d'adaptation au dérèglement climatique est vide de substance. Cet état de fait, reconnu par le Conseil d'État, n'a pas été jugé pour autant illégal, puisque, précisément, aucune obligation ne présidait à l'élaboration de ce document¹. Le Conseil d'État a en effet jugé « *que la stratégie européenne d'adaptation au changement climatique publiée le 12 novembre 2018 est dépourvue de valeur juridique et sans effet contraignant...* » ; d'autre part, l'absence de moyens financiers suffisants dédiés à sa mise en œuvre, d'objectifs précis et chiffrés traduisant les recommandations formulées par le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) et l'absence d'outils d'évaluation, de suivi et de contrôle, des mesures qu'il préconise, ne sont pas illégales puisqu'aucune obligation n'est prévue à cet effet.

Il va de soi que les changements au niveau communautaire et le caractère désormais contraignant et contrôlé du plan d'adaptation au dérèglement climatique et des mesures qui figurent

1) Conseil d'État, 12 février 2021, commune de Grande-Synthe, requête n° 428 177.

changent totalement la donne. Un nouveau plan devra être élaboré, et ce plan devra être décliné bien entendu au niveau territorial, ce qui signifie que les plans climat et énergie territoriaux devront désormais comporter un volet important relatif à l'adaptation et à la résilience des territoires.

Mais les collectivités publiques ne sont pas les seules à être concernées.

LES ENTREPRISES ET L'ADAPTATION : LA PLACE DE L'ADAPTATION DANS LA TAXONOMIE EUROPÉENNE

Le monde économique et financier, dans son ensemble, est directement concerné par le sujet de l'adaptation et de la résilience. Sans même souligner l'importance qu'il y a pour un secteur économique et pour une entreprise de se projeter dans le moyen terme pour assurer sa pérennité, les règles du jeu communautaire relatives au financement des investissements durables vont pleinement jouer en ce qui concerne la question de l'adaptation. Ce type d'investissement pourra en effet être entièrement intégré dans la catégorie des investissements durables.

Il convient tout d'abord de souligner que l'adaptation au changement climatique figure parmi les six objectifs environnementaux au même titre que l'atténuation du changement climatique. L'article 11 du règlement de 2020/852 du Parlement européen du 18 juin 2020 définit les cas dans lesquels une activité peut être considérée comme apportant une contribution substantielle à l'adaptation au changement climatique :

- « une activité qui inclut des solutions d'adaptation qui soit réduisent sensiblement le risque d'incidence négative du climat actuel et de son évolution attendue sur cette activité économique, soit

réduisent sensiblement ses incidences négatives, sans accroître les risques d'incidence négative sur la population, la nature ou les biens ;

- *des activités qui fournissent des solutions d'adaptation qui, outre le respect des conditions énoncées à l'article 16, contribuent de manière substantielle à prévenir ou à réduire les risques d'incidence négative du climat actuel et de son évolution attendue, sur une population, la nature ou les biens sans accroître les risques d'incidence négative sur une autre population, une autre nature, d'autres biens ».*

Ces incidences négatives sont évaluées soit par rapport à un lieu et un contexte donné, soit sur l'environnement dans lequel s'inscrit l'activité économique en question.

Le règlement délégué du 4 juin 2021 n° 2020/852 précise les critères techniques pris en considération concernant l'adaptation. Les développements sont certes beaucoup moins importants que ceux qui concernent l'atténuation du changement climatique. Le point 42 précise que le changement climatique affectera tous les secteurs de l'économie.

Et effectivement, la particularité des investissements intégrés dans la catégorie adaptation tient à ce qu'ils touchent de très nombreux secteurs d'activité dont, *a priori*, ils n'apparaissent pas comme directement concernés par la question climatique.

- La première catégorie concerne des secteurs déjà couverts dans le cadre de l'atténuation du dérèglement climatique et en particulier ceux qui peuvent bénéficier de critères pertinents d'absence de préjudice important causé aux objectifs environnementaux. L'absence de préjudice important causé aux autres activités économiques est considérée comme le premier critère à mettre

en œuvre. Cela signifie que dans un premier temps, la question de l'atténuation doit en quelque sorte être traitée en miroir de la question de la réduction, ne serait-ce que parce qu'un certain nombre de politiques répondent à ce double objectif.

Par exemple, la lutte contre la déforestation et le maintien d'une forêt en bon état contribuent à maintenir un puits de carbone voire à le renforcer, ce qui s'inscrit dans la politique de lutte contre le dérèglement ; toutefois, le maintien de la forêt est également un outil de résilience pour l'écosystème dans son ensemble.

- Sont en second lieu concernées les infrastructures critiques, et en particulier le transport et le stockage de l'énergie, les transports dans le but de prévenir les incidences négatives graves sur la santé, la sécurité, le bien-être économique des citoyens ou sur le bon fonctionnement des administrations des États membres. Il est clair que les dysfonctionnements en termes de transport en général et d'infrastructures énergétiques sont de nature à mettre en péril tout le fonctionnement de la société ; on sait ce qu'il en est en effet des conséquences de tempêtes, d'inondations et plus largement de phénomènes extrêmes sur le maintien de l'activité, et même plus largement, de la vie. La catastrophe de la Roja avec la suppression des voies d'accès en a donné une illustration en France parfaitement claire.

- Mais, et c'est plus original, de nombreuses activités dont, *a priori*, on ne considère pas qu'elles aient un lien avec la question climatique sont concernées : le secteur de l'enseignement, de la santé humaine, de l'action sociale et des arts et spectacles. Le règlement considère en effet que ces activités fournissent des solutions à des services essentiels pour renforcer la résilience collective

de toutes les sociétés et peuvent contribuer à l'éducation et à la sensibilisation aux enjeux climatiques. Ainsi, c'est tout un domaine de l'activité économique qui pourrait bénéficier d'investissements considérables dans la mesure où il s'intègre dans la logique de l'adaptation.

D'autres activités sont également considérées, celles dont l'objet est de permettre aux autres activités économiques concernées par le risque climatique d'évaluer ce risque et de mettre en place les solutions d'adaptation pour les réduire.

Toutes les entreprises sont en réalité concernées afin d'intégrer la nécessité de prévenir les catastrophes, de gérer le risque de telles catastrophes et de garantir la résilience des infrastructures critiques. Ces activités sont celles de l'ingénierie, du conseil technique, des activités de recherches, de développement et d'innovation, de l'assurance non-vie des périls climatiques et de la réassurance.

Elles sont prises en considération dans la mesure où elles sont en capacité de fournir des solutions d'adaptation qui contribuent substantiellement à prévenir ou à réduire le risque d'incidence négative du climat actuel et de son évolution attendue sur la population.

Enfin, les activités déjà concernées par le volet réduction peuvent également être mises à contribution dans le volet adaptation, qu'elles y contribuent directement ou qu'elles fournissent des solutions d'adaptation. Il s'agit notamment des activités forestières, la restauration des zones humides ; mais les activités récréatives, l'éducation, le divertissement sont également regardés.

Les critères d'examen pour déterminer si une activité économique contribue substantiellement à l'adaptation doivent garantir que cette activité



est rendue résiliente au changement climatique ou fournit à d'autres activités des solutions leur permettant de le devenir. *« Lorsque l'activité économique est rendue résiliente au changement climatique, c'est la mise en œuvre de solutions physiques et non physiques réduisant substantiellement les risques climatiques physiques les plus importants pour cette activité qui constitue sa contribution substantielle à l'adaptation au changement climatique. »*

Il convient donc que seules les dépenses d'investissement engagées à toutes les étapes nécessaires pour rendre l'activité résiliente soient comptabilisées ; il en va de même des dépenses d'investissement et d'exploitation liées à des actifs ou des processus associés à des activités économiques ; en revanche, le chiffre d'affaires n'est pas à prendre en compte.

Il n'en va autrement que lorsque les activités ont pour fonction essentielle de proposer des technologies, des produits, des services, des informations ou des pratiques qui ont pour objectif d'accroître le niveau de résilience au risque climatique

physique d'autres populations, espace naturel, patrimoine culturel, biens ou activités économiques.

En conclusion, la question de l'adaptation, qui était un sujet tout à fait mineur, est en passe de devenir un sujet d'importance équivalente au moins à celui de l'atténuation ou de la réduction. Ceci s'explique par le fait que chacun a compris que nous sommes entrés dans l'ère du dérèglement climatique, que les effets ne font que s'accroître, et que par conséquent, nous devons nous penser dans cet autre monde.

À l'éco-anxiété que suscite cette réalité répondent de nouvelles opportunités d'organisation des territoires, assurant une relocalisation indéniable et de nouvelles opportunités économiques par le fait qu'entrent dans la logique de l'adaptation toutes les activités, par cercles concentriques. Cela permet de concevoir sous un angle différent les investissements réalisés par des secteurs économiques très éloignés de la question climatique, dans la mesure où leur activité permet précisément de renforcer la résilience et/ou de permettre l'adaptation.

Finance durable : où en est-on ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Sylvain Hamanaka,
Élève-avocat

Depuis quelques années déjà, le monde de la finance s'approprie les enjeux environnementaux. Un déclic qui a été favorisé notamment par les différentes COP, le monde associatif, et désormais par les nouvelles réglementations européennes.

Aux stratégies individuelles de désinvestissement du charbon d'Axa ou Nedbank se substituent des alliances d'établissements financiers conclues sous l'égide onusienne. À ce titre, la *Glasgow Financial Alliance for Net Zero* présidée par Mark Carney, en est un bel exemple. Si on se souvient du discours de l'ancien directeur de la banque d'Angleterre appelant à « briser la tragédie des horizons » entre les horizons contradictoires de court et long terme, c'est dorénavant d'actes dont il pourrait être question : 130 000 milliards de dollars d'actifs issus de 450 établissements financiers. Un véritable levier pour réorienter les flux de capitaux vers une économie plus durable que l'Union européenne, sur son territoire, accompagne juridiquement.

Depuis son plan d'action du 8 mars 2018¹, les observateurs attentifs ont en effet pu constater le travail des institutions européennes pour faire émerger un droit de la finance

durable fonctionnel. Son ampleur se mesure au nombre d'acronymes nouvellement développés : *SFDR*, *CSRD*, *EU-GBS* s'ajoutant à la *NFRD* et autres sigles déjà établis... Sans compter l'arrivée de la taxinomie durable, pièce fondatrice de la nouvelle finance durable et de la responsabilité sociétale des entreprises.

Toutes ces évolutions permettent de nous poser la question suivante : en novembre 2021, où en est-on ?

Rappelons que l'outil central sur lequel se fondent les nouvelles législations européennes relatives à la réglementation du secteur financier, au reporting extra-financier et aux standards volontaires durables – dont il sera fait mention ci-dessous –, est le Règlement Taxinomie du 18 juin 2020². Ce règlement (UE) 2020/852 permet, en fixant des critères, de déterminer les activités pouvant être considérées comme « durables sur le plan environnemental » afin par suite de « réorienter les flux de capitaux vers une économie plus durable ». Six objectifs environnementaux sont énoncés. Parmi eux : l'atténuation du changement climatique, l'adaptation au changement climatique ou encore la protection de la biodiversité.

S'ASSURER DE LA DURABILITÉ DE L'INVESTISSEMENT : L'ÉVOLUTION DU REPORTING EXTRA-FINANCIER

Si la responsabilité sociétale – ou sociale –, des entreprises est définie comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société³ », les standards volontaires développés par le secteur privé comme la réglementation naissante en droits français et européen se fondent majoritairement sur des mécanismes de transparence, l'obligation d'un devoir de vigilance mise à part.

En pratique, cette obligation de reporting durable – sur le plan environnemental – répond à deux objectifs. Le premier, auquel il est le plus souvent fait référence, consiste à mesurer l'incidence des activités de l'entreprise sur la population et l'environnement. Le second, qui se révèle souvent le plus important pour les entreprises, s'attache à mesurer l'incidence des questions de durabilité sur leurs résultats, leur situation et leur évolution. Cet objectif s'avère essentiel aux investisseurs potentiels, en particulier lorsque les entreprises soumises au reporting extra-financier sont également cotées sur un marché financier. Par un souci d'effectivité sûrement, la responsabilité sociétale des entreprises devient alors nécessaire au bon fonctionnement de la

1) Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Plan d'action : financer la croissance durable, 8 mars 2018, COM(2018) 97 final.

2) 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.

3) Communication de la commission au parlement européen, au conseil européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, 25 octobre 2011, COM (2011) 681 final.

finance durable, et la frontière entre ces deux matières perd alors en clarté.

En matière de transparence extra-financière des entreprises, la France a été pionnière en mettant en place les mécanismes de la loi NRE en 2001. Le nouveau visage du reporting extra-financier⁴ prend cependant la forme, depuis la directive « *Non Financial Reporting Directive* » ou « *NFRD* » du 22 octobre 2014⁵ et en France depuis 2017, de la dénommée déclaration de performance extra-financière⁶. Transposé en droit français à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, ce reporting extra-financier devrait cependant prochainement être modifié. Le 24 avril 2021, la Commission européenne a en effet présenté une proposition de directive dite « *Corporate Sustainability Reporting Directive* » ou « *CSRD* » ayant pour objet la révision de la directive *NFRD*.

De la proposition de texte peuvent être retenues deux nettes améliorations.

Premièrement, la proposition a pour ambition d'étendre le reporting extra-financier à toutes les grandes entreprises et à toutes les entreprises cotées (à l'exception des microentreprises cotées). En effet, le champ d'application *ratione personae* du reporting extra-financier est élargi aux « *grandes entreprises et, à partir du 1^{er} janvier 2026, [aux] petites et moyennes entreprises qui sont des entreprises visées à l'article 2, point 1) a) »*. Autrement dit, les grandes entreprises, cotées ou non, dépassant les seuils de 20 millions d'euros de bilan total, 40 millions d'euros de chiffre



d'affaires et 250 salariés tels que définis par la directive comptable n° 2013/3439, devront présenter un rapport comptable extra-financier à compter du 1^{er} janvier 2023. De surcroît, les PME cotées sur un marché réglementé dans l'Union européenne seront elles aussi tenues au même rapport à compter du 1^{er} janvier 2026, si elles dépassent au moins deux des trois seuils suivants : total de bilan de 4 millions d'euros, chiffre d'affaires de 8 millions d'euros, 50 salariés, sous réserve du droit laissé aux États membres de relever le chiffre d'affaires jusqu'à 12 millions d'euros et le bilan jusqu'à 6 millions d'euros⁷.

Deuxièmement, le degré de contrainte juridique est rehaussé pour « *exiger l'assurance des informations en matière de durabilité*⁸ ». À ce titre, on peut parler d'une réelle transformation de méthodologie. Alors que la déclaration de performance extra-financière de

la directive *NFRD* était avant fondée sur la règle du *comply or explain*, qui permettait à l'entreprise de s'émanciper de son obligation dès lors qu'elle fournissait une justification, le nouvel article 51 tel qu'issu de la proposition de directive *CSRD* prévoit qu'en cas d'infraction, les sanctions administratives doivent au moins comprendre une déclaration publique, une injonction à se conformer ainsi que des sanctions pécuniaires. On ne peut que se réjouir de l'augmentation de ce niveau de contrainte, source d'efficacité.

En parallèle de la proposition de texte, l'article 8 du règlement Taxinomie élargit le contenu de l'obligation de reporting extra-financier. Il « *impose aux entreprises relevant de la directive NFRD de publier certains indicateurs précisant dans quelle mesure leurs activités sont durables sur le plan environnemental au sens de la*

4) Cuzacq N., « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Revue des sociétés*, 2018, p. 347.

5) 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.

6) Décret n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

7) En effet, l'article 19 bis modifié par la proposition de texte « *CSRD* » relatif à la publication d'informations en matière de durabilité prévoit que « *les grandes entreprises et, à partir du 1^{er} janvier 2026, les petites et moyennes entreprises qui sont des entreprises visées à l'article 2, point 1) a), incluent dans leur rapport de gestion les informations nécessaires à la compréhension des incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité, ainsi que les informations nécessaires à la compréhension de la manière dont les questions de durabilité influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'entreprise* », l'article 2, point 1) a) renvoyant aux seuils mentionnés.

8) 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, COM/2021/189 final, p. 6.

*taxinomie*⁹ ». L'objectif souhaité par l'Union européenne ici est limpide : contraindre le reporting ESG à se conformer aux prescriptions de la Taxinomie durable.

LE EUROPEAN GREEN BOND STANDARD ■■■■■■■■

Pour rappel, à échelle mondiale, le marché des *green bonds* atteint plus de 1 000 milliards de dollars d'émissions cumulées et a dépassé les 250 milliards de dollars d'émissions en 2020. De nouveaux instruments ont suivi cet essor. C'est le cas des *Sustainability-linked Loan*, autrement dit des prêts prévoyant une clause d'indexation du taux sur la performance de l'entreprise en matière de durabilité. Ces prêts ouvrent le marché de la finance durable aux entreprises qui mènent des actions à impacts environnementaux positifs (choix de fournisseurs selon des critères ESG, politique d'achats responsables), mais qui n'engagent pas de projets d'investissement susceptibles d'être financés par des obligations.

Toutefois, nombre de ces obligations et prêts verts ne disposent pas d'une méthodologie réellement contraignante, par conséquent, du besoin des investisseurs d'avoir une garantie de la durabilité de ces produits financiers est née la volonté de créer un instrument propre aux institutions européennes. C'est ainsi que la Commission européenne a publié le 6 juillet une proposition de règlement relatif aux obligations vertes européennes¹⁰, qui fait suite à des travaux préparatoires de 2020.

En application de cette proposition de texte sur un « *European Green Bonds Standard* », les obligations émises doivent suivre un procédé contraignant en ce qu'elles doivent être alignées sur

l'utilisation finale du produit. L'utilisation des fonds, qui est vérifiée, doit être alignée sur le Règlement Taxinomie¹¹, à l'instar du reporting extra-financier de la proposition de directive *CSRD*. Ce dernier avantage est majeur et permet de lutter efficacement contre le manque de fiabilité et d'intégrité de ce nouveau marché, propice à l'écoblanchiment.

LA RÉGLEMENTATION DU SECTEUR FINANCIER ■■■

La présidente de la Banque centrale européenne, Christine Lagarde, affirmait le 4 novembre dernier dans *Les Échos* le « rôle de taille » que le secteur financier avait à jouer, notamment en exposant « les moyens par lesquels ils entendent s'adapter à un monde sans carbone ». Cette révolution semble bien pouvoir se réaliser, là encore à l'échelle européenne. Le règlement 2019/2088 « *Sustainable Finance Disclosure Regulation* » ou « *SFDR* » harmonise en effet, à compter de 2021, les règles en matière de transparence des acteurs des marchés financiers et conseillers financiers en ce qui concerne l'intégration des risques en matière de durabilité – environnementale, sociale et de gouvernance –, la prise en compte des incidences négatives en matière de durabilité dans leurs processus ou encore la fourniture d'informations en matière de durabilité en ce qui concerne les produits financiers.

Plus précisément, ces entreprises financières devront détailler leurs politiques d'intégration des risques en matière de durabilité dans leur processus de prise de décisions en matière d'investissement (article 3). Autrement dit, elles devront désormais indiquer si elles prennent en compte les risques ESG dans

leurs choix d'investissement. De même, ces acteurs seront obligés de publier sur leur site Internet une déclaration contenant les diligences raisonnables qu'ils effectuent pour réduire les incidences négatives sur l'environnement, le social et la gouvernance de leurs décisions d'investissement.

Cependant, si ces nouvelles obligations sont suffisamment novatrices pour être mentionnées, leur degré de contrainte peut être relativisé. En comparaison avec la proposition de directive *CSRD*, c'est en cette matière toujours la règle du *comply or explain* qui s'applique, ainsi qu'il en résulte de l'article 4, « les acteurs des marchés financiers publient et tiennent à jour sur leur site Internet [...] des informations claires sur les raisons pour lesquelles ils ne le font pas, y compris, le cas échéant, des informations indiquant si et quand ils ont l'intention de prendre en compte ces incidences négatives ».

En novembre 2021, la mise en place d'une nouvelle finance durable européenne se précise. Le Règlement Taxinomie a ouvert un chemin vers la possibilité pour les investisseurs de financer des activités économiques dont la durabilité sur le plan environnemental est certaine. Le secteur privé se montre également favorable à ces outils de transparence qui vont lui permettre de réorienter les flux de capitaux vers une économie durable. Cependant, côté investisseur, demeure l'immense débat sur la possibilité d'obliger les entreprises financières à proposer des investissements durables, voire celui de l'éventuelle contrainte des investisseurs finaux de réorienter leur épargne vers une économie plus durable.

2021-7886

9) *Ibid.*, p. 5.

10) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux obligations vertes européennes, 6 juillet 2021, COM(2021) 391 final.

11) *Ibid.*, articles 6 et 7.

La décarbonation de l'industrie et ses limites



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Nathan Pillet,
Élève-avocat

À l'occasion de la loi de transition énergétique pour la croissance verte (LTECV), la France s'est armée d'une ambitieuse feuille de route pour lutter contre le changement climatique. La « Stratégie Nationale Bas Carbone » (SNBC) a pour ambition d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050, et définit à cette fin une trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Dans ce contexte, le gouvernement a, dans le cadre du Conseil national de l'industrie (CNI), demandé aux comités des filières les plus émettrices de gaz à effet de serre, de proposer des feuilles de route pour respecter les objectifs de réduction fixés par la SNBC. Les filières industrielles de la chimie, du ciment, de la métallurgie et de l'agroalimentaire ont ainsi proposé d'agir sur des leviers d'action qui diffèrent en fonction des échéances.

Pour respecter les objectifs de 2030, les propositions d'actions se sont concentrées, entre autres, sur « l'efficacité énergétique [de la] substitution de combustibles fossiles par de la biomasse ou des combustibles solides de récupération, l'utilisation de la chaleur fatale [et] l'augmentation du taux de recyclage¹ ».

En revanche, pour atteindre les objectifs 2050, ces filières proposent de mettre en œuvre des technologies qui nécessitent encore d'être affinées par le temps et la recherche, telles que l'hydrogène ou le captage-stockage-utilisation du CO₂².

Avec les transports (29,7 %) et l'agriculture (19 %), l'industrie (18 %) représente une des



sources majeures d'émissions de gaz à effet de serre. En France, si le secteur industriel a considérablement diminué ses émissions de CO₂ depuis une vingtaine d'années, il contribue néanmoins encore à 20 % des émissions nationales. Surtout, la réduction des émissions issues de l'industrie s'explique en partie par la désindustrialisation massive qu'a connu la France ces trois dernières décennies. Trop souvent négligé, décarboner notre industrie s'avère pourtant être tout autant nécessaire que la décarbonation du logement ou du transport si l'on veut pouvoir atteindre la neutralité carbone d'ici 2050. De surcroît, face à la complexité et à la relative inefficacité du système d'échange des quotas de gaz à effet de serre (SEQUE), la décarbonation de l'industrie, et surtout de l'industrie lourde, est un enjeu crucial dont le gouvernement ne s'est saisi que très récemment à travers les plans « France Relance » et « France 2030 ».

PLAN RELANCE ET DÉCARBONATION DE L'INDUSTRIE

Le plan « France Relance » est présenté comme « une feuille de route pour la refondation économique, sociale et écologique du pays ». Pour ce faire, le plan est doté de 100 milliards d'euros sur deux ans dont 30 milliards sont affectés à la transition écologique et répartis entre la rénovation énergétique, la lutte contre l'artificialisation des sols, l'économie circulaire et les circuits courts, la mer, les infrastructures et la mobilité verte, les technologies vertes et la décarbonation de l'industrie.

Le plan de relance prévoit une aide ambitieuse de 1,2 milliard d'euros à la décarbonation de l'industrie sur la période 2020-2022. Cette décarbonation du secteur industriel repose sur deux axes principaux de réductions : d'une part, le soutien à l'investissement industriel pour une meilleure

1) Conseil général de l'économie, « La décarbonation des entreprises en France », Rapport, févr. 2021.

2) Ibid.

efficacité énergétique et l'évolution des procédés industriels, d'autre part, le soutien à la décarbonation de la chaleur industrielle.

SOUTIEN À L'INVESTISSEMENT POUR L'EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE

En premier lieu, un dispositif d'appel à projets conduit par l'Agence de la transition écologique (ADEME), IndusEE, désormais clos, a été lancé en 2020 pour soutenir l'investissement dans les projets d'envergure, améliorant l'efficacité énergétique d'une activité industrielle. Face à son succès, un appel à projets unique (DECARB IND) a été renouvelé en 2021 avec un champ d'application plus large. Désormais, en plus de l'amélioration de l'efficacité énergétique, tous les projets visant à la transformation des procédés industriels qui concourent « *significativement à la décarbonation de l'industrie* » sont désormais éligibles.

Par ailleurs, le plan de relance a prévu la mise en place d'un guichet de soutien à l'investissement pour les projets d'amélioration de l'efficacité énergétique, qui doit permettre aux entreprises d'obtenir des subventions pour leurs projets d'efficacité énergétique d'une valeur de moins de 3 millions d'euros, et ce jusqu'au 31 décembre 2022. Ce dispositif est encadré par le décret n° 2020-1361 du 7 novembre 2020 et par l'arrêté pris le même jour et modifié par un arrêté du 28 mai 2021. Ainsi, une subvention peut être versée aux entreprises « *qui réalisent un investissement dans un bien acquis à l'état neuf [...] affecté à une activité industrielle manufacturière sur le territoire français, lorsque ce bien permet de réduire les émissions de gaz à effet de serre de l'activité par la mise en place de mesures d'efficacité énergétique* ». Elle vise notamment les biens de récupération de force ou de chaleur et les biens destinés à l'amélioration du rendement énergétique d'appareils ou d'installations.

SOUTIEN À LA CHALEUR BAS CARBONE

En premier lieu, un appel à projets a été institué en 2020 pour la production de chaleur à partir de biomasse pour un usage industriel qui apporte à l'entreprise lauréate une aide à l'investissement ainsi qu'une aide au fonctionnement. Au regard de l'engouement suscité par le dispositif, celui-ci a été reconduit du 11 mars au 14 octobre 2021. Il concerne notamment les projets d'installation de nouveaux équipements et la conversion à la biomasse d'installations existantes utilisant des combustions fossiles. Par ailleurs, un appel à projets, lancé le 20 octobre et conduit par l'ADEME, prévoit un soutien au fonctionnement pour la chaleur industrielle issue de Combustibles Solides de Récupération.

Si la combustion de la biomasse émet moins de carbone que la combustion fossile, il convient de rappeler que celle-ci, et notamment la combustion du bois, rejette dans l'air des particules fines néfastes pour la santé humaine. Une étude parue en 2020 dans la revue *Nature*³ affirme que « *les particules issues de la combustion de la biomasse, par leur potentiel oxydant, c'est-à-dire leur capacité à attaquer les cellules, seraient même plus toxiques que celles issues des gaz d'échappement des vieux véhicules diesels et essence*⁴. »

UN VERROU TECHNOLOGIQUE À LA DECARBONATION DE L'INDUSTRIE

Pour décarboner l'industrie, et notamment l'industrie lourde, les solutions actuellement disponibles dites « matures » demeurent insuffisantes pour atteindre les objectifs de la SNBC. Face à ce « verrou technologique », « *des innovations de rupture sont absolument nécessaires*⁵ ».

C'est dans cette projection que l'ADEME travaille, grâce au projet Finance ClimAct, à élaborer des plans de transition sur neuf secteurs industriels énérgo-intensifs (acier, aluminium, ciment, ammoniac, chlore, éthylène, papier-carton, sucre et verre). Il s'agit de construire des feuilles de route

pour permettre aux industriels un changement de procédés afin de se conformer aux objectifs de neutralité carbone.

Pour le secteur du ciment par exemple, la réflexion entreprise avec l'ADEME sur l'impact et le coût des différents leviers d'amélioration a fait émerger plusieurs solutions : la baisse du taux de clinker dans les compositions ou encore la mise en place de technologies de captage et stockage de CO₂, etc.

Or, alors que les analyses montrent qu'un investissement de 3,5 à 4,5 milliards d'euros sur les technologies « matures » serait nécessaire pour réduire de 40 à 55 % les émissions de gaz à effet de serre du parc cimentier français⁶, les « *investissements corporels bruts moyens* » sur la période 2013-2017 du secteur ne se sont élevés qu'à 172 millions d'euros par an. Les investissements paraissent encore trop insuffisants pour atteindre l'objectif de réduction de 81 % des émissions du secteur industriel.

LA STRATÉGIE « FRANCE 2030 »

Dévoilé le 12 octobre, le nouveau plan d'investissement « France 2030 » prévoit, entre autres, un investissement de 500 millions d'euros pour qu'à terme, puisse émerger en France « *au moins deux Gigafactory d'électrolyseurs* » et pour « *produire massivement de l'hydrogène et l'ensemble des technologies utiles à son utilisation* ».

De plus, toujours en continuité du plan de relance, l'objectif de décarbonation de l'industrie devra bénéficier d'un nouvel investissement, avec pour objectif de réduire de 35 % les émissions du secteur d'ici à 2030. Parmi les arguments permettant de justifier les investissements massifs dans la filière de l'hydrogène, le gouvernement avance que le développement de l'hydrogène décarboné est primordial pour remplir les objectifs de décarbonation de l'industrie en France. En effet, le secteur est de loin le premier consommateur d'hydrogène, et notamment la métallurgie, la chimie et le ciment.

3) K. R. Daellenbach, G. Uzu et al., « Sources of Particulate-Matter Air Pollution and Its Oxydative Potential in Europe », *Nature*, 587, Nov. 2020.

4) S. Mandard, « Le chauffage au bois, première source d'émission de particules fines », *Le Monde*, 4 juin 2021.

5) T. Gourdon, S. Padilla, « Comment décarboner l'industrie lourde », *Transitions & Énergies*, 19 févr. 2021.

LE PARI D'UNE FILIÈRE FRANÇAISE DE L'HYDROGÈNE DÉCARBONÉ

Aujourd'hui, la France donne une place importante dans ses politiques publiques à l'hydrogène pour la décarbonation de l'industrie. La stratégie nationale pour le développement de l'hydrogène décarboné en France, institué par le plan de relance en septembre 2020, vise à soutenir la R&D afin de permettre le développement de technologies plus performantes pour l'ensemble des usages de l'hydrogène. L'objectif derrière le développement de l'hydrogène est bien de décarboner l'industrie grâce à l'émergence d'une filière française de l'électrolyse.

La production d'hydrogène actuelle (hydrogène gris) est particulièrement émettrice de CO₂. Pour produire de l'hydrogène décarboné, il est soit possible de capter-stocker le CO₂ émis lors de la production (hydrogène bleu), soit de le produire par électrolyse de l'eau (hydrogène vert) à partir de l'énergie renouvelable. Il existe également un hydrogène rose bas carbone produit à partir d'une électricité nucléaire, mais cet hydrogène peut être qualifié de vert.

Néanmoins, la production d'hydrogène bleu et vert est encore pour l'instant bien plus coûteuse que ne l'est l'hydrogène gris. En effet, la production d'hydrogène décarboné, et surtout d'hydrogène vert, consomme une quantité importante d'électricité. En effet, si l'industrie française substituait en totalité l'hydrogène gris par de l'hydrogène vert, « *il faudrait augmenter la production actuelle d'électricité française de 15 %* », ce qui « *montre que l'hydrogène vert peut difficilement être la seule solution de décarbonation de la sidérurgie, et de substitution de l'hydrogène gris par du vert dans la chimie*⁷. »

L'hydrogène constitue par conséquent une solution de long terme, qui, toutefois,



pourrait, à moyen terme, alléger l'impact de la sidérurgie en tant que substitut au charbon. Néanmoins, plusieurs défis restent à relever. En premier lieu, le coût de production de l'hydrogène décarboné ne permet pas d'inciter les industriels à verdir les quelque 900 000 tonnes consommées chaque année par le secteur. De plus, le rendement et la longévité des électrolyseurs doivent être améliorés. Là encore, les investissements R&D du secteur industriel devront être massifs, afin d'améliorer le rendement des électrolyseurs comme de l'éolien terrestre et du solaire qui permettront d'alimenter les premiers en électricité⁸.

Enfin, et c'est là l'un des points clés, la question du stockage de l'hydrogène doit faire l'objet d'une réflexion accrue. En effet, le stockage massif de l'hydrogène dans des réservoirs de 700 bars cause trop de pertes énergétiques⁹.

Pour finir, on regrettera le manque de vision et d'ambition pour adjoindre à la décarbonation de l'industrie un volet économie circulaire. En effet, outre l'amélioration de l'efficacité énergétique des procédés de production, l'enjeu de la réduction des matières premières utilisées dans l'industrie ne doit pas être négligé.

Le développement de l'économie circulaire, « *par l'amélioration de la qualité du tri et de la collecte, ainsi que le déploiement de solutions de recyclage pour la production de matériaux secondaires*¹⁰ » est un vecteur critique de la décarbonation du secteur.

Par ailleurs, la captation et le stockage de CO₂ sont incontournables et devraient contribuer à hauteur de 15 % aux réductions des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050¹¹. Le captage-stockage du CO₂ est à l'heure actuelle une technique complexe et toujours en cours de développement. Selon une étude de l'ADEME¹², environ 51 mégatonnes des 65 mégatonnes de CO₂ rejetées par l'industrie sont « captables ». Le bénéfice est par conséquent non négligeable. Cependant, cette technologie présente encore de nombreuses limites. D'une part, elle est extrêmement énergivore. D'autre part, l'acceptabilité sociale de ce genre de projet est particulièrement difficile à obtenir, au même titre que les projets éoliens et solaires. Or, comme l'affirme à juste titre la physicienne Florence Delprat-Jannaud, « *tout l'intérêt de cette technologie est d'être déployée en parallèle des énergies renouvelables* ».

2021-7887

6) *Ibid.*

7) Conseil général de l'économie, « La décarbonation des entreprises en France », Rapport, févr. 2021.

8) H. Leroux, « Transport, industrie, énergie... : faut-il croire à la révolution hydrogène ? », *Sciences & Vie*, 15 déc. 2020.

9) *Ibid.*

10) <https://reseauactionclimat.org/thematiques/industrie-lourde/>

11) E. Disdero, « "France 2030" : capter et stocker le CO₂ pour décarboner l'industrie, est-ce vraiment une bonne idée ? », *Libération*, 14 oct. 2021.

12) https://presse.ademe.fr/wp-content/uploads/2020/07/captage-stockage-geologique-co2_csc_avis-technique_2020.pdf.

Sobriété énergétique : quels outils ?



Caroline Grenet,
Avocate a la Cour

Si la notion de sobriété énergétique est fréquemment évoquée dans le débat public pour dépeindre un modèle vers lequel il faudrait tendre, ses contours demeurent flous et sa mise en œuvre difficilement palpable.

Pourtant, cette notion irrigue les objectifs de la COP 26 ainsi que certaines politiques publiques, bien que ce terme ne soit pas directement utilisé.

Individuellement, ce concept de sobriété résonne, puisqu'il est fréquemment prôné par de nombreuses personnalités publiques. D'ailleurs, en 2021, 61 % des Français déclarent avoir changé certaines de leurs pratiques au quotidien pour réduire l'impact de leur consommation, et 52 % pensent qu'il faut sortir du mythe de la croissance infinie et revoir notre modèle économique¹.

Avant de détailler les outils mis en place ou devant être mis en place pour se diriger vers une sobriété énergétique, il est nécessaire de comprendre la notion.

LA DIFFICULTÉ DE DÉFINIR LA NOTION DE SOBRIÉTÉ ÉNERGÉTIQUE

Il n'existe pas aujourd'hui de consensus quant à la définition de la sobriété énergétique.

Le concept de sobriété est issu de réflexions très anciennes, mais ne cesse d'être renouvelé par la critique écologique et sociale qui ont émergé, notamment depuis la fin des trente glorieuses.

L'association négawatt, engagée pour

la transition énergétique, est l'une des premières à l'avoir défini. Selon elle, il s'agit d' « *une démarche de réduction des consommations superflues* » s'organisant « *par une hiérarchisation des besoins qui peut s'exercer au niveau individuel comme s'organiser au niveau collectif* ».

L'Agence de la transition écologique (« ADEME » ci-après) définit quant à elle cette notion comme suit : « *dans un contexte où les ressources naturelles sont limitées, la sobriété consiste à nous conduire à faire évoluer nos modes de production et de consommation, et plus globalement nos modes de vie, à l'échelle individuelle et collective*² ».

L'idée principale est ainsi une transformation de nos modes de vie afin d'aller vers la modération.

Elle se différencie de la notion d'efficacité, qui vise une optimisation des consommations, alors que la sobriété touche plus à une modération de cette consommation.

La sobriété ne se retrouve dans notre corpus législatif que pour être intégrée dans les notions plus larges et parfois paradoxales de croissance ou de développement.

Ainsi, la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte intègre la sobriété de manière éparse. Au niveau énergétique, elle définit la croissance verte comme « *un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et*

garant de la compétitivité des entreprises ».

Elle mentionne la nécessité de la maîtrise de la demande énergétique et du soutien de l'« *efficacité et la sobriété énergétiques* ».

Également, au niveau des transports, elle mentionne le développement d'offres de transport sobres. Elle appelle par ailleurs à une « *consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières* ».

Ainsi, le concept de sobriété énergétique n'est pas repris dans les politiques publiques nationales, qui préfèrent l'utilisation d'autres leviers tels que l'efficacité énergétique, la transition énergétique ou la croissance verte. Pour cause, ces notions apparaissent moins contraignantes et n'appellent pas à un changement de mode de vie.

Il est intéressant de souligner qu'à défaut de consécration nationale de ce principe, des initiatives locales existent. À titre d'exemple, le Schéma de cohérence territoriale (SCoT) de Lorient Agglomération mentionne expressément le terme de sobriété foncière pour fixer un principe de diminution de la consommation d'espace et de limite de l'étalement urbain. Ce concept a été traduit dans les plans locaux d'urbanisme concernés. Si cette initiative ne concerne pas directement le domaine de l'énergie, elle demeure particulièrement intéressante quant à l'utilisation du terme de sobriété.

En réalité, de nombreux outils existants ou à créer permettraient de mettre en œuvre cette sobriété, instrument primordial pour lutter contre le dérèglement climatique ou la destruction de la biodiversité.

1) <https://presse.ademe.fr/2021/05/14eme-barometre-de-la-consommation-responsable-2021.html>

2) <https://librairie.ademe.fr/dechets-economie-circulaire/489-panorama-sur-la-notion-de-sobriete.html>

LES OUTILS À METTRE EN ŒUVRE



Différentes approches sont étudiées pour introduire la sobriété énergétique dans nos vies quotidiennes.

NégaWatt faisait état de quatre leviers pour mettre en œuvre cette sobriété³ :

- la sobriété structurelle, qui consiste à créer, dans l'organisation de l'espace ou de nos activités, les conditions d'une modération de notre consommation (par exemple l'aménagement du territoire en vue de réduire les distances à parcourir pour accéder au travail) ;
- la sobriété dimensionnelle, qui concerne le bon dimensionnement des équipements par rapport à leurs conditions d'usage (par exemple l'utilisation de véhicules adaptés, en poids, volume et puissance, aux usages de déplacement) ;
- la sobriété d'usage, qui porte sur la bonne utilisation des équipements en vue d'en réduire la consommation (par exemple l'extinction des veilles ou la limite de vitesse sur la route, ou l'extension de la durée de vie des équipements) ;
- la sobriété conviviale, qui relève d'une logique de mutualisation des équipements et de leur utilisation (par exemple les formules d'autopartage, ou l'encouragement à la cohabitation dans les logements ou les espaces de travail).

Concrètement, et au-delà de cette approche conceptuelle, plusieurs secteurs peuvent participer à la sobriété énergétique⁴ :

- le secteur des transports, dès lors qu'il s'agit du premier poste d'émissions de gaz à effet de serre en France. Dans ce cadre, NégaWatt préconise notamment une diminution des distances parcourues notamment à l'aide du développement du télétravail ou encore un report vers des modes de transport plus efficaces et moins polluants ;
- le secteur du bâtiment représente le premier secteur consommateur d'énergie. Il s'agirait



dans ce cadre de maîtriser les surfaces bâties pour limiter l'accroissement ; modérer le nombre d'équipements électriques ; limiter l'éclairage alors que les sources lumineuses ne cessent de grimper en flèche ;

- le secteur de l'alimentation et de l'agriculture, en évoluant vers une alimentation plus végétale, locale et en s'attaquant au gaspillage alimentaire ;
- le secteur de l'industrie entendu au sens large : allonger la durée de vie des objets et recycler davantage.

Par ailleurs, un rapport publié le 25 octobre 2021 par le Réseau transport d'électricité (RTE) indique que tous les scénarios étudiés pour atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 nécessitent de baisser de 40 % notre consommation d'énergie. Il propose ainsi une autre trajectoire, celle de la sobriété énergétique. Les mêmes domaines que ceux détaillés par NégaWatt sont avancés comme leviers de sobriété : le secteur résidentiel avec des habitats partagés, la limitation de la consommation en eau chaude ; le secteur tertiaire (télétravail, réduction de la surface

des commerces, réduction des écrans publicitaires) ; le secteur des transports (covoiturages, télétravail, produits issus de circuits courts), le secteur industriel (une alimentation moins transformée, une économie circulaire, etc.)⁵.

Le législateur, à travers différents textes (la loi Egalim⁶ de 2018, la loi AGEC⁷, la loi climat-résilience⁸), a commencé à intégrer ces outils dans notre corpus, mais il se refuse toujours à prôner ce principe qui permet pourtant de lutter efficacement contre le dérèglement climatique. En réalité, les objectifs de la COP 26 tendent vers ce modèle de sobriété énergétique puisqu'ils visent notamment à atteindre la neutralité carbone en 2050 et s'engageant dans la sortie des énergies fossiles ou encore dans l'accélération du développement des voitures électriques. Ces mesures restent peu détaillées et leur mise en œuvre floue. Le terme n'est d'ailleurs pas utilisé.

À l'inverse, au niveau local, des collectivités s'engagent dans des démarches de transition où la sobriété joue un rôle important. Au-delà de l'exemple du SCoT cité plus haut, l'on peut penser à la ville de Grenoble qui, voulant réduire les consommations d'énergie de son patrimoine municipal bâti, a créé un poste de chef de projet sobriété énergétique et mis en place des actions d'accompagnements : séances de formation, fiches sur les éco-gestes, etc.

En conclusion, si la sobriété énergétique doit être un modèle mis en œuvre au niveau individuel à travers un changement des mentalités dans l'objectif de consommer moins, mais mieux, elle ne sera efficace qu'à travers de réelles politiques publiques prônant ce modèle.

Il aurait été opportun que la COP 26 se saisisse de ce concept pourtant existant et théorisé dans les pays anglo-saxons pour en faire un modèle vers lequel nous devrions tous tendre.

2021-7888

3) https://negawatt.org/telechargement/Presse/1601_Fil-dargent_Qu-est-ce-que-la-sobriete.pdf

4) https://negawatt.org/IMG/pdf/sobriete-scenario-negawatt_brochure-12pages_web.pdf

5) https://assets.rte-france.com/prod/public/2021-10/BP2050_rapport-complet_chapitre3_consommation_0.pdf - p. 80

6) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000037547946/>

7) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041553759/>

8) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043956924>

Puits de carbone : l'appel de la forêt



Valérie Saintaman,
Avocate à la Cour, of Counsel,
Huglo Lepage Avocats



Benoît Denis,
Avocat à la Cour, of Counsel,
spécialiste de droit pénal
Huglo Lepage Avocats

Les conséquences du changement climatique sont au cœur des débats de la COP 26, dont le coup d'envoi a été donné à Glasgow le 31 octobre dernier.

En amont s'est tenu le premier rassemblement mondial sur l'énergie depuis la Conférence de 1981 sur les sources d'énergie nouvelle et renouvelable. Objectif : permettre aux États membres d'accroître l'ambition et de promouvoir l'accélération des mesures engagées pour développer une énergie propre et au coût abordable pour tous d'ici 2030 et pour réaliser l'objectif d'émissions nettes de carbone égales à zéro d'ici 2050.

Préalablement à la tenue, le 24 septembre dernier, de ce dialogue de haut niveau sur l'énergie, les secrétaires exécutives des cinq commissions régionales des Nations unies ont déclaré conjointement que : « *Le renforcement de la gouvernance de l'élimination du dioxyde de carbone pourrait constituer une excellente occasion de concentrer et d'aligner les efforts régionaux et internationaux pour parvenir à une économie circulaire mondiale du carbone.* » Elles ont ajouté que : « *En travaillant ensemble, l'élimination du dioxyde de carbone a le potentiel de devenir une composante essentielle des options de politique climatique viables pour les régions aujourd'hui et dans les décennies à venir.* »

À cet égard, elles ont fait valoir que : « *Le temps presse pour éviter une urgence climatique. Les nations du monde entier ne parviennent pas à respecter leurs objectifs et leurs engagements en matière d'énergie*

durable. Le récent rapport du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC) indique que le changement climatique est généralisé, rapide et s'intensifie », rappelant que le secrétaire général des Nations unies a qualifié le rapport du GIEC « *d'alerte rouge* » pour l'humanité.

En d'autres termes, elles ont invité les pays à avoir des objectifs ambitieux et immédiats de suppression du dioxyde de carbone et de protection des puits de carbone qui comprennent les forêts, les océans et les zones humides.

Au niveau européen, le secteur dit de « *l'utilisation des terres, changement d'affectation des terres et de la foresterie* », en tant que puits de carbone essentiel à l'atténuation du changement climatique, est l'un des leviers d'absorption des gaz à effet de serre (GES) le plus important.

Le Règlement (UE) n° 2018/841 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie (UTCATF ou LULUCF en anglais), entré en vigueur au mois de juin 2018, définit dans son article 3 les puits comme « *tout processus, toute activité ou tout mécanisme qui retire de l'atmosphère un gaz à effet de serre, un aérosol ou un précurseur de gaz à effet de serre* ».

S'inscrivant dans la mise en œuvre de l'Accord de Paris sur le climat adopté en 2015, lequel préconise de « *parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques*

par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle », le Règlement UTCATF prend acte des capacités d'absorptions des gaz à effet de serre du secteur de « *l'utilisation des terres, changement d'affectation des terres et de la foresterie* ».

Il vise ainsi à renforcer les puits et stocks de carbone en garantissant une gestion durable des forêts.

Si ce Règlement n'établit pas « *d'obligations comptables ni d'obligation de déclaration pour les entités privées, y compris les agriculteurs et les sylviculteurs* », il incite dans son article 1^{er} les États membres à prévenir la déforestation et à contenir les stocks de carbone des forêts et des zones humides dans le but de contribuer « *à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris et au respect de l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixé par l'Union pour la période allant de 2021 à 2030* », les États membres devant veiller « *à ce que les émissions ne dépassent pas les absorptions* ».

Pour ce faire, ils doivent publier un plan comptable forestier national pour les périodes 2021-2025 et 2026-2030, dont la finalité est d'établir un « *niveau de référence pour les forêts* ».

Ce niveau de référence correspond à une estimation exprimée en tonnes équivalent CO₂ par an des absorptions annuelles nettes moyennes des forêts (aériennes et racinaires) durant ces périodes, et sert donc de base de calcul pour évaluer les absorptions additionnelles.

Le 16 juillet 2021, peu après la présentation des propositions visant à l' « Ajustement à l'objectif 55 » (ou « *Fit for 55* »), la Commission européenne a publié une nouvelle stratégie pour les forêts en 2030, venant remplacer celle adoptée en 2017, reconnaissant le rôle des forêts et des sylviculteurs dans la réalisation d'une économie durable et neutre pour le climat : « *Ancrée dans le pacte vert pour l'Europe et dans la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, elle reconnaît le rôle central et multifonctionnel des forêts, ainsi que la contribution des sylviculteurs et de l'ensemble de la chaîne de valeur forestière à la réalisation, d'ici 2050, d'une économie durable et neutre pour le climat, tout en veillant à ce que tous les écosystèmes soient restaurés, résilients et protégés de manière adéquate. Cette stratégie remplace la stratégie de l'UE pour les forêts adoptée en 2013 et évaluée en 2018. [...] Pour réussir cette transition, nous aurons besoin de forêts plus vastes, plus saines et plus diversifiées qu'aujourd'hui, notamment pour le stockage et la séquestration du carbone¹ ».*

Lors de la présentation du paquet législatif « Ajustement à l'objectif 55 », la Commission européenne a présenté une proposition de modification du Règlement (UE) 2018/841 en ajoutant un objectif de 310 millions de tonnes équivalent CO₂ d'absorptions nettes par le secteur UTCATF, réparti entre les États membres ainsi que des objectifs nationaux contraignants d'absorptions nettes minimales fixés à l'horizon 2030.

Ce nouvel arsenal législatif vise un objectif : réduire de 55 % les émissions de gaz à effet de serre de l'Europe d'ici 2030 par rapport à 1990 et viser la neutralité carbone en 2050.

La Commission propose d'aligner le Règlement ESR (« *Effort Sharing Regulation* »), qui doit permettre de répartir l'effort entre chaque État membre, sur le nouvel objectif 2030.



En substance, des quotas annuels d'émissions, qui seront progressivement réduits jusqu'en 2030, seront fixés pour chaque État membre, l'objectif de la France étant fixé à 47,5 %.

La Commission propose par ailleurs une modification du Règlement UTCATF de manière à inciter plus fortement les États membres à augmenter et améliorer leurs puits de carbone naturels.

À partir de 2026, la Commission fixe un objectif global d'absorptions nettes de carbone de -310 millions de tonnes pour 2030, soit une hausse d'environ 15 %.

Le 9 septembre 2021, la Commission européenne a lancé une consultation initiale sur une feuille de route posant les jalons d'une future stratégie européenne en matière de développement des puits de CO₂.

Comme le souligne la Commission, l'ensemble des solutions pour générer ces absorptions par des moyens naturels (appelés les « *solutions basées sur la nature* » comme les puits de carbone biologiques dans les sols et la biomasse) ou artificiels jouera un rôle crucial dans la réalisation de l'objectif de neutralité.

L'objet de cette initiative est de définir un cadre législatif pour compenser, par des émissions négatives, les émissions

résiduelles de gaz à effet de serre pour permettre à l'Union européenne d'atteindre son objectif de neutralité climatique en 2050 (zéro émission nette de GES).

Enfin, le 28 octobre 2021, l'UNESCO, le World Resources Institute (WRI) et l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) ont publié un rapport fournissant la première évaluation scientifique mondiale des émissions et de la séquestration des gaz à effet de serre par les forêts des sites du patrimoine mondial de l'UNESCO.

Il en ressort que malgré l'importance du carbone stocké et absorbé par les forêts des sites du patrimoine mondial de l'UNESCO, l'utilisation des sols et le changement climatique mettent à mal les avantages climatiques de ces forêts.

Ce rapport met en évidence que l'excès de carbone provient de 10 des 257 forêts classées du patrimoine mondial de l'UNESCO, qui ont émis plus de carbone qu'elles n'en ont absorbé.

Si l'on veut continuer à compter sur les puits et le stockage de carbone de ces forêts, il conviendra donc d'améliorer leur protection, y compris par des outils juridiques qui restent à inventer.

2021-7889

1) Nouvelle stratégie UE pour les forêts pour 2030 (16 juillet 2021), p. 2.

Digitalisation : outil ou enjeu de la transition écologique ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Salomé-Jézabel Salfati Ganancia,
Élève-avocat

Face à l'urgence climatique, l'Union européenne s'est engagée aux termes de l'Accord de Paris à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 55 % d'ici à 2030 par rapport aux niveaux de 1990¹.

Parmi les leviers permettant d'atteindre cet objectif, les États ont choisi d'avoir massivement recours aux technologies de l'information et de la communication, outils désormais incontournables des politiques publiques en matière énergétique.

Or, le numérique constitue l'un des principaux facteurs d'émissions de gaz à effet de serre : les technologies digitales mobilisent aujourd'hui 10 % de l'électricité produite dans le monde et rejetteraient près de 4 % des émissions globales de CO₂, correspondant à près du double du secteur civil aérien mondial².

En 2019, le numérique français a émis environ 15 millions de tonnes équivalent en CO₂, principalement tirées par les terminaux (81 %), dont la fabrication est par ailleurs une consommatrice importante d'énergie fossile³.

Si les technologies numériques donnent lieu à des gains environnementaux, ces dernières présentent un coût écologique important devant être pris en compte par les pouvoirs publics.

LE DIGITAL AU SERVICE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE

L'intégration des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) au secteur de l'énergie amorce une révolution, de par les possibilités de valorisation des données récoltées, la mise en place de systèmes intelligents, jusqu'à l'utilisation de la *blockchain*.

VALORISATION DES DONNÉES ÉNERGÉTIQUES

Les données énergétiques récoltées peuvent ensuite être exploitées par les collectivités territoriales, les marchés de l'énergie et les consommateurs.

COLLECTE DES DONNÉES ÉNERGÉTIQUES

Les données énergétiques revêtent différentes natures techniques⁴ :

- les données de comptage ;
- les données patrimoniales de réseaux, collectées sur les ouvrages constituant les réseaux ;
- les données d'exploitation de réseaux, mesurées grâce à des capteurs ;
- les données relatives aux marchés de l'énergie, issues d'échanges entre les acteurs du secteur ;
- les données relatives à la qualité de l'énergie et la qualité de service mesurées à partir d'indicateurs déterminés.

Les données de comptage sont directement issues des compteurs installés chez le consommateur.

S'agissant de l'électricité, le Code de l'énergie, transposant une directive européenne, a imposé l'installation de compteurs communicants (ou compteurs *Linky*) par tous les gestionnaires de réseaux de distribution d'ici au 31 décembre 2024⁵. Le principe est le même s'agissant du gaz avec les compteurs *Gazpar*, dont le déploiement est également prévu par le Code de l'énergie⁶.

Une masse de données considérable est donc à la disposition des pouvoirs publics et des acteurs de l'énergie pour optimiser la production et la consommation énergétiques.

Dans ce cadre, les gestionnaires de réseaux doivent respecter les différents corpus de règles qui s'appliquent aux données et pouvant se cumuler suivant les cas.

Tout d'abord, les données de comptage des clients particuliers prises individuellement constituent des données à caractère personnel au sens du RGPD, emportant des obligations supplémentaires pour le gestionnaire (limitation de la durée de conservation, sécurité, etc.)⁷.

Ensuite, ces dernières peuvent être

1) Accord provisoire concernant la loi européenne sur le climat, art. 4.

2) Lean ICT pour une sobriété numérique, rapport du groupe de travail dirigé par Hugues Ferrebœuf pour le think tank The Shift Project – octobre 2018.

3) Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable par la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique – 24 juin 2020.

4) Commission de régulation de l'énergie, Les données de l'énergie : nature et exploitation, 6 décembre 2020.

5) Code de l'énergie, art. R.341-8 et directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

6) Code de l'énergie, art. L. 111-77-1.

7) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) et loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 4.

considérées comme des informations commercialement sensibles (ICS), c'est-à-dire les informations d'ordre « économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication serait de nature à porter atteinte aux règles de concurrence libre et loyale et de non-discrimination ». Les gestionnaires de réseaux de distribution de gaz ou d'électricité sont tenus d'une obligation de discrétion professionnelle quant à ces informations⁸.

Enfin, les données récoltées sont des documents administratifs au sens du Code des relations entre le public et l'administration, et doivent à ce titre être mises à disposition du public⁹.

EXPLOITATION DES DONNÉES AU SERVICE DES COLLECTIVITÉS, DES MARCHÉS DE L'ÉNERGIE ET DES CONSOMMATEURS

En premier lieu, les collectivités territoriales sont chargées, selon leurs compétences, d'établir et de mettre en œuvre les politiques énergétiques, environnementales et d'aménagement sur leur territoire (plans climat-air-énergie territoriaux, schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, etc.)¹⁰.

Afin d'exercer ces compétences, les collectivités territoriales bénéficient d'une transmission obligatoire des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique récoltées par les gestionnaires de réseaux de distribution¹¹ – par exemple, des bilans de consommation et de production, à des échelles toujours plus fines.

Ensuite, les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution sont en charge de la gestion des données relatives aux réseaux exploités et du calcul des indicateurs nécessaires aux marchés.



En particulier, ces derniers élaborent les données utiles au calcul des valeurs entrant dans la détermination des obligations de capacité des fournisseurs d'énergie, c'est-à-dire la couverture de l'ensemble des clients durant les pointes de consommation¹².

Enfin, les données permettent d'une part aux distributeurs de proposer aux consommateurs des offres de fourniture d'électricité dynamiques. À cet effet, les gestionnaires des réseaux de distribution peuvent conserver la courbe de charge du consommateur à sa demande. Ils peuvent de même enregistrer ladite courbe de charge de façon non généralisée afin de répondre à une finalité précise¹³.

D'autre part, cette collecte de données permet la proposition de services de maîtrise de la demande en énergie et d'efficacité énergétique.

Les données récoltées sont utilisées à plus grande échelle dans les réseaux intelligents d'électricité et de gaz naturel

(*smart grids*), voire au sein de villes intelligentes (*smart cities*).

SMART GRIDS ET SMART CITIES

Les *smart grids* sont des réseaux d'énergie intégrant des technologies de l'information et de la communication, qui concourent à une amélioration de leur exploitation et au développement de nouveaux usages (autoconsommation, mobilité électrique, stockage, etc.).

À la dimension physique pour le transit d'énergie des réseaux se superpose une dimension numérique qui joue un rôle croissant dans son pilotage.

Ces deux dimensions sont reliées par de nombreux points d'interfaces, en particulier, les compteurs évolués (*cf. supra*) sont une composante essentielle de cette nouvelle architecture des réseaux¹⁴.

Une feuille de route relative à l'implantation de *smart grids* a été adoptée par le gouvernement dans le cadre des plans de reconquête de la France, mais ses objectifs n'ont pas encore été atteints à ce jour¹⁵.

8) Code de l'énergie, art. L. 111-62 al. 4 et L. 111-73.

9) Code des relations entre le public et l'administration, art. L. 300-2 et L. 321-4.

10) Voir par exemple : Code de l'environnement, art. L. 222-1 et L. 229-26.

11) Code général des collectivités territoriales, art. L. 2224-31.

12) Code de l'énergie, art. R. 335-1 et R. 335-3.

13) Code de l'énergie, art. D. 322-16 et D. 341-21.

14) Définition et informations disponibles sur le site Internet de la Commission de Régulation de l'Énergie.

15) Nouvelle France Industrielle, plan « Réseaux électriques intelligents ».

Les projets de *smart cities* fonctionnent quant à eux avec une approche similaire, mais des objectifs plus variés : gestion optimisée de l'énergie, de l'eau et des déchets, mobilité et urbanisme durables.

Enfin, certaines initiatives ont pour ambition d'appliquer les technologies *blockchain* au secteur de l'énergie.

APPLICATION DE LA BLOCKCHAIN À L'ÉNERGIE

La *blockchain* peut être définie comme une « *technologie de stockage et de transmission d'informations, sécurisée et décentralisée, basée sur un registre partagé entre de multiples utilisateurs et sur l'application de la cryptographie*¹⁶ ».

La technologie *blockchain* appliquée à l'énergie vise à supprimer les intermédiaires et permettre des transferts d'énergies entre producteurs et consommateurs, sans passer par un fournisseur (désintermédiation).

À terme, cette dernière permettrait donc de créer des réseaux locaux de production, d'échange et de revente d'énergie pour équilibrer l'offre et la demande à tout moment.

La *blockchain* peut ainsi être utilisée pour encourager l'autoconsommation et mettre en œuvre la réglementation relative aux communautés énergétiques.

Ces dernières sont des entités juridiques autonomes ayant pour objectif premier de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à leurs actionnaires, à leurs membres, ou aux territoires locaux où elles exercent leurs activités, plutôt que de rechercher le profit¹⁷.

La Commission de Régulation de l'Énergie reconnaît cependant que l'un des principaux freins au déploiement de la *blockchain* est la contradiction entre la

consommation d'énergie des technologies utilisées et leurs potentiels effets positifs¹⁸. Les émissions de gaz à effet de serre évitées par le recours aux technologies digitales doivent toutefois être rapportées à leur propre coût environnemental.

UNE RÉPONSE JURIDIQUE NÉCESSAIRE POUR CONTRER L'EFFET REBOND

En marge de la COP26, le Sénat a adopté le 2 novembre dernier une proposition de loi visant à réduire l'impact environnemental du numérique en France.

L'occasion de revenir sur les dispositifs existants et sur les principales avancées que présente la loi pour réduire les conséquences de la digitalisation de l'économie, et plus largement du numérique sur les émissions de CO₂.

L'arsenal juridique actuel et à venir se concentre ainsi sur cinq leviers d'action : l'éducation et l'information des utilisateurs, la limitation du renouvellement des terminaux, le développement d'usages écologiquement vertueux, l'efficacité énergétique des centres de données et des réseaux, et enfin, la promotion d'une stratégie numérique responsable dans les territoires.

INFORMATION ET ÉDUCATION DES UTILISATEURS

Cette information est réalisée via les obligations des entreprises en matière de RSE, mais également les actions d'éducation et la création d'un observatoire des impacts environnementaux du numérique.

RSE ET REPORTING EXTRAFINANCIER

Le Code civil prescrit tout d'abord la gestion de toute société en considération des enjeux environnementaux. Le non-

respect de cette obligation n'est toutefois pas sanctionné par la nullité de la société¹⁹.

En parallèle, les sociétés commerciales doivent faire apparaître des indicateurs clés de performance – dont des informations relatives aux questions d'environnement –, dans leur rapport de gestion annexé à leurs comptes annuels²⁰. Pour les sociétés cotées, ce rapport comprend en outre la présentation des mesures que prend l'entreprise pour réduire les risques financiers liés aux effets du changement climatique en mettant en œuvre une stratégie bas carbone dans toutes les composantes de son activité²¹.

Certaines sociétés sont de plus assujetties à des obligations de reporting extra-financier.

D'une part, les sociétés cotées ou dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires et d'autres entités désignées (établissements de crédit, mutuelles, assurances, etc.) doivent produire une déclaration de performance extrafinancière²².

Cette dernière prend en compte les conséquences de l'activité de la société sur le dérèglement climatique et ses engagements en matière d'économie circulaire. Parmi les éléments à figurer dans la déclaration et intéressant le numérique²³ :

- la consommation de matières premières et les mesures prises pour améliorer l'efficacité dans leur utilisation ;
- la consommation d'énergie ;
- les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables ;

16) Définition disponible sur le site Internet de la Commission de Régulation de l'Énergie.

17) Code de l'énergie, art. L. 211-3-2 et L. 211-3-3 (transposition du Paquet « Énergie Propre »).

18) Étude Mazars, La blockchain appliquée à l'énergie, 4 décembre 2020.

19) Code civil, art. 1833 et 1844-10 : le non-respect de cette obligation n'est toutefois pas sanctionné par la nullité de la société.

20) Code de commerce, art. L. 225-100-1.

21) Code de commerce, art. L. 22-10-35.

22) Code de commerce, art. L. 225-102-1 et R. 225-104.

23) Code de commerce, art. R. 225-105.

• les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit.

Cette obligation de reporting extrafinancier est par ailleurs applicable aux sociétés de gestion de portefeuille, qui doivent justifier des moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique ainsi que de la stratégie y afférant²⁴.

D'autre part, les sociétés employant plus de 5 000 ou 10 000 salariés suivant les cas sont tenues de mettre en place un plan de vigilance²⁵.

Ce plan concerne en particulier les risques d'atteintes graves à l'environnement résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Des équivalents à ce devoir de vigilance existent aussi en Europe :

- au travers de législations sectorielles,
- par exemple sur les importateurs de certains métaux et minerais (tungstène, or, étain, etc.)²⁶ ;
- et d'un projet de directive s'inspirant largement du droit français²⁷.

Les pouvoirs publics, via la plateforme nationale d'actions globales pour la RSE – France Stratégie²⁸ –, se sont saisis plus précisément des retombées environnementales et sociales du numérique en faisant émerger la notion de responsabilité numérique des entreprises (RNE).



La plateforme a récemment élaboré des recommandations visant à faire de la RNE un pilier de la RSE : mieux considérer les impacts environnementaux du numérique, favoriser une consommation responsable et allonger la durée de vie des produits et des infrastructures, lutter contre l'obsolescence logicielle et matérielle²⁹.

Ces recommandations ont pour partie été reprises dans la loi du 2 novembre 2021. Cette dernière vient renforcer les dispositifs précités avec l'intégration dans le Code des postes et des communications électroniques (CPCE) d'une obligation de publication à la charge des opérateurs de communications électroniques dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires des indicateurs clés sur leurs politiques de réduction de leur empreinte environnementale, notamment en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, de renouvellement et de collecte des terminaux mobiles portables,

d'écoconception des produits et des services numériques qu'ils proposent, de recyclage et de réemploi des boîtiers de connexion Internet et des décodeurs ainsi que de sensibilisation aux usages responsables du numérique³⁰.

ÉDUCATION ET CRÉATION D'UN OBSERVATOIRE DES IMPACTS ENVIRONNEMENTAUX DU NUMÉRIQUE

Dans son volet relatif à la prise de conscience de l'impact environnemental du numérique, la loi du 2 novembre 2021 prévoit³¹ :

- une formation à la sobriété numérique à l'école et à l'université à partir de la rentrée 2022 (articles 1 et 2) ;
- un module sur l'écoconception des services numériques pour les formations d'ingénieur en informatique (article 3) ;
- un nouvel observatoire des impacts environnementaux du numérique, placé auprès de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) et de l'autorité de régulation des

24) Code monétaire et financier, art. L. 533-22-1.

25) Code de commerce, art. L. 225-104, I.

26) Règlements [UE] 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 « fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque ».

27) Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises.

28) Décret n° 2013-333 du 22 avril 2013, art. 5.

29) Plateforme RSE, avis du 14 avril 2021 : Responsabilité numérique des entreprises : enjeux des données, environnementaux et sociaux.

30) Art. 29, créant l'art. L.33-16 du CPCE.

31) Art. 1 à 4.

communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), chargé entre autres d'évaluer lesdits impacts et d'élaborer une définition de la sobriété numérique – (article 4).

La loi vient de surcroît développer les actions en faveur de la limitation du renouvellement des terminaux.

LIMITATION DU RENOUELEMENT DES TERMINAUX

La limitation du renouvellement des terminaux comporte deux volets : la lutte contre l'obsolescence programmée et la valorisation des produits reconditionnés.

LUTTE CONTRE L'OBSOLESCENCE PROGRAMMÉE

La notion d'obsolescence programmée, intégrée dans le Code de la consommation depuis 2016³², voit sa définition étendue par la loi du 2 novembre 2021 :

- le délit d'obsolescence programmée renvoie dorénavant au recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie, même sans volonté d'accroître le taux de remplacement du produit³³,
- cette définition comprend désormais l'obsolescence logicielle³⁴.

S'agissant des mises à jour logicielles, la loi crée une obligation d'information du consommateur des caractéristiques essentielles de chaque mise à jour de son appareil numérique (espace de stockage requis, impact sur les performances du bien, évolution des fonctionnalités)³⁵.

Les techniques empêchant le consommateur d'installer les logiciels ou les systèmes d'exploitation de son choix sur son appareil au bout d'un délai de deux ans sont interdites³⁶.

Pour les mises à jour accessoires, la loi consacre un droit à la réversibilité : le consommateur peut refuser la mise à jour ou la désinstaller si cette dernière a une incidence négative sur son accès au contenu numérique³⁷.

Enfin, concernant l'obsolescence marketing, la loi renforce l'information du consommateur relative aux offres combinées, c'est-à-dire associant l'achat d'un smartphone à la souscription d'un forfait mobile, avec une obligation de dissocier le montant payé au titre des services de communications électroniques du montant consacré au paiement du téléphone portable³⁸.

VALORISATION DES PRODUITS RECONDITIONNÉS ET RECYCLAGE

La loi du 2 novembre 2021 oblige à l'avenir les professionnels proposant à la vente des téléphones portables neufs d'informer les consommateurs de l'existence d'offres reconditionnées³⁹. Les appareils reconditionnés bénéficieront également d'un taux réduit de redevance copie privée⁴⁰, cette mesure ayant toutefois fait l'objet d'une vive opposition de la part des professionnels du secteur qui n'en étaient pas redevables à l'origine.

La loi actionne également le levier de la commande publique avec la prise en compte des indices de durabilité et de réparabilité pour les achats publics d'équipements numériques⁴¹.

Le texte prévoit des objectifs contraignants de recyclage, de réemploi et de réparation spécifiques pour certains biens numériques et la mise en place d'opérations de collecte nationale

d'équipements numériques, menées par les producteurs ou leurs éco-organismes et accompagnées d'une prime au retour⁴².

Pour finir, les équipements fonctionnels, dont les services de l'État ou des collectivités territoriales se séparent, sont orientés vers le réemploi et la réutilisation⁴³.

La prise en compte de l'impact environnemental du numérique doit aussi être envisagée sous le prisme de l'usage des terminaux.

DÉVELOPPEMENT D'USAGES ÉCOLOGIQUEMENT VERTUEUX

La loi du 2 novembre 2021 s'intéresse à des pratiques et outils courants, mais n'a pas encore bénéficié d'un encadrement juridique suffisant : le démarchage téléphonique, les services numériques, la vidéo à la demande, les cryptomonnaies et le jeu à la demande. Ainsi la loi insère-t-elle une définition du démarchage automatisé dans le CPCE⁴⁴ afin de renforcer le dispositif existant : les opérateurs seront tenus d'empêcher l'émission d'appels et de messages par leurs utilisateurs finals situés en dehors du territoire national (auparavant, hors du territoire de l'Union) et présentant des numéros issus du plan de numérotation établi par l'ARCEP.

S'agissant des services numériques, le CPCE est enrichi d'une section relative à la régulation environnementale des communications électroniques, comprenant l'élaboration par l'ARCEP, en collaboration avec l'ADEME et le Conseil Supérieur de

32) Code de la consommation, art. L. 441-2.

33) Art. 5.

34) Art. 6, créant l'art. L. 33-16 du Code de la consommation.

35) Art. 9.

36) Art. 8, créant l'art. L. 441-6 du Code de la consommation.

37) Art. 11.

38) Art. 21, créant l'art. L. 224-27-3 du Code de la consommation.

39) Art. 21, créant l'art. L. 122-25 du Code de la consommation.

40) Art. 19.

41) Art. 15.

42) Art. 12 et 13.

43) Art. 16.

44) Art. 24.

l'Audiovisuel (CSA), d'un référentiel général d'écoconception des services numériques⁴⁵.

Ces critères concernent notamment l'affichage et la lecture des contenus multimédias pour permettre de limiter le recours aux stratégies de captation de l'attention des utilisateurs.

Pour rappel, la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable préconisait initialement l'interdiction de certaines pratiques, comme le lancement automatique de vidéos et le *scroll* infini, ainsi qu'une obligation de reporting des fournisseurs de contenus sur les stratégies cognitives utilisées pour en accroître les usages⁴⁶, interdictions non reprises dans la loi.

Les plateformes de vidéos à la demande sont également encouragées à mettre en place des bonnes pratiques se fondant sur les recommandations du CSA relatives à l'information des consommateurs en matière de consommation d'énergie et d'équivalent d'émissions de gaz à effet de serre de la consommation de données liées à l'utilisation de ces services⁴⁷.

Enfin, le gouvernement devra remettre au Parlement un rapport sur le développement des cryptomonnaies, sur ses enjeux et sur ses impacts environnementaux actuels et à venir, ainsi qu'un rapport sur l'impact environnemental de la pratique du jeu à la demande réalisant un bilan coûts/avantages⁴⁸.

Un usage vertueux des terminaux doit logiquement être complété par une gestion efficace des dépenses énergétiques des centres de données et des réseaux.



EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE DES CENTRES DE DONNÉES ET DES RÉSEAUX

Dans le contexte de l'émergence de la 5G et afin de promouvoir des centres de données moins énergivores, la loi du 2 novembre 2021 modifie les dispositions du Code des douanes relatives à la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE).

En effet, les centres de données bénéficient actuellement d'un tarif réduit, dont les conditionnalités environnementales sont renforcées⁴⁹.

Toute personne souhaitant exploiter des pylônes de télécommunications (ou *towercos*) dans une zone rurale et à faible densité d'habitation devra compléter son dossier par la justification du choix de ne pas recourir à une solution de partage de site ou de pylône⁵⁰.

Les plans climat-air-énergie territoriaux (PCAET) devront en dernier lieu intégrer l'enjeu de la récupération de chaleur des centres de données⁵¹.

En bout de chaîne, la loi entérine la promotion d'une stratégie numérique responsable dans les territoires.

PROMOTION D'UNE STRATÉGIE NUMÉRIQUE RESPONSABLE DANS LES TERRITOIRES

Les PCAET élaborés après la publication de la loi devront au surplus intégrer l'enjeu de réduction de l'empreinte environnementale du numérique.

À partir de 2025, les communes et leurs intercommunalités de plus de 50 000 habitants devront élaborer une stratégie numérique responsable⁵².

Pour conclure, si la digitalisation peut être un outil de la transition écologique, le numérique présente des effets délétères devant être pris en compte par les politiques publiques afin d'assurer une transition numérique elle-même respectueuse de l'environnement.

2021-7890

45) Art. 25.

46) Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable (1) par la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique (2) – 24 juin 2020.

47) Art. 26.

48) Art. 27 et 36.

49) Art. 28 et Code des douanes, art. 266 quinquies C, 8, C.

50) Art. 30.

51) Art. 34.

52) Art. 34 et 35.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 15 décembre 2021 – numéro 88

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Panorama du contentieux climatique 2020-2021 : vers une accélération



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine,
Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

ÉCOLOGIE

Panorama du contentieux climatique 2020-2021 :
vers une accélération 2

AGENDA

14

ÎLE-DE-FRANCE

Environnement : le quartier d'affaires La Défense se met
au défi de réduire ses dépenses énergétiques 16
Extension du centre commercial Rosny 2 suspendue
pendant au moins douze mois 17
Le groupe Stellantis construira
son Campus vert à Poissy 18

ANNONCES LÉGALES

19

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2021

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Cet aperçu sur le développement du contentieux climatique des années 2020-2021 que le *Journal spécial des Sociétés* a bien voulu rendre compte, qui s'est essaimé dans tous les pays démocratiques qui connaissent la séparation des pouvoirs, concerne les principaux éléments fondamentaux qui se développent par la jurisprudence de ce qui pourrait être un jour appelé « Droit climatique Mondial ».

On a affaire ici au même phénomène qui a été à la source du développement du droit de l'environnement : c'est grâce aux Tribunaux du premier degré puis, par la suite, des Cours supérieures qu'a été reconnue l'obligation de réparer le dommage écologique ou de la mise en place des instruments de mesures de prévention des atteintes à l'environnement, ce que l'on a appelé l'étude d'impact et aujourd'hui l'évaluation environnementale.

Ces décisions de justice rendues par les Tribunaux et les Cours suprêmes des États démocratiques sont de véritables laboratoires du droit dans lesquels sont examinés autant d'arguments de droit que d'arguments de fait en vue de réduire les émissions des gaz à effet de serre ou de permettre l'adaptation à une véritable transition énergétique.

Le fait est que dans l'état actuel des choses, ce sont les actions dirigées contre l'insuffisance ou la déficience des États à apporter leur contribution à l'élaboration du droit international qui est principalement en cause.

Et actuellement, de plus en plus de contentieux sur les projets dit climaticides se développent.

Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre l'importance de ce mouvement et l'utilité de ces chroniques et comptes rendus de décisions de justice car, comme on dit, il y a urgence.

Ce sont aujourd'hui des Cours suprêmes et non plus les tribunaux du premier degré qui ont pris le virage dont l'exemple a



Christian Huglo

D.R.

été donné en 2007 par la Cour suprême des États Unis, poursuivi dans la célèbre affaire dite « Urgenda » et surtout, les arrêts du Conseil d'État dans l'affaire de la Commune de Grande Synthe ou encore l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle Allemande de Karlsruhe qui font aujourd'hui figure de référence.

C'est pourquoi, de façon logique, nous avons étudié en premier lieu le contentieux contre la défaillance des États et le contentieux des projets climaticides dirigé contre les entreprises défaillantes. Une très intéressante décision a été rendue en Hollande dans l'affaire Royal Dutch Shell qui concerne le projet climatique des grandes entreprises.

Enfin, nous avons pensé qu'il était utile de souligner, dans une troisième partie, l'importance des contentieux spécifiques visant l'invocation des droits de l'Homme tant en ce qui concerne le rôle futur que devrait jouer la Cour européenne des droits de l'Homme comme on peut s'y attendre vers un développement très probable du droit des réfugiés climatiques.

Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit

Panorama du contentieux climatique 2020-2021 : vers une accélération



Christian Huglo,
Avocat associé, Docteur en droit
Juriste en droit de l'environnement
Huglo Lepage Avocats



Chancia Ivala Plaine,
Présidente de Jeunesse
Africaine pour l'Environnement

INTRODUCTION

Selon la *Columbia Law School*, en 2020, le nombre d'affaires liées au changement climatique a presque doublé, pour atteindre 1 550 dans 38 pays¹. Le contentieux climatique est devenu un outil de plus en plus utilisé par les requérants du monde entier afin de faire pression en faveur de politiques climatiques plus ambitieuses et pour conduire à un changement dans le comportement des entreprises et des États qui sont, comme on le sait, les principaux sujets de droit international responsables de la mise en place des accords climatiques.

Par conséquent, le sujet est plus que brûlant, le jeu de mots est ici adéquat, si l'on en croit les récentes déclarations des responsables des Nations unies, en particulier celle de son Secrétaire général qui a affirmé, après la publication du dernier rapport du GIEC du 9 août : « *La sonnette d'alarme est assourdissante et les preuves sont irréfutables : les émissions de gaz à effet de serre provenant des combustibles fossiles et de la déforestation étouffent notre planète et mettent des milliards de personnes en danger*

immédiat »² et la directrice du Programme des Nations unies pour l'environnement Inger Andersen, a déclaré de son côté : « *Le monde écoutait mais n'entendait pas, le monde a écouté mais il n'a pas agi avec assez de force : le changement climatique est un problème qui est ici et maintenant* ».

On comprendra dans ces conditions toute l'importance donnée au contentieux climatique qui, dans l'année qui vient de s'écouler, a pris un tour et une place considérable, tant en ce qui concerne le contentieux dirigé contre l'inaction de l'État que les contentieux climaticides ou encore ceux qui se tournent de plus en plus vers la référence aux droits de l'homme, et en particulier au droit des générations futures.

La série de victoires dans l'affaire *Urgenda*³ a encouragé les plaignants à tenter des procès dans d'autres pays, et des affaires similaires ont abouti devant les tribunaux belges⁴ et français⁵, où les requérants invoquent les droits de l'Homme afin de rappeler aux décideurs politiques leurs obligations face aux enjeux de la lutte contre le changement climatique.

Avant la crise sanitaire du Covid-19, l'attention sur le changement climatique occupait une place importante dans l'opinion publique et dans l'agenda des décideurs politiques : elle a manifestement survécu à la crise. Au niveau de l'Union européenne, avant cette crise, une volonté de changer la donne s'est faite, et les États membres en ont profité pour mettre en œuvre leurs plans de relance pour faire avancer les objectifs de politique verte.

Le 29 avril 2020, le commissaire européen à la justice a annoncé que la Commission européenne adopterait une nouvelle législation sur la diligence raisonnable obligatoire en matière d'environnement et de droits de l'Homme en 2021⁶. Cette législation obligerait les entreprises à identifier, prévenir, atténuer et rendre compte des problèmes de droits de l'homme et d'environnement liés à leurs activités et à celles de leur chaîne d'approvisionnement, et à divulguer publiquement ces éléments⁷. Dans le même ordre d'idées, le règlement sur la divulgation des informations relatives à la finance durable⁸, qui s'applique depuis le 10 mars 2021, vise

1) Voir également le dernier rapport de l'ONU sur le contentieux climatique, janvier 2021 : <https://www.unep.org/fr/resources/rapport/rapport-mondial-sur-les-litiges-relatifs-au-climat-bilan-de-la-situation-en-2020>.

2) ONU Info, Climat : le nouveau rapport du GIEC est une « alerte rouge pour l'humanité » (Guterres; 9 août 2021: <https://news.un.org/fr/story/2021/08/1101392>).

3) The Netherlands, Supreme Court, « Urgenda case », december 20th 2019, n° 19/00135.

4) Tribunal de Première Instance de Bruxelles, Klimaatzaak v. Belgique, en cours (enregistré le 27 avril 2015).

5) Tribunal administratif de Paris, Notre Affaire à Tous c. France, en cours (enregistré le 14 mars 2019); Conseil d'État, Commune de Grande-Synthe c. France, en cours (enregistré le 23 janvier 2019).

6) A number of Member States have specific due diligence and disclosure requirements. Importantly, on 20 April 2020, the European Commissioner for Justice, Didier Reynders, announced that the European Union plans to develop a legislative proposal by 2021 requiring businesses to carry out due diligence in relation to the potential human rights and environmental impacts of their operations and supply chains. He further indicated that the draft law, once developed, is likely to be cross-sectoral and provide for sanctions in the event of non-compliance. This announcement follows the publication of a wide-reaching study commissioned by the EC examining due diligence requirements through the supply chain (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>). Obviously, sector and product group specific substantive due diligence requirements will continue to apply (e.g. Timber Regulation (Regulation (EU) N° 995/2010) and Conflict Minerals Regulation (Regulation (EU) 2017/821).

7) B. Fox, « New human rights laws in 2021, promises EU justice chief », Euractiv, 30 April 2020, available at <https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/new-human-rights-laws-in-2021-promises-eu-justice-chief/>.

8) Règlement UE n° 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.

à accroître la transparence et à prévenir l'écoblanchiment. Il introduit des obligations de divulgation harmonisées pour les gestionnaires d'actifs et d'autres types d'institutions financières. Aux États-Unis, le rythme juridique et réglementaire va s'accroître sous l'administration Biden avec la loi sur la simplification de la divulgation des informations ESG (Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance). Le président américain a également promis une « révolution de l'énergie propre » dans le cadre d'un décret sur la protection de la santé publique et de l'environnement et le rétablissement de la science pour lutter contre la crise climatique⁹. Quant à la Chine, elle prend des mesures audacieuses en étant sur le point de mettre en œuvre un régime de divulgation ESG obligatoire pour les sociétés cotées¹⁰.

Malgré les circonstances provoquées par la pandémie du Covid-19, le changement climatique est resté une priorité absolue dans l'agenda international. Pour exemple, fin avril 2021, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont co-organisé la 11^e édition du dialogue de Petersberg sur le climat¹¹. Le 27 mai 2020, la Commission européenne a publié sa proposition de plan de relance avec un budget associé de 750 milliards d'euros¹², qui place les transitions verte et numérique au centre des efforts de relance et de reconstruction de l'Union européenne. La Commission européenne a également déclaré que les États membres étaient encouragés à adopter une approche verte, conformément à l'objectif de neutralité climatique de l'UE¹³.

Les grandes questions non résolues qui se posent aux tribunaux nationaux dans le cadre du contentieux climatique sont les suivantes : qui est responsable ? Qui supportera la charge financière des dommages durables causés par le changement climatique ? Quelle est la place des droits de l'Homme dans ces procès climatiques ? *Quid* des plaintes portées par des investisseurs contre des entreprises pour avoir présenté de manière inexacte leurs références ESG ou pour avoir omis de gérer et de divulguer les risques face au changement climatique ?

I. L'AFFAIRE URGENDA ET SES SUITES : LE CONTENTIEUX CONTRE LA DÉFAILLANCE DE L'ÉTAT

La majorité des litiges climatiques sont intentés contre des gouvernements. Il faut compter ici les recours directs qui ont connu des résultats positifs – et variés.

A. L'AFFAIRE URGENDA, UNE AFFAIRE PIONNIÈRE

L'exemple le plus célèbre de contestation des politiques climatiques d'un État membre est l'affaire Urgenda, aux Pays-Bas¹⁴. Il s'agit de la première affaire au monde dans laquelle un tribunal a ordonné à un État de réaliser une grande réduction des émissions de gaz à effet de serre en l'absence d'obligation légale, en se fondant sur des principes juridiques généraux et des dispositions relatives aux droits de l'homme. L'affaire a été introduite en 2013 aux Pays-Bas par la fondation

Urgenda, qui affirmait que l'État néerlandais était obligé d'adopter un objectif de réduction des émissions de 25 % à 40 % par rapport aux niveaux de 1990 afin d'atteindre l'objectif de maintenir le réchauffement climatique en dessous de 2°C tel que défini dans le cadre de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC)¹⁵. Le 24 juin 2015, le tribunal de district de La Haye a donné raison à Urgenda et a admis qu'en ne fixant pas d'objectif adéquat de réduction des émissions, l'État néerlandais avait agi par négligence, car son devoir de diligence envers ses citoyens en vertu du droit civil néerlandais l'obligeait à atteindre une réduction d'au moins 25 % par rapport aux niveaux de 1990 d'ici à la fin de 2020¹⁶. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de La Haye le 9 octobre 2018¹⁷. Le 20 décembre 2019¹⁸, la Cour suprême des Pays-Bas a confirmé cette décision. Cette dernière soutient encore cette tendance en s'engageant dans une longue discussion des articles 2 et 8 dans le contexte environnemental (en vertu des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, de parvenir à une réduction des émissions d'au moins 25 % par rapport aux niveaux de 1990 d'ici la fin de 2020¹⁹), en réponse à l'affirmation de l'État néerlandais selon laquelle ces dispositions n'impliquent pas l'obligation pour les États membres d'offrir une protection contre le changement climatique en raison de sa nature globale²⁰.

9) Executive Order n° 13990, January 20th 2021, Protecting Public Health and the Environment and Restoring Science to Tackle the Climate Crisis, Federal Register, Vol. 86, No. 14, pp. 7037-7043.
 10) Amena Saiyid, Chinese regulators set ESG disclosure rules as financiers eye investment opportunities, IHS Markit, July 6th 2021 : <https://ihsmarkit.com/research-analysis/chinese-regulators-set-esg-disclosure-rules-as-financiers-eye-.html>.
 11) Petersberg Climate Dialogue XI, available at : <https://www.bmu.de/en/petersberg-climate-dialogue-xi>.
 12) Commission européenne, Plan de relance pour l'Europe : [https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr#:~:text=Le%20ma%202020%2C%20en,UE%20pour%202021%2D2027](https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr#:~:text=Le%20ma%202020%2C%20en,UE%20pour%202021%2D2027.).
 13) Communication from the European Commission, « Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current Covid-19 outbreak », C (2020) 3156, 8 May 2020.
 14) The Netherlands, Supreme Court, « Urgenda case », December 20th 2019, numéro 19/00135.
 15) Urgenda was not able to rely on the Paris Agreement at the time, as Urgenda filed the summons in 2013 while the Paris Agreement was signed in 2015.
 16) Rechtbank Den Haag, 24 June 2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396, at 5.1.
 17) La Haye, division du droit civil, 9 Oct. 2018, État des Pays-Bas c. Fondation Urgenda, numéro 200.178.245/01.
 18) The Netherlands, Supreme Court, « Urgenda case », December 20th 2019, numéro 19/00135.
 19) Idem., at 76.
 20) Idem., at 5.1 to 5.10.

B. AFFAIRE FRIENDS OF THE IRISH ENVIRONMENT C. IRLANDE

Le 31 juillet 2020, la Cour suprême d'Irlande a rendu un arrêt annulant la décision de la Haute Cour dans l'affaire Friends of the Irish Environment c. Irlande²¹. L'affaire concernait une demande de contrôle judiciaire déposée par l'ONG irlandaise Friends of the Irish Environment contre le plan national d'atténuation de l'Irlande adopté en vertu de la loi sur l'action climatique et le développement à faible émission de carbone. Les plaignants ont fait valoir que le plan était inconstitutionnel, en violation des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, et qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de la loi en vertu de laquelle il avait été adopté²². La Haute Cour avait rejeté la demande, estimant que le gouvernement avait agi dans le cadre de sa marge d'appréciation²³. La Cour suprême a annulé cette décision, retenant que « *le plan est loin d'atteindre le niveau de spécificité requis pour assurer cette transparence et se conformer aux dispositions de la loi de 2015* »²⁴. Toutefois, la Cour suprême a considéré que les plaignants, en tant que personne morale incapable de jouir du droit à la vie et du droit à l'intégrité corporelle, n'avaient pas qualité pour invoquer des violations de ces droits de l'Homme dans le cadre de la procédure²⁵.

C. L'AFFAIRE COMMUNE DE GRANDE-SYNTHÉ

Dans cette affaire, le Conseil d'État a rendu deux décisions. La première, rendue le 19 novembre 2020²⁶ et qui a été abondamment commentée, a considéré que le gouvernement français



D.R.

était lié à une obligation climatique qui n'était pas en l'espèce respectée, et a donné au même gouvernement un délai de trois mois pour se justifier.

Dans sa décision du 1^{er} juillet 2021²⁷, le Conseil d'État a fait droit à la demande de la commune de Grande-Synthe et plusieurs associations intervenantes qui visaient l'annulation du refus du gouvernement de prendre des mesures supplémentaires pour atteindre l'objectif, issu de l'Accord de Paris, de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici à 2030. Le Conseil d'État a observé, d'une part, que la baisse des émissions en 2019 était faible et que celle de 2020 n'était pas significative, car l'activité économique avait été réduite par la crise sanitaire, et, d'autre part, que le respect de la trajectoire, qui prévoit notamment une baisse de 12 % des émissions pour la période 2024-2028, n'apparaissait pas atteignable si de nouvelles mesures n'étaient

pas adoptées rapidement. Il a donc enjoint au gouvernement de prendre des mesures supplémentaires d'ici le 31 mars 2022 pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici 2030.

D. LE CONTENTIEUX, « NOTRE AFFAIRE À TOUS »

Dans son jugement du 3 février 2021²⁸, le tribunal administratif de Paris, saisi par plusieurs associations a rendu un jugement sur une requête de plein contentieux. Il a reconnu la responsabilité de l'État pour retard dans son action climatique et a assimilé la réparation du dommage écologique soutenu par les requérants à un dommage moral.

Plus précisément, après avoir jugé que l'action en réparation du préjudice écologique était recevable contre l'État, le tribunal a considéré que l'existence d'un tel préjudice, non contestée par l'État, se manifestait notamment

21) Supreme Court, *Friends of the Irish Environment v. Government of Ireland*, 31 July 2020, 205/19, available at http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200731_2017-No.-793-JR_opinion.pdf.

22) High Court, *Friends of the Irish Environment v. Ireland*, 19 September 2019, [2019] IEHC 747 at §12, available at http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190919_2017-No.-793-JR_judgment-1.pdf.

23) *Id.* at §76 and following.

24) Supreme Court, *Friends of the Irish Environment v. Government of Ireland*, 31 July 2020, 205/19 at §9.3, available at http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200731_2017-No.-793-JR_opinion.pdf.

25) *Id.* at §9.4 and 9.5.

26) CE, 19 novembre 2020, n° 427301.

27) CE, 1^{er} juillet 2021, n° 427301.

28) TA Paris, 3 février 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

par l'augmentation constante de la température globale moyenne de la Terre, responsable d'une modification de l'atmosphère et de ses fonctions écologiques. Les juges ont ensuite retenu que l'État devait être regardé comme responsable d'une partie de ce préjudice dès lors qu'il n'avait pas respecté ses engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Les conclusions des associations tendant à la réparation pécuniaire du préjudice ont cependant été rejetées au motif qu'une réparation s'effectue prioritairement en nature et que les dommages et intérêts ne sont prononcés qu'en cas d'impossibilité ou d'insuffisance des mesures de réparation. Le tribunal a en revanche considéré que les requérants étaient fondés à demander la réparation en nature du préjudice écologique. Un supplément d'instruction a été prononcé par les juges afin de déterminer les mesures devant être ordonnées à l'État pour réparer le préjudice causé.

Enfin, le tribunal a condamné l'État à verser aux associations la somme d'un euro en réparation de leur préjudice moral.

E. L'ARRÊT DE LA COUR DE KARLSRUHE ET LA RECONNAISSANCE DES GÉNÉRATIONS FUTURES

La Cour constitutionnelle fédérale a créé un précédent extrêmement important avec sa décision, rendue le 24 mars 2021²⁹. Elle a interprété la Constitution allemande, Grundgesetz (Loi fondamentale), en déclarant que d'une part, le changement climatique est réel et le législateur doit agir pour l'atténuer, et d'autre part, que la protection du climat est un droit de l'Homme : ce droit est justiciable, aujourd'hui et à l'avenir.

De plus, le législateur allemand doit s'inspirer de la science et présenter des concepts cohérents de voies de réduction crédibles qui mènent à la neutralité de l'effet de serre. Par ailleurs, l'article 3, paragraphe 1, phrase 2, et l'article 4, paragraphe 1, phrase 3, de la loi fédérale sur la protection du climat du 12 décembre 2019, en liaison avec l'Annexe 2, sont incompatibles avec les principes fondamentaux de la protection du climat. Par conséquent, le législateur doit apporter des améliorations d'ici le 31 décembre 2022 ; cette décision a été prise à l'unanimité.

La Cour constitutionnelle ne confirme pas que le réchauffement climatique de 1,5°C est le seul niveau de protection admissible. Elle fournit toutefois au législateur diverses orientations fermes³⁰. Et le pouvoir discrétionnaire de tout législateur se réduit au fur et à mesure que les impacts et les risques s'aggravent³¹. Tout comme les tribunaux néerlandais dans l'arrêt Urgenda, la Cour constitutionnelle fédérale exige que chaque État fédéré contribue équitablement à la protection du climat³². L'arrêt est surtout remarquable en ce qu'il reconnaît pour la première fois le droit des générations futures qui devient un impératif de toute politique climatique pour l'avenir, afin de ne pas les sacrifier par une politique climatique insuffisante. Cet arrêt semble bien avoir affirmé de façon solennelle un lien entre écologie et démocratie.

F. AFFAIRE KLIMAATZAAK

C'est cette même base des droits humains que l'on retrouve dans la décision rendue par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles.

Ce contentieux a été engagé à l'initiative de l'association ASBL

Klimaatzaak (climat en néerlandais) – 8 000 personnes physiques et 82 arbres menacés, dont l'Aulne à feuille cordée, ont également demandé à intervenir dans la procédure – contre l'État belge et les trois régions belges. La demande, qui date de 2015, vise à constater que les parties défenderesses n'ont pas réduit en 2020 de 40 %, à tout le moins de 25 % leurs émissions de gaz à effet de serre, que ce faisant, elles ne se sont pas comportées en bon père de famille et ont violé les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, et que la poursuite de cette politique climatique viole les articles 2 et 8 de la CEDH et 6 et 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Par ailleurs, les plaignants demandent que soit ordonné aux parties défenderesses de réduire leurs émissions à 48 % ou 42 % en 2025, 65 % ou au moins 55 % en 2030, neutralité des émissions de l'an 2050 et que le suivi de ces objectifs soit ordonné par le juge.

Le premier intérêt de ce jugement consiste dans le traitement de la recevabilité des plaintes. Si la recevabilité de l'association ne posait guère de difficultés, celle des personnes physiques (58 000 au total) était plus délicate. Considérant que l'article 1382 du Code civil belge fait partie du droit national de l'environnement, visé à l'article 9 alinéa 3 de la Convention d'Aarhus, et que l'intérêt à agir nécessite un droit personnel et direct qui exclut seulement l'action introduite dans l'intérêt général, le tribunal admet l'action des personnes physiques. Ce faisant, il l'a distinguée de l'action populaire. De plus, en considérant que le Code judiciaire belge autorise l'action, intentée même à titre déclaratoire en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé,

²⁹) BVerfG, order of 24 march 2021, 1 BvR 2656/18 and others, http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html. English press rel. ease at <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>.

³⁰) Paragraphe 192 et Paragraphe 193.

³¹) Paragraphe 194.

³²) Ligne directrice 2c) et Principe directeur 5.

il admet l'action en raison du risque réel auquel les parties demandereses sont confrontées.

En revanche, considérant que les arbres ne sont pas des sujets de droit en l'état du droit positif belge, ceux-ci ne sont pas reconnus comme ayant qualité pour former une demande en justice et leur intervention volontaire est donc rejetée. Cette position est tout à fait conforme à la conception du droit latin, à la différence de ce qui peut se passer en Amérique du Sud par exemple.

La second intérêt de l'arrêt réside dans le contrôle que peut faire le juge sur l'action des différents pouvoirs publics, tant en ce qui concerne la répartition des compétences entre l'État belge et les régions qu'entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. S'appuyant sur un arrêt rendu par la Cour de cassation belge (25 octobre 2004, *JLMB* 2005, p. 138), le tribunal rappelle qu'il peut y avoir une faute de l'autorité administrative sur la base des articles 1382 et 1383 lorsqu'il y a une erreur de conduite au regard d'un devoir de prudence.

La mise en cause de la responsabilité du pouvoir législatif est consacrée par un arrêt de 2006 (Cass 28 septembre 2006, *JMB* 2006, p.1 549), qui détermine très précisément les contours de l'application de l'article 1382 au pouvoir législatif dans le cadre de l'application du principe de séparation des pouvoirs. Estimant qu'un tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique d'élaboration des lois lorsqu'il constate le comportement dommageable du pouvoir législatif, le juge belge de première instance reconnaît à un tribunal le pouvoir de contrôler, dans le cas d'une demande tendant à la réparation d'un dommage, si le pouvoir législatif a légiféré de



manière adéquate suffisante pour permettre à l'État de respecter son obligation.

Le tribunal en déduit que la méconnaissance de normes dépourvues d'effet direct est constitutive d'une faute si le demandeur démontre un manquement au devoir général de prudence ; l'effet direct d'une règle est défini comme « *la capacité de cette règle dans le contexte où son application est revendiquée, de fournir au juge à qui l'application est demandée, la solution de son jugement* »³³.

Sur cette base, la démonstration du tribunal repose sur trois points :

- Le fait que les actes internationaux (Accords de Kyoto, Accord de Paris) sont reçus dans l'ordre interne belge et qu'ils peuvent produire des effets directs et indirects ;
- Le fait que le juge de la responsabilité doit exercer un contrôle sans se substituer au législateur ;
- Le fait que la science climatique évolue et doit être prise en compte pour apprécier le comportement des pouvoirs publics par rapport au risque.

Reprenant l'analyse des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit à la vie et droit à une vie familiale normale) et après s'être référé à différentes décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (qui recherche si des atteintes à l'environnement emportaient la violation de l'un des droits garantis par le paragraphe 1 de l'article 8³⁴), le tribunal considère qu'il n'est plus permis de douter de l'existence d'une menace réelle de changement climatique dangereux ayant un effet néfaste sur la vie quotidienne des générations actuelles et futures des habitants de la Belgique. Le fait que la problématique soit mondiale ne soustrait pas la Belgique à ses obligations. Se référant à la jurisprudence *Urgenda*, le tribunal en déduit que les obligations des articles 2 et 8 consistent en des mesures à prendre par les pouvoirs publics et non sur le résultat à atteindre, il en déduit que ces obligations de comportement sont soumises au contrôle du juge de la responsabilité.

33) O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux - Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Editions Bruylant, 1999, p. 134.

34) Décision du 24 janvier 2019, *Cordélia et consorts contre Italie*.

En revanche, dans la mesure où les articles 6 et 24 de la Convention des droits de l'enfant sont rédigés dans des termes très généraux, le tribunal en déduit qu'une marge de manœuvre très large est laissée aux pouvoirs publics, en conséquence, il n'est pas possible d'invoquer directement ces dispositions dans le cadre du recours.

Partant de ces analyses, le tribunal procède ensuite à une analyse précise des engagements belges et de leurs résultats pour la période 2008-2012, 2013-2020 et postérieurs à 2020.

Pour la période 2008-2012, le tribunal constate que la Belgique a respecté ses engagements de réduction de gaz à effet de serre.

Pour la période 2013-2020, le seul objectif contraignant pour la Belgique était celui d'une réduction de 20 % ; la fourchette de 25 à 40 % évoquée par les demandeurs ne s'imposait pas, selon le tribunal, comme une obligation contraignante pour l'État belge. Cependant, et quelles que soient les modalités de calcul, en prenant ou non le secteur LULUCF (utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie), l'État belge n'avait pas réduit de 20 % des émissions de gaz à effet de serre mais seulement de 17,97 % ou 18,8 % selon la méthode retenue.

Au niveau régional, le tribunal constate que la région flamande a excédé son quota d'émission de 1,3 % et n'est donc pas dans les clous. Toutefois, il n'est pas possible d'avoir le résultat évaluable pour les autres régions.

Enfin, en ce qui concerne la période 2020-2030, le tribunal analyse les projections du plan national dans le cadre de principe de réduction linéaire prévu au niveau européen et souligne que les objectifs européens de réduction des émissions hors ETS ne sont pas atteints, même dans le cadre du meilleur scénario possible.

Il constate également, en analysant la gouvernance climatique dans le cadre fédéral, que « *la coopération entre l'autorité fédérale et les entités fédérées du propre aveu des différents organismes étatiques est jusqu'à ce jour déficiente* », ce qui incite certains auteurs à considérer le cadre de la gouvernance climatique foncièrement inadapté. Le tribunal en conclut un manquement à l'obligation générale de prudence en se fondant sur la combinaison des trois constats que sont les résultats chiffrés mitigés, le manque de bonne gouvernance climatique et les avertissements répétés de l'Union européenne. Ceux-ci établissent que les pouvoirs publics avaient une parfaite connaissance du risque certain du changement climatique et de sa dangerosité pour la population du pays. Selon le tribunal, il est ainsi établi que ni l'État fédéral ni les trois régions n'ont agi avec prudence et diligence au sens de l'article 1382 du Code civil. Ces mêmes constats permettent de considérer que les quatre parties n'ont pas pris, à l'heure actuelle, toutes les mesures nécessaires pour prévenir les effets du changement climatique attentatoires à la vie privée des parties demanderesse, comme les y obligent pourtant les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le constat est sans appel. En revanche, le tribunal reconnaît qu'il existe des limites de son pouvoir d'injonction. Considérant que doivent être pris en compte les objectifs contraignants, ce que ne sont ni les déclarations gouvernementales, ni les divers plans et autres documents stratégiques qui ne constituent pas une obligation juridiquement contraignante pour les pouvoirs publics belges. Le tribunal en déduit qu'il n'appartient pas au juge de déterminer les objectifs chiffrés

de réduction des émissions de gaz à effet de serre que devrait fixer la Belgique pour faire sa part dans la prévention de réchauffement climatique dangereux. Autrement dit, si le tribunal peut constater une carence, ce constat ne l'autorise pas à fixer lui-même les objectifs de réduction. La demande est donc rejetée sur ce point.

En définitive, l'intérêt de cette décision réside donc dans le caractère très large de la recevabilité, l'application aux pouvoirs publics de la notion de prudence, la reconnaissance du bien-fondé en matière climatique des dispositions des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et enfin, de la difficulté pour le juge d'utiliser le pouvoir d'injonction qui est le sien.

Il n'en demeure pas moins que si, sur le plan pratique, cette décision est décevante, puisqu'aucun pouvoir d'injonction n'a été reconnu, elle est néanmoins très intéressante dans la construction du droit climatique par degré, laquelle permet en réalité, à chaque nouvelle décision, de venir apporter une pierre à l'édifice d'une construction globale qui traduit une nouvelle manière d'établir un droit en réalité internationale.

G. AUTRES AFFAIRES EN COURS D'INSTANCE

Seront ici analysés les récents jugements prononcés au Brésil (1) et en Italie (2).

1. LE CAS DE LA FORÊT DE L'AMAZONIE AU BRÉSIL

En septembre 2020, pour la première fois, une affaire de litige climatique a atteint la plus haute juridiction du Brésil, marquant un jalon historique pour le système juridique du pays. Le cas ADPF 708³⁵ concerne le Fonds pour le climat du Brésil, créé par le gouvernement brésilien en 2009 en tant qu'instrument financier

35) Affaire PSB et al. Contre Brésil : <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>.

du Plan national de politique climatique. En juin 2020, quatre partis politiques ont porté plainte contre l'Union fédérale, alléguant que l'inaction du gouvernement concernant le Fonds pour le climat constitue une violation des obligations constitutionnelles et internationales. Avec des taux de déforestation et d'incendies de forêt sans précédent, la forêt amazonienne a été au centre des discussions de l'audience.

Les plaignants demandent une déclaration d'« *omission inconstitutionnelle* » contre la gouvernance du Fonds et une injonction obligeant le gouvernement à réactiver le Fonds pour le climat. Dans leur requête, les demandeurs se sont fortement appuyés sur l'article 225 de la Constitution brésilienne, qui reconnaît le droit à un environnement écologiquement équilibré et l'obligation de protéger l'environnement, de lutter contre la pollution, ainsi que de préserver les forêts, la faune et la flore. En réponse, le gouvernement fédéral a fait valoir qu'il n'y avait pas de question constitutionnelle car la Constitution n'exige pas explicitement la création d'un Fonds pour le climat. Les faits en cause concernent la gestion des fonds, une prérogative du gouvernement fédéral. Le gouvernement a également fait valoir que l'ingérence de la Cour constituerait une violation de la doctrine de la séparation des pouvoirs.

L'affaire brésilienne n'en est qu'à ses débuts, mais une autre décision qui a d'ores et déjà été rendue qui ne manque pas d'intérêt. Comme ne manque pas d'intérêt la réclamation climatique pour délit de déforestation illégale en Amazonie, lorsque chacun sait l'importance de l'Amazonie pour la planète et le niveau de déforestation atteint depuis l'élection de Monsieur Bolsonaro.

L'arrivée du premier contentieux climatique pour déforestation illégale est un événement en soi. L'*Amazon Task Force* (ATF), créée en 2018 par des procureurs fédéraux pour lutter contre la déforestation illégale, a saisi des juridictions



de différents recours tant contre le gouvernement fédéral que contre l'agence fédérale de l'environnement. Le cas jugé le 16 avril 2021 concerne un agriculteur responsable de la déforestation de plus de 2 500 hectares entre 2011 et 2018. Cette première décision intervenue peu de temps après le dépôt de la requête par le procureur fédéral (ministère public fédéral) enjoint à l'agriculteur de retirer tous les troupeaux de bovins à l'origine de la déforestation illégale et interdit toute autorisation, tout acte, toute activité concernant ces animaux à destination ou en provenance des fermes. Autrement dit, l'agriculteur est mis dans l'impossibilité d'agir. L'intérêt de ce cas repose à la fois sur les bases juridiques qui ont permis cette première décision mais également sur les demandes indemnitaires qui sont formulées par le ministère public, à la demande de l'*Amazon Task Force*.

Les bases juridiques sont doubles. D'une part, elles reposent sur le fait que cette déforestation s'est produite dans une zone protégée du fait qu'il s'agit d'un territoire traditionnel des communautés, vouées à la culture de noix du Brésil. La Constitution, les protège, et les conditions de ces activités d'extraction nécessitent le maintien intact des forêts dans une optique

de développement durable, et ce, en application de la Convention internationale du travail n° 169. Cette Convention adoptée au Brésil en juillet 2002 concerne le droit des peuples autochtones et tribaux dans les pays indépendants, et reconnaît un ensemble de droits fondamentaux essentiels à la survie de ces peuples.

C'est une des premières fois que ce texte se trouve invoqué dans une décision relative à la justice climatique, et elle vient s'ajouter à la panoplie des bases juridiques internationales susceptibles d'être revendiquées.

De plus, le lien est établi entre la violation de cette Convention et la violation des droits humains. La décision peut être rapprochée de celle rendue le 8 février 2016 par le tribunal constitutionnel colombien (affaire C – 035/16) déclarant inconstitutionnelle une loi qui portait atteinte aux écosystèmes de haute altitude appelée *par Amos*, au motif qu'elle mettait en cause la protection des droits et en particulier le droit à l'eau et les droits humains, alors même que les droits protégés par la Constitution colombienne ne faisaient pas explicitement référence au changement climatique.

Dans l'affaire brésilienne, la base du recours se trouve dans l'invocation du

droit à un environnement sain reconnu par l'article 225 de la Constitution, à l'article 11 du protocole de San Salvador qui, en tant que traité des droits de l'homme, est assimilé à la Constitution et au principe 1 de la Déclaration de Rio. L'Accord de Paris et la Convention sur le climat, qui ont été intégrés dans la loi brésilienne sont également concernés.

À ce stade, bien que la décision préalable prise par le tribunal ne permette pas de savoir jusqu'où ira la prise en compte des moyens cités par les demandeurs, force est de constater que l'intervention immédiate du tribunal pour geler la situation et y mettre un terme préjuge du bien-fondé de cette argumentation.

Cependant, ce qui est particulièrement intéressant, c'est la formulation d'une demande pour les dommages climatiques ainsi créés. En effet, le ministère public, sur la base des émissions non autorisées de l'ordre de 1,5 million de tonnes de gaz à effet de serre, a calculé les dommages climatiques qui en résultaient ; il les a évalués à plus de 8 millions de dollars en se fondant sur les émissions de carbone issues de la déforestation et les paramètres de bonne utilisation des crédits carbone utilisés dans le fond Amazone.

S'ajoutent à ces dommages climatiques, des dommages à l'environnement calculés sur trois bases :

- Le coût de remise en état de l'environnement par la reforestation ;
- Les dommages environnementaux résiduels et intermédiaires ;
- L'indemnisation des profils illégaux de la déforestation.

La loi brésilienne dispose d'un système de plan de reprise de zones dégradées permettant de récupérer les sommes nécessaires à la remise en état et d'y adjoindre une indemnité supplémentaire le cas échéant.

Le total des demandes réclamées s'élève à une somme de l'ordre de 18 milliards de dollars. De plus, le ministère public a demandé une indemnisation pour les dommages collectifs du fait de la destruction des services rendus par la nature et de l'impact sur toute la société, y compris bien sûr les populations autochtones.

Cette première étape constitue bien entendu une menace extrêmement sérieuse pour tous les agriculteurs de la forêt amazonienne qui déboisent sans vergogne et, jusqu'à présent, en parfaite impunité.

Mais au-delà de la situation brésilienne, l'intérêt de ce cas est de renforcer la base des droits humains du contentieux climatique et d'en venir à une phase d'indemnisation qui constitue un levier très puissant de changement.

2. LE NOUVEAU CONTENTIEUX EN ITALIE :

« THE LAST JUDGMENT »

Le premier procès climatique italien³⁶ initié par un groupe d'associations environnementales, assisté d'une équipe juridique dédiée, envisage une action en justice contre l'Italie pour insuffisance d'action climatique. Le procès est soutenu par une campagne politique lancée en juin 2019. « *Giudizio Universale* » (le « Jugement dernier ») dans sa version anglaise, est le nom choisi pour l'initiative³⁷. L'action en justice a été déposée le 5 juin 2021³⁸ contre le gouvernement italien. Selon les associations qui le soutiennent, le « The Last Judgment » est un procès civil visant à établir la responsabilité de l'État italien pour négligence dans la réduction des émissions de GES, et donc son échec à atténuer le changement climatique³⁹. Les requérants prévoient de demander à la Cour d'ordonner au gouvernement italien de réduire les émissions de GES, ainsi que d'informer correctement tous ceux qui

relèvent de la juridiction italienne sur les risques liés au changement climatique et les politiques adoptées pour prévenir et répondre à ces risques. Dans l'ensemble, le « Jugement dernier » constituera un exemple représentatif de « litige climatique stratégique fondé sur les droits de l'homme », qui suit les traces de l'affaire *Urgenda*⁴⁰.

II. LE CONTENTIEUX DES PROJETS CLIMATICIDES CONTRE LES ENTREPRISES

Les contentieux visant les droits de l'homme, et en particulier le droit des générations futures, ne sont pas rares. On a vu ci-dessus dans l'affaire climatique belge, dite *Klimaatzaak*, que ce moyen de droit était au centre de la décision du juge de première instance de Bruxelles. Il a été encore plus développé par la Cour suprême fédérale allemande comme cela a été souligné, mais il faut tenir compte ici de litiges très nouveaux portés devant les organisations internationales ou les litiges relatifs aux réfugiés climatiques, ce que nous examinerons dans un premier temps. En deuxième partie, nous ferons un bilan rapide des contentieux climatiques dont la Cour européenne de Strasbourg est actuellement saisie.

A. LE CONTENTIEUX DES PROJETS CLIMATICIDES

Ces litiges sont intentés contre les gouvernements pour leur insuffisance à adopter des politiques en faveur de la lutte contre le changement climatique, mais également contre les multinationales du fait des impacts négatifs résultant de leurs activités industrielles.

1. AFFAIRE *GREENPEACE V. NORWAY*

En Norvège, la Cour suprême norvégienne a statué sur l'affaire opposant une coalition d'ONG environnementales au ministère norvégien du pétrole et de l'énergie, qui

36) Voir également : <http://giudiziouniversale.eu/home-english-version/>.

37) Idem.

38) Voir le contenu de la plainte : <https://giudiziouniversale.eu/wp-content/uploads/2021/06/Executive-Summary-writs-of-summons-ENGLISH.pdf>.

39) Article 2043 du Code civil italien.

40) Il convient également de noter que la Fondation Urgenda a établi un « réseau de litiges climatiques » pour soutenir activement les affaires climatiques dans le monde entier.

contestait l'octroi de licences d'extraction d'hydrocarbures en eau profonde dans la mer de Barents. Les requérants ont fait valoir que la décision du ministère a violé l'article 112 de la Constitution norvégienne qui protège les citoyens contre les atteintes à l'environnement et au climat. L'octroi de ces licences est incompatible avec les efforts d'atténuation du climat requis pour éviter un réchauffement de la planète de 1,5°C ou 2°C conformément aux dispositions de l'Accord de Paris⁴¹.

En outre, compte tenu de la nature sensible de la zone de développement à proximité de l'Arctique où les activités d'extraction pourraient présenter des risques élevés de dommages et de déversements⁴², le 22 décembre 2020, la Cour suprême a donné raison au gouvernement norvégien et a maintenu les licences sur la base que les émissions générées par l'exportation des hydrocarbures extraits dans le cadre de ces licences étaient de nature trop incertaine pour justifier leur invalidation⁴³.

2. AFFAIRE CLIENTEARTH V. SECRETARY OF STATE

Le 20 janvier 2021, la Cour d'appel britannique a statué sur une plainte déposée par l'ONG environnementale *ClientEarth* contre l'approbation gouvernementale de la construction d'une usine de gaz naturel, qui deviendrait la plus grande d'Europe. *ClientEarth* avait fait appel de la décision sur la question de savoir si le gouvernement avait mal interprété un certain nombre de politiques énergétiques nationales, après que la Haute Cour avait eu à statuer en faveur des défendeurs en mai 2020⁴⁴. Le demandeur a fait valoir que



les politiques exigeaient une évaluation « quantitative » de la contribution particulière du projet d'infrastructure en question⁴⁵. La Cour d'appel a estimé que les politiques n'exigeaient pas une évaluation quantitative, rejetant ainsi l'argument du demandeur⁴⁶. La cour a estimé que le gouvernement britannique avait correctement effectué l'exercice de mise en balance en vertu des politiques pertinentes⁴⁷.

B. L'ACCÉLÉRATION DU CONTENTIEUX CLIMATIQUE CONTRE LES ENTREPRISES

Ces types de litiges ont été intentés en Australie (1), en France (2) et aux Pays-Bas (3) contre les multinationales respectives de ces Etats.

1. LE CONTENTIEUX POUR DOMMAGE CLIMATIQUE EN AUSTRALIE

Une question émergente en matière de

gouvernance d'entreprise est de savoir si, dans le cadre de leur devoir de diligence et d'agir au mieux dans l'intérêt de l'entreprise, les administrateurs ont le devoir de prendre en compte les risques climatiques.

En Australie, un jeune homme a intenté un procès à son fonds de pension, alléguant que le fiduciaire du fonds a manqué à son devoir d'agir en tant que fiduciaire prudent et diligent en ne fournissant pas d'informations adéquates sur les risques climatiques associés à leurs investissements et en ne mettant pas en place de processus conformes aux recommandations du groupe de travail sur les informations financières liées au climat⁴⁸. Cette affaire, qui est actuellement en instance, pourrait s'avérer importante pour l'avenir de la gouvernance d'entreprise.

Dans le même ordre d'idées, le 22 juillet 2020, l'Australienne Kathleen O'Donnell

41) Accord de Paris, art. 2 alinéa 1 a), p. 3.

42) Norwegian Supreme Court, december 22nd 2020, HR-2020-2472-P, (case no. 20-051052SIV-HRET) <https://www.domstol.no/Enkelt-domstol/hoyesterett/avgjorelser/2020/hoyesterett-sivil/hr-2020-2472-p/> (in Norwegian) accessed 20 January 2021; see also Sabin Center for Climate Change Law, « Greenpeace Nordic Ass'n v Ministry of Petroleum and Energy » [http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-natureyouth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/?mc_cid=486b3021c4&mc_eid=\[c70ad85e80\]](http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-natureyouth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/?mc_cid=486b3021c4&mc_eid=[c70ad85e80]) accessed 20 January 2021; Notice of Appeal to Supreme Court of Norway 24 february 2020 (unofficial translation), (case no. 18-060499ASD-BORG/03) http://blogs2.law.columbia.edu/climatechange-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200224_HR-2020-846-J_appeal.pdf accessed 20 January 2021 p.2.

43) *Ibid*.

44) R (on the application of Clientearth) v Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy and Drax Power Limited [2021] EWCA Civ 43 <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/01/ClientEarth-v-Sec.-of-State-for-business-energy-and-industrial-strategy-judgment.pdf> par. 5; Clientearth, « Court upholds gas plant approval but sets important climate planning precedent » (Clientearth, 21 January 2021) : https://www.clientearth.org/latest/latest-updates/news/court-upholds-gas-plant-approval-but-sets-important-climate-planning-precedent/?utm_source=linkedin&utm_medium=social&utm_campaign= accessed 25 January 2021; Sabin Center for Climate Change Law, « Clientearth v. Secretary of State » <http://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-secretary-of-state/>, accessed 25 January 2021.

45) R (on the application of Clientearth) v Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy and Drax Power Limited [2021] EWCA Civ 43 – <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/01/ClientEarth-v-Sec.-of-State-for-business-energy-and-industrial-strategy-judgment.pdf>, par. 48.

46) *Ibid* par. 55, 59, 63 and 67.

47) *Ibid* par. 102-103 and 108.

48) Final Report : Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (June 2017), available at <https://www.fsb-tcfd.org/publications/final-recommendations-report/>.

a déposé une demande introductive d'instance et une déclaration concise devant la Cour fédérale d'Australie, désignant comme défendeurs le Commonwealth d'Australie, le secrétaire du département du Trésor et le PDG de l'Office australien de gestion financière⁴⁹. Madame O'Donnell prétend qu'en tant qu'investissements à long terme, les obligations de l'État australien négociées en bourse (en abrégé « eAGB ») sont confrontées à des risques importants causés par le changement climatique, et que le Commonwealth et ses dirigeants sont tenus de divulguer ces risques aux investisseurs. En cas de succès, Madame O'Donnell cherche à obtenir des déclarations selon lesquelles le Commonwealth et ses agents ont violé leurs obligations de divulgation, ainsi que des injonctions empêchant le Commonwealth de promouvoir les eAGBs jusqu'à ce qu'il divulgue de manière adéquate les risques climatiques qui leur sont associés.

2. CONTENTIEUX CONTRE LA MULTINATIONALE TOTAL

En janvier 2020, un groupe d'ONG et de municipalités françaises a intenté une action contre Total devant le tribunal de grande instance de Nanterre (distincte de l'affaire concernant le projet ougandais), qui est actuellement en cours, alléguant un manquement de la multinationale Total à ses obligations de divulgation en vertu du « plan de vigilance » français⁵⁰. Les plaignants soutiennent que Total n'a pas identifié correctement les risques liés au changement climatique associés à ses activités, et n'a pas mis en place les mesures de prévention et d'atténuation appropriées, comme l'exigent les dispositions du « plan

de vigilance »; en termes de mesures d'atténuation. Les requérants demandent au tribunal d'ordonner à Total d'adopter une série d'objectifs et de mesures spécifiques pour garantir la neutralité climatique d'ici 2050 et limiter le réchauffement de la planète à 1,5°C⁵¹.

En France, l'association Les Amis de la Terre ont déposé une plainte contre Total devant le tribunal de grande instance de Nanterre, alléguant que ladite entreprise avait manqué à ses obligations au titre du « plan de vigilance »⁵² en n'identifiant pas les risques pour les droits de l'homme et l'environnement associés à un projet spécifique qu'elle menait en Ouganda⁵³. Le tribunal a transféré l'affaire au tribunal de commerce de Nanterre en janvier 2020 pour des raisons de compétence⁵⁴. En 2017, la France a introduit une nouvelle obligation pour les grandes entreprises d'établir un « plan de vigilance » qui doit identifier les risques posés aux droits de l'homme, à la santé, à la sécurité et à l'environnement du fait des activités de l'entreprise. Le plan doit également contenir des mesures de prévention et d'atténuation pour faire face à ces risques, ainsi que des procédures pour garantir leur application effective⁵⁵.

3. AFFAIRE ROYAL DUTCH SHELL AUX PAYS-BAS

Dans l'affaire *Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell plc*, pour laquelle la décision de justice a été prononcée en mai 2021, plusieurs ONG environnementales ont poursuivi Royal Dutch Shell plc (« RDS ») pour acte délictuel par une mise en danger illégale, conjointement illicite, en liaison avec les obligations en matière de droits de l'homme en vertu des articles 2 et 8 de

la CEDH, tels qu'appliqués dans l'affaire *Urgenda*⁵⁶. Le plaignant a cherché à contraindre RDS à renforcer ses ambitions climatiques et ses efforts de réduction des émissions pour 2030 (45 % de réduction par rapport au niveau de 2010), 2040 (72 % de réduction par rapport au niveau de 2010) et 2050 (100 % de réduction par rapport à 2010) par le biais d'une ordonnance judiciaire.

Dans sa décision rendue le 21 mai 2021, le tribunal de première instance de la Haye a considéré que la politique climatique du groupe était trop peu concrète. L'essentiel de sa décision tient au fait que le tribunal a opposé à Shell ses propres engagements et en considération de l'activité du groupe avec l'ensemble de ses filiales⁵⁷.

Pour rappel, les tribunaux administratifs du premier degré sont souvent saisis de demandes de suspension d'autorisation de projets manifestement climaticides. Tel a été le cas soumis au président du Tribunal administratif des référés de Guyane s'agissant d'une autorisation de réalisation d'un projet de centrale thermique fonctionnant au fioul, et dans le futur à la biomasse. Le juge des référés, considérant que le fonctionnement à la biomasse était incertain, a estimé que le projet en question était incompatible avec les objectifs de réduction des gaz à effet de serre fixés par la loi et donc accordé satisfaction aux requérants⁵⁸.

4. LE RETOUR DES ÉTATS-UNIS DANS L'ACCORD DE PARIS

L'engagement du président américain Joe Biden, à ce que les États-Unis rejoignent l'Accord de Paris et l'Organisation mondiale de la santé, témoigne d'un

49) The Concise Statement can be accessed : <https://www.equitygenerationlawyers.com/wp-content/uploads/2020/07/200722-Concise-Statement-stamped.pdf>.

50) Tribunal judiciaire de Nanterre, *Notre Affaire à Tous and Others v. Total*, pending (filed on 28 January 2020).

51) Summons, available in French at <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/01/Assignation-NAAT-et-autres-vs-TOTAL-VDEF.pdf>.

52) Idem.

53) This case is not to be confused with another French case, *Notre Affaire à Tous and others v. Total*, see below.

54) Tribunal Judiciaire de Nanterre, *Les Amis de la Terre France et autres c. Total*, 30 janvier 2020, n° 19/02833.

55) Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, art. 1.

56) Dutch Supreme Court, december 20th 2019, 19/00135 (*Urgenda v. The Netherlands*) ; District Court Den Haag, *Milieudefensie v Royal Dutch Shell plc* (pending) at <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>, accessed 11 January 2021.

57) I. L. Aurer, *An assessment of the Hague district court's decision in Milieudefensie et al. V. Royal Dutch Shell plc*, Climate Law Blog, Sabin Center for Climate Change Law, May 28th 2021 at <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2021/05/28/guest-commentary-an-assessment-of-the-hague-district-courts-decision-in-milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>; Corinne Lepage, 26 mai 2021, victoire du climat : fronde des actionnaires d'Exxon Mobil et condamnation de Shell aux Pays-Bas, *Actu-environnement Les Blogs*, 28 mai 2021 : <https://www.actu-environnement.com/blogs/corinne-lepage/7726-mai-2021-victoire-climat-fronde-actionnaires-exxon-mobil-condamnation-458.html>.

58) Tribunal administratif de Guyane, 27 juillet 2021, *France Nature Environnement et autres, req. n° 2100957*.

intérêt beaucoup plus grand pour la coopération mondiale⁵⁹. Ce regain d'intérêt pour le climat aura un impact significatif sur les entreprises, qui feront face à des problèmes de mise en œuvre et de divulgation, et pourraient être confrontées à de nouvelles réglementations allant au-delà du changement climatique et portant sur d'autres questions environnementales telles que les plastiques et les produits chimiques. Les questions climatiques sont désormais un élément essentiel de la politique étrangère et de la sécurité nationale des États-Unis. L'adhésion à l'Accord de Paris a été l'une des premières actions du président Biden⁶⁰, aux côtés des engagements à atteindre des émissions nettes nulles au plus tard en 2050 et à décarboniser la production d'électricité américaine d'ici 2035.

Ces annonces sont susceptibles de galvaniser les efforts en matière de changement climatique au niveau international et national, et de créer d'importantes opportunités d'investissement international dans les projets climatiques américains.

III. LES CONTENTIEUX SPÉCIFIQUES VISANT L'INVOCATION DES DROITS DE L'HOMME

Plusieurs requérants ont invoqué les droits de l'homme dans le cadre de procès climatiques déposés auprès du Comité des Nations unies pour les droits de l'enfant (A), puis dans le cas des réfugiés climatiques en Australie (B). Enfin, il convient de faire le point sur les contentieux en cours devant la Cour européenne des droits de l'Homme (C).

A. LE LITIGE DEVANT LE COMITÉ DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DE L'ENFANT

Le 23 septembre 2020, seize enfants de douze pays du monde ont présenté



la première requête liée au climat⁶¹ au Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Dans le recours, Greta Thunberg, la militante suédoise pour le climat de 16 ans et 15 autres enfants pétitionnaires, âgés de 8 à 17 ans⁶², allèguent que l'échec des États à lutter contre le changement climatique constitue une violation de leurs droits protégés par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁶³. Ils soutiennent que les cinq États défendeurs (Argentine, Brésil, Allemagne, France et Turquie) ont manqué à leurs obligations fondées sur cette convention, entraînant une violation des droits des enfants à la vie et à la santé, et du droit des enfants autochtones à leur propre culture. Cette requête est basée sur le troisième protocole facultatif au Comité sur une procédure de communication (OPIC)⁶⁴, selon lequel les États défendeurs ont violé leur obligation de faire de « l'intérêt supérieur de l'enfant »⁶⁵, une considération primordiale dans leur action climatique.

La question de savoir si les requérants ont qualité pour porter plainte devant cet organe des droits de l'Homme doit être résolue conformément aux règles de l'instance compétente. Pour le Comité CRC, l'article 5, paragraphe 1, de l'OPIC prévoit que : « *des communications peuvent être soumises par ou au nom d'un individu ou d'un groupe d'individus, relevant de la juridiction d'un État partie, se prétendant victimes d'une violation par cet État partie de l'un des droits énoncés à (a) la Convention ...* »⁶⁶. Le Brésil, la France et l'Allemagne ont affirmé que les requérants ne relèvent pas de « leur juridiction » comme l'exigent l'article 2, paragraphe 1, de la CRC et l'article 5 de l'OPIC, et en particulier, qu'ils ne relèvent pas de la compétence extraterritoriale juridictionnelle des États défendeurs⁶⁷. Dans leur réponse à ces objections, les requérants ont fait valoir que le Comité et d'autres organes des droits de l'homme « *ont confirmé que les États parties ont des*

59) A. Lepointier, États-Unis : en revenant dans l'Accord de Paris, Joe Biden parie sur les bénéfices d'une diplomatie climatique offensive, *Le Monde*, 21 janvier 2021 : https://www.lemonde.fr/international/article/2021/01/21/etats-unis-en-revenant-dans-l-accord-de-paris-joe-biden-parie-sur-les-benefices-d-une-diplomatie-climatique-offensive_6067021_3210.html.

60) Ibid.

61) CRC, Chiara Sacchi et al c. Argentine, Brésil, France, Allemagne et Turquie (CRC 104/2019-108/2019 (23 septembre 2020) (ci-après « Pétition », ou « Sacchi c. A »).

62) Les pétitionnaires sont originaires d'Afrique du Sud, d'Argentine, du Brésil, de France, d'Allemagne, d'Inde, des Îles Marshall, du Nigéria, des Palaos, d'Afrique du Sud, de Suède, de Tunisie et des États-Unis. Ils sont représentés par le cabinet d'avocats mondial Hausfeld LLP et l'ONG Earthjustice.

63) AGNU, Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant UN Doc A/RES/44/25 (adoptée le 20 novembre 1989), ci-après « CRC ».

64) AGNU, Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant une procédure de communication (19 décembre 2011) UN Doc A/RES/66/138 (ci-après : « OPIC »). Ce Protocole est entré en vigueur le 14 avril 2014.

65) Ibid., note 60, CRC, art 3.

66) Ibid., art 5(1).

67) Ce deuxième élément de l'argumentation, lié à l'absence de compétence extraterritoriale, a été avancé par l'Allemagne et la France, mais pas par le Brésil.

Agenda



FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

L'unité européenne face à ses racines

10 janvier 2022

Faculté de droit et de science politique

Salle des Actes – Espace René Cassin

3, avenue R. Schuman 13628 Aix-en-Provence

Renseignements : 04 86 91 42 21

martine.perron@univ-amu.fr

[dice.univ-amu.fr/fr/dice/ceric/seminaire-du-dice-lunite-](http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/ceric/seminaire-du-dice-lunite-europeenne-face-a-ses-racines)

[europeenne-face-a-ses-racines](http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/ceric/seminaire-du-dice-lunite-europeenne-face-a-ses-racines)

2021-4336

ORDRE DES AVOCATS DE PARIS ET GRIDAUH

La « Loi climat et résilience » et le droit de l'urbanisme

14 janvier 2022

Maison du barreau

2, rue de Harlay auditorium 75001 Paris

gridauh2@univ-paris1.fr

www.gridauh.fr/fr/node/13592

2021-4339

UNIVERSITÉ PARIS 2 PANTHÉON-ASSAS, DOGMA, IHEI

Parenté, mœurs et droit

17 janvier 2022

Université Paris 2 Panthéon Assas Institut Cujas

12, place du Panthéon 75231 Paris Cedex 05

dogma@u-paris2.fr

www.u-paris2.fr/fr/recherche/centres-de-recherche

2021-4325

LES RENCONTRES DIGITALES

2^e édition des Rencontres digitales de la franchise

19/21 janvier 2022

100% digital

contact@lesrencontresdigitales.fr

www.rencontres-digitales-franchise.fr

2021-4328

ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES

Le cas et la perplexité. Atelier de casuistique juridique et morale

26 janvier 2022 / 26 mai 2022

École des hautes études en sciences sociales

10, rue Monsieur-le-Prince Salle Alphonse-

Dupront 75006 Paris

Renseignements : 01 49 54 25 25

enseignements.ehess.fr/2021-2022/ue/12

2021-4337

Écologie

obligations extraterritoriales de protéger ceux dont les droits sont compromis "d'une manière directe et raisonnablement prévisible" par des activités sous le contrôle d'un État »⁶⁸.

Se référant à une déclaration conjointe du Comité et de quatre autres organes de traités des Nations unies sur « *les droits de l'Homme et le changement climatique* »⁶⁹, les seize pétitionnaires soulignent que les États parties ont des obligations, y compris des obligations extraterritoriales, de respecter, protéger et réaliser tous les droits de tous les peuples, et que ces obligations incluent « *la prise de mesures pour prévenir les atteintes prévisibles aux droits de l'Homme causées par le changement climatique, et la réglementation des activités qui contribuent à de telles atteintes* »⁷⁰. En déposant cette première plainte liée au climat devant le comité CRC, les requérants ont mis en avant une approche centrée sur l'enfant face à l'urgence climatique. Mais dans sa décision rendue le 22 septembre 2021, le Comité des droits de l'enfant a, d'une part, déclaré cette affaire irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes, d'autre part, a reconnu que les jeunes plaignants avaient la qualité de victime, et enfin a établi qu'il avait compétence pour juger de l'affaire⁷¹.

B. LE DROIT DES RÉFUGIÉS CLIMATIQUES DANS L'AFFAIRE TEITIOTA C. NOUVELLE-ZÉLANDE

La décision du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) dans l'affaire *Teitiota c. Nouvelle-Zélande*⁷² a été saluée comme un développement

majeur dans la jurisprudence sur les réfugiés climatiques. Dans les années 2000, le demandeur Ioane Teitiota et son épouse ont eu du mal à vivre sur leurs terres ancestrales, fréquemment inondées par les marées hautes et les inondations. Ainsi, en 2007, ils ont décidé de quitter leur maison à Tarawa, l'une des îles de l'État insulaire du Pacifique de Kiribati, pour la Nouvelle-Zélande. Ils ont réussi à obtenir des emplois et des visas de travail en Nouvelle-Zélande. Pendant plusieurs années, ils ont travaillé dur, et se sont installés dans leur nouvelle vie. Le problème est survenu lorsque leurs visas ont expiré et qu'ils n'ont pas réussi à les renouveler à temps. Monsieur Teitiota et sa famille étaient dans une impasse en ce qui concerne leur statut juridique en Nouvelle-Zélande. Une demande d'asile a été déposée en vertu de l'article 198 de la loi néo-zélandaise sur l'immigration de 2009. Cela permet d'avoir le droit de rester en Nouvelle-Zélande, soit en tant que réfugié aux termes de la Convention de 1951 sur les réfugiés⁷³, à laquelle la Nouvelle-Zélande est un État partie, ou encore sur la base d'une protection complémentaire en vertu de divers autres traités relatifs aux droits humains, à savoir la Convention de 1984 contre la torture (CAT)⁷⁴ ou encore le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁷⁵. La Cour suprême a rejeté l'appel de Teitiota. Ce dernier a été renvoyé à Kiribati, suivi peu après par sa femme et ses enfants. Dans une ultime tentative de réparation, il a alors déposé une plainte auprès du Haut-

68) CRC, Communications n°105/2019 (Brésil), n°106/2019 (France), n°107/2019 (Allemagne) (non publié). Les arguments sont résumés dans la réponse des pétitionnaires aux objections à la recevabilité du Brésil, de la France et de l'Allemagne (20 mai 2020) <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200504_Not-available_reply.pdf> (ci-après : 'Petitioners' Reply') para 18, faisant référence (n 4) à UNHRC, General Comment numéro 36 (sur le droit à la vie) (UN Doc CCPR/C/GC/36, 30 octobre 2018) para 63, et Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, Observation générale numéro 3 (14 novembre 2015).

69) Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Comité des droits de l'enfant, Comité des droits des personnes Handicapées, « Déclaration conjointe sur les droits de l'Homme et le changement climatique » (16 septembre 2019) <www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24998&LangID=E> (ci-après : « Déclaration conjointe »).

70) Réplique des pétitionnaires (n 31) paragraphe 19 (c'est nous qui soulignons).

71) Comité des droits de l'enfant, Sacchi et al. c. Argentine (déc.), 22 septembre 2021, CRC/C/88/D/104/2019 : https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ARG/CRC_C_88_D_104_2019_33020_S.pdf.

72) Comité des droits de l'Homme des Nations unies, constatations relatives à la communication n° 2728/2016, Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande, 24 octobre 2019 (distr. générale 7 janvier 2020), CCPR/C/127/D/2728/2016.

73) Convention relative au statut des réfugiés (adoptée le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954) 189 UNTS 137.

74) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur entrée en vigueur le 26 juin 1987) 1465 UNTS 85.

75) Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171.

commissaire des Nations unies aux droits de l'homme. Cet organe n'a compétence que sur les violations alléguées du PIDCP, et non sur les demandes de statut de réfugié. L'allégation ici s'est donc déplacée vers une violation alléguée du droit à la vie en vertu de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) par la Nouvelle-Zélande sur la base du principe de non-refoulement, c'est-à-dire que les autorités néo-zélandaises ont violé l'obligation positive des États de ne pas renvoyer les gens dans un endroit où leur droit à la vie serait menacé. Dans ses constatations rendues le 7 janvier 2020, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a estimé, en l'espèce, que le droit à la vie de Monsieur Teitiota n'a pas été violé par la décision des tribunaux néo-zélandais, malgré la situation grave de Kiribati face aux effets du changement climatique.

C. LES CONTENTIEUX DEVANT LA CEDH

Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ne s'est prononcée en aucune façon sur le fond des réclamations climatiques dont elle a été saisie. Deux questions fondamentales se présentent généralement sauf lorsque le recours est une continuation du contentieux initié au plan national après épuisement des voies de recours. Tel est le cas par exemple du contentieux porté par Monsieur Damien Carême dont la requête avait été rejetée par la décision du Conseil d'État du 19 novembre 2020 dans l'affaire dite de Grande-Synthe, ou encore l'affaire suisse des dames âgées dont la requête avait été rejetée par la Cour suprême de Suisse.

En l'espèce, devant le Tribunal fédéral, les moyens invoqués sont assez classiques et fondés sur les articles 6, 2, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce qui est en revanche digne d'intérêt sont les requêtes collectives présentées en premier ressort directement devant la Cour. Ainsi en va-t-il de la requête présentée par un certain nombre



de ressortissants portugais visant les articles 2, 8, 14 de la Convention dirigée contre 33 États membres de celle-ci en invoquant comme critique le fait que la plupart des litiges de ce genre dirigés contre des États ne prennent pas en compte les émissions générées en dehors de leur territoire. Dans une décision du 20 novembre 2020, la Cour de Strasbourg a admis la recevabilité de cette requête et ordonné son instruction d'urgence⁷⁶.

CONCLUSION

Enfin, mettre le débat sur le terrain des droits de l'homme et sans aucun doute une grande conquête du contentieux car elle met au centre des discussions le devoir absolu qu'ont les entités qui nous gouvernent de prendre en compte l'intérêt des générations futures. Cette perspective a un double avantage : d'une part, celui de mettre au centre du débat la démocratie et sa puissance d'action, et d'autre part, sur le plan philosophique, cette position a le mérite de mettre en valeur le fait que la lutte contre le changement climatique n'est pas une chose qui peut se résoudre uniquement par la technique mais par une volonté de mettre l'homme dans toute sa dignité au centre du débat⁷⁷.

Il est clair aujourd'hui, depuis les révélations récentes du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) que nous n'avons plus le choix et pratiquement plus de marge de manœuvre. Le contentieux qui vient de se développer dans les mois qui précèdent continuera certainement, contrairement à une opinion trop souvent répandue. Ce ne sont pas les régimes autoritaires qui sont facteurs de progrès. Dans ce domaine nouveau ceux qui sont utiles pour l'humanité toute entière sont les États qui connaissent la séparation des pouvoirs et qui laissent un accès au juge, car ils apportent plus de dynamisme sur le sujet : c'est un véritable Code du droit climatique et de la biodiversité qui est en train de s'écrire à travers les différentes décisions dont nous avons fait état. Et cela, non pas grâce au pouvoir exécutif qui est toujours à la traîne, mais grâce à la société civile qui a compris qu'elle devait s'organiser, ce qui rejaillit sur les autorités de l'Union européenne lancées dans le programme Green Deal. Ce qui n'est pas le cas de la France, malgré l'adoption de la récente loi climat résilience adoptée le 22 août 2021 (voir à ce sujet JSS n° 64 du 15 septembre 2021).

2021-7682

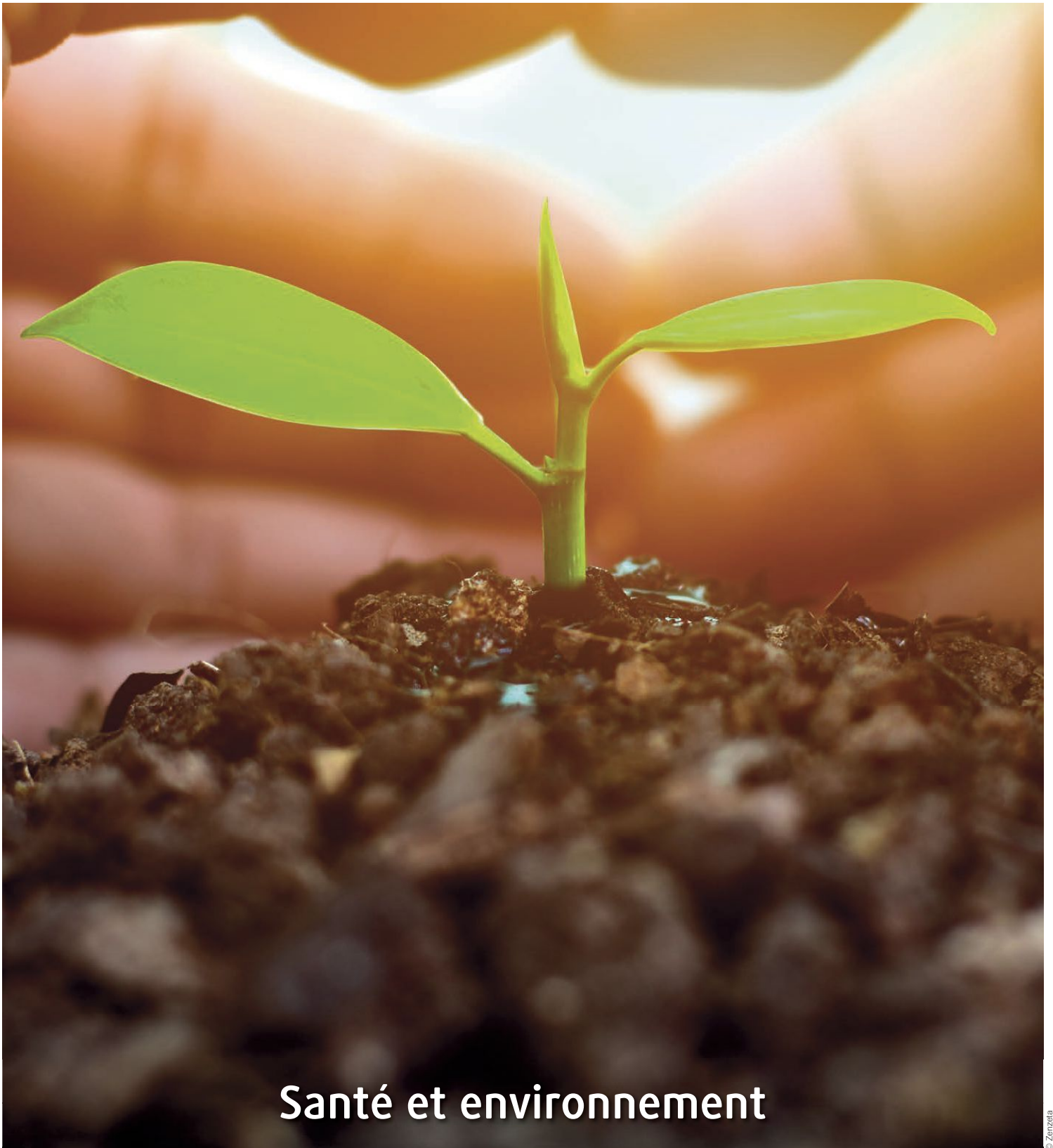
76) Cour EDH, Duarte Agostinho et autres c. le Portugal et 32 autres États, requête n°39371/20, affaire communiquée du 13 novembre 2020 ; voir également : C. Coumil & C. Perruso, Le climat s'installe à Strasbourg – Les enseignements des premières requêtes portées devant la Cour européenne des droits de l'homme, L'Observateur de Bruxelles, Observateur de Bruxelles, 2021, Des nouveaux enjeux du droit européen de l'environnement, 2021/2 (numéro 124), p. 24-29. (hal-03265249).

77) Voir notre article sur ce sujet dans l'observateur de Bruxelles numéro précité, note 74 p. 36

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 6 février 2019 – numéro 10

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Santé et environnement



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

SANTÉ ET ENVIRONNEMENT

Les problèmes de procédure : charge de la preuve de la responsabilité et du dommage	3
Le délit de mise en danger d'autrui comme outil de protection de la santé et de l'environnement	6
De la précaution à la prévention : jusqu'où faut-il démontrer un risque pour qu'il soit pris en compte ?	
L'exemple du glyphosate	9
Les nouveaux maux :	
les ondes électromagnétiques	12
L'expertise dans le domaine de la protection de la santé environnementale	14

AGENDA 5

ÎLE-DE-FRANCE

Inscrire la santé au cœur des projets d'aménagement du territoire francilien – Lancement du deuxième appel à manifestation d'intérêt « Santé, Environnement & Aménagement durable » en Île-de-France	16
--	----

ANNONCES LÉGALES 17

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bihebdomadaire
Imprimerie : SIEP
Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2019

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Santé et environnement

La question de la santé est le plus souvent abordée sous l'angle curatif, à telle enseigne que beaucoup considèrent que nous n'avons pas de ministère de la santé, mais plutôt un ministère de la maladie. Pourtant, les coûts sociaux qui s'attachent au développement des pathologies lourdes (un Français sur cinq est en affection de longue durée – ALD) et qui viennent s'ajouter aux coûts humains ne peuvent que conduire à investir massivement sur la prévention. Par prévention, il ne faut pas entendre détection d'une maladie, même si nous savons tous que la détection très en amont des cancers permet beaucoup plus facilement la guérison, mais bien la recherche des causes de l'inflation des maladies neurodégénératives, des cancers, de l'autisme, etc. Cette recherche conduit bien évidemment à des progrès dans la génétique et la génomique, mais aussi à des progrès dans les connaissances des effets de certaines technologies et/ou de certains produits. S'agissant de l'hygiène chimique ou de la santé environnementale, il y a de nouveaux domaines en plein développement. Nos connaissances sont en réalité embryonnaires en raison des modalités d'évaluation mises en place sur la base d'une approche pasteurienne inadéquate pour mesurer les effets des perturbateurs endocriniens. Le brouillard total dans lequel se trouve aujourd'hui la connaissance des « cocktails » de produits chimiques présents dans notre corps et dans l'environnement est plus que préoccupant. Le droit, qui se situe généralement en aval des connaissances scientifiques, rencontre les plus grandes difficultés à s'adapter à cette nouvelle donne. Le présent numéro ne prétend pas traiter toutes les questions, mais aborder quelques problématiques pour donner une illustration de l'étendue du sujet. Tout d'abord, comment évaluer les nouvelles technologies en prenant l'exemple des ondes électromagnétiques ? Ensuite, comment appliquer le principe de précaution et comment passe-t-on de la précaution à la prévention ? Quel impact la



Corinne Lepage

connaissance de l'hypothèse d'un risque peut-elle avoir sur la responsabilité pénale ? Quelles sont les conséquences, en termes de procédure, de l'incertitude liée au risque, et de la difficulté d'apporter une preuve certaine du lien de causalité ? Cette question se traduit bien évidemment au niveau de l'expertise comme à celle de la responsabilité civile. Ces différents sujets juridiques, particulièrement essentiels dans les sociétés contemporaines, évoluent au gré des demandes sociétales, des pressions économiques et des catastrophes sanitaires qui ne peuvent que se répéter. Nous formulons le vœu que ce numéro du *Journal Spécial des Sociétés* apporte quelques pistes de réponse.

Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Les problèmes de procédure : charge de la preuve de la responsabilité et du dommage



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La santé environnementale « comprend les aspects de la santé humaine, y compris la qualité de la vie, qui sont déterminés par les facteurs physiques, chimiques, biologiques, sociaux, psychosociaux et esthétiques de notre environnement. Elle concerne également la politique et les pratiques de gestion, de résorption, de contrôle et de prévention des facteurs environnementaux susceptibles d'affecter la santé des générations actuelles et futures. » Ainsi est formulée la première définition donnée à la santé environnementale par le bureau européen de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en 1994, lors de la Conférence d'Helsinki.

Depuis lors, de multiples problématiques liées à la santé environnementale n'ont eu de cesse d'émerger et de se diversifier sur la scène internationale dans un contexte de responsabilisation des auteurs des dommages.

Si les exemples sont légion en la matière, le plus significatif et le plus récent se situe outre-Atlantique, avec la condamnation en août 2018 de l'entreprise Monsanto par le tribunal de San Francisco, à verser 250 millions de dollars et 39 millions de dollars de dommages-intérêts à un jardinier ayant massivement utilisé deux désherbants de la firme (en l'occurrence Roundup et Ranger Pro), et ayant, par suite, déclaré un cancer lymphatique.

Cette illustration contentieuse est révélatrice de l'émergence de procès liés à la santé environnementale et *de facto*, de toutes les problématiques que cela engendre en matière de procédure et plus précisément de preuve de la responsabilité et de preuve du dommage. Contact avec l'amiante, défaut de qualité du vaccin contre l'hépatite B ou encore des implants mammaires, pollution des eaux destinées à la consommation ou d'un terrain destiné à l'habitation, sang contaminé, OGM, distillibène, hormone de croissance, antennes-relais...



Autant de problématiques qui ont poussé le juge français à se saisir de la notion de santé environnementale et à en sanctionner les atteintes, en se plongeant dans des considérations scientifiques difficiles à appréhender (II). Si l'office du juge s'en trouve complexifié, la victime d'un tel préjudice n'est pas davantage épargnée : la procédure à mettre en œuvre est complexe et dissuasive, notamment en cas de pluralité de causes du dommage (I).

I. UNE PROCÉDURE COMPLEXE ET DISSUASIVE POUR LE DEMANDEUR

A. LA CHARGE DE LA PREUVE

Selon l'adage consacré, « *Actori incumbit probatio* ». En d'autres termes, la preuve incombe au demandeur à l'action, comme le formule clairement l'article 1353 du Code civil. Le droit de l'environnement, et, plus spécifiquement, les problématiques liées à des dommages de santé environnementale, n'échappent pas à cette règle procédurale.

Mais rapporter la preuve d'un dommage n'est pas chose aisée, et ce d'autant que pour engager la responsabilité de l'auteur du dommage, encore faut-il, pour la victime, démontrer certes un préjudice, mais également une faute et un lien de causalité entre les deux. Et cette règle procédurale se complexifie davantage lorsque les causes du dommage sont multiples ou que différentes responsabilités peuvent être engagées.

Consciente de la réalité de la complexité procédurale, la haute juridiction judiciaire a d'ailleurs dégagé des présomptions de faits graves et concordants, afin d'établir une causalité juridique¹. Cette technique a été confortée au niveau supranational, par la décision en date du 21 juin 2017² rendue par la Cour de justice de l'Union européenne. À cette occasion, la Cour a précisé que rien ne s'oppose à ce que le juge puisse avoir recours à une technique de présomptions pour

1) Cass. 1^{re} Civ., 22 mai 2008, cinq arrêts, JCP G 2008 II 10 131.
2) CJUE, 21 juin 2017, aff. C 621 /15, jurisdata n° 2017-01 24 55.

rapporter la preuve de la causalité juridique lorsque la causalité scientifique est douteuse³.

De plus, le caractère scientifique de la preuve la rend particulièrement complexe à établir et génère des coûts, notamment en termes d'expertise, difficilement supportables par les victimes.

B. UNE PROCÉDURE COÛTEUSE

La partie à l'origine de l'action contentieuse doit procéder à des démarches probatoires nécessairement coûteuses et liées aux analyses scientifiques et au déroulement d'expertises. Or, la partie requérante en matière de santé environnementale est très souvent une victime isolée ou une association de protection de l'environnement dont les moyens sont relativement limités.

En 2013, le rapport Jégouzo pour la réparation du préjudice écologique avait proposé de mettre en œuvre un fonds environnemental contribuant au financement de l'expertise. Or, le fonctionnement de ce fonds aurait nécessairement posé des questions déontologiques en matière d'impartialité concernant les experts et la création de ce fonds n'a jamais vu le jour.

En droit privé comme en droit public, le principe est que les mesures d'instruction, telles que les expertises, sont ordonnées au cours du procès. Ces mesures ont nécessairement un coût, et, dès lors, les frais afférents sont soit consignés, soit prennent la forme d'une allocation provisionnelle.

« La condamnation en août 2018 de Monsanto à verser plus de 250 millions de dollars à un jardinier ayant déclaré un cancer lymphatique suite à l'utilisation du Roundup est révélatrice de l'émergence des procès en matière de santé environnementale ».

Il n'existe pas de lignes directrices quant à la répartition des frais devant être supportés entre les parties. En principe, ces frais doivent être avancés par la partie requérante qui n'a pas toujours les moyens de le faire. Aussi, beaucoup renoncent-elles, effrayées par la complexité de la procédure et par son coût.

Car même si ces frais font partie intégrante des dépens, mis à la charge de la partie condamnée, encore faut-il pouvoir les avancer. Une réalité financière qui raisonne comme une barrière à l'accès au juge et à la justice pour la victime d'un tel dommage.

Le tribunal de grande instance de Nanterre avait réagi sur ce point en permettant qu'une



partie le saisisse sur le fondement du référé-provision pour obtenir une provision *ad litem* servant à financer une mesure d'instruction dans l'éventualité d'un procès futur. Mais la Cour de cassation n'a pas entendu suivre cette voie, anéantissant tout espoir en affirmant que « le fait que Mme Y soit bien fondée en sa demande d'expertise ne peut faire naître à la charge de la société Les Laboratoires Servier d'autres obligations que celles résultant des articles 11 et 160 du Code de procédure civile et plus généralement du devoir de loyauté,

matière de risques sanitaires et d'atteintes à l'environnement et aux droits sociaux.

Si cet élan de solidarité a le mérite d'exister et qu'il faut en féliciter l'idée, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas une garantie pour les victimes qui restent bien seules face aux coûts, parfois exorbitants, de procédures d'expertises.

II. UNE PROCÉDURE DIFFICILE À APPRÉHENDER POUR LE JUGE

A. LE JUGE FACE À LA SCIENCE

Comme le soulignait le professeur de droit Mustapha Mekki, « lorsqu'un procès naît dans le domaine de la santé et de l'environnement, les concepts scientifiques viennent perturber le travail des juges et les démarches des parties. Que l'on songe à l'exposition à l'amiante, à l'état de pollution d'un terrain, à l'évaluation du préjudice écologique ou à l'établissement d'un lien de causalité : ces questions renvoient toutes à un ensemble de concepts scientifiques qui compliquent le travail du juge »⁴.

De nombreux contentieux nécessitent la compréhension de notions très techniques, notamment en matière d'antenne-relais (émission d'ondes) ou encore de pollutions industrielles (meilleures techniques disponibles, valeurs limites d'émissions, définition des polluants). Le juge est confronté à de nombreuses données dont il n'a pas toujours la compétence technique, ce qui peut engendrer des délais d'instruction plus longs ou des incompréhensions.

Aussi est-il aisé de voir poindre à l'horizon une question simple : le juge doit-il réduire son raisonnement au respect de ces normes

3) Mireille Bacache, « La responsabilité civile à l'épreuve des risques sanitaires liés aux pesticides », *Rev. énergie, environnement, infrastructure* n° 6, juin 2018.

4) Mustapha Mekki, « Preuve, santé et environnement : propos conclusifs », in *Colloque Preuve et développement durable*, p. 209, 26 mars 2015.

techniques pour trancher les éventuels litiges ? La réponse par la négative s'impose. Si l'on prend l'exemple du vaccin contre l'hépatite B qui a engendré sur certains patients des scléroses en plaques, il n'existe pas à ce jour de consensus scientifique sur le lien de causalité entre le défaut du vaccin et la manifestation de la maladie. La charge de la preuve qui pèse sur le demandeur est alors extrêmement difficile, et le travail du juge en aval n'est pas plus aisé dans une telle situation. Initialement, le demandeur ne pouvait apporter la preuve du lien de causalité⁵. Puis le juge a progressivement admis que la preuve du lien de causalité entre le vaccin et la maladie pouvait résulter d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants⁶. La Cour de cassation a admis que les présomptions de fait retenues pour prouver le lien de causalité pouvaient également servir à présumer le défaut du vaccin⁷.

Si un tel régime de preuve a pour objet d'alléger la charge de la preuve qui incombe à la victime, il montre également que dans le cas des vaccins contre l'hépatite B, le juge s'est affranchi d'une certaine façon des analyses scientifiques sur le sujet.

Ces difficultés en matière d'analyse scientifique sont accentuées par la dispersion des indicateurs scientifiques, ce qui pousse à opérer une sorte de « *forum cleaning* » parmi les indicateurs⁸.

Le juge est donc confronté à la science, mais sait s'en affranchir, afin d'humaniser sa décision.

B. LA NÉCESSAIRE COOPÉRATION ENTRE LE JUGE ET LES PARTIES

Si le principe laisse à la charge du demandeur la réunion des preuves pour déterminer la responsabilité et le dommage invoqués, le juge joue également un rôle prépondérant en la matière.

En effet, le principe de coopération dans la recherche des preuves est apparent tant dans les procédures accusatoires qu'inquisitoires. Lorsque les parties ont établi la responsabilité, mais pas apporté la preuve du montant du préjudice, le juge doit lui aussi intervenir à l'établissement de la vérité.

Le juge est avant tout un juge du fait de la preuve et les nombreux pouvoirs dont il dispose en matière d'instruction suffisent à l'illustrer. Ainsi, lorsque l'article 10 du Code civil dispose que « *chacun est tenu d'apporter son concours*

à la justice en vue de la manifestation de la vérité », le juge est compris dans le pronom « *chacun* ». Cette contribution à la vérité est appuyée par le fait que le juge peut ordonner la production de pièces ou ordonner des mesures d'instruction au titre des articles 11 et 142 du Code de procédure civile.

En outre, si le juge ne doit pas en principe pallier la carence des parties, tel n'est pas le cas si les parties le saisissent d'une demande d'instruction *in futurum* qui a précisément pour but d'y remédier⁹. Les parties peuvent donc saisir le juge pour établir des preuves et non seulement les conserver à travers le référé probatoire au titre de l'article 145 du Code de procédure civile ou le référé constat au titre de l'article R. 531-1 du Code de justice administrative. La seule condition est celle du motif légitime (Cass. Civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 13-14.985), notion suffisamment souple pour considérer toute action visant à la protection d'un élément relatif à la santé environnementale ; c'est-à-dire très souvent la poursuite d'un intérêt général.

De plus, les juges admettent parfois que l'absence d'autres éléments explicatifs équivaut à l'établissement de la preuve. Dans un arrêt du 26 août 1975 (JCPG 1976 II., n° 18384, note Rabinovitch), le tribunal de grande instance d'Albertville a admis la réparation du dommage constitué par une mortalité anormalement élevée des abeilles, au motif qu'« *à défaut de toute autre cause, la mortalité des abeilles qui, au printemps, descendaient chercher le nectar dans des zones proches, mais plus ou moins polluées et dangereuses ne peut donc s'expliquer que par l'intoxication par le fluor* ». Même solution dans le contentieux des antennes relais où les juges ont opposé l'absence de preuve de l'absence d'innocuité et la nécessaire protection de la santé¹⁰.

En droit de l'Union européenne, dans un arrêt Tatar c. Roumanie (n° 67021/01) en date du 27 janvier 2009, les juges ont admis l'établissement de la preuve dès lors que l'incertitude est accompagnée par des éléments statistiques suffisants et convaincants.

Ainsi, tant la charge de la preuve que l'objet de la preuve doivent être pris en compte en matière de santé environnementale, et même de manière générale. Et ce, car « *il y a un lien évident avec l'objectif poursuivi par la preuve qui est moins la recherche du vrai, du certain que l'établissement d'une vérité acceptable socialement* »¹¹.

5) Cass. Civ. 1^{er}, 23 septembre 2003, n° 01-13.063.

6) Cass. Civ. 1^{er}, 22 mai 2008, n° 05-20.317 et n° 06-10.967.

7) Cass. Civ. 1^{er}, 26 septembre 2012, n° 11-17.738 et CJUE, 21 juin 2017, Sanofi Pasteur c/CPAM Hauts-de-Seine, n° C-621/15, point 41.

8) Mustapha Mekki, « Preuve, santé et environnement : propos conclusifs », in *Colloque Preuve et développement durable*, p. 214, 26 mars 2015.

9) Cass. Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20.526 et 10-20.528.

10) Geneviève Viney, *Le contentieux des antennes relais*, Dalloz, p. 1489, 2013.

11) Xavier Lagarde, *Le traitement de la preuve ne pose plus une question de vérité, mais une question de légitimité*, dans Loïc Cadieu, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1036.



SYNDICAT NATIONAL DES ANTIQUAIRES

Versailles en ses marbres

13 février 2019

Syndicat National des Antiquaires

17, boulevard Malesherbes 75008 Paris

Renseignements : 01 44 51 74 74

conferences@sna-france.com

www.sna-france.com

2019-3114

FEMMES DE LOI, FEMMES D'EXCEPTION

Dîner annuel de Femmes de loi, femmes d'exception :
Le rôle de la publicité dans la promotion de l'égalité
et de la diversité

6 mars 2019

Palais du Luxembourg/Sénat

15 ter, rue de Vaugirard 75006 Paris

contact@femmes-de-loi-femmes-dexception.com

femmes-de-loi-femmes-dexception.com

2019-3116

CABINET HAAS AVOCATS

Décryptage des signaux faibles
de la transformation numérique

15 mars 2019

HAAS Avocats

32, rue La Boétie, 75008 Paris

Renseignements : 01 56 43 60 80

dpo@haas-avocats.com

info.haas-avocats.com/decryptage-juridique-15-03-2019-intelligence-artificielle-responsabilite

2019-3111

ASSOCIATION DES JURISTES FRANCO-BRITANNIQUES

Dîner annuel de l'Association
des Juristes Franco-Britanniques

15 mars 2019

Maison du Barreau Hôtel de Harlay

2, rue de Harlay, 75001 Paris

Renseignements : Katherine Lisfranc

ajfb.france@wanadoo.fr

www.ajfb.eu

2019-3112

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Actualités des baux hôteliers

21 mars 2019

Journal Spécial des Sociétés

8, rue St Augustin 75002 Paris

Renseignements : 01 47 03 10 10

formation@jss.fr

www.jss.fr/Formations-Calendar-awp

2019-3036

Le délit de mise en danger d'autrui comme outil de protection de la santé et de l'environnement



Benoît Denis,
Avocat à la Cour, of Counsel,
Huglo Lepage Avocats



Valérie Saintaman,
Avocat à la Cour, of Counsel,
Huglo Lepage Avocats

Délit aussi original que protéiforme, la mise en danger d'autrui se prête à toutes les interprétations par les justiciables qui l'invoquent spontanément pour dénoncer les risques auxquels ils ont pu être exposés.

Cette tendance s'illustre particulièrement en matière de risques sanitaires et d'atteintes à l'environnement, invitant ainsi à faire le point du droit positif en la matière.

I. UNE INFRACTION OBSTACLE ORIGINALE

Le délit de mise en danger de la vie d'autrui, prévu à l'article 223-1 du Code pénal, permet de sanctionner « *le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Le domaine d'élection du délit de mise en danger est traditionnellement celui des relations de travail et vise à sanctionner les manquements des employeurs à leur obligation de sécurité à l'égard de leurs salariés.

Inaugurant cette jurisprudence, l'affaire *Alstom* avait vu l'un des fleurons de l'industrie française être condamné pour avoir délibérément violé les règles de sécurité relatives à l'utilisation de l'amiante, et exposé ainsi ses salariés à un risque de maladie grave. Les infractions routières les plus graves, les divagations d'animaux sauvages ainsi que les manquements les plus flagrants des édiles aux obligations de leur charge donnent également lieu à des condamnations du chef de mise en danger de la vie d'autrui.

Plus récemment, on a vu la possibilité de sanctionner au titre du délit de mise en danger les risques industriels dont sont victimes des tiers à l'entreprise, en particulier des voisins, et plus généralement le public.

À cet égard, on sera attentif au fait que lorsque des blessés, voire des décès, sont à déplorer à la suite d'un accident industriel, les qualifications d'homicide ou blessures par imprudence sont fort logiquement retenues, pouvant ainsi faire obstacle à la reconnaissance d'un préjudice subi par d'autres victimes, du seul fait du risque auquel elles ont été quant à elles exposées.

Ces infractions peuvent néanmoins être retenues en cumul.

Un tel exemple de cumul de responsabilité des chefs d'homicide involontaire et mise en danger d'autrui est constitué par le volet pénal de l'affaire dite de la tempête *Xynthia*.

« Plus récemment, plusieurs affaires ont vu les parties prenantes dénoncer la mise en danger dont elles s'estiment victimes du fait d'une atteinte globale à l'environnement ou à la santé ».

II. UN DÉLIT PROTÉIFORME

Plus récemment, plusieurs affaires ont vu les parties prenantes dénoncer la mise en danger dont elles s'estiment victimes du fait d'une atteinte globale à l'environnement ou à la santé. C'est en particulier le cas de la pollution de l'air, qui sert de justification à des mesures fiscales impopulaires à l'origine du mouvement des « *gilets jaunes* », parmi lesquels certains sont poursuivis voire condamnés pour mise en danger d'autrui à l'occasion d'incidents lors de barrages, tandis que d'autres ont pu déposer plainte du même chef à l'encontre de l'État, ce qui apparaît inepte.

C'est également le cas des médecins qui, par une lettre ouverte, ont alerté au début de l'été 2018 le Premier ministre sur une « *mise en danger de la vie d'autrui* » dans la mesure où ils ne peuvent plus remplir leur mission de service public par manque de moyens.

On voit ainsi monter dans la société civile un mouvement tendant à dénoncer les atteintes

environnementales d'acteurs importants (essentiellement des industriels) ainsi que les risques sanitaires, mais aussi l'inaction des pouvoirs publics, accusés de ne pas agir suffisamment dans le sens de la préservation de l'environnement et de la santé.

Ces dénonciations s'appuient fréquemment sur la qualification du délit de mise en danger de la vie d'autrui.

Cette tendance illustre certainement le recul de l'acceptabilité sociale du risque, mais aussi les limites de la théorisation par Monsieur François Ewald de la substitution des mécanismes assurantiels à la répression délictuelle des manquements générateurs de risque.

Il est vrai qu'au-delà de la problématique purement indemnitaires, dont le paradigme de la « *société du risque* » rend essentiellement compte, les vertus cathartiques de l'audience pénale n'ont jamais paru aussi désirables qu'elles sont cathodiquement amplifiées.

Plus prosaïquement, la justice pénale dispose de moyens d'enquêtes gratuits pour le justiciable qu'aucune juridiction civile n'est en mesure de lui offrir.

Les engagements internationaux autant que moraux de la France inclinent enfin à rendre effective la défense de l'environnement et de la santé par le droit pénal ce qui, en ces matières, suppose de réprimer les atteintes dont ils sont l'objet au moyen de délits obstacles dont la mise en danger est le prototype même.

La poussée vers la reconnaissance plus large du délit de mise en danger du fait des atteintes à l'environnement et des risques sanitaires apparaît ainsi inéluctable, même si ce délit ne peut servir à tout, tant ses

conditions légales de mise en œuvre sont strictes et encadrées.

III. LA RECTITUDE DE LA JURISPRUDENCE HABITUELLE III

À cet égard, la jurisprudence classique et ancienne de la Cour de cassation apparaît datée.

Elle est fixée par un arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 1996 (pourvoi n° 95-86.205) qui, pour confirmer une ordonnance de refus d'informer rendue sur la plainte d'un particulier, reprochant au Maire et au Préfet de police de Paris de s'être abstenus de prendre les mesures nécessaires pour pallier les effets de la pollution atmosphérique sur la santé publique, a considéré qu'aucun texte ne leur impose à ce sujet d'obligation particulière de sécurité ou de prudence.

Rappelons en effet que le délit de mise en danger n'est caractérisé qu'en cas d'exposition d'autrui à un risque de mort ou de blessures graves par une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement.

La lettre du texte démontre la prudence du législateur qui, lors de l'introduction de ce nouveau délit dans l'ordonnancement juridique en 1994, a posé à son application des conditions draconiennes, que la jurisprudence n'a cessé depuis de rappeler.

L'état du droit positif doit ainsi être rappelé.

On peut citer à cet égard un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 septembre 2016 (pourvoi n° 14-84.355).

À la suite de la découverte sur le site d'une installation classée de production de munitions, de plusieurs dizaines de tonnes d'obus, munitions et explosifs actifs faisant courir, selon le service de déminage, des risques incendiaires, explosifs, environnementaux et pyrotechniques, le directeur technique de l'entreprise a été poursuivi des chefs de mise en danger d'autrui et de diverses infractions au Code de l'environnement.

Le tribunal correctionnel de Tarascon, par un jugement du 9 avril 2013, l'a déclaré coupable de l'ensemble des infractions reprochées et condamné à une peine d'amende de 10 000 euros.

Sur appel du prévenu, du parquet et de certaines parties civiles, le directeur technique a été relaxé du chef des infractions au Code de l'environnement, mais déclaré coupable de mise en danger d'autrui par un arrêt rendu le 14 avril 2014 par la 7^e chambre de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

La Cour de cassation était saisie du pourvoi du prévenu, lequel faisait valoir, d'une part, l'inefficacité de la délégation de pouvoirs qui lui avait été consentie et, d'autre part, la violation du texte incriminant la mise en danger d'autrui.



Par l'arrêt susvisé, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cet arrêt, au visa de l'article 223-1 du Code pénal, au motif que :

« Vu l'article 223-1 du Code pénal ;

« Attendu que le délit de mise en danger n'est caractérisé qu'en cas d'exposition d'autrui à un risque de mort ou de blessures par une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ;

« Attendu que pour déclarer Monsieur Z... coupable de mise en danger d'autrui pour avoir omis de procéder à la neutralisation et à l'élimination des déchets de munitions et pyrotechniques dont il avait la charge, selon les procédés prévus par la réglementation en vigueur et conformes à l'autorisation d'exploitation, l'arrêt se borne à retenir que le prévenu n'a pas pris les mesures nécessaires au cours des mois précédant la cessation d'exploitation pour nettoyer le site, dont il connaissait la situation, afin d'éviter tout danger ;

« Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher la loi ou le règlement édictant une obligation particulière de prudence ou de sécurité qui aurait été violée de façon manifestement délibérée, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

« D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef. »

La chambre criminelle réaffirme ici sa jurisprudence constante qui, dans le respect du principe de légalité criminelle, fait prévaloir la lettre du texte sur l'esprit que d'aucuns seraient tentés de lui attribuer.

La haute juridiction doit en effet régulièrement rappeler que le délit de mise en danger

suppose, notamment, la violation d'une « obligation particulière de prudence ou de sécurité ».

Faute pour la partie poursuivante d'établir cette condition préalable, le texte est inapplicable et la relaxe certaine.

En l'espèce, la Cour de cassation semble avoir sanctionné la cour d'appel pour avoir omis de procéder à la recherche – qui lui incombait – des textes réglementaires qui auraient pu à bon droit fonder le reproche de mise en danger.

Au lieu de procéder à cet inventaire, certes fastidieux, mais incontournable, des règles particulières de sécurité ou de prudence devant être respectées en l'espèce, la cour d'appel a cédé, pour entrer en voie de condamnation, à la tentation d'employer une formule à l'emporte-pièce « pour avoir omis de procéder à la neutralisation et à l'élimination des déchets de munitions et pyrotechniques dont il avait la charge, selon les procédés prévus par la réglementation en vigueur et conformes à l'autorisation d'exploitation ».

La formule employée par les juges du fond péchait en effet par son caractère vague et général et encourait immanquablement la cassation.

On citera également un arrêt rendu la veille de l'arrêt susvisé (Cass. Crim. 21 septembre 2016, pourvoi n° 15-86.077), par lequel la Cour de cassation a censuré la même cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, « pour déclarer Monsieur X... coupable du délit de mise en danger d'autrui, relève qu'il a réalisé un dépassement dangereux en se rabattant brusquement, puis a freiné sans raison, mettant ainsi délibérément en danger

les occupants du véhicule qu'il venait de dépasser, en les exposant à un risque immédiat de mort ou de blessures graves ».

Là aussi, la Cour de cassation ne pouvait que casser cet arrêt au motif « qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans préciser la loi ou le règlement édictant l'obligation particulière de sécurité ou de prudence qui aurait été violée en l'espèce, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

Si l'exigence d'interprétation stricte du texte pénal pour le délit de mise en danger ne se dément pas encore en jurisprudence, il faut compter sur l'efficacité préventive de cette infraction en matière de risque sanitaire environnemental.

IV. VERS UNE ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE III

Cependant, un arrêt récent a ouvert des perspectives d'action sur le fondement de la mise en danger.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi donné une nouvelle illustration de l'application du délit de mise en danger en matière de risque sanitaire environnemental par un arrêt du 19 avril 2017 (pourvoi n° 16-80.695).

Le contexte est celui de travaux d'excavation conduits en Corse, dans une zone naturellement amiantifère, qui créaient un risque de dispersion et donc d'inhalation des fibres d'amiante par les salariés de l'entreprise et les riverains.

La solution de l'arrêt, en l'occurrence le rejet du pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de condamnation du chef de l'article 223-1 du Code pénal à raison de travaux conduits en violation d'obligations particulières de sécurité ou de prudence, n'est pas en elle-même originale.

Ce faisant, la Cour de cassation rappelle sa jurisprudence, fondée sur une application stricte des conditions imposées par la loi : la violation d'une obligation particulière de prudence, l'exposition à un risque de mort ou de blessures graves, le lien de causalité directe entre les deux.

Le lecteur de cet arrêt pourra en revanche être troublé par la motivation de l'arrêt de la cour d'appel, que la Cour de cassation ne censure pas alors même qu'elle n'était pas parfaitement orthodoxe.

Aux termes de son arrêt du 6 janvier 2016, la cour d'appel de Bastia avait en effet tenu à rappeler qu'« avant même la mise en œuvre de l'arrêté du 14 août 2012 et l'entrée en vigueur du décret 2012-639 du 4 mai 2012, l'entreprise intervenant sur un chantier où le risque d'inhalation de fibres d'amiantes est identifié et connu, était débitrice d'une obligation générale de sécurité de résultat, non seulement à l'égard de ses salariés, mais aussi à l'égard de toute personne se trouvant à proximité du site, et d'une obligation générale d'adaptation à l'évolution des connaissances scientifiques ».

Pour justifier la condamnation, la cour d'appel ajoutait qu'« ont violé délibérément l'obligation générale de sécurité qui pesait sur eux ainsi que les obligations particulières issues du décret 2006-761 du 30 juin 2006 relatif à la protection contre les risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante, tant à l'égard des salariés qu'à l'égard du public avoisinant, par plusieurs manquements ».

Une telle motivation, par l'invocation d'obligations générales, ne respecte pas les canons de la jurisprudence en la matière, laquelle se plaît à rappeler qu'une telle obligation générale est insuffisante à constituer l'obligation particulière requise par le Code pénal pour qualifier le délit de mise en danger.

Pourtant, la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 avril 2017, ne censure pas cette motivation, ni ne précise qu'elle était superflue, mais rappelle simplement que l'arrêt déféré à sa censure est justifié « par des motifs qui établissent l'exposition d'autrui à un risque de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente, en relation directe et immédiate avec la violation manifestement délibérée des dispositions du Code du travail. »

L'avenir dira si la justice climatique dont les prémices se font jour en France peut compter sur le délit de mise en danger pour faire avancer sa cause.

Brèves

YVELINES
Villepreux s'engage contre les perturbateurs endocriniens

Villepreux est la première ville du département des Yvelines à s'engager contre les perturbateurs endocriniens et leurs effets néfastes, qui ont des conséquences sur l'organisme des humains et des animaux, notamment en termes de cancers, fécondité et allergies. Le 9 janvier dernier, Stéphane Mirambeau, maire de la commune de Villepreux, et André Cicoletta, président du Réseau Environnement Santé (RES) ont en effet signé ensemble la charte « Villes et territoires sans perturbateurs endocriniens » à l'hôtel de Ville. Les actions mises en place seront les suivantes : une démarche d'achat responsable visant à éliminer progressivement les perturbateurs endocriniens dans les contrats et les achats publics ; l'application du « zéro phyto » dans l'entretien des espaces verts municipaux ; une restauration municipale de qualité pour réduire au maximum l'exposition des enfants à ces substances néfastes.

HAUTS-DE-SEINE
Trophées IDÉES Junior

L'édition 2019 des Trophées IDÉES Junior est ouverte. Le département des Hauts-de-Seine a créé ce concours en 2011 pour faire connaître et récompenser les collèves du département pour leurs réalisations à caractère innovant en faveur du développement durable. Le concours est ouvert à tous les collèges publics ou privés, sous contrat, implantés sur le département du 92. Les projets présentés, menés dans le cadre scolaire ou périscolaire, doivent être achevés ou en cours de réalisation. Ils doivent intégrer au moins deux des trois piliers du développement durable : économique, social, environnemental. A la fin, trois collèves seront désignés lauréats : le premier prix correspond à une dotation de 2 500 euros ; le deuxième recevra 2 000 euros et le 3^e prix équivaut à 1 000 euros. Les inscriptions en ligne sont ouvertes jusqu'au 1^{er} avril 2019. Le dossier d'inscription peut aussi être retourné par courrier aux services départementaux, avant le 1^{er} avril 2019.

SEINE-SAINT-DENIS
Polluants toxiques : Wipelec inquiète à Romainville

Les habitants de Romainville s'inquiètent du désastre écologique de l'ancienne usine Wipelec, spécialisée dans le traitement des métaux lourds. Jusqu'à sa fermeture en 2003, le sous-traitant de Safran a utilisé des produits hautement toxiques comme le benzène, le cyanure et le trichloréthylène. Malgré la dépollution du site, les taux de polluants sont toujours importants, rapportait en décembre *FranceInfo*, qui citait un courrier de la préfecture faisant état de résultats préoccupants de prélèvements effectués dans le jardin d'un habitant. Comme le rapportait la journaliste, officiellement, 13 habitations sont considérées comme polluées, mais d'après une association, la zone pourrait être plus vaste car des solvants chlorés se seraient répandus dans les canalisations d'eaux usées. « L'ancien site devrait accueillir d'ici quelques mois 99 logements (...) Les riverains envisagent une nouvelle procédure contre l'État pour carence fautive. »

VAL-D'OISE ET YVELINES
Du plomb dans les plaines d'épandage

Deux études publiées par L'Agence régionale de santé (ARS) Île-de-France et Santé publique France révèlent une pollution au plomb des plaines d'épandage des Yvelines et du Val-d'Oise. Certains sites présentaient des risques sanitaires pour 84 % des jardins privés et ouvriers, et pour 17 % des parcs publics et des établissements sensibles. Des teneurs en plomb allant jusqu'à 690 mg/kg ont ainsi été relevées dans un jardin privé, alors que la valeur repère en Île-de-France est fixée à 53,7 mg/kg. L'ARS a publié une brochure d'information à l'attention du public présentant les principaux résultats de l'étude et reprenant les recommandations d'hygiène préconisées. Dénonçant une inertie des pouvoirs publics, les associations sont mobilisées, à l'instar de l'association RNSE, qui a lancé sa propre campagne de dépistage. Par ailleurs, la plateforme V pour verdict a lancé une action collective, et souhaite réunir 600 participants avant le 1^{er} mars 2019.

2,4 millions
de salariés français sont exposés à des produits cancérigènes en France.
Source : Données environnement

De la précaution à la prévention : jusqu'où faut-il démontrer un risque pour qu'il soit pris en compte ? L'exemple du glyphosate



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit, Avocate à la Cour

L'intitulé du sujet peut surprendre. En effet, pourquoi suggérer qu'il faille atteindre le seuil de la prévention pour que la priorité donnée à la santé publique et à l'environnement puisse s'imposer alors que le principe de précaution est inscrit dans la Constitution, comme il l'est dans les traités de l'Union européenne.

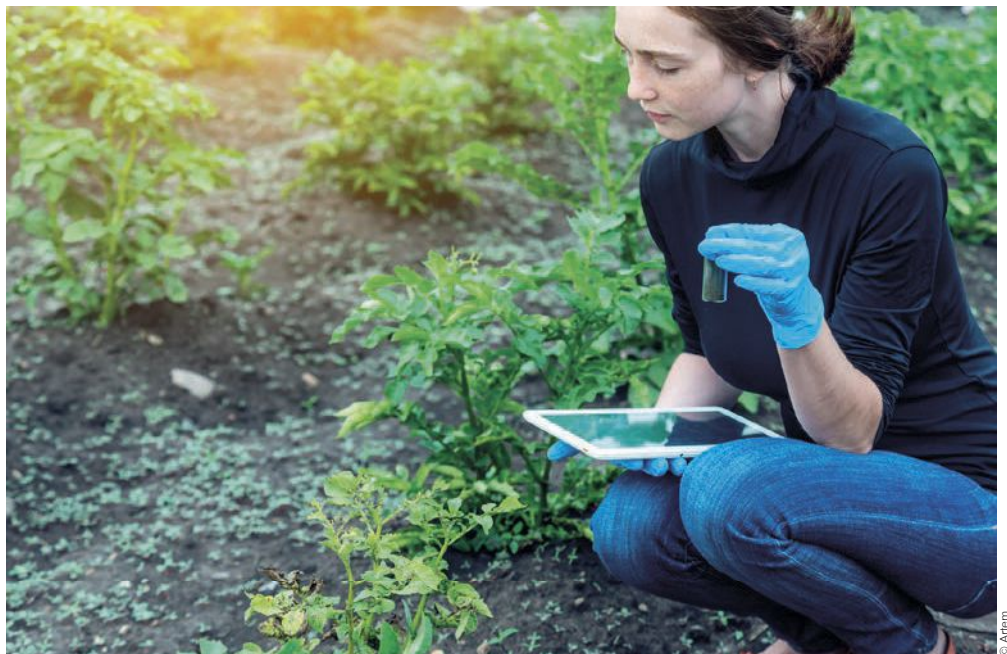
Après rappel du contexte juridique (I), une rapide synthèse de la controverse scientifique (II) permettra de comprendre l'évolution jurisprudentielle (III).

I. LE CONTEXTE JURIDIQUE

La réalité est que le principe de précaution, constamment invoqué à tort et à raison, n'est peu ou pas appliqué, tant au niveau national qu'au niveau européen. Rappelons tout d'abord ce qu'est le principe de précaution par rapport au principe de prévention qui n'est que la reformulation du principe de prudence.

La précaution, qui ne joue qu'en présence d'un risque technologique, impose l'obligation d'agir sans avoir la certitude scientifique du risque : il ne s'agit que de risques potentiels, mais dont l'impact pourrait être considérable. La prévention renvoie à la présence de risques connus, c'est-à-dire dont les effets sont prouvés même si leur importance reste aléatoire. Pour illustrer le propos, le risque climatique a quitté la sphère de la précaution pour entrer dans celle de la prévention.

Le principe de précaution est donc avant tout l'obligation, en présence de risques incertains, de promouvoir des recherches de manière à mieux identifier la réalité des risques qu'ils soient sanitaires, environnementaux ou sociétaux. Lorsque cette réalité est probable, il convient alors de passer de la précaution à la prévention, la non-intervention devenant une faute éventuellement pénale, en tout



cas civil. Or, précisément, dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux, les industriels ont obtenu, du droit européen comme du droit national, l'exclusion de leur responsabilité en présence d'un risque de développement ; c'est-à-dire du cas dans lesquels l'état des connaissances ne permet pas d'avoir une réelle connaissance du risque même incertain. Ceci explique le travail acharné des *lobbys* pour tenter de se placer dans la logique du risque de développement, et prétendre ne pas avoir de connaissances scientifiques suffisantes pour justifier la non-mise sur le marché d'un produit ou son retrait. Le débat se focalise donc sur la connaissance du risque, dans cette zone où le droit et la science se mêlent, puisque la connaissance d'un risque même incertain crée des obligations juridiques : l'objectif est donc l'existence même d'un risque.

II. LA CONTROVERSE SCIENTIFIQUE : LE CAS DU GLYPHOSATE

Le cas du glyphosate est, à cet égard, particulièrement illustratif des dérives probablement tragiques pour la santé publique et pour l'environnement auquel nous sommes parvenus nonobstant l'existence du fameux principe de précaution.

Le centre international de recherche sur le cancer a, en 2015, classifié le glyphosate comme cancérigène pour les humains. Cette décision n'était pas une première, puisqu'en 1985, le comité de l'agence américaine pour la protection de l'environnement est parvenu à la même conclusion avant de faire volte-face en 1991. De plus, le fait que le Roundup, produit-phare de Monsanto dont le principe actif est le glyphosate, produit des ravages sur l'environnement, est de moins en moins contestable. Ainsi, dans son avis du 18 avril 2017 (voir p. 36), le tribunal international

Monsanto précise que « le CIRC a également observé que les lymphomes non hodgkiniens et autres cancers hématopoïétiques étaient les cancers les plus associés aux expositions au glyphosate. Un examen sur l'ensemble des études menées sur le glyphosate et effectué par des chercheurs brésiliens a corroboré le rapport et les conclusions du CIRC en déclarant la génotoxicité du glyphosate chez les humains. De plus, selon les témoignages et plusieurs études scientifiques, le glyphosate entraîne un grand nombre de maladies graves chez les humains et les animaux ».

Dès lors, on pourrait penser que le principe de précaution est *a minima* applicable, voire le principe de prévention ; la probabilité d'un risque de cancer étant avérée.

Il n'en est rien, puisque la Commission européenne, s'appuyant sur ses comités d'expertise, ECHA et EFSA, a renouvelé les autorisations. Les agences européennes ont en effet considéré pour leur part que la preuve du caractère cancérigène n'était pas apportée. D'une part, le principe de précaution n'est-il pas antinomique avec l'exigence d'une preuve de toxicité ? D'autre part, comment une telle évaluation contradictoire est-elle possible ?

La réponse est apportée par un document du Parlement européen de 2018 résumant les conditions de délivrance des autorisations pour les pesticides. Ce document note trois différences majeures expliquant les divergences entre les évaluations.

La sélection des participants au processus diffère : « alors que le CIRC s'appuie uniquement sur des experts hautement qualifiés, l'EFSA et l'ECHA sont mandatées pour associer les parties prenantes aux évaluations scientifiques » (autrement dit, les industriels).

Les règles de sélection des preuves diffèrent : « alors que les experts du CIRC n'examinent que les rapports publiés dans des revues scientifiques, l'EFSA et l'ECHA examinent un éventail beaucoup plus large de preuves, y compris les articles non publiés de l'industrie ». Autrement dit, les organismes d'expertise européens s'appuient sur des études non publiées, non contrôlées par des tiers émanant uniquement des industriels sans aucun contrôle.

Enfin, l'objet des études peut également différer : « alors que les essais effectués par l'industrie portent sur la substance active,

les études publiées tentent à se concentrer sur les produits commerciaux utilisés sur le terrain ». Pour raisonner par analogie, c'est comme si l'étude sur la toxicité du tabac se limitait à la nicotine sans s'intéresser au goudron et à tous les co-formulants de la cigarette.

Il apparaît à l'évidence que de tels modes d'évaluation tournent évidemment le dos à l'application du principe de précaution, rendu totalement virtuel.

À ceci, s'ajoutent les révélations des Monsanto Papers qui ont révélé les conditions dans lesquelles les affirmations de Monsanto sur l'innocuité de son produit ne reposaient pas sur des évaluations scientifiques sérieuses, mais sur de véritables manipulations¹.

« Les procès autour du Roundup, et plus généralement, des pesticides se multiplient dans le monde en raison des ravages que ces produits causent tant aux humains qu'à l'environnement ».

On peut comprendre, dans ces cas-là, que les conditions de fonctionnement des comités d'expertise soient remises en cause, et que les méthodes d'évaluation des produits phytosanitaires soient interpellées. Une commission a été mise en place au niveau du Parlement européen pour enquêter sur les conditions dans lesquelles l'autorisation avait été finalement délivrée et de nombreuses voix s'élèvent pour demander un changement dans la réalité des méthodes d'évaluation. Une initiative citoyenne européenne a recueilli plus d'1,3 millions de signatures pour demander à la commission « de proposer aux États membres une interdiction du glyphosate, de réformer la procédure d'approbation des pesticides, de fixer à l'échelle de l'Union européenne des objectifs obligatoires de réduction de l'utilisation des pesticides ».

Il en va d'autant plus ainsi que certaines études (voir rapport global 2000 du Docteur Peter Clausing) établissent que les règlements, notamment le règlement 1272/2008, ont été violés, ainsi que les lignes directrices de 2012 de l'OCDE :

- des résultats significatifs n'ont pas été pris en compte ;
- un argument sur l'effet des doses importantes a été pris en compte, alors que ce type d'argument n'a pas de base scientifique ;
- la relation « dose-effet » qui est considérée

comme hautement significative n'a pas été prise en compte pour quatre études, mais en revanche l'absence de relation « dose-effet » dans d'autres études a été prise en compte pour les écarter ;

- les données historiques de contrôle ont été distordues ;
- enfin et surtout, les études ont été sélectionnées de manière totalement arbitraire. Toutes celles qui établissaient un lien de causalité ont été écartées.

Dans ces conditions, comment le droit et le juge peuvent-ils faire face à de tels débats, à de telles contradictions, à de telles remises en cause des organismes publics ? Et ce d'autant plus que la question des conflits d'intérêts voire des compromissions est de plus en plus mise en exergue.

III. L'ÉVOLUTION JURIDICTIONNELLE

Celle-ci est internationale. En France tout d'abord, la jurisprudence construite dans des domaines voisins comme ceux des produits de santé, plus particulièrement des vaccinations, peut être évoquée.

La Cour de cassation comme le Conseil d'État estiment que le doute sur la causalité scientifique peut être juridiquement dépassé par le recours à des présomptions de faits, graves, précises et concordantes pour établir une causalité juridique². La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 21 juin 2017³, a jugé que l'article 4 de la directive du 27 juillet 1985 ne s'opposait pas parce que le juge a recours à des présomptions du fait de l'homme pour rapporter la preuve de la causalité juridique lorsque la causalité scientifique est douteuse⁴. Cette jurisprudence dégagée à propos des accidents vaccinaux est extensible et ouvre la possibilité aux victimes d'estimer la preuve en dépit de doutes scientifiques par tout moyen de présomptions.

En second lieu, lorsque le degré de connaissance par les autorités publiques est considéré comme suffisant, même si des doutes sont encore alimentés par l'industrie, la jurisprudence considère que l'État commet une faute lourde s'il n'agit pas. C'est la jurisprudence qui a été établie à propos de l'amiante qui a fixé

1) Voir *Le Monde* 17 mars 2017 et 3 juin 2017 ; voir également Stéphane Horel : *Lobbytisme* 2018.

2) Cass 1^{re} civ., 22 mai 2008, cinq arrêts JCP G 2008 II 10 131.

3) CJUE, 21 juin 2017, aff C-621/15 jurisdata numéro 2017-01 24 55.

4) Mireille Bacache, « La responsabilité civile à l'épreuve des risques sanitaires liés aux pesticides », *Revue Energie-Environnement-Infrastructures* n° 6, juin 2018, dossier 17.

à 1977 la date à partir de laquelle l'État avait commis une faute lourde en n'interdisant pas l'amiante ; les connaissances étant à l'époque largement suffisantes. Il faudra attendre 1996. Cette jurisprudence est naturellement transposable à d'autres domaines, et sera certainement évoquée un jour à propos des pesticides. Du reste, la jurisprudence du Conseil d'État sur les néocotinoïdes suspendant récemment l'utilisation⁵ du sulfoxaflor montre effectivement une prudence croissante du juge administratif.

Enfin et surtout, les procès autour du Roundup, et, plus généralement, des pesticides, se multiplient dans le monde, en raison des ravages que ces produits causent tant aux humains qu'à l'environnement. La plateforme Justice pesticides⁶, qui a pour objectif de publier tous les procès en cours ou aboutis, en recense plus de 1 000.

Ainsi, la décision rendue par la Cour supérieure de Californie en août 2018 dans l'affaire Dwayne Johnson contre Monsanto constitue-t-elle un précédent très intéressant non seulement par l'importance de la condamnation de 250 millions de dollars, mais surtout par la réponse aux questions posées. Le jury a en effet conclu que le Roundup constituait un facteur substantiel du préjudice causé à Monsieur Johnson, qu'il comportait des risques potentiels connus et connaissables à la lumière des connaissances scientifiques généralement acceptées dans la communauté scientifique au moment de sa fabrication, de sa distribution et de sa vente. Qu'il présentait un danger important pour les personnes qui l'utilisaient et que Monsanto n'avait pas suffisamment averti des risques potentiels liés à ce produit. La cour d'appel vient de confirmer le principe de la



responsabilité tout en réduisant à 80 millions le montant des dommages.

En France, le procès de Paul François contre Monsanto et son produit le « Lasso » démontre la ténacité nécessaire pour se battre dans notre pays contre les multinationales. La Cour de cassation vient, en effet, en 2018, casser pour vice de forme l'arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait reconnu Monsanto responsable du préjudice causé à cet agriculteur par ce produit.

Enfin, les autorisations de mise sur le marché du principe actif et des produits sont de plus en plus attaquées. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'un recours de la Région de Bruxelles-Capitale contre la décision de la Commission d'autoriser le glyphosate et le

tribunal administratif de Lyon de différents recours contre des autorisations de mise sur le marché du Roundup. Dans tous ces procès, les manipulations scientifiques établies par les Monsanto Papers, les conditions extrêmement contestables d'évaluation et le non-respect des réglementations européennes sont bien entendu mises en cause.

Ainsi, les atermoiements des autorités publiques, particulièrement sensibles aux sirènes industrielles, sans doute jusqu'à ce que leur responsabilité y compris personnelle puisse être évoquée, sont-ils confrontés à la procédure contradictoire juridictionnelle déplaçant, comme dans le domaine de la justice climatique, le forum du politique vers le judiciaire.

5) CE, 18 février 2018, Suspension des autorisations de mise sur le marché.

6) Voir le site : www.Justicespesticides.org !

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

JE M'ABONNE PAR...

INTERNET

WWW.JSS.FR

E-MAIL

ABO@JSS.FR

TÉLÉPHONE

01 47 03 10 10

COURRIER

Bulletin à renvoyer au
8, rue Saint Augustin
75080 Paris Cedex 02

...ET JE CHOISIS :

1 AN AU JSS = ENVIRON 100 NUMÉROS PAPIER
POUR 99 €

1 AN AU JSS = ENVIRON 100 NUMÉROS NUMÉRIQUE
POUR 55 €

MES COORDONNÉES :

M. M^{me} - Nom

Prénom

Société

Adresse

Code Postal

Ville

E-mail

Tél.

Télécopie

JE RÈGLE PAR :

Chèque bancaire ou postal à l'ordre de SPSS

Carte bancaire :

N°

Expire fin

Notez les 3 derniers chiffres au dos de votre carte

Date et signature

Les abonnements souscrits à nos publications sont à leur échéance reconduits tacitement.

Néanmoins, l'abonné peut y mettre un terme par mail : abo@jss.fr selon l'art.L.136-1 du code de commerce.

Les nouveaux maux : les ondes électromagnétiques



Benoît Denis,
Avocat à la Cour, of Counsel,
Huglo Lepage Avocats



Valérie Saintaman,
Avocat à la Cour, of Counsel,
Huglo Lepage Avocats

Si les pollutions d'origine chimique ou industrielle génèrent des désordres de diverses natures ainsi que des nuisances visuelles, olfactives ou acoustiques, la « pollution électromagnétique » est certes « invisible »¹, mais elle est réelle.

Nombreuses sont en effet les sources d'exposition aux champs électromagnétiques : les lignes à haute tension, les téléphones portables, les bornes Wi-Fi, les fours à micro-ondes, les télévisions, les radars, les antennes-relais, les compteurs Linky...

L'exposition à ces ondes électromagnétiques suscite d'ailleurs de vives craintes et des interrogations légitimes quant à leurs effets sanitaires et leur dangerosité éventuelle.

Alors même que les objets connectés se multiplient, le constat d'une quasi-absence de certitude scientifique quant à leur innocuité présumée s'impose (I), notamment dans le cas des compteurs Linky (II).

Les autorités publiques devraient ainsi se saisir du principe de précaution comme outil de préservation de la santé publique (III).

I. LA MÉCONNAISSANCE SCIENTIFIQUE DES EFFETS SANITAIRES DE L'EXPOSITION AUX CHAMPS ÉLECTROMAGNÉTIQUES

En 2002, le Centre International de Recherche sur le Cancer (CIRC) a classé les champs électromagnétiques hyperfréquences dans la catégorie « peut-être cancérigènes pour l'homme (groupe 2B) ».

Selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), qui a classé en 2011 les émissions électromagnétiques et radiofréquences comme « cancérigènes possibles », il existe des signes d'un lien entre une exposition de longue durée aux ondes électromagnétiques et certains cancers.

L'OMS a d'ailleurs inscrit dans sa classification internationale des maladies le syndrome d'hypersensibilité chimique multiple (MCS).

La réalité des symptômes de l'électrohypersensibilité (EHS) est quant à elle reconnue par l'Agence nationale de sécurité sanitaire (ANSES), sans que le rôle des ondes électromagnétiques ne soit admis officiellement dans ces symptômes.

Plus généralement, l'impact sur la santé d'une exposition habituelle aux champs électromagnétiques de fréquence intermédiaire, dans lesquels évoluent les compteurs Linky, demeure une question encore très méconnue de la littérature scientifique.

Dans un rapport de 2016 (5/2013 – EU 25933), l'Agence européenne pour l'environnement (AEE) relevait que ces effets sanitaires étaient insuffisamment connus et devaient faire l'objet d'études approfondies, en ces termes :

« (...) Concernant les fréquences intermédiaires et les champs statiques, les études sont peu nombreuses et les données permettant une évaluation pertinente des risques sont très limitées. Le CSRCEN considère que, compte tenu de l'exposition professionnelle croissante aux FI parmi les ouvriers (par exemple dans le secteur de la sécurité, les commerces et certaines industries), la recherche dans ce domaine doit être une priorité. »

Dans son rapport d'expertise collective (version révisée de juin 2017), intitulé

« Exposition de la population aux champs électromagnétiques émis par les compteurs communicants », l'ANSES a rappelé que dans une étude de 2009 de l'AFSSET (devenue ANSES en 2010 suite à sa fusion avec l'AFSSA), ayant pour objet l'évaluation des effets sanitaires potentiels des radiofréquences, les experts concluaient, à propos de la bande 9 kHz-10 MHz que :

« Dans son rapport d'octobre 2016, l'ANSES recommandait déjà la réalisation d'études scientifiques visant à mieux connaître les effets sur la santé des ondes électromagnétiques émises par les compteurs communicants ».

« Peu d'études expérimentales et épidémiologiques sont disponibles concernant les effets des champs électromagnétiques des fréquences intermédiaires sur la santé. »

Dans son rapport d'octobre 2016, l'ANSES recommandait déjà la réalisation d'études scientifiques visant à mieux connaître les effets sur la santé des ondes électromagnétiques émises par les compteurs communicants.

Il résulte de ce qui précède que les champs électromagnétiques, pouvant particulièrement incommoder les personnes électrosensibles, posent encore question pour le reste de la population compte tenu de l'effet nocebo qui s'observe.

II. LE CAS DES COMPTEURS LINKY

Le déploiement des compteurs Linky en France – initié à la suite de la directive européenne 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur

1) Olivier Cachard, *Le Monde Diplomatique* février 2017, « Ondes magnétiques, une pollution invisible ».

de l'électricité – suscite de très vives inquiétudes de la part de nombreux citoyens, d'associations, de collectivités territoriales et d'édiles, notamment en ce qui concerne les effets sanitaires de l'exposition à ces nouveaux compteurs et courants porteurs en ligne (CPL).

Ayant vocation à être déployés d'ici 2024 sur 95 % du territoire national, ces compteurs communicants fonctionnent *via* une technologie de CPL, impliquant pour les personnes au domicile ou au voisinage desquels ils sont installés, une exposition quotidienne à de nouveaux champs électromagnétiques dans la gamme de fréquences comprises dans la bande CENELEC A de 35 à 95 kHz.

Or, alors même que le déploiement des compteurs Linky est à l'œuvre de manière généralisée depuis mi-2015, créant localement des troubles à l'ordre public, il est impossible, en l'absence d'études scientifiques disponibles portant spécifiquement sur l'analyse des effets sanitaires liés à l'exposition aux compteurs communicants, d'affirmer qu'un tel déploiement est sans risque pour la santé.

D'autres États (notamment l'Allemagne et la Belgique) ont quant à eux pris des précautions ignorées par la France qui dispose pourtant du principe de précaution pour assurer la préservation de la santé publique face à ce nouveau risque.

III. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME OUTIL DE PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE

Intégré dans le droit français pour la première fois par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « *Loi Barnier* », avant d'être consacré dans la Charte de l'environnement (article 5) par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, le principe de précaution est aujourd'hui défini à l'article L. 110-1 (II) du Code de l'environnement comme un principe « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».



L'article 5 de la Charte de l'environnement fait quant à lui explicitement référence aux destinataires premiers de ce principe que sont les « *autorités publiques concernées* » :

« *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.* »

Si le principe de précaution s'appliquait originellement aux activités ayant une incidence sur l'environnement, son étendue a progressivement été élargie par la jurisprudence.

Il s'applique en effet aujourd'hui aux risques de dommages sur la santé humaine².

Depuis 1998, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît elle-même l'applicabilité du principe de précaution au domaine sanitaire (« *lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection* »).

sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées », CJCE n°C-180/96, 5 mai 1998).

Le principe de précaution fait ainsi peser notamment sur les autorités publiques l'obligation positive d'adopter des mesures visant à évaluer les risques engendrés par une politique publique mise en œuvre, dès lors qu'il existe un risque de dommage sanitaire, bien que la réalisation de ce risque apparaîtrait comme encore incertain « *en l'état des connaissances scientifiques* ».

Une telle obligation, si elle n'est pas respectée, peut conduire l'État à voir sa responsabilité engagée en cas de carence fautive.

À cet égard, la plus haute juridiction administrative a déjà jugé dans l'affaire du sang contaminé que pour écarter sa responsabilité, l'État ne pouvait se prévaloir d'un contexte d'incertitude scientifique alors que, ayant omis de prendre les mesures nécessaires au titre de ses compétences en matière de contrôle et de police sanitaire dans le cadre d'une situation de risque sanitaire, il avait à répondre d'une carence fautive³.

Il appartient ainsi aux autorités publiques de mettre en œuvre ce principe pour faire face aux risques résultant des nouvelles technologies industrielles.

2) CE, Ass., 12 avr. 2013, n° 342409, Association coordination interrégionale stop THT : « *Le principe de précaution s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées* ».

3) CE, Ass., 9 avril 1993, n° 138653.

L'expertise dans le domaine de la protection de la santé environnementale



Christian Huglo
 Avocat à la Cour, Docteur en droit,
 Directeur général SAS Huglo Lepage Avocats
 Codirecteur du Jurisclasseur Environnement

La loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement a accordé une place particulière à l'expertise dans le domaine de la santé et de la protection de l'environnement. De plus, le constat d'un système de santé inadapté face à l'émergence de ces risques et d'une crise environnementale a donné lieu à la création de nouvelles institutions administratives. Les premières agences de sécurité sanitaire françaises sont apparues pour répondre à l'épidémie du sida et à la nécessité de disposer d'une nouvelle gestion de la santé publique. Les institutions de sécurité sanitaires environnementales en France apparaissent aujourd'hui relativement nombreuses et sont marquées par leur morcellement. Les différentes institutions de sécurité sanitaire en France et en Europe permettent-elles d'assurer une évaluation et une gestion efficace des risques en santé environnement ? L'importance des experts intervenant dans le domaine de la sécurité sanitaire et environnementale (I), en ce qu'elle compromet les objectifs de santé publique, nécessite une clarification des rôles d'expert et de gestionnaire en la matière (II).

I. L'IMPORTANCE DES EXPERTS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ ENVIRONNEMENTALE

En réaction à des crises sanitaires à répétition, les agences de sécurité sanitaire sont apparues comme une réponse institutionnelle, marquant ainsi l'indépendance de l'expertise, et réservant à l'administration centrale la gestion des risques sanitaires.

L'expertise est un outil qui relève de la mise en œuvre du principe de prévention. En renforçant l'expertise préventive, le recours au juge s'inscrit dans une société durable. Le procès en matière environnementale a tendance à se centrer sur le rôle de l'expert et à consacrer ainsi l'omniprésence de la science et de la technique sur la scène judiciaire.



Aux termes des deux premiers alinéas de l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique, « la Nation définit sa politique de santé afin de garantir le droit à la protection de la santé de chacun. La politique de santé relève de la responsabilité de l'État ». Autrement dit, l'État a un rôle prépondérant à travers la promotion de la santé publique en réduisant au plus bas les risques sanitaires de la population, en garantissant la meilleure qualité des soins et l'équité des individus vis-à-vis de la santé. Depuis 1996, le Parlement vote chaque année une loi de financement de la sécurité sociale (« LFSS »). Cette loi fixe un objectif prévisionnel de dépenses d'Assurance maladie pour l'année suivante et propose les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale. Ces différents pouvoirs appartiennent au ministère de la santé qui a autorité sur la Direction générale de la santé (« DGS »). Le ministère élabore et met en œuvre, en liaison avec les autres ministres compétents, les règles relatives à

la politique de protection de la santé contre les divers risques susceptibles de l'affecter. Ensuite, il prépare et met en œuvre la politique du gouvernement dans le domaine de la protection de la santé. La Direction générale de la santé, quant à elle, conçoit et contribue à la mise en œuvre de la politique de santé : elle assure principalement la coordination des agences de sécurité sanitaire et exerce ses missions de sécurité sanitaire en partenariat avec de nombreux organismes et institutions publics ou privés intervenant dans le champ de la santé publique. Il existe également d'autres institutions de santé publique, notamment la Direction générale de l'offre de soins (« DGOS »), le Haut Conseil de la santé publique (HCSP) qui contribuent à la définition des objectifs pluriannuels de santé publique, et le Comité national de la santé publique mis en place par la loi du 1^{er} juillet 1998 afin de coordonner l'action des différents départements ministériels en matière de sécurité sanitaire et de prévention,

et de contribuer à l'élaboration de la politique du gouvernement dans les domaines de la sécurité sanitaire et de la prévention.

En France, les agences de sécurité sanitaire se sont multipliées très rapidement, à chaque fois en réponse à une crise sanitaire, comme déjà indiqué. La création de ces institutions s'est également inscrite dans une volonté de transformation de l'administration de la santé et de l'expertise scientifique. La création de ces agences a permis de doter l'administration d'une nouvelle légitimité, de bénéficier de moyens humains et financiers plus importants et d'offrir plus de transparence à l'expertise scientifique. Ces nouvelles structures, chargées de l'évaluation des risques, ont remplacé les groupes d'experts internes aux administrations. Un nouveau principe est ainsi apparu, celui de la séparation de l'évaluation et de la gestion des risques (II). L'objectif est de préserver l'aspect purement scientifique de l'expertise en empêchant les autres dimensions de la gestion des risques d'interférer. Les agences disposent d'un simple pouvoir d'expertise. Les agences de sécurité sanitaire apparaissent très nombreuses et diverses au regard de leurs missions et de leurs modes de fonctionnement. Le manque d'homogénéité de ces institutions se traduit, d'une part, par l'absence de forme juridique commune : certaines ont adopté le modèle des établissements publics administratifs, alors que d'autres sont des établissements publics industriels et commerciaux, des groupements d'intérêt public, ou encore des autorités publiques indépendantes. D'autre part, les agences n'ont pas toujours les mêmes prérogatives et certaines agences vont au-delà de leur mission d'expertise. La montée en puissance du dispositif européen contribue également à la complexité du système de sécurité sanitaire.

II. LA NÉCESSAIRE SÉPARATION DES RÔLES D'EXPERT ET DE GESTIONNAIRE DANS LE DISPOSITIF DE SÉCURITÉ EN SANTÉ ENVIRONNEMENTALE |||||

Le dispositif de sécurité sanitaire apparaît aujourd'hui ambigu à bien des égards. Afin de remédier à ces différents problèmes, il convient de réaffirmer et sauvegarder le principe de séparation des rôles d'expert et de gestionnaire, mais également de regrouper les agences sanitaires pour limiter l'émiettement.

La diversité des agences sanitaires se retrouve également dans leurs prérogatives. Normalement, le principe de séparation de l'évaluation des risques et de la gestion des risques veut que ces agences n'aient qu'un pouvoir d'expertise et non un pouvoir décisionnel. Pourtant, certaines agences sont dotées de prérogatives ambiguës, jetant



le trouble sur le respect de ce principe. La séparation des rôles d'experts et de gestionnaire correspond pourtant au socle du système de santé. Certaines agences sanitaires vont bien au-delà de l'expertise et prennent en compte des considérations relevant du domaine des gestionnaires.

Afin de rendre le système plus performant et de répondre à cet enjeu de « *bonne administration* » de la sécurité sanitaire, il apparaît nécessaire de rendre le dispositif actuel, français comme européen, plus homogène. C'est dans cette optique que s'inscrit l'article 166 de la loi du 26 janvier 2016

« *Le procès en matière environnementale a tendance à se centrer sur le rôle de l'expert et à consacrer ainsi l'omniprésence de la science et de la technique sur la scène judiciaire* ».

Certaines d'entre elles, comme l'ANSES, possèdent un véritable pouvoir de police administrative. En effet, selon les termes des articles L. 5145-2-1 et suivants du Code de la santé publique, l'ANSES est notamment dotée d'un pouvoir de réglementation et de sanction dans certains domaines. C'est ainsi que le règlement européen REACH prévoit, au-delà de l'évaluation des risques pour la santé et l'environnement, une évaluation socio-économique des risques. L'ANSES réalise alors une évaluation socio-économique des produits chimiques dans le cadre de ce dispositif.

Depuis le 1^{er} juillet 2015, l'ANSES dispose de nouvelles compétences, anciennement dévolues au ministère de l'Agriculture. Le directeur général de l'ANSES peut désormais délivrer des autorisations de mise sur le marché (AMM) des produits phytopharmaceutiques et de leurs adjuvants. Il résulte de ce désordre institutionnel un chevauchement des compétences entraînant une perte de cohérence dans l'application des techniques d'évaluation du risque et dans l'application des stratégies de gestion du risque.

de modernisation de notre système de santé qui a prévu la création, par voie d'ordonnance, de l'Agence nationale de santé publique (ANSP – « *Santé publique France* »).

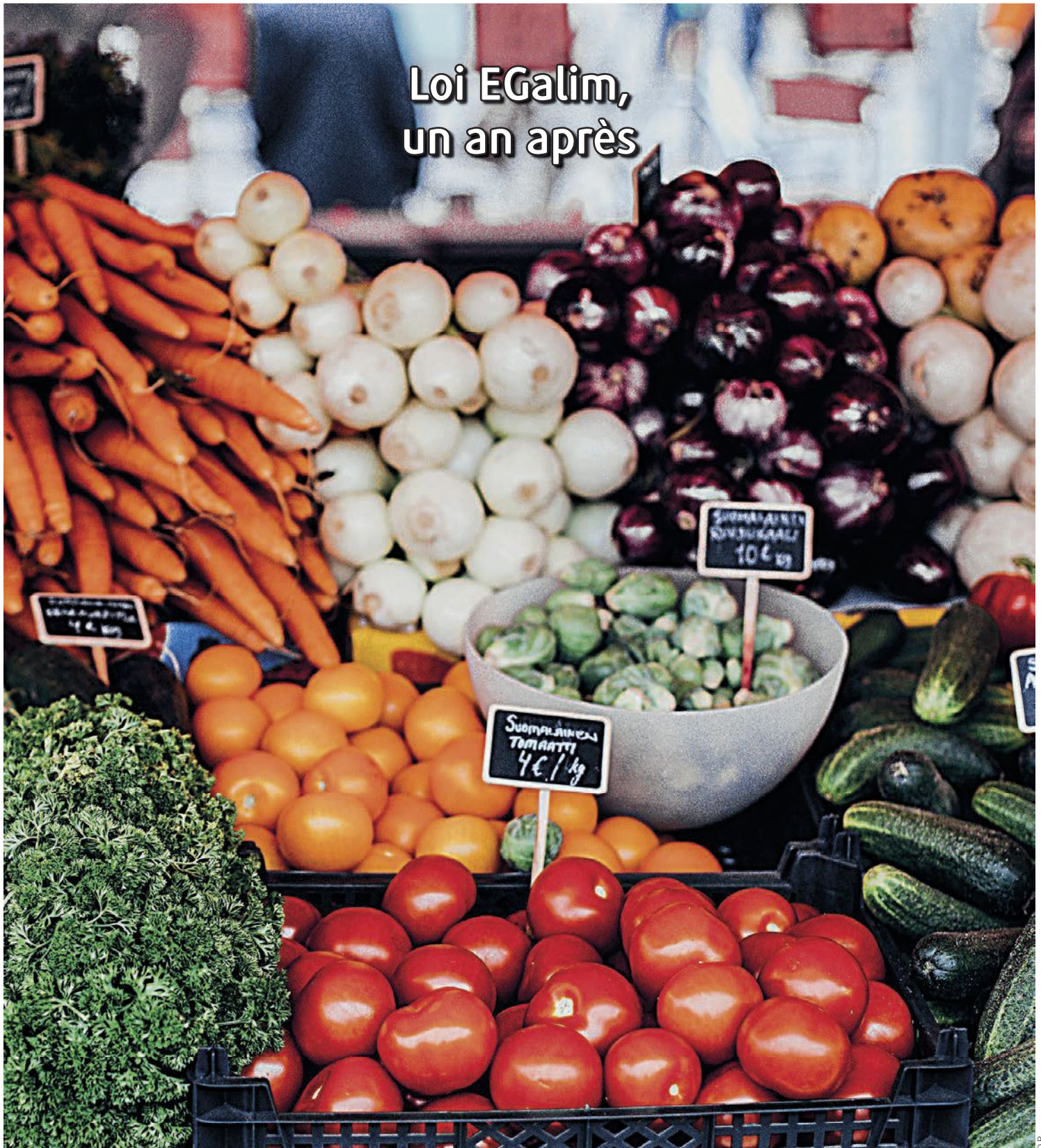
Finalement, il convient de constater la nécessité, d'une part, de structurer de façon plus homogène les institutions de la santé publique, et d'autre part de clarifier les rôles d'expert et de gestionnaire des risques sanitaires.

Il convient ainsi de limiter autant que possible la présence du décideur dans les collectifs d'experts et ne pas mélanger l'expertise avec les autres composantes de la gouvernance des risques. L'expertise doit sans aucun doute occuper toute sa place, mais seulement sa place, sans compter d'ailleurs sur le fait que la question de la prévention des conflits d'intérêts dans le domaine de l'expertise sanitaire constitue un sujet qui attire l'attention.

2019-4155

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 14 mars 2020 – numéro 21 Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Loi EGalim,
un an après



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

EGALIM

L'état d'avancement et les modalités de mise en œuvre de l'élimination progressive des pesticides (glyphosate, programme Ecophyto, mise sur le marché) 3

La mise en place du bio et local dans la restauration collective (50 % d'ici 2022) 6

Le contrôle de la souffrance animale par le droit : la jurisprudence de la cour de Strasbourg viendra-t-elle au secours de l'insuffisance des dispositions votées par le législateur français ? 9

La lutte contre le gaspillage alimentaire 13

Loi EGAlim : qualité des produits alimentaires et risque alimentaire, une complémentarité au profit des consommateurs 15

AGENDA

4

ÎLE-DE-FRANCE

Seine-Saint-Denis : la justice valide les arrêtés anti-glyphosate de six communes 19

ANNONCES LÉGALES

20

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bimensuelle (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2020
Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Bien que le coronavirus ait quelque peu éclipsé les questions de sécurité alimentaire, le sujet reste pleinement d'actualité. La mobilisation de nombreux maires opposés à l'usage des pesticides qui a fait suite à celle de nombreuses associations et de riverains de champs, la présence de résidus de pesticides dans de nombreux fruits et légumes, la multiplication d'études alarmantes sur ces produits et les perturbateurs endocriniens sont autant de signes d'une opinion publique extrêmement sensible au sujet. Elle a eu pour contrepartie la défense du monde agricole autour d'un nouveau concept : *l'agribashing*.

La loi dite EGAlim a traité d'un grand nombre de sujets, dont les rapports économiques entre agriculteurs et grandes surfaces, qui intéressent bien entendu en premier lieu le monde agricole. S'agissant des consommateurs, ce sont évidemment tous les sujets liés à la sécurité alimentaire et à l'usage des pesticides qui les intéressent avant tout. Toutefois, d'autres thématiques en lien avec les collectivités locales, telles que les cantines scolaires et le bio, avec l'économie circulaire et la lutte contre la précarité, le gaspillage alimentaire ou encore la souffrance animale, sont également des sujets abordés par cette loi.

Il nous a semblé intéressant, avec le recul d'un an, de voir comment le texte était entré (ou non) dans les mœurs et dans les comportements, et ce qu'il avait réellement modifié. Force est de constater qu'à ce jour, les effets de la loi sont décevants. Qu'il s'agisse d'un manque de moyens techniques et financiers (application du bio dans les cantines), de l'absence des dispositions réglementaires (gaspillage alimentaire), ou d'une grande réticence (pesticides ou



Corinne Lepage

bien-être animal), il apparaît que la loi a bien du mal à produire des résultats. Ce présent numéro examinera, au niveau, de ce que prévoit la loi et de ce qui a réellement changé, une série de thèmes :

- le risque alimentaire ;
- la non-réduction de l'usage des pesticides ;
- le développement du bio dans les cantines et les obligations des collectivités locales ;
- le gaspillage alimentaire ;
- la souffrance animale.

L'objectif est de faire une analyse synthétique dans chacune des dispositions législatives et réglementaires lorsqu'elles sont intervenues, puis de réaliser un bilan de la situation au bout d'un an.

Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la cour



© Christian Heitz - Pexels

L'état d'avancement et les modalités de mise en œuvre de l'élimination progressive des pesticides (glyphosate, programme Ecophyto, mise sur le marché)



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la cour

La question de l'usage des pesticides dits PPP (produits phytopharmaceutiques) est une question croissante pour les consommateurs français et européens. Du fait de sa palme d'or dans l'utilisation des pesticides en Europe, la France est particulièrement concernée, mais le sujet intéresse l'Europe entière.

BREF RÉSUMÉ DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES CONCERNANT LES PPP

On ne reviendra pas ici sur la très abondante législation concernant la délivrance des autorisations relatives, d'une part, aux substances actives, d'autre part aux produits eux-mêmes. Les principes actifs sont autorisés à l'échelle européenne et les débats autour de la réautorisation du glyphosate ont montré toute la complexité du processus. En effet, le règlement n°1107/2009 du 21 octobre 2009 prévoit que l'étude initiale est faite par un État membre, puis que l'EFSA évalue la toxicité du principe actif pour donner un avis positif ou négatif sur son autorisation ou sa prolongation. Les conditions dans lesquelles l'EFSA a gravement dysfonctionné, du fait du poids que les lobbys sont parvenus à y peser, ont été longuement décrites. En particulier jusqu'à ce que la Cour de justice décide d'y mettre bon ordre¹, les études sur lesquelles s'appuyait cette commission d'experts restaient secrètes et donc non ouvertes à la controverse scientifique, et se limitaient pour l'essentiel à celles fournies par les industriels. S'agissant du glyphosate, des copier-coller seront même relevés entre les études, les rapports des



© John Lambeth - Pexels

industriels et l'avis de l'EFSA lui-même, ces « copier-coller » n'étant évidemment pas entre guillemets.

S'agissant des produits eux-mêmes, ils sont autorisés par chaque État membre après un examen qui doit être extrêmement approfondi, mais qui en réalité ne l'est généralement pas. Ces produits, qui sont mis sur le marché, et donc achetés par les consommateurs, contiennent le principe actif (mais il faudrait plutôt dire les principes actifs) et des co-formulants et adjuvants. La Cour de justice de l'Union européenne vient de rappeler dans un arrêt du 1^{er} octobre 2019² rendu par la grande chambre, comment devait

être appliqué le principe de précaution pour la délivrance de toutes ces autorisations et quelle devait être la méthodologie à suivre : identification de toutes les substances actives, prises en compte des effets cumulés des composants du PPP, fiabilité des essais, études et analyses, publicité du dossier de demande d'autorisation, étude obligatoire de carcinogénéicité et de toxicité. Ces exigences sont extrêmement éloignées de la réalité et de la pratique à telle enseigne que l'ANSES³ a retiré, à la fin du mois de décembre 2019, 37 produits à base de glyphosate, au motif que les études de carcinogénéicité n'avaient pas été faites.

1) CJUE, 7 mars 2019, Anthony C. Tweedale/Autorité européenne de sécurité des aliments, aff. T-716/14.

2) CJUE, grande chambre, 1^{er} octobre 2019, Mathieu Blaise, Sabrina Dauzet, Alain Feliu et a, aff. C-616/17.

3) Agence nationale de sécurité sanitaire, de l'alimentation de l'environnement et du travail.

Agenda



BARREAU DE PARIS

Le divorce sans juge : pièges et fragilités

26 mars 2020

Maison du Barreau – Salle Gaston Monnerville
2, rue de Harlay 75001 Paris

Renseignements : 01 44 32 48 08

formationcontinue@avocatparis.org

www.avocatparis.org/ma-formation/agenda-des-evenements/le-divorce-sans-juge-pieges-et-fragilites

2020-3648

APCEF

Le Third Party Funding à l'épreuve des conflits d'intérêt – Table ronde APCEF

2 avril 2020

King & Spalding

12, cours Albert 1^{er} 75008 Paris

contact@apcef.org

2020-3638

CENTRE RESSOURCES POUR LES INTERVENANTS AUPRES DES AUTEURS DE VIOLENCES SEXUELLES D'ÎLE-DE-FRANCE

Modèles de prévention de la récidive

15/16 avril 2020

CRIAVS IDF - Hôpitaux de Saint-Maurice

14, rue du Val d'Osne 94410 Saint-Maurice

Renseignements : 01 56 29 17 28

contact@criavs.fr

criavs.fr

2020-3649

ASSOCIATION NATIONALE DES AVOCATS ET ÉLÈVES-AVOCATS DOCTEURS EN DROIT

L'avocat défenseur de l'environnement

20 avril 2020

Restaurant la Terrasse du 7^e

2, place de l'École Militaire 75007 Paris

Renseignements : 07 69 82 42 77

anad.association@yahoo.com

anad-association.fr

2020-3646

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Formation RGPD

23 avril 2020

Journal Spécial des Sociétés

8, rue Saint Augustin 75002 Paris

Renseignements : Audrey Lamoure 01 47 03 10 10

formation@jss.fr

www.jss.fr

2020-3628

LA RÉALITÉ

Compte tenu du laxisme ambiant dans l'application des textes communautaires, jusqu'à ces tout derniers temps, et ce, grâce à l'action particulièrement efficace des lobbys de l'agro-semence, il ne faut pas s'étonner de l'échec des politiques communautaires comme des politiques nationales dans la réduction des risques liés aux pesticides et dans la décroissance de l'usage de ces produits.

Il convient de mentionner que, comme le rappelle la Cour des comptes européenne dans son rapport publié le 21 janvier 2020⁴, le règlement n°1107/2009 instaure un cadre pour parvenir à une utilisation des PPP compatibles avec un développement durable pour promouvoir la lutte intégrée contre les ennemis des cultures. L'objectif, en effet est, de réduire au minimum l'utilisation des produits phytopharmaceutiques en recourant à des méthodes de substitution aux pesticides chimiques et à des méthodes non chimiques. Cet objectif se comprend lorsque l'on connaît la toxicité de mieux en mieux appréhendée de ces produits. Les États membres devaient élaborer avant le 26 novembre 2012 des plans d'action nationaux fixant des objectifs quantitatifs, des cibles et un calendrier en vue de réduire les risques et les effets de l'utilisation de ces produits. Les plans doivent ensuite être actualisés tous les cinq ans.

Force est de constater que si des mesures ont été prises tant par la Commission européenne que par les États membres, la transcription des textes a été menée *a minima*, et le rapport de la Cour des comptes souligne que les PPP à faible risque sont très utilisés (par exemple, la France préfère largement les produits de bio contrôle que les produits à faible risque). De manière générale, sur les 487 substances actives autorisées en Europe, 3 % d'entre elles seulement sont à faible risque. Le rapport souligne : « *jusqu'ici la Commission européenne n'a pas été en mesure de réduire fortement et de contrôler les risques liés à l'utilisation des pesticides par les agriculteurs. Les contrôles ne sont pas effectués, les indicateurs sont très insuffisants en raison d'un manque de données pertinentes. C'est la raison pour laquelle la Cour des comptes préconise de lier la lutte intégrée des cultures au paiement de la prochaine PAC.* »

Les résultats sont encore plus affligeants en France. Le rapport de la Cour des comptes du 27 novembre 2019 rappelle que la loi

de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement⁵ avait fixé les objectifs suivants : réduction de 50 % de l'usage des pesticides en dix ans (soit avant 2019), 50 % d'exploitations engagées en certification environnementale à l'horizon 2012 et 20 % de la surface agricole utile en agriculture biologique en 2020. Inutile d'indiquer qu'aucun de ces objectifs n'a évidemment été atteint, au contraire, l'utilisation des produits phytopharmaceutiques a progressé de 12 % entre 2009 et 2016, et encore de 24 % entre 2017 et 2018.

Le plan ECOPHYTO devenu le cœur du plan élaboré par la France dans le cadre du programme d'action communautaire visé par la directive-cadre 2009/128 CE – qui a connu trois étapes (ECOPHYTO 2018 (2009 2015) ECOPHYTO II (2016 2018), ECOPHYTO II+ présenté le 10 avril 2019 qui intègre une « sortie » du glyphosate – est un échec patent. L'échéance de réduction de 50 % en dix ans fixée à 2019, reportée à 2025 avec un objectif de réduction de 25 % en 2020, ne pourra pas être atteinte. Selon la Cour des comptes française, « *si la délivrance des certificats individuels de produits phytopharmaceutiques destinés à garantir la compétence des vendeurs et des utilisateurs progresse, leur obtention apparaît formelle et peu articulée avec les instruments de connaissance et de formation à la disposition des professionnels* ». Au regard d'un objectif de 50 % fixé en 2009, seulement 12 % des exploitations sont engagées dans des produits labellisés économes en intrants et la cible de 20 % de surface agricole utile en agriculture biologique n'est pas atteinte puisque 7,5 % seulement des surfaces le sont. Enfin, le dispositif très intéressant des certificats d'économies de produits phytopharmaceutiques a été renvoyé aux calendes et est désormais privé de tout dispositif de contrôle et de sanction.

LES RIVERAINS

S'agissant des questions sanitaires, le débat a évidemment rebondi avec l'absence de protection des riverains alors que les conditions dans lesquelles les agriculteurs doivent utiliser les pesticides s'accompagnent de mesures de protection de plus en plus draconiennes et comportent notamment l'interdiction de revenir sur les terres qui ont été épandues. Un arrêté

⁴ Utilisation durable des produits phytopharmaceutiques : des progrès limités en matière de mesure et de réduction des risques. Cour des comptes européenne.

⁵ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (article 31).

du 4 mai 2017, pris en application des règlements communautaires transcrits sous les articles L. 253-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, était intervenu pour fixer les conditions générales relatives à l'utilisation des PPP, de leurs adjuvants et les conditions particulières destinées à limiter les pollutions ponctuelles et à protéger les points d'eau. À la demande d'associations, le Conseil d'État, par un arrêt en date du 26 juin 2019⁶, a annulé un certain nombre des dispositions de cet arrêté et a en particulier enjoint au gouvernement de prendre, dans un délai de six mois, les dispositions destinées à protéger les riverains des zones traitées.

Dans l'intervalle, compte tenu de l'émotion provoquée dans la population par des épandages de pesticides au voisinage des habitations et en particulier de l'utilisation de produits à base de glyphosate un grand nombre de maires de communes rurales comme de villes, ont pris des arrêtés pour interdire l'épandage de pesticides soit sur tout le territoire s'agissant des villes, soit à 150 mètres des habitations s'agissant des communes rurales. Les préfets, sur instruction de l'État, ont systématiquement déferé ces arrêtés devant les tribunaux administratifs, lesquels ont rendu des décisions contradictoires. En effet, si le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté en masse les recours du préfet (ordonnances du TA Cergy-Pontoise), d'autres tribunaux ont pris des positions contraires, fondées sur l'incompétence des maires sur la base de leur pouvoir de police générale. En revanche, tous ont reconnu la toxicité des pesticides. Le gouvernement, pour répondre à l'injonction du Conseil d'État, a pris un décret et un arrêté le 27 décembre 2019, d'une part, pour encourager la signature de chartes entre utilisateurs et « victimes » de pesticides, et d'autre part, pour fixer à cinq ou dix mètres la distance minimale d'épandage pour tous les produits. Hormis les produits mortels (classés H), pour lesquels la distance de 20 mètres a été généreusement fixée. Ces décisions ont été attaquées devant le Conseil d'État ; des recours y sont pendants.

RESTE ENFIN L'ÉPINEUSE QUESTION DU GLYPHOSATE |||

Ce produit phare, désormais tombé dans le domaine public et initialement inventé par Monsanto, est devenu un symbole de la lutte anti-pesticide. Les études se sont en



effet amoncelées pour dénoncer le risque cancérigène de ce produit : son risque reprotoxique et son effet particulièrement toxique sur les poissons. En Californie, plusieurs tribunaux ont condamné Monsanto en reconnaissant la probabilité d'un lien de causalité entre le glyphosate, principe actif du Roundup, et le lymphome non-hodgkinien (qui est une maladie professionnelle des agriculteurs reconnue comme telle en France depuis 2015). En Europe, après un marathon, un avis favorable de l'EFSA, dont il a été établi *a posteriori* qu'il avait été donné dans des conditions éminemment contestables, une reconduction pour cinq ans du principe actif glyphosate a été décidée. Ultérieurement, deux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne sont intervenues, une première en octobre 2019 déjà citée, une autre antérieure relative à la publication obligatoire des études servant de base aux avis de l'EFSA, qui ne permettraient plus qu'une nouvelle autorisation de pesticides soit délivrée dans des conditions analogues. En France, le tribunal administratif de Lyon, par un jugement en date du 15 janvier 2019⁷, a annulé une autorisation de mise sur le marché d'un Roundup pro 360 en raison de l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'ANSES dans l'évaluation du risque lié au glyphosate. Ce jugement est frappé d'appel.

Enfin, par une décision très commentée et majeure⁸, le Conseil constitutionnel a précisément rappelé, à propos des pesticides, que la santé publique était un

objectif de valeur constitutionnelle, et que cet objectif justifiait qu'il puisse être porté atteinte de manière proportionnée à la liberté d'entreprendre. Ce principe pourrait bien s'appliquer au domaine de l'activité agricole.

En conclusion, comme pour l'amiante, les hormones de croissance, le distillbène et bien d'autres produits, le principe de précaution pourtant maintes fois invoqué n'est en réalité appliqué que de manière très parcimonieuse. Les considérations économiques continuent à l'emporter de manière massive sur l'intérêt de la santé publique et la protection des milieux. Un mouvement jurisprudentiel, venu essentiellement de la Cour de justice de l'Union européenne, essaye de ramener à un meilleur équilibre, en faveur des populations l'usage de produits dont la toxicité n'est plus niée que par les fabricants...

La France, parce qu'elle est le premier pays utilisateur de pesticides en Europe, pèse malheureusement encore beaucoup trop en faveur de l'utilisation de ces produits alors que certains pays européens les ont soit abandonnés comme l'Autriche, soit développé massivement l'agriculture biologique qui, du reste, correspond à une demande croissante des consommateurs. Combien de maladies, combien de rivières et de sols pollués pour des années par des produits qui ne sont pas biodégradables, combien de centaines de milliers d'abeilles sacrifiées seront nécessaires pour que le bon sens l'emporte ?

6) Conseil d'État, 26 juin 2019, Association générations futures et association Eau et Rivières de Bretagne requêtes numéros 415426, 415431.

7) TA Lyon, 15 janvier 2019, Comité de Recherche et d'Information Indépendante sur le Génie Génétique (CRIIGEN) n° 4704067.

8) Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

La mise en place du bio et local dans la restauration collective (50 % d'ici 2022)



Madeleine Babès,
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats



Sophia Faddaoui,
Elève-avocate

Améliorer la qualité des produits dans la restauration collective est l'un des objectifs de la loi Agriculture et Alimentation du 30 octobre 2018 (dite loi « EGalim »). Même si certaines communes n'ont pas attendu cette législation pour prendre de telles mesures, il n'en demeure pas moins que l'ensemble des repas servis dans les restaurants collectifs devront, au plus tard le 1^{er} janvier 2022, comprendre au moins 20 % de produits issus de l'agriculture biologique¹ et au moins 50 % de produits acquis selon des modalités prenant en compte les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit pendant son cycle de vie. Certains produits bénéficiant de signes officiels d'identification de qualité et d'origine considérés comme des mentions valorisantes sont aussi inclus (le label rouge, l'appellation d'origine, l'indication géographique...).

La date est désormais prise, et ce, depuis quelques années.

En effet, en 2007 déjà, le Grenelle de l'environnement avait introduit cet objectif, repris par la suite en 2008 dans la circulaire « *État entreprise* », ou encore dans le Plan ambition bio 2017 en 2013. Mais cet objectif n'avait, sans jeu de mots, jamais porté ses fruits.

C'est ainsi qu'il peut être constaté qu'aujourd'hui, malgré des évolutions et des améliorations des pratiques, le bio ne représente que 4,5 % du marché de la restauration collective. Selon l'Agence française pour le développement et la promotion de l'agriculture biologique, les freins à cette progression sont les surcoûts



engendrés et les difficultés à identifier des fournisseurs. Le prix plus élevé des produits issus de l'agriculture biologique s'explique notamment par un coût de production supérieur, mais aussi par le souci de la juste rémunération des différents maillons de la filière agricole.

Mais avec 3 milliards de repas par an servis en France, la restauration collective est un réel levier de la transition agricole et alimentaire pour espérer atteindre 15 % de surface agricole utile en agriculture biologique d'ici 2022, comme le souhaite la loi EGalim. Ces objectifs s'appliquent aux établissements gérés par des personnes morales de droit public ou privé, dès lors qu'ils prennent en charge une mission de service public de restauration collective.

Sont ainsi concernées un large panel de structures, parmi lesquelles les gestionnaires publics et privés, les services de restauration scolaires et universitaires, ainsi que les services de restauration des établissements d'accueil des enfants de moins de six ans, ou encore les établissements de santé, les établissements sociaux et médico-sociaux et les établissements pénitentiaires.

Mais si louables soient les objectifs fixés par la loi, ils ne sauraient être traités isolément, et nécessitent des réponses à trois questions fondamentales : combien coûte la mise en œuvre de tels objectifs ? Comment contrôler et sanctionner le non-respect des objectifs ? Comment articuler la loi EGalim avec les obligations posées par le Code de la commande publique ?

1) Article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime.

Autant de questions dont les réponses ne sont pas toujours simples.

LE COÛT DE LA MISE EN ŒUVRE :

COMBIEN COÛTE LA LOI EGALIM ? |||||

Il est bien évident que les objectifs de la loi EGalim seront atteints d'ici 2022 si, et seulement si, des moyens financiers sont mis en place ; de manière très compréhensible, les collectivités craignent l'introduction de surcoûts et le lourd impact budgétaire de ces mesures. Beaucoup de restaurants collectifs manquent effectivement de moyens financiers pour atteindre ces objectifs, notamment pour opérer des investissements matériels et immatériels. La volonté théorique de promouvoir une alimentation saine se heurte alors à la réalité de terrain.

En premier lieu, les surcoûts dus à l'approvisionnement en bio sont évalués entre 15 et 25 %, et ces surcoûts sont le plus souvent répercutés sur l'utilisateur par une augmentation du prix individuel du repas.

De manière plus concrète, le surcoût est estimé de l'ordre de 0 à 0,42 euro par repas bio² (0 à 0,15 euro pour les établissements scolaires).

Néanmoins, ce surcoût peut être compensé en partie par la mise en place de différentes initiatives. La lutte contre le gaspillage alimentaire est une des mesures phares de la loi qui l'a étendue aux services de restauration collective³. Cette démarche de lutte contre le gaspillage alimentaire intervient après la réalisation d'un diagnostic préalable, qui comprend une estimation des quantités de denrées alimentaires gaspillées et des coûts afférents, ainsi qu'une estimation des approvisionnements en produits issus de l'agriculture biologique. D'autres mesures (au demeurant plus techniques) peuvent également venir compenser ce surcoût : l'imposition d'un grammage et d'une diversification des protéines, l'organisation d'un approvisionnement plus adapté et d'une politique d'investissements locaux basées sur des partenariats. Ainsi, il a été démontré que la mise en place d'un repas végétarien par semaine pourrait permettre une économie de coût de l'ordre de 0,10 euro à 0,37 euro par repas. Reste à savoir si les mentalités sont prêtes...

Si certaines aides publiques existent bien en la matière, elles visent à subventionner l'achat de produits bio, mais pas directement à accompagner l'investissement dans ce secteur. Et c'est là une limite importante aux objectifs fixés. Pourtant, il est ici préconisé de mobiliser des aides comme l'utilisation du programme de l'Union européenne « *laits et fruits dans les écoles* », ou encore des aides aux investissements (appel à projet du Fond Avenir Bio ou encore les aides du programme de développement régional du FEADER).

En deuxième lieu, l'autre crainte qui devient une limite incontestable concerne la capacité limitée de la filière française. La production bio est en pleine croissance (augmentation significative des surfaces utiles et de la main-d'œuvre), mais la consommation l'est également, et ce, de manière exponentielle (+21,7 % pour la consommation des ménages entre 2015 et 2017).

Dans chaque région, un « *comité régional pour l'alimentation* » a ainsi été créé afin d'accompagner l'introduction de produits durables issus de l'agriculture biologique et pour faciliter l'approvisionnement des gestionnaires afin de garantir que les quotas puissent être remplis. La mise en place de ces mesures est également chapeautée par le Conseil national de la restauration collective (CNRC) installé depuis le 13 mars 2019 et présidé par Madame Riou-Canals, conseillère à la Cour des comptes.

LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES ENTACHÉE PAR DES MODALITÉS DE CONTRÔLE LIMITÉES ET L'ABSENCE DE SANCTIONS |||||

En recourant de nouveau à un système de quotas, la loi EGalim s'inscrit dans un mouvement volontariste qui ne cherche pas à pénaliser les acheteurs. Aucune sanction n'est prévue si les objectifs chiffrés ne sont pas atteints. En effet, la loi précise uniquement que des contrôles d'atteinte des objectifs et des organismes qui en ont la charge auront lieu par le biais de procédures dites de « *contrôle interne* ».

Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2020, les personnes morales en charge des restaurants collectifs doivent informer, une fois par an, par voie d'affichage et par

communication électronique, les usagers des restaurants collectifs dont elles ont la charge, de la part des produits entrant dans la composition des repas servis et des démarches qu'elles ont entreprises pour développer l'acquisition de produits issus du commerce équitable.

De plus, à titre expérimental et pour une durée de trois ans après la promulgation de la loi, les collectivités territoriales qui le souhaitent pourront participer à une expérimentation sur l'affichage obligatoire pour l'information des usagers sur la nature des produits entrant dans la composition des menus dans les services de restauration dont elles ont la charge.

Autre obligation prévue : les gestionnaires de restauration collective doivent également établir chaque année, au plus tard le 31 mars, un « *bilan statistique* » de la mise en œuvre de ces obligations pour l'année précédente.

Les gestionnaires des restaurants collectifs servant plus de 200 couverts par jour en moyenne sur l'année sont quant à eux tenus de présenter à leurs structures dirigeantes un plan pluriannuel de diversification de protéines, incluant des alternatives à base de protéines végétales dans les repas qu'ils proposent.

En outre, dans les cantines des crèches, des écoles et des universités, un comité d'usagers est obligatoirement mis en place. Il est consulté sur le respect de la qualité alimentaire et nutritionnelle des repas servis. En d'autres termes, si aucune sanction n'existe, les gestionnaires de la restauration collective doivent toutefois jouer le jeu et faire preuve de transparence pour attester du respect des objectifs imposés par la loi EGalim. Reste à savoir si cela sera suffisant pour atteindre les objectifs. Rendez-vous en 2022...

DES OBJECTIFS DEVANT S'ARTICULER AVEC LES RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE |||||

Il semblerait que pour respecter l'esprit de la loi EGalim et pour donner du sens à la consommation bio, il soit nécessaire d'associer bio et local. D'après l'enquête menée par l'Agence Bio⁴, 72 % des produits bio en restauration sont d'origine française, dont 50 % d'origine régionale, mais encore 20 % proviennent d'Europe et 8 % hors Union européenne. La loi EGalim souhaite certes favoriser la qualité sanitaire,

2) Rapport d'évaluation : Impacts budgétaires induits par l'application des règles prévues aux articles L. 230-5-1 à L. 230-5-5 du Code rural et de la pêche maritime concernant la qualité des approvisionnements en restauration collective (octobre 2019).

3) Ordonnance n° 2019-1069 du 21 octobre 2019 et C. envir., art. L. 541-15-3.

4) Baromètre consommation Agence BIO/CSA Research janvier 2017 : étude menée par Internet, via l'Access panel grand public CSA buzz, du 15 au 25 novembre 2016 auprès d'un échantillon représentatif de 1 002 Français âgés de 18 ans et plus, constitué d'après la méthode des quotas.

environnementale et nutritionnelle des produits, mais aussi l'approvisionnement de proximité pour faire bénéficier des effets positifs aux producteurs bio locaux.

Selon cette même enquête, le marché des produits bio en restauration collective est de 320 millions d'euros pour l'année 2018, en progression de 28 % par rapport à 2017. L'explosion de l'utilisation des produits bio dans la restauration collective bénéficie avant tout aux producteurs français. De plus, les résultats montrent que parmi les établissements de restauration collective qui introduisent des produits bio, dont ceux gérés par des personnes morales de droit public ou privé, 73 % déclarent encourager l'approvisionnement bio de proximité et 83 % d'entre eux le font en utilisant le critère de « performances en matière d'approvisionnement direct des produits de l'agriculture » dans leurs appels d'offres.

Pourtant, l'attribution des marchés publics ne peut pas conduire à privilégier des entreprises locales en raison de leur simple implantation géographique. L'acheteur public doit actionner d'autres leviers pour arriver à ses fins. Les règles de la commande publique étant concernées, un décret du 23 avril 2019⁵, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022, vient préciser les modalités de mise en œuvre de ces objectifs. Un article créé par le décret précise que les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit alimentaire pendant son cycle de vie devront être pris en compte, selon les modalités prévues au 2^o de l'article R. 2152-9 du Code de la commande publique. Ce même code définit d'ailleurs le coût du cycle de vie comme les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que les coûts liés à l'acquisition, l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources, les frais de maintenance ou les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage.

Le cycle de vie doit alors également couvrir les coûts imputés aux externalités environnementales, à savoir notamment les émissions de gaz à effet de serre ou les autres émissions polluantes. La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités du produit devra se fonder sur des critères non discriminatoires, vérifiables objectivement, accessibles à toutes les parties intéressées, et les données requises doivent pouvoir être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.



© John Lambeth - Pixels

Ainsi, lors de la passation de leurs marchés de fourniture et de denrées alimentaires, les personnes morales de droit public en charge des structures de restauration collective devront pondérer le critère lié aux externalités environnementales à hauteur de 10 à 30 % de la note totale. Une obligation qui donne un réel sens à l'introduction du développement durable dans les marchés publics. À l'issue de la phase de mise en concurrence, le marché sera attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, comme c'est le cas depuis des années maintenant. De ce fait, rentrera désormais dans l'équation, de manière obligatoire un critère environnemental préalablement défini. L'introduction des considérations environnementales dans la commande publique n'impose pas nécessairement le critère de proximité géographique ou de « localisme ». Traditionnellement, un critère d'attribution qui reposerait directement sur l'origine, l'implantation ou la proximité géographique des concurrents, ne pouvait être choisi par l'acheteur, car il méconnaissait à l'évidence les principes de non-discrimination, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Quelle que soit la façon dont l'acheteur souhaite procéder pour favoriser l'achat local, il doit donc impérativement établir un lien entre les critères ou les clauses d'exécution et l'objet du marché. Celui-ci

doit être défini avec soin pour justifier le recours à des critères environnementaux et sociaux. Ainsi, le recours à des produits bio peut s'expliquer par des préoccupations de santé et la limitation de la distance parcourue par des objectifs de réduction de l'impact environnemental. Dans le même esprit, des délais de livraison courts (et donc la proximité géographique du candidat) sont motivés par l'exigence de continuité du service public.

Finalement, l'acheteur ne peut donc exiger une capacité d'intervention à proximité que si elle constitue une condition de la bonne réalisation des prestations. Même si la prohibition du « localisme » n'est pas remise en cause, l'inclusion de considérations environnementales liées aux modalités de production, de transformation des produits ou de livraison pourrait à terme ouvrir le marché prioritairement aux entreprises de proximité.

Malgré une application encore récente et des résultats incertains, la loi EGalim a le mérite d'apporter aux collectivités locales des objectifs chiffrés pour la gestion des restaurations collectives et d'initier une évolution des habitudes de consommation. Néanmoins, le principal défi de cette transition vers le bio et le local restera surtout lié aux outils mis à disposition des collectivités, à savoir les moyens financiers et techniques essentiels pour y parvenir. Un premier bilan devra alors être dressé d'ici deux ans à peine.

5) Décret n° 2019-351 du 23 avril 2019 relatif à la composition des repas servis dans les restaurants collectifs en application de l'article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime.

Le contrôle de la souffrance animale par le droit : la jurisprudence de la cour de Strasbourg viendra-t-elle au secours de l'insuffisance des dispositions votées par le législateur français ?



Théophile Begel,
Avocat à la cour,
Huglo Lepage Avocats



Joachim Guillemard,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats

La prise en compte de la souffrance animale par le droit national remonte à une loi du 2 juillet 1850 dite « *loi Grammont* » du nom de son auteur, le Général Jacques Delmas de Grammont¹, député sensible au sort des chevaux de guerre et dont la démarche fut principalement motivée par les scènes tristement banales de maltraitance d'animaux dans les rues de Paris. Malgré un développement assez prématuré, la prise en compte de la souffrance animale par notre droit ne devait réellement débiter qu'au milieu du XX^e siècle, avant de constituer plus récemment un véritable débat de société à l'occasion du vote de la loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (dite « *loi EGalim* »). Pas moins de 120 amendements relatifs à l'amélioration des conditions de bien-être des animaux ont en effet été déposés au cours des travaux parlementaires de cette loi.

S'inscrivant ainsi dans la droite ligne d'une évolution tant juridique (l'article 515-14 du Code civil prévoit depuis la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 que « *les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité* ») que sociale (« *la sensibilité accrue au bien-être animal* ») figure parmi les principales raisons expliquant la récente hausse du nombre de végétariens et de végétaliens en France²), cet enjeu de société n'aurait sans doute pas eu une telle résonance au moment du vote de



cette loi sans la mobilisation de plusieurs associations de protection des animaux, dont l'association L214 étant sans doute l'une des plus emblématiques.

En effet, fondée en 2008, cette association s'est fait particulièrement connaître au cours de ces dernières années pour avoir publié des vidéos captées clandestinement dans des établissements d'abattage, visant à dénoncer les mises à mort d'animaux d'élevage en méconnaissance de la réglementation applicable, certaines exécutions étant en effet perpétrées sans étourdissement préalable de l'animal.

Depuis une Directive 74/577/CEE du Conseil, du 18 novembre 1974, relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage³, le droit de l'union européenne poursuit pourtant l'ambition d'assurer des conditions d'abattage permettant d'atteindre le plus haut degré de bien-être pour les animaux en leur évitant tout traitement cruel et en leur épargnant toute souffrance inutile, en imposant notamment l'étourdissement de l'animal avant toute mise à mort afin de provoquer un état d'inconscience et une perte de sensibilité.

Si la loi EGalim a permis certaines avancées, celles-ci peuvent toutefois être qualifiées

1) Également député, le Général Jacques Delmas de Grammont fit ainsi voter une loi prévoyant notamment que : « *Seront punis d'une amende de cinq à quinze francs, et pourront l'être d'un à cinq jours de prison, ceux qui auront exercé publiquement et abusivement des mauvais traitements envers les animaux domestiques.* »

2) Hausse du marché végétarien et végétal en France, *Lefigaro.fr*, 8 janvier 2019

3) Remplacée par le règlement (CE) n° 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort.

de décevantes au regard des espérances que le débat qui l'avait précédé avait fait naître, s'agissant en particulier de la question de l'efficacité des moyens de contrôles des pratiques de mises à mort au sein des établissements d'abattage (I.). Il y a toutefois fort à parier que la prise en compte de la souffrance animale devrait encore s'armer de nouveaux outils juridiques dans les prochaines années, compte tenu notamment de ce que l'état du droit actuel semble contraire à la jurisprudence de la cour de Strasbourg (II.).

I. LA LOI EGALIM : DES ÉVOLUTIONS CONTRASTÉES EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LA SOUFFRANCE ANIMALE

Malgré quelques évolutions notables (A), la loi EGalim reste majoritairement peu ambitieuse sur un sujet à propos duquel elle était pourtant très attendue (B).

A. LES AVANCÉES LÉGISLATIVES VISANT À LUTTER CONTRE LA SOUFFRANCE ANIMALE

L'article 67 de la loi, prévoyant la possibilité pour les associations de protection animale de se constituer partie civile pour les infractions contenues dans le Code rural et de la pêche maritime, est l'une des dispositions les plus saluées du nouveau régime. Antérieurement à la loi, en effet, ces associations ne pouvaient se constituer parties civiles qu'à l'encontre de certaines infractions définies de manière restrictive dans le Code pénal.

L'article 2-13 du Code de procédure pénale conférerait en effet à toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans et portant pour objet statutaire la défense des animaux, la possibilité de se constituer partie civile concernant les infractions réprimant les sévices graves ou les actes de cruauté et les mauvais traitements envers les animaux, ainsi que les atteintes volontaires à la vie d'un animal.

La Cour de cassation proposait en outre une interprétation très stricte de cette disposition, puisqu'elle refusait d'élargir la possibilité de se constituer partie civile pour une infraction de privation de soins, laquelle n'entre pas dans le champ de l'article 2-13 du code de procédure pénale. (Crim., 30 mai 2012, n°11-88.268, D. 2012, 1824). De même la Cour de cassation a-t-elle déjà pu rejeter la constitution de partie civile pour l'absence de soins des

sabots de chevaux, qui entraîne également la qualification de l'infraction de privation de soins mais n'atteint pas le seuil de gravité nécessaire pour qualifier celle de mauvais traitements (Crim. 22 mai 2007, n°3157).

Il est désormais possible à ces associations, de manière toujours assez restrictive, de se constituer partie civile pour deux infractions supplémentaires, contenues dans le code rural et de la pêche maritime. La constitution de partie civile est désormais possible pour les mauvais traitements commis par les professionnels (art. L. 215-11) et l'infraction tendant à la constatation de l'absence de détention d'une autorisation de transport relative à une espèce donnée pour le transport d'animaux vivants (art. L. 215-13).

Par le même article, le délit de mauvais traitements a été élargi aux professionnels de l'abattage et du transport alors qu'il était autrefois restreint à un certain nombre de professionnels listés strictement dans l'article L. 215-11 du Code rural et de la pêche maritime.

Enfin, les dispositions de l'article 67 viennent doubler les sanctions pénales relatives à cette infraction de mauvais traitements par rapport au régime antérieur, portant l'amende à 15 000 euros au lieu de 7 500 et la peine d'emprisonnement à un an au lieu de 6 mois.

Toutefois, il est à regretter que ce renforcement des sanctions ne s'accompagne pas de dispositions permettant la mise en œuvre de contrôles plus poussés au sein des différentes structures où peuvent être constatés de tels traitements.

B. LES INSUFFISANCES DE LA LOI EGALIM

Malgré certains apports, la loi EGalim reste décevante à de nombreux égards sur le sujet de la maltraitance animale.

Si la loi vient proposer la mise en place de contrôle par vidéo-surveillance dans les abattoirs aux termes de son article 71, c'est sur la seule base du volontariat. Les associations se sont montrées particulièrement critiques vis-à-vis de cette disposition nouvelle car si rien n'interdisait à ces abattoirs de mettre en place la vidéo surveillance avant la loi, et rien ne les y oblige après non plus depuis la promulgation de celle-ci.

On ne peut du reste que douter de l'effectivité d'une telle mesure puisque depuis l'entrée

en vigueur du décret n° 2019-379 du 26 avril 2019 relatif à l'expérimentation de dispositif de contrôle par vidéo en abattoir, seuls trois abattoirs sur 934 en France avaient candidaté auprès du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation au 26 janvier 2020 pour mettre en place un tel système de vidéo-surveillance⁴.

Un dispositif d'abattoir mobile a par ailleurs également été mis en place sous forme d'expérimentation permettant à l'animal de ne pas subir la souffrance physique et psychologique du transport vers l'abattoir (article 67 de la loi). Prévue pour un délai de quatre ans, cette expérimentation sera suivie par le Parlement qui se verra communiquer les résultats six mois avant la fin de l'expérimentation.

Une seconde avancée à la portée relativement faible figure à l'article 70 de la loi EGalim, qui impose la désignation d'une « *personne responsable de la protection animale* » (ou « RPA ») dans chaque établissement d'abattage par l'exploitant, aux fins d'aider ce dernier « à assurer le respect des mesures de protection des animaux au moment de leur mise à mort et des opérations annexes ». Une telle désignation était déjà obligatoire en vertu du droit antérieur, mais excluait les abattoirs de petite taille⁵. Si la disposition permet de ne plus distinguer selon la taille de l'abattoir, il reste que l'indépendance de ce responsable est encore largement discutée : si d'aucuns s'inquiètent de ce que la formation exigée pour un tel poste – de deux jours et uniquement théorique – serait trop légère⁶, d'autres doutent que le lien de subordination n'empêche cet employé à faire librement remonter à son employeur les dysfonctionnements constatés⁷.

En outre, et alors que des mesures d'interdiction de tous les systèmes d'élevage en cage des poules pondeuses et de de commercialisation d'œufs issus de poules élevées en cages était attendue⁸, l'article 68 de la loi s'est finalement borné limiter l'interdiction aux seuls nouveaux établissements ; un tel recul est d'autant plus regrettable que l'on ne peut que s'interroger sur l'utilité d'une telle disposition : selon plusieurs associations en effet et faute de débouchés commerciaux, il n'y aurait plus de nouvelle installation ou d'extension de telles installations depuis plusieurs années⁹.

4) Maltraitance animale dans les abattoirs : les promesses non tenues de la loi alimentation, Secrets d'Info, France Inter, 29 février 2020.

5) Selon l'article 17§6 du règlement (CE) n° 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 en effet, une telle obligation ne s'applique pas aux abattoirs « qui abattent moins de mille unités de gros bétail (mammifères) ou 150 000 oiseaux ou lapins par an ».

6) A. Garric, Des responsables de protection animale dans les abattoirs, une solution contre la maltraitance ? : *Le Monde*, 31 mars 2016.

7) Maltraitance animale dans les abattoirs : les promesses non tenues de la loi alimentation, Secrets d'Info, France Inter, 29 février 2020.

8) Emmanuel Macron s'était notamment engagé en ce sens dans un tweet publié au cours de la campagne présidentielle : « *Bien-être animal : je prends notamment l'engagement d'interdire d'ici 2022 de vendre des œufs de poules élevées en batterie* » (<https://en-marche.fr/emmanuel-macron/le-programme/environnement-et-transition-ecologique>).

9) L214 : l'Assemblée nationale sous influence des lobbies de l'élevage intensif. (www.l214.com/communications/20180528-projet-loi-alimentation-deputes-lobbies-elevage).

Enfin, et alors qu'était également attendues des dispositions visant à interdire les pratiques de broyage des poussins mâles dans les couvoirs industriels (considérés comme inutiles, les mâles sont en effet détruits par broyage) et rendre obligatoire le recours à la spectrométrie (technologie permettant de déterminer le sexe du poussin dans l'œuf, avant l'éclosion), l'article 69 de la loi se borne seulement à prévoir la réalisation par le gouvernement d'un « Rapport sur les évolutions souhaitables et les réalisations concrètes des volets relatifs au bien-être animal prévu par les filières des organisations interprofessionnelles », étudiant notamment l'opportunité de recourir à une telle technologie. Toutefois, le gouvernement semble avoir pris la mesure de la cruauté de ces traitements et a annoncé, le 30 octobre 2019, une interdiction de la pratique du broyage d'ici 2021¹⁰.

La seule obligation d'édition d'un rapport sur ce sujet, qui aurait pourtant pu faire l'objet de dispositions contraignantes dans le texte final, témoigne d'une considération secondaire du législateur pour la cause animale¹¹.

L'absence de moyens visant à endiguer efficacement les mauvaises pratiques constatées dans nombre d'abattoirs en France dans le texte final de la loi étant patente, la poursuite du combat mené par les associations de protection animale visant à dénoncer cette situation était donc fortement prévisible : le 20 février 2020 dernier, l'association L214 publiait une nouvelle vidéo dénonçant les conditions d'abattage de veaux dans un établissement d'abattage de Boulazac en Dordogne.

Compte tenu de son utilité dans le débat public relatif à la prise en compte de la souffrance animale, il sera donc intéressant de prêter une attention particulière au contentieux lié à la diffusion des vidéos destinées à dénoncer ces mauvaises pratiques dans une seconde partie.

II. LE CONTENTIEUX LIÉ À LA DIFFUSION D'IMAGES DE MALTRAITANCE ANIMALE

Si les condamnations des associations de défense des animaux par le juge



national sont systématiques (A), une telle jurisprudence semble toutefois contraire à celle retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme rendue au regard du droit à la liberté d'expression tel que protégé par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (B.).

A. UN CONTENTIEUX RÉCURRENT EN FRANCE

Les associations de protection et de défense des animaux semblent prises en étau entre, d'une part, la nécessité de dévoiler les images de maltraitance lorsque les contrôles sont insuffisants d'un côté et, d'autre part, les risques d'être confrontées à des poursuites pénales pour les infractions qu'elles commettent en captant et en diffusant ces images. Lorsqu'elles s'introduisent dans les abattoirs de manière illégale, ces associations encourent en effet des peines pour les infractions de diffamation, d'atteinte à la vie privée des salariés et plus généralement d'effraction.

Le 18 novembre 2019, le tribunal correctionnel de Pau a ainsi condamné l'association L214 pour atteinte à la vie privée de salariés suite à la diffusion des conditions de mise à mort des animaux

mais n'a retenu aucune charge pour la diffusion des images¹². Deux amendes ont été prononcées de 5 000 et 1500 euros sur ce premier chef d'accusation.

Le même tribunal avait condamné un an plus tôt l'établissement où avaient été captées ces images pour délit de tromperie, abattage sans équipement conforme et sans personnel qualifié. Quatre employés ont également été condamnés à titre personnel pour mauvais traitements sur les animaux.

Il y a donc un réel parallélisme des condamnations en matière de maltraitance animale. Si les associations sont bien condamnées, elles parviennent toutefois à obtenir la condamnation des structures responsables de ces maltraitances.

Le 19 octobre 2017, le tribunal correctionnel de Versailles a condamné de son côté deux militants de l'association L214 à une amende respective de 6000 euros, dont 5000 euros avec sursis, pour introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres sur le fondement de l'article 226-4 du code pénal. Ces deux militants avaient installé des vidéos dans un abattoir des Yvelines¹³.

Les militants se sont arrêtés à ce stade et ont décidé de ne pas faire appel, craignant une

10) Le « broyage des poussins » devrait être interdit en France à la fin de 2021, *Le Monde*, 30 octobre 2019, en ligne : https://www.lemonde.fr/planete/article/2019/10/30/le-broyage-des-poussins-devrait-etre-interdit-en-france-a-la-fin-de-2021_6017488_3244.html.

11) Le ministre de l'Alimentation et de l'Agriculture annonçait toutefois le 28 janvier 2020 dernier « avant la fin 2021, l'interdiction du broyage des poussins mâles » : Le gouvernement veut agir en faveur du bien-être animal, *La-Croix.com*, 28 janvier 2020, le gouvernement ayant en outre annoncé avoir investi quatre millions d'euros dans la recherche de solutions alternatives au broyage.

12) <https://www.ouest-france.fr/societe/l214/employes-filmes-dans-des-vidéos-de-maltraitance-dans-un-abattoir-l214-condamnee-6614020>

13) https://www.lemonde.fr/planete/article/2017/10/09/deux-militants-l214-condamnes-a-une-amende-pour-s-etre-introduits-dans-un-abattoir_5198372_3244.html

14) J.-P. Marguenaud, Les militants de l'association L214 devant le tribunal correctionnel, *RSDA*, n° 1 2017, p. 16.

aggravation de la condamnation, dont les sanctions peuvent aller jusqu'à 15 000 euros d'amende et un an de prison¹⁴.

Pourtant, une telle jurisprudence pose question au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment en ce qu'elle pourrait se voir neutraliser par la jurisprudence du juge de la Cour de Strasbourg dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à être saisi d'un tel contentieux.

B. UNE RÉACTION TOUJOURS ATTENDUE DU LÉGISLATEUR ET DE LA CEDH

Malgré les récentes annonces faites par le gouvernement en faveur d'une meilleure prise en compte du bien-être animal¹⁵, il n'en reste pas moins qu'aucune des mesures annoncées ne semble porter précisément sur l'augmentation des contrôles réalisés dans les établissements d'abattage, lequel demeure pourtant un sujet central.

Il paraît donc intéressant, compte tenu de l'état actuel du droit, de s'interroger sur la compatibilité de la jurisprudence nationale en la matière au regard de celle développée récemment par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), qui a en effet déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question de la révélation des maltraitances animales au regard du droit à la liberté d'expression.

Dans un arrêt *Tierbefreier* c/ Allemagne du 16 janvier 2014 (requête n°45192/09), le juge Strasbourgeois a ainsi déjà eu à connaître d'une affaire relativement similaire à celles qui ont valu de nombreuses condamnations aux associations de défense des animaux en France.

En l'espèce, un journaliste avait été engagé comme salarié d'un laboratoire pharmaceutique pratiquant des expériences sur les animaux et avait capté des images illustrant les traitements cruels infligés dans les locaux du laboratoire. De ce matériau, il avait ensuite réalisé un documentaire destiné à dénoncer ces méfaits, et dont le contenu intégral avait été mis en libre accès sur le site Internet de l'association *Tierbefreier*. Cette association avait immédiatement été destinataire d'une injonction prononcée par le juge civil allemand, prohibant la diffusion de

toute image provenant du reportage suite à la saisine de l'entreprise qui détenait le laboratoire.

Saisie de ce contentieux par l'association requérante, la CEDH a considéré que la sanction civile, destinée à interdire à l'association toute publication associée aux images qui lui avait été transmises par le journaliste, ne violait en rien son droit d'expression dans la mesure où cette sanction procédait d'un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation. Mais une telle solution se justifiait en partie au regard du passif de l'association et de ses relations antérieures avec l'entreprise pharmaceutique : par le passé, l'association avait en effet déjà pu organiser des attaques, jugées diffamatoires, envers le personnel de l'entreprise pharmaceutique et piraté son site Internet¹⁶. Dans de telles conditions, le juge strasbourgeois a donc estimé que la condamnation de l'association *Tierbefreier* était compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, en ce que ladite association avait manqué aux « règles de la bataille intellectuelle des idées », et que les attaques semblaient avoir été spécifiquement dirigées à l'encontre d'une société.

Il est donc envisageable que dans l'hypothèse où le juge de la CEDH viendrait à être saisi d'un recours relatif au cas d'espèce français, une solution différente soit apportée dès lors que l'association L214 ne semble pas avoir dirigé ses actions contre un établissement en particulier, ses vidéos ayant en effet été captées dans des abattoirs aussi différents que celui d'Houdan, Vigan, Alès, ou plus récemment celui de Boulazac en Dordogne. Il convient également de relever une autre distinction entre les actions commises par l'association L214 et les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Tierbefreier* rendu par la Cour de Strasbourg en 2014, s'agissant des conditions dans lesquelles les images ont été obtenues. Le journaliste allemand ne s'était pas introduit par effraction dans l'établissement puisqu'il y était employé. Saisie du contentieux français, la CEDH aurait donc une occasion supplémentaire de préciser la portée qu'il convient

d'accorder au droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention.

Dans un arrêt *Haldmann et autres* c/ Suisse du 24 février 2015, la Cour de Strasbourg avait en effet eu l'occasion, en se fondant sur l'article 10 de la CEDH, de constater une violation du droit à la liberté d'expression suite à la requête de quatre journalistes punis de quelques jours-amendes pour avoir enregistré et diffusé, dans un reportage destiné à dénoncer les mauvais conseils délivrés par les courtiers en assurance, une interview de l'un des membres de la profession réalisée en caméra cachée.

Il serait donc envisageable que la Cour de Strasbourg puisse conclure à l'existence d'une violation du droit à la liberté d'expression au regard de la jurisprudence française rendue à l'encontre de l'association L214, et notamment au regard de l'insuffisance du régime juridique applicable en matière de contrôles de conformité à la réglementation dans les établissements d'abattage français.

Il en résulte que, de manière assez regrettable, l'efficacité des contrôles réalisés au sein des établissements d'abattage (compte tenu, notamment, du caractère non-obligatoire des systèmes de vidéosurveillance, du défaut d'indépendance des « responsables de la protection animale » désignés, ou encore de la baisse de contrôles pratiqués en abattoirs¹⁷), semble toujours fortement tributaire de l'activisme d'associations de protection animale qui, tout en servant une cause d'intérêt général, restent toutefois exposées à des condamnations pénales : la dernière action de l'association L214 est d'ailleurs un exemple particulièrement patent d'une telle situation, dès lors que c'est précisément à la suite de la diffusion le 20 février 2020 d'une vidéo captée clandestinement par cette association dans un abattoir de Boulazac en Dordogne, que le ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation lui-même devait ordonner la conduite d'une enquête diligentée par la brigade nationale vétérinaire sur les lieux, laquelle devait ensuite conclure à un constat de méconnaissance des règles et la suspension de l'agrément de l'exploitation¹⁸.

15) Le gouvernement veut agir en faveur du bien-être animal, *La-Croix.com*, 28 janvier 2020.

16) J-P. Marguenaud, Les militants de l'association L214 devant le tribunal correctionnel, *RSDA*, n° 1 2017, p. 19.

17) Ainsi que l'a relevé l'association de consommateurs CLCV, le nombre d'inspections complètes réalisées par les directions départementales de la cohésion sociale (DDCSPP) est drastiquement en baisse : en 2019, 1 132 chaînes d'abattage avaient ainsi été inspectées, soit 30 % de moins qu'en 2018 : <https://www.franceinter.fr/emissions/secrets-d-info/secrets-d-info-29-fevrier-2020>

18) Dordogne : Un abattoir de veaux suspendu par le ministère de l'Agriculture après une vidéo de L214, *20minutes.fr*, 28 février 2020

La lutte contre le gaspillage alimentaire



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

La loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire a introduit dans notre dispositif législatif de nouvelles dispositions pour lutter contre le gaspillage alimentaire, mais ce combat est déjà engagé dans notre pays depuis plusieurs années à la fois sous une forme contractuelle et sous une forme législative. Il va de soi que le dernier dispositif mis en place va considérablement renforcer le système existant. Avant de le préciser, il convient de rappeler quelques éléments chiffrés. D'après le ministère de l'Écologie, le gaspillage alimentaire représente 10 millions de tonnes de produits par an, soit 16 milliards d'euros, soit encore 3 % de nos émissions de gaz à effet de serre. La répartition des pertes et gaspillages s'effectue de la manière suivante : 32 % phase de production, 21 % phase de transformation, 14 % phase de distribution, et 33 % phase de consommation, soit 30 kg par personne et par an dans un foyer, dont 7 kg de déchets alimentaires non consommés encore emballés. Autrement dit, le sujet est à la fois écologique, économique et social.

LE PACTE NATIONAL CONTRE LE GASPILLAGE |||||

La première intervention de l'État dans ce domaine s'est faite en 2013 par la signature entre l'État et les représentants des acteurs de la chaîne alimentaire d'un pacte national de lutte contre le gaspillage alimentaire comportant 11 mesures, dont un nouveau logo « *anti gaspi* », des expérimentations de dons, de la formation, des clauses relatives à la lutte contre le gaspillage dans les marchés publics de restauration collective, l'insertion du sujet du gaspillage alimentaire dans les plans relatifs à la prévention des déchets des mesures dans le cas de la RSE, etc. Cette convention, purement facultative, avait notamment été signée à l'époque par quelques associations, le syndicat de la restauration collective, quelques collectivités locales, les associations de l'aide alimentaire, l'Ania et la grande distribution, ainsi que la FNSEA. Ce premier pacte a été reconduit sur la période 2017-2020 à une échelle beaucoup plus importante regroupant 5 ministères, 55 partenaires et 6 groupes de travail (indicateurs et mesures du gaspillage, date de péremption,



gestion des invendus et don alimentaire, innovation, efficacité et partenariat, éducation, formation et sensibilisation, Europe et international). Il va de soi que ces groupes de travail ont contribué à l'élaboration de la loi du 10 février 2020. Du reste, l'objectif du pacte national de lutte contre le gaspillage alimentaire de réduire à l'horizon 2025 de 50 % le gaspillage, soit une moyenne de 5 % par an entre 2013 et 2025, est repris par la loi.

LES PREMIÈRES LOIS (2015-2019) |||||

Parallèlement, le législateur s'est saisi du sujet avec une simple mention dans la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte de 2015, qui prévoit la mise en place, avant le 1^{er} septembre 2016, d'une démarche contre le gaspillage alimentaire dans la restauration collective. À l'époque, le député Guillaume Garot, missionné le 15 octobre 2014 pour formuler des recommandations au gouvernement en matière de lutte contre le gaspillage alimentaire, n'avait pas encore remis son rapport¹. La troisième partie de ce rapport, intitulée « *Vers un nouveau modèle de développement* », formulait une vision de la démarche qui ne se limitait pas à des outils développés autour de la communication, de la certification des

démarches anti-gaspillage, de la clarification et de la simplification du droit existant en ce qui concerne en particulier le don de la commande publique, de la RSE et des études d'impact. En effet, il rattachait le sujet aux stratégies locales, à l'emploi, à la gestion des crises de production, à la récupération, enfin à la politique à mener au niveau européen et planétaire. Ce rapport a donné lieu à la première loi de lutte contre le gaspillage alimentaire du 11 février 2016 dite loi Garot². Cette loi, moins ambitieuse que le rapport éponyme, contient néanmoins l'obligation pour les magasins alimentaires de 400 m² de proposer une convention de dons à des associations pour la reprise des invendus alimentaires encore consommables, et l'interdiction pour les distributeurs alimentaires de rendre impropres à la consommation des invendus encore consommables. Comme pour la politique des déchets, cette loi introduit une hiérarchie dans les actions à mener en donnant la priorité à la prévention puis au don ou à la transformation en tant que débouchés puis à la valorisation en alimentation animale énergétique, et enfin à la destruction qui est un dernier recours. La loi prévoit enfin le renforcement des actions d'éducation et de sensibilisation, l'intégration du sujet dans la RSE.

1) Rapport de Guillaume Garot au Premier ministre du 14 avril 2015 : lutte contre le gaspillage alimentaire : proposition pour une politique publique.

2) Loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire.

La seconde étape législative se trouve dans la loi EGalim³ qui étend la lutte contre le gaspillage alimentaire, la restauration collective et à l'industrie agroalimentaire qui débute par un diagnostic préalable. Cette loi est complétée par l'ordonnance du 21 octobre 2019. Celle-ci fixe tout d'abord les règles du diagnostic (estimation des quantités de denrées alimentaires gaspillées, de leur coût, estimation des approvisionnements en produits issus de l'agriculture biologique, économies liées à la réduction du gaspillage). La loi précise les conditions du don alimentaire, les obligations de la loi Garot à l'industrie agroalimentaire et à la restauration, somme les grands opérateurs de l'industrie agroalimentaire et de la restauration collective à rendre publics leurs engagements et les procédures de contrôle mises en œuvre. Sont concernés les opérateurs industriels de l'agroalimentaire dont le chiffre d'affaires est supérieur à 50 millions d'euros, et les opérateurs de restauration collective dont le nombre de repas préparés est supérieur à 3 000 par jour. Quant aux établissements scolaires, le gestionnaire des services de restauration collective doit présenter un état des lieux du gaspillage alimentaire dans le cadre de l'éducation.

Toutefois, ce système législatif et réglementaire était en réalité jugé insuffisant avant même d'être réellement mis en place puisque la loi du 10 février 2020 vient renforcer le dispositif, en particulier au niveau du contrôle et des sanctions.

LES APPORTS DE LA LOI DU 10 FÉVRIER 2020

C'est le titre III de la loi (articles 30 à 41) qui traite du sujet du réemploi et de la réutilisation, ainsi que de l'économie, la fonctionnalité servicielle dans le cas de la lutte contre le gaspillage. Il convient tout d'abord de s'arrêter sur ce titre. L'économie de fonctionnalité est une économie qui est fondée sur l'usage d'un bien et non sur sa propriété ; elle est bien entendu en lien avec l'économie de services qui vise à fonder les *business plans* non plus sur la vente des biens, mais sur la prestation d'un service d'utilisation du bien. Dans tous les cas de figure, l'intérêt de l'entreprise qui produit le bien et en vend l'usage n'est plus de viser l'obsolescence programmée, et de surcroît la perte du bien pour revendre un autre, elle est de faire durer le bien le plus longtemps possible, voire de le réutiliser ou de le recycler. Ainsi la lutte contre le gaspillage s'intègre-t-elle dans un modèle de développement économique tout à fait différent du modèle linéaire puisqu'il s'agit d'un modèle circulaire. C'est la raison pour laquelle le champ d'application de la loi est beaucoup plus vaste que la seule question du gaspillage alimentaire (reconditionnement des produits, pratiques commerciales encouragées, ventes sans emballage, nouvelles règles concernant la publicité commerciale par prospectus, les déchets du bâtiment, conditions

de la commande publique, etc.). Le présent commentaire se limitera aux questions alimentaires.

La loi fixe tout d'abord l'objectif qui était celui du pacte national, à savoir la réduction du gaspillage alimentaire de 50 % par rapport à son niveau en 2015 dans le domaine de la distribution alimentaire et de la restauration collective, et 50 % en 2030 par rapport au niveau de 2015 dans les domaines de la consommation, de la production, de la transformation et de la restauration commerciale.

Le champ d'application de la loi est étendu. L'article L. 541-15-6 du code de l'environnement est modifié pour ajouter au commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à un certain seuil, aux opérateurs de l'industrie agroalimentaire dont le chiffre d'affaires est supérieur à 50 millions d'euros, aux opérateurs de la restauration collective dont le nombre de repas préparés est supérieur à 3 000 repas par jour, les opérateurs de commerce de gros alimentaires dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 50 millions d'euros. Il est également précisé que pour les commerces de détail alimentaire dont la surface de vente est supérieure au seuil mentionné à l'alinéa de l'article 3, peuvent conclure une convention précisant les modalités selon lesquelles les denrées alimentaires sont concédées à titre gratuit. Il en va de même des commerçants non sédentaires, des traiteurs et des organisateurs de réception. De la même manière, l'article L. 541-15-5, qui précise que les distributeurs du secteur alimentaire, les opérateurs de l'industrie agroalimentaire et les opérateurs de la restauration collective doivent respecter la hiérarchie fixée par la loi du 11 février 2016, étend cette obligation aux opérateurs de commerce de gros.

La loi prévoit également (article L. 541-15-13) que les acteurs de la filière de distribution et des états des établissements de santé peuvent conclure des conventions permettant la cession de matériel médical à titre gratuit à une ou plusieurs associations et structures de l'économie sociale et solidaire définie à l'article L. 3332-17-1 du code du travail. Dans la catégorie médicaments, la délivrance en officine peut se faire à l'unité, si cela est possible, dans le but d'éviter le gaspillage des médicaments (article L. 5123-8 du code de la santé publique).

La loi comporte également un certain nombre de dispositions très concrètes relatives aux conditions du don et à la gestion des stocks. Après avoir une définition du gaspillage alimentaire dans l'article L. 541-15-4 modifié (« *constitue le gaspillage alimentaire toute nourriture destinée à la consommation humaine qui, à une étape de la chaîne alimentaire, est jetée, perdue, ou dégradée* ») la loi définit dans l'article L. 541-15-8 les conditions du don en créant une obligation de réemployer, notamment par le don, des produits de première nécessité à des associations de lutte contre la précarité et des structures de l'économie sociale

et solidaire, ou de réutiliser ou de recycler leurs invendus en respectant la hiérarchie des modes de traitement. Le réemploi, la réutilisation, le recyclage ne sont possibles que s'ils répondent à l'objectif de développement durable, et un délai est donné pour la mise en place des filières. La seule exclusion est celle des produits dont l'élimination est prescrite ou dont le réemploi comporte des risques sérieux pour la sécurité de la santé. Les dispositions de ce texte sont applicables au 1^{er} janvier 2021, sauf pour les produits qui étaient sous les principes de responsabilité élargie du producteur antérieurement ; la date est reportée au 1^{er} janvier 2022. S'il y a la nécessité de mettre en place des filières de réemploi ou de réutilisation, recyclage adaptés, dans ce cas, le délai ultime est fixé au plus tard au 31 décembre 2023.

S'agissant des stocks, l'article L. 541-14 est créé, permettant que dans le traitement informatique des stocks, la date limite de consommation, la date de durabilité minimale et le numéro de lot puissent être intégrés dans les codifications d'informations des denrées alimentaires. Le but de ce dispositif est de mieux gérer, concrètement, les conditions d'utilisation de produits alimentaires au-delà de la date de péremption qui figure sur les étiquettes.

Enfin, la loi organise des contrôles et précise des sanctions qui n'existaient pas antérieurement. Outre l'obligation de diagnostic qui doit être mise en place pour les opérateurs agroalimentaires avant le 1^{er} janvier 2021 (article L. 541-15-3 nouveau du Code de l'environnement) l'article L. 541-15-6 oblige désormais les opérateurs à mettre en place des procédures de suivi et de contrôle de la qualité du don de dispositions s'intégrant dans une disposition plus générale relative à la publication des efforts faits dans la lutte contre le gaspillage ; il est très probable que ces procédures de suivi de contrôle de la qualité du don devront également être rendues publiques.

Enfin, la loi fixe des sanctions en modifiant les dispositions de l'article L. 541-47 du code de l'environnement en prévoyant une amende qui peut atteindre le montant maximal de 0,1 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos réalisé par l'établissement coupable de l'infraction, sachant que le montant de la demande doit être proportionné à la gravité des faits constatés, notamment en nombre de volumes de produits en infraction. Auparavant, l'amende était dérisoire, 3 750 euros pour avoir rendu impropres à la consommation humaine des denrées alimentaires encore consommables.

Il conviendra bien entendu d'attendre la sortie des dispositions réglementaires et surtout la mise en œuvre des textes précédents pour pouvoir apprécier si, effectivement, la lutte contre le gaspillage alimentaire est devenue une réalité concrète en France et si celle-ci peut se prévaloir d'une politique exemplaire dans ce domaine.

3) Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire une limitation saine, durable et accessible.

Loi EGalim : qualité des produits alimentaires et risque alimentaire, une complémentarité au profit des consommateurs



Andréa Marti,
Avocat à la cour,
Huglo Lepage Avocats



Arielle Guillaumot,
Élève-avocate

« Nous n'arriverons pas à construire un modèle agricole durable si nous procrastinons parce qu'il y aura des scandales sanitaires et parce que, tôt ou tard, ce sera notre responsabilité collective. » Issue du discours de Rungis du 12 octobre 2017 du président de la République, Emmanuel Macron, en amont de l'adoption de la loi EGalim¹, cette phrase résonne toujours avec l'actualité liée à la découverte en janvier 2020 d'un nouveau coronavirus (COVID-19).

En effet, d'après les autorités chinoises, la majorité des premières personnes malades ont été sur le marché de Wuhan, rendant probable l'hypothèse d'une maladie transmise par les aliments achetés et, *in fine*, par des animaux².

Les produits alimentaires à l'origine de ce nouveau virus peuvent entraîner des maladies allant d'un rhume banal à une infection pulmonaire sévère, responsable d'une détresse respiratoire aiguë.

En sus de la gestion immédiate du risque sanitaire interdisant notamment la vente d'animaux sauvages de manière temporaire, le gouvernement chinois a déjà annoncé qu'une proposition de loi visant à « abolir la mauvaise habitude de surconsommer des animaux sauvages et protéger efficacement la santé et la vie de la population » serait débattue³.

Qualité des produits alimentaires et risque alimentaire semblent aller de pair.



Discours de Rungis du 12 octobre 2017 du président de la République, Emmanuel Macron.

Si les pouvoirs publics français interviennent depuis l'Ancien Régime en matière de sécurité alimentaire, cette politique vise avant tout à garantir des revenus et des emplois aux agriculteurs. La loi EGalim poursuit cet objectif à travers le Titre 1^{er} consacré à l'amélioration de l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire. Ce titre s'inscrit dans la lignée de l'adoption du règlement (UE) 2017/2393 du 13 décembre 2017, dit règlement « Omnibus ».

À l'inverse, l'intérêt sanitaire et la santé des consommateurs n'ont été pris en compte que bien plus tard, au gré des

nombreux scandales alimentaires tels que le poulet à la dioxine en 1999, la vache folle en 1996, le lait aux salmonelles en 2017, les graines germées tueuses en 2011 ou encore les lasagnes à la viande de cheval en 2013 et la présence de fipronil dans les œufs en 2017.

Si la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche a jeté les bases d'une politique de l'alimentation, la loi EGalim a consacré un titre II entier à la qualité et la sécurité alimentaire : « Mesures en faveur d'une alimentation saine, de qualité, durable, accessible à tous et respectueuse du bien-être animal ».

1) Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

2) Toutefois le réservoir animal à l'origine de cette transmission n'est pas connu à ce jour, voir site Internet du ministère des Solidarités et de la Santé : <https://solidarites-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/maladies/maladies-infectieuses/coronavirus/coronavirus-questions-reponses>.

3) France 24, Coronavirus : la Chine interdit le commerce d'animaux sauvages, 24 février 2020.

La loi EGalim est issue des États généraux de l'Alimentation qui se sont déroulés de juillet à décembre 2017. Cette grande consultation publique a identifié plusieurs objectifs, dont ceux d'assurer un « haut niveau de sécurité alimentaire », « d'élaborer des stratégies européennes et nationales sur les risques émergents et chroniques » ou encore d'atteindre « un équilibre nutritionnel » dans l'alimentation de chacun⁴.

L'exposé de la loi EGalim tente de rendre compte de cette attente : « les consommateurs manifestent aujourd'hui une sensibilité croissante aux conditions de production des produits alimentaires et expriment des attentes nouvelles en termes de respect de l'environnement, de qualité des produits, de bien-être animal ».

Un an après l'adoption de la loi, la commission des affaires économiques du Sénat a dressé un premier bilan de son application⁵. Le rapport précise que la loi pourrait avoir des effets contraires à ce qui était prévu, en déstabilisant des acteurs économiques des territoires ruraux, mais ne dit mot des effets de la loi sur les consommateurs, dont la préoccupation pour le contenu de leur assiette ne faiblit pourtant pas, comme en témoigne leur appétence croissante pour les applications de décryptage des ingrédients.

L'anniversaire de l'entrée en vigueur de la loi apparaît être le moment opportun pour étudier dans quelle mesure celle-ci a réellement permis de réduire les risques liés à la consommation de produits alimentaires, et donc d'atteindre son objectif de rendre l'alimentation plus sûre, mais aussi de meilleure qualité.

Si la loi a certainement conduit à un renforcement de la sécurité au niveau du processus de production alimentaire (I.), l'amélioration de l'information et de la transparence demeure très relative (II.).

I. LE RENFORCEMENT CERTAIN DE LA SÉCURITÉ AU NIVEAU DU PROCESSUS DE PRODUCTION ALIMENTAIRE

La loi EGalim est venue, au niveau du processus de production alimentaire, renforcer d'une part la qualité des

produits alimentaires, notamment en suspendant la mise sur le marché de l'additif E171 (A), mais également en revoyant la procédure des contrôles effectués par les laboratoires pour le compte des entreprises (B).

A. SUR LE RENFORCEMENT DE LA QUALITÉ : L'ADDITIF E171 ET LES PRODUITS PHYTOPHARMACEUTIQUES DANS LE VISEUR

L'article 53 de la loi prévoit la suspension de la mise sur le marché du dioxyde de titane utilisé comme additif alimentaire (E171).

Après une étude en 2006 du Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) le classant comme « *cancérogène possible pour l'homme* » lorsqu'il est inhalé, l'ANSES⁶ et l'INRA⁷ ont mis en évidence en 2017 « *des effets qui n'avaient pas été identifiés auparavant* ».

Ce même article prévoyait également la remise d'un rapport du gouvernement au Parlement « *sur toutes les mesures prises concernant l'importation et la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux de toute denrée alimentaire contenant du dioxyde de titane en tant qu'additif alimentaire (E171) et les usages grand public* ».

Avec un mois de retard, le gouvernement a bien remis ledit rapport le 25 janvier 2019 sans conclure à l'interdiction de cette substance. En parallèle, l'ANSES a remis une étude sur la dangerosité de cette substance le 12 avril 2019 en conséquence de laquelle le ministre de l'Économie et des Finances a publié un arrêté du 17 avril 2019 « *portant suspension de la mise sur le marché des denrées contenant l'additif E171 (dioxyde de titane - TiO₂)* ».

Il a donc été fait application pour cette substance des dispositions de l'article L. 521-17 du Code de la consommation qui permettent au ministre chargé de la consommation ou des ministres intéressés, « *en cas de danger grave ou immédiat (...) de suspendre par arrêté conjoint, pour une durée n'excédant pas un an, la fabrication, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux d'un produit et faire procéder à son retrait en tous lieux où il se trouve ou à sa destruction lorsque celle-ci constitue le seul moyen de faire cesser le danger* ».

Ainsi, l'interdiction de la substance E171 est prévue pour une durée d'un an à compter du 1^{er} janvier 2020 au nom du principe de précaution en matière de santé publique. Ces délais « *devraient permettre de finaliser la fixation d'une dose journalière admissible relative à cet additif, les études de l'Agence européenne de sécurité sanitaire des aliments (EFSA) se poursuivant* »⁸.

Par ailleurs, l'article 44 de la loi EGalim, modifiant l'article L. 236-1 du Code rural et de la pêche maritime, interdit la vente ou la distribution de produits ne respectant pas la réglementation européenne en matière d'utilisation de produits phytopharmaceutiques ou vétérinaires, d'aliments pour animaux ou ne respectant pas les exigences européennes d'identification et de traçabilité. Cet article prévoit également que l'autorité administrative prend toutes les mesures de nature à faire respecter cette interdiction.

Comme l'ont souligné les travaux parlementaires, cet article a « *une portée normative limitée* » dès lors que la distribution et la commercialisation des produits désignés sont déjà interdites, puisqu'ils ne respectent pas les réglementations en vigueur en France. Cet article vise donc à « *interpeller le gouvernement sur des pratiques commerciales déloyales et sur la nécessité de renforcer les contrôles effectués par les services d'inspection* »⁹.

Toutefois, un an après, cet article reste non appliqué. Les rapporteurs ont « *conscience de la difficulté de la tâche, mais ils regrettent que rien n'ait été fait en ce sens jusqu'à maintenant. Il serait souhaitable que le gouvernement précise ses intentions sur ce point* »¹⁰. Un texte d'application reste donc toujours attendu.

B. SUR LE RENFORCEMENT DES CONTRÔLES : ANALYSES D'AUTOCONTRÔLE DES LABORATOIRES DÉSORMAIS SOUMIS À ACCRÉDITATION

L'article 52 de la loi EGalim prévoit que les laboratoires réalisant des analyses d'autocontrôle dans le secteur alimentaire, le secteur des sous-produits animaux ou le secteur de l'alimentation animale doivent être soit accrédités, soit participer à leurs frais à un processus d'essais de comparaison inter-

4) Voir Feuille de route 2018-2022 – Politique de l'alimentation – États généraux de l'alimentation.

5) Gremillet, Raison et Loisier, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires économiques dressant un bilan du titre 1^{er} de la Loi EGalim un an après sa promulgation : Loi EGalim un an après : le compte n'y est pas, Sénat, 30 octobre 2019.

6) ANSES, Avis relatif à une demande d'avis relatif à l'exposition alimentaire aux nanoparticules de dioxyde de titane, 4 avril 2017.

7) INRA, Additif alimentaire E171 : les premiers résultats de l'exposition orale aux nanoparticules de dioxyde de titane, communiqué de presse, 20 janvier 2017.

8) Moreau J-B., Nury J., Rapport d'information sur l'application de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, 29 mai 2019, p. 47.

9) Moreau J-B., Rapport pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, 18 juillet 2018, p. 162.

10) Moreau J-B., Nury J., Rapport d'information sur l'application de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, 29 mai 2019, p. 35.

laboratoires. Il vient ainsi modifier l'article L. 202-3 du Code rural et de la pêche maritime.

Trois types de laboratoires sont chargés de la sécurité alimentaire. En sus des laboratoires nationaux de référence et des laboratoires agréés, d'autres laboratoires réalisent des analyses d'autocontrôles pour le compte des professionnels du secteur agricole désirant vérifier qu'ils respectent la réglementation sanitaire.

Auparavant, l'article L. 202-3 précité pouvait soumettre ces laboratoires à une procédure de reconnaissance de qualification par le ministère de l'Agriculture. Elle a notamment été mise en place en novembre 2017 pour s'assurer de l'absence d'infection par le virus de l'influenza aviaire. Cette procédure est toutefois moins contraignante que celle d'agrément, qui s'applique aux laboratoires chargés des analyses officielles.

Désormais, l'accréditation pourra être délivrée selon la « *norme relative aux exigences générales concernant la compétence des laboratoires d'étalonnages et d'essais* » ; les résultats des audits d'accréditation pouvant être communiqués à l'autorité administrative.

Le décret n° 2019-332 du 17 avril 2019 relatif « *aux conditions de mise en œuvre des analyses d'autocontrôle dans les secteurs alimentaires, des sous-produits animaux et de l'alimentation animale* » est venu préciser les modalités d'accréditation des laboratoires et de sous-traitance des analyses.

II. LE RENFORCEMENT INSUFFISANT DE L'INFORMATION SUR LA PRODUCTION ALIMENTAIRE

Si la loi EGalim contient quelques dispositions renforçant la transparence et l'accès à l'information sur les produits alimentaires (A), celles-ci demeurent largement insuffisantes face à l'objectif affiché (B).

A. DES AVANCÉES PROMETTEUSES ENCORE NON OPÉRATIONNELLES

Garantir « *une alimentation saine, durable et sûre* » passe également par une meilleure information et une plus grande transparence du processus de production alimentaire. Les États généraux de l'alimentation avaient ainsi retenu l'axe d'action suivant : « *renforcer l'information générale du consommateur par une*



Les bonbons, notamment, sont nombreux à contenir du dioxyde de titane [additif alimentaire (E171)]

communication simple et positive ». La loi EGalim, telle qu'elle a été promulguée, contient plusieurs dispositions destinées à renforcer la transparence et améliorer l'information sur la sécurité et la qualité des denrées alimentaires.

Ainsi, aux termes des nouveaux articles L. 201-7, L. 237-2 et L. 251-20 du Code rural et de la pêche maritime, les producteurs, importateurs, fabricants et distributeurs de produits alimentaires ont désormais une obligation d'information en cas de risque posé par leurs produits pour la santé humaine ou animale.

Il suffit que le propriétaire ou détenteur du produit litigieux « *considère ou ait des raisons de penser* » qu'il présente ou est susceptible de présenter un risque pour la santé humaine ou animale pour que l'autorité administrative en soit informée « *immédiatement* ». Aucun délai n'est précisé, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre – dans la limite d'un délai raisonnable – au propriétaire pour informer le préfet d'une situation à risque.

Les résultats d'analyse ainsi que les mesures prises pour protéger la santé humaine ou animale doivent être communiqués au préfet, en application de l'article D. 201-7 du Code rural et de la pêche maritime¹¹. Les contrevenants s'exposent sinon à six mois d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

De plus, la loi a modifié l'article L. 423-3 du Code de la consommation, qui prévoit une nouvelle obligation pour les exploitants du secteur alimentaire de déclarer sur un site Internet unique en cas de produits rappelés ou retirés. Le non-respect de cette obligation est puni d'une contravention de 5^e classe.

À ce jour, le site Internet officiel n'est toujours pas en ligne, bien que ces nouvelles dispositions soient entrées en vigueur au 11 avril 2019. L'arrêté déterminant les conditions de fonctionnement (adresse, informations à déclarer, nature de celles rendues publiques, modalités de déclaration, de publication et d'actualisation) du site permettant aux producteurs et distributeurs de procéder au rappel de denrées alimentaires se fait attendre.

Les consommateurs souhaitant s'informer sur de tels rappels doivent donc s'en remettre, pour l'instant, à des pages Internet non officielles¹².

En outre, depuis la loi EGalim, l'observatoire de la qualité de l'alimentation (OQALI) assure un suivi global de la qualité nutritionnelle de l'offre alimentaire, en collectant et analysant les données nutritionnelles relatives aux aliments pour éclairer à la fois les pouvoirs publics et les opérateurs privés.

Cet observatoire est mis en œuvre par l'INRA et l'ANSES ainsi que par les

11) Formulaire CERFA n°15989*02 « *Transmission d'informations sanitaires à l'autorité administrative au titre de l'article L. 201-7 du Code rural et de la pêche maritime* ».

12) Par exemple le site Internet <https://www.oulah.fr/>.

ministères en charge de la Santé, de la Consommation et de l'Alimentation, à travers une convention-cadre signée le 12 décembre 2019.

Dans ce cadre, l'OQALI s'est vu confier de nouvelles missions centrales, notamment le suivi du Nutri-Score¹³ ou encore la publication de rapports tels que celui relatif au bilan et l'évolution de l'utilisation des additifs dans les produits transformés¹⁴.

Si ces quelques nouvelles propositions sont relativement prometteuses, elles sont encore loin d'être complètement opérationnelles. De plus, elles ne permettent pas de s'assurer d'une collaboration étroite entre les propriétaires ou détenteurs d'un produit litigieux et l'administration.

En outre, de nombreuses propositions intéressantes ont cependant disparu de la mouture finale de la loi EGalim.

B. LES OCCASIONS MANQUÉES : LA CENSURE MASSIVE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La loi EGalim a surtout été, en ce qui concerne l'amélioration de l'information et de la transparence, une occasion manquée. La censure de 23 articles opérée par le Conseil constitutionnel¹⁵ avant la promulgation de la loi, à la suite de sa saisine par soixante sénateurs, a en effet amputé un nombre important de dispositions visant à améliorer l'information des consommateurs :

- article 31 relatif à l'interdiction d'utiliser des dénominations associées aux produits d'origine animale dans la promotion de produits d'origine végétale ;
- article 33 relatif à un rapport du gouvernement sur la durée de vie des produits alimentaires ;
- article 34 relatif à l'instauration d'une obligation d'information lors de la vente en ligne de produits alimentaires ;
- articles 32, 35, 36, 40 et 43 relatifs à l'instauration d'une obligation d'information du consommateur sur les lieux d'élevage des huîtres et d'affinage des fromages fermiers ou sur la provenance du vin et du miel ;
- article 37 sur la promotion des produits n'ayant pas contribué à la déforestation importée ;

- article 42 relatif à la protection de l'utilisation de la dénomination « *équitable* » ;

- article 49 relatif à un rapport du gouvernement sur la définition de la déforestation importée et les pistes pour la réduire ;

- article 56 sur la représentation des associations de protection de l'environnement dans les comités nationaux de l'Institut national de l'origine et de la qualité ;

- article 78 relatif à la cession à titre onéreux de variétés de semences relevant du domaine public ;

- article 86 sur l'intégration de la biodiversité et de la préservation des sols à l'enseignement agricole.

Cette censure a soulevé un véritable questionnement, dans la mesure où elle est intervenue sur le fondement de l'article 45 de la Constitution, qui sanctionne l'absence de lien de certains articles avec le projet de loi initial ; c'est ce qu'on appelle des « *cavaliers législatifs* ». Le Conseil constitutionnel se borne simplement à énoncer que ces articles « *ne présentent pas de lien, même indirect* » avec le projet de loi initial.

Cela est évidemment très contestable.

Des dispositions portant sur la composition des produits ou leurs conditions de fabrication n'apparaissent en effet pas incongrues au regard de l'exposé des motifs du projet de loi dans lequel on peut lire : « *Les consommateurs manifestent aujourd'hui une sensibilité croissante aux conditions de production des produits alimentaires et expriment des attentes nouvelles en termes (...) de qualité des produits* ». Dans le même sens, le dossier de presse des États généraux de l'alimentation fait état de l'objectif suivant : « *Améliorer l'information du consommateur au moment de l'achat* ».

La décision surprend d'autant plus que d'autres dispositions sans rapport évident avec le projet de loi n'ont pas été censurées. Il apparaît par exemple difficile d'établir un lien entre l'article 93 sur la création d'un droit d'accès aux ouvrages de transport et de distribution de

gaz naturel, et le projet de loi initial. Peu étonnant, donc, que cette décision ait été décriée dans le milieu associatif.

En outre, il faut noter parmi les contributeurs extérieurs lors de la saisine du Conseil constitutionnel : l'Union des Industries de la Protection des Plantes, la Fédération de la Plasturgie et des Composite, Elipso et Plastics Europe, la Fédération du commerce et de la distribution ou encore COOP de France ou la Confédération nationale des producteurs de vins et eaux-de-vie à appellations d'origine contrôlées ; tous des lobbys importants. Il serait intéressant, pour plus de transparence, que le Conseil communique désormais les observations écrites des contributeurs extérieurs.

Les dispositions retoquées par le Conseil constitutionnel sur l'étiquetage ont depuis fait l'objet de plusieurs propositions afin d'adopter de nouveau les dispositions censurées par le Conseil constitutionnel¹⁶. Ces propositions ont été rassemblées et une proposition de loi « *globale* » est actuellement en cours de discussion devant le Sénat.

Par ailleurs, plusieurs associations de protection de l'environnement et de la santé telles que Greenpeace, ATTAC ou France Nature Environnement ont regretté, dans un récent communiqué¹⁷, l'absence de prise en compte dans la loi EGalim de certaines recommandations faites aux États généraux de l'alimentation qui prévoyaient de réguler la publicité des groupes agroalimentaires, notamment avec une interdiction de toute publicité ou marketing ciblant les enfants et portant sur des produits trop gras, trop sucrés ou trop salés.

Si la loi EGalim a posé les jalons d'une alimentation plus sûre et plus qualitative, les lacunes restent donc trop nombreuses pour affirmer que l'objectif est complètement atteint. L'arsenal législatif gagne à être complété, car il n'est pas certain qu'en matière alimentaire, les consommateurs français aient encore le goût du risque !

2020-5770

13) Logo en 5 lettres A, B, C, D, E avec une échelle de 5 couleurs, du vert foncé au orange foncé. Pour 100 grammes de produit, la teneur en nutriments et les aliments à favoriser (fibres, protéines, fruits, légumes, légumineuses, fruits à coque et huiles de colza, noix et olive) et la teneur en nutriments à limiter (énergie, acides gras saturés, sucres, sel) sont pris en compte.

14) Rapport OQALI, Bilan et évolution de l'utilisation des additifs dans les produits transformés, 19 novembre 2019.

15) Décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018.

16) Proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale, relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires, n° 178, déposé le jeudi 5 décembre 2019 ; Proposition de loi portant diverses dispositions relatives aux mentions et signes de la qualité et de l'origine valorisant les produits agricoles ou alimentaires du 19 février 2020 ; Proposition de loi tendant à abroger la loi n° 57-1286 du 20 décembre 1957 interdisant la fabrication de vins mousseux autres que la « *Clairette de Die* » à l'intérieur de l'aire délimitée ayant droit à cette appellation d'origine contrôlée du 20 mars 2019.

17) Greenpeace, Premier anniversaire de la loi EGalim : 21 organisations interpellent le gouvernement sur le manque d'efficacité de la loi, 21 octobre 2019.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 18 avril 2020 – numéro 26 Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Le droit face à la crise sanitaire



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10
Télécopie : 01 47 03 99 00
E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

CRISE SANITAIRE

Le droit constitutionnel et l'organisation des pouvoirs publics à l'épreuve du Covid-19	3
Les communes face au Covid-19	7
Politique budgétaire et crise sanitaire.	10
Crise du Covid-19 et mise en danger d'autrui.	13
« Biodiversité, climat et crise sanitaire – Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives »	15
Les principes d'information, de prévention et de précaution face à la crise sanitaire du Covid-19	20

ANNONCES LÉGALES

26

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS

8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02

R.C.S. PARIS 552 074 627

Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00

Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 06221 83461

I.S.S.N. : 2491-1897

Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)

Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €

Abonnement annuel papier : 99 €

Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2020

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Cher abonné, cher lecteur,

Compte tenu de la crise sanitaire actuelle, nous avons modifié la périodicité du **Journal Spécial des Sociétés**, en le passant en hebdomadaire.

Désormais, le journal paraîtra et ce jusqu'à nouvel ordre uniquement le **samedi** et non plus les mercredi-samedi.

Nous vous remercions de votre compréhension.

La Directrice de Publication

Nul ne doute que la crise que nous vivons actuellement aura des répercussions considérables sur notre mode de vie, notre organisation sociale, notre système économique et même notre manière de considérer l'avenir. Il est bien entendu beaucoup trop tôt, ne serait-ce qu'en raison de l'ignorance dans laquelle nous nous trouvons à la date à laquelle ces lignes sont écrites (début avril 2020), et, pour savoir quelle sera la durée et par voie de conséquence, l'ampleur finale de cette pandémie. Il nous a néanmoins paru utile de procéder, non à une première exploration des conséquences juridiques de cette situation car il est beaucoup trop tôt, mais plutôt à une réflexion sur la manière dont notre droit actuel a été interpellé par cette crise qui, c'est le moins que l'on puisse dire, n'avait pas été anticipée.

Nous nous sommes donc livrés à une approche transverse du droit, qui n'a rien d'exhaustif, mais qui permet toutefois de questionner différentes branches de notre organisation juridique et différents principes de notre droit.

La première partie de ce numéro sera donc consacrée à l'aspect du droit public et du droit constitutionnel.

Nous commençons par les aspects constitutionnels et l'organisation des pouvoirs publics qui ne peuvent, dans les conditions de droit commun, répondre à l'urgence sanitaire. Il s'agira, sur la base des dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence des circonstances exceptionnelles, d'apprécier les raisons pour lesquelles une loi organique s'est révélée nécessaire, et quels sont les impacts de ces textes.

Nous aborderons ensuite la question des communes face aux crises sanitaires, ces dernières étant les premières entités publiques (hormis bien entendu les hôpitaux et le monde sanitaire) à être confrontées aux difficultés rencontrées par nos concitoyens, à la réorganisation des services locaux, à l'adaptation des pouvoirs de police – en particulier à la situation d'urgence.



Corinne Lepage

D.R.

Puis, seront abordées les questions budgétaires très importantes, tant au niveau de l'État qu'au niveau des pouvoirs publics locaux et des établissements publics.

Une deuxième étape est de nature pénale. Quelles sont en effet les infractions liées au Covid-19, sachant qu'apparemment, de nombreuses procédures pénales ont déjà été engagées par des victimes de cette maladie ?

Le troisième temps est une interrogation autour des principes de fond qui sous-tendent le droit de l'environnement. D'une part, quel impact cette crise a-t-elle sur les perspectives et le droit qui fondent le climat et la biodiversité et, d'autre part, comment les principes de droit à l'information, le principe de précaution et le principe de prévention sont-ils appliqués et/ou remis en cause par cette crise ?

Il va de soi que bien d'autres sujets tels que le droit des contrats, le droit électoral, le droit économique sont bouleversés, notamment par la loi du 23 mars 2020, qui fera, bien entendu, l'objet de nombreux commentaires. À ce stade, nous avons voulu offrir aux lecteurs une première approche, indépendamment de la loi, pour ouvrir une réflexion beaucoup plus large.

Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour – Docteur en Droit

Le droit constitutionnel et l'organisation des pouvoirs publics à l'épreuve du Covid-19



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour – Docteur en Droit



Arielle Guillaumot,
Élève-avocate

« *Nous sommes en guerre* », a martelé le Président Emmanuel Macron lors de son allocution télévisuelle le 16 mars 2020 pour évoquer la pandémie de coronavirus sans précédent. Cette rhétorique martiale n'est pas inédite : elle avait déjà été utilisée pour qualifier la lutte contre le terrorisme domestique après les attentats de 2015, ou encore la situation résultant des émeutes dans les banlieues en 2005.

L'emploi de ce mot, qui justifie des dispositions exceptionnelles dans notre Constitution, ne se réfère évidemment pas au mot de guerre au sens juridique du terme.

La « guerre », justement, est un phénomène appréhendé par la Constitution de 1958.

Ainsi, en cas de menace grave et immédiate des institutions de la République, de l'indépendance de la Nation, de l'intégrité de son territoire ou de l'exécution de ses engagements internationaux, et d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels, l'article 16 permet au président de la République de bénéficier de pouvoirs exceptionnels pour prendre toutes les mesures exigées par les circonstances au mépris de la séparation des pouvoirs. L'article 16 n'a été appliqué qu'une seule fois, du 23 avril au 29 septembre 1961, après la tentative de coup d'État de quatre généraux en Algérie française.

De plus, la Constitution prévoit également l'état de siège en son article 36. Ce régime ouvre le transfert de pouvoirs de police de l'autorité civile à l'autorité militaire, la création de juridictions militaires et l'extension des pouvoirs de police. L'état de siège ne peut être mis en œuvre que sur une partie du territoire, après délibération du Conseil des ministres et avec signature présidentielle, lorsqu'il y a péril imminent du fait d'une insurrection armée ou d'une guerre. Depuis son introduction dans la Constitution en 1958, heureusement, il n'a jamais été mis en œuvre.

Nous faisons face à une « *guerre sanitaire* » a toutefois précisé le chef de l'État. Il s'agit là aussi d'un régime juridique spécifique dont les principes sont prévus par la loi et la jurisprudence. Les crises sanitaires désignent des événements touchant réellement ou potentiellement un grand nombre de personnes, affectant la santé, et pouvant éventuellement augmenter le facteur significatif de mortalité ou surmortalité. Le phénomène de « guerre sanitaire », lui, n'a pas été envisagé par le pouvoir constituant de la Cinquième République ; il s'agit simplement d'une communication de crise sans impact juridique en elle-même. Il n'en demeure pas moins que les régimes d'exception sont prévus par le législateur, voire par la jurisprudence, pour déroger aux règles légales de droit commun en cas de péril grave, et pourraient être mobilisés dans une situation de crise sanitaire. La théorie des circonstances exceptionnelles, développée par le Conseil d'État dans les arrêts Dame Dol et Laurent de 1918, permet d'étendre les pouvoirs de l'exécutif en période de crise, de guerre ou de troubles graves. Le Premier ministre s'y est référé pour prendre le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 sur le fondement de ses pouvoirs de police générale. Cette théorie a inspiré le législateur à créer des régimes législatifs d'exception ainsi que l'état d'urgence, créé par la loi du 3 avril 1955 puis modifié à plusieurs reprises, en particulier à partir de 2015. Ce régime peut être décrété dans deux types de circonstances : en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamités publiques. Il peut être mis en place sur tout ou partie du territoire métropolitain et des départements d'outre-mer. Il permet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles. Le Premier ministre et le préfet peuvent

ainsi assigner à résidence, procéder à des perquisitions administratives, ordonner la fermeture de certains lieux, interdire ou limiter la circulation des personnes et des véhicules, ou encore interdire les rassemblements. Après les attentats terroristes du 13 novembre 2015, l'état d'urgence avait été décrété le 14 novembre 2015 et prolongé jusqu'au 1^{er} novembre 2017.

Le Code de la santé publique comprend aussi des dispositions en cas de « *menace sanitaire grave* ». L'article L. 3131-1 du Code de la santé publique dispose qu'en « *cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Cet article est, entre autres, le fondement des mesures de fermeture des commerces et des écoles et de restriction des déplacements adoptées par le gouvernement par décret entre le 14 et le 24 mars 2020. Il donne cependant un grand pouvoir au seul ministre de la Santé, ce qui a pu paraître insuffisant compte tenu de l'ampleur nationale de la crise actuelle.

Les régimes existants ont déjà permis au gouvernement d'intervenir, les décisions de confinement étant antérieures à l'intervention de la loi adoptée le 22 mars 2020.

Cependant, du fait des bouleversements juridiques auxquels le gouvernement souhaite procéder tant pour tenter de juguler l'épidémie que pour sauver ce qui peut l'être de l'économie, sans oublier bien entendu la question des élections municipales, il n'était pas possible de faire l'économie d'une nouvelle loi, inspirée plus ou moins de la loi sur l'état d'urgence et créant un état d'urgence sanitaire en cas de « *catastrophe sanitaire* » (niveau plus élevé que la simple « menace »

envisagée par le Code de la santé publique), adoptée par le Parlement le 22 mars 2020. Le Conseil constitutionnel a jugé la loi conforme à la Constitution dans une décision en date du 26 mars 2020.

Ce nouveau régime est mis en œuvre par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la Santé. Les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques ; la prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi, après avis du comité de scientifiques. L'état d'urgence est déclaré pour douze jours. Cependant, par dérogation, l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

Il donne des pouvoirs étendus au Premier ministre pour prendre des mesures dérogeant au droit commun. De plus, un comité de scientifiques composé de « *personnes qualifiées* » rend des avis, notamment sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire. Il est dissous lorsque celui-ci prend fin.

L'état d'urgence sanitaire est entré en vigueur sur le territoire français le 24 mars 2020, en même temps que les dispositions habilitant le gouvernement à prendre une série de mesures par ordonnances.

Cette loi donne au gouvernement des pouvoirs exceptionnels en lui permettant d'intervenir à la fois par des dispositions réglementaires collectives et individuelles pour empêcher la propagation du virus, et par des ordonnances de l'article 38 de la Constitution pour assurer autant que faire se peut le fonctionnement économique du pays. Enfin, la loi organise le report des élections municipales. C'est précisément le deuxième volet qui pose le plus de difficultés en termes de remise en cause du droit commun et du fonctionnement régulier des pouvoirs publics.

I. LE POUVOIR DONNÉ AU GOUVERNEMENT ET À L'ÉTAT DE PORTER ATTEINTE AUX LIBERTÉS PUBLIQUES ET À LA CONTINUITÉ DÉMOCRATIQUE AU NOM DE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE

Les pouvoirs publics ont pris des mesures ayant d'une part conduit à une forte restriction des libertés (A.), et d'autre part à une rupture de la continuité démocratique (B.).

A. LES MESURES DE DISTANCIATION SOCIALE

Dès le 14 mars 2020, le gouvernement a pris par décret des mesures importantes de restriction des libertés, fondées sur l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique, afin de créer une distanciation sociale et de ralentir la propagation du virus. L'arrêté du 14 mars 2020, portant diverses mesures relatives à la



lutte contre la propagation du virus Covid-19, prévoyait déjà la fermeture de certains commerces non essentiels accueillant du public, tels que les restaurants ou les boîtes de nuit, et l'interdiction de rassemblement de plus de 100 personnes. Les crèches, écoles et universités sont également fermées.

Avec la loi pour l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement entend donner une base légale plus solide à ces mesures. La loi donne ainsi le pouvoir au Premier ministre de prendre des mesures extrêmement liberticides pour la population.

La liberté d'aller et venir peut être fortement limitée avec la possibilité d'interdire la circulation des personnes et des véhicules et d'interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé. Également ordonner la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être infectées, et le placement et de maintien en isolement des personnes infectées.

La liberté de réunion peut également être restreinte de façon importante avec le pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public, ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité, et celui de limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature.

Un tel arsenal législatif semble requis pour faire face à la propagation de l'épidémie. L'exemple de Taïwan, qui a très tôt imposé des mesures strictes de confinement à sa population, et étudié aujourd'hui pour sa gestion exemplaire

de la crise, est parlant. Cependant, l'argument tourne vite court : d'aucuns diront ainsi que c'est justement la restriction de la liberté d'expression des médecins tentant d'alerter sur ce nouveau virus par le régime chinois qui a conduit à sa propagation aussi violente.

Le garde-fou de ces mesures, c'est le juge administratif. Toutes les mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire peuvent faire l'objet d'un contrôle devant lui, ce qui continue à ériger le juge administratif comme garant des droits fondamentaux. L'ordonnance de référé intervenue à la demande du syndicat des jeunes médecins (arrêt du 22 mars 2020) démontre la capacité du Conseil d'État de juger très vite (sur la base du référé liberté qui se juge en 48 heures) des mesures prises ou au contraire non prises. Cependant, en ce qui concerne la légalité des mesures, les arrêts interviendront évidemment très tardivement.

B. LA RÉORGANISATION DES ÉCHÉANCES DÉMOCRATIQUES

La situation d'urgence a également conduit les pouvoirs publics à modifier l'organisation des pouvoirs publics constitutionnels et à reporter les échéances démocratiques.

Le Parlement a ainsi bouleversé son calendrier : l'activité parlementaire est désormais réduite à l'examen des textes urgents et indispensables liés à la crise du coronavirus Covid-19 et au contrôle de l'action de l'exécutif par les questions d'actualité au gouvernement. Toutes les autres activités sont suspendues jusqu'à nouvel ordre. De même pour toutes les réformes en cours, dont celle des retraites. Si cette décision risque de retarder l'adoption de nombreux projets de loi, elle est naturellement à saluer, dans la mesure

où il semble difficile de garantir la sincérité et la lucidité du débat dans le contexte de cette crise sanitaire d'ampleur.

De plus, les élections municipales de 2020 seront reportées, voire annulées. En effet, pour les communes n'ayant pas été pourvues d'un conseil municipal au premier tour des élections, dimanche 15 mars, le second tour est reporté, au plus tard, au mois de juin 2020. Un rapport du gouvernement fondé sur une analyse du comité de scientifiques se prononçant sur l'état de l'épidémie de Covid-19 et sur les risques sanitaires liés à la tenue du second tour sera présenté au Parlement. Si la situation sanitaire le permet, la date du second tour sera fixée par décret en conseil des ministres.

De plus, si le second tour, en raison de la situation sanitaire, ne peut être organisé au mois de juin 2020, le mandat des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers d'arrondissement, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains concernés est prolongé pour une durée fixée par la loi. Les électeurs seront alors convoqués pour les deux tours de scrutin – les résultats du premier tour, qui s'est tenu le 15 mars, seront annulés –, qui devront avoir lieu dans les trente jours précédant l'achèvement des mandats ainsi prolongés. Il convient de préciser que, dans tous les cas, l'élection régulière des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers d'arrondissement, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon élus dès le premier tour organisé le 15 mars 2020 reste acquise.

Le caractère constitutionnel d'un tel report apparaît au premier abord discutable. Certains estiment en effet que le report du second tour entraînerait automatiquement l'annulation du premier tour, car ces deux moments ne doivent pas être séparés. Les résultats du second tour étant fortement liés à ceux du premier, détacher ces deux échéances démocratiques n'aurait pas de sens et altérerait la sincérité du scrutin. D'ailleurs, lorsqu'il est saisi en vertu de son pouvoir de juge électoral, le juge administratif annule systématiquement l'ensemble du scrutin, même si seulement l'un des tours est contesté. En opportunité, cette décision semble dès lors peu pertinente. Du reste, dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi, le Conseil d'État a souligné la difficulté de l'exercice et le fait que, dans l'hypothèse où les délais ne pourraient être tenus, l'organisation d'une élection complète serait indispensable¹. Toutefois, la règle fixant le délai entre les deux tours n'est pas prévue par la Constitution, mais bien par l'article L. 56 du Code électoral en

ces termes : « *en cas de deuxième tour de scrutin, il y est procédé le dimanche suivant le premier tour* ». La Constitution, elle, ne prévoit pas de dispositions formelles concernant l'organisation des modes de scrutins. L'article 3 alinéa 3 précise seulement que « *Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret* ».

Le législateur a donc tout à fait la possibilité, sans que l'on puisse valablement lui opposer une violation des textes constitutionnels, de reporter le second tour des élections. Un report d'une semaine du second tour d'élections législatives avait d'ailleurs déjà été validé par le Conseil constitutionnel, en raison de circonstances exceptionnelles : une alerte cyclonique à la Réunion interdisait la circulation ; mais un report d'une telle durée demeure sans précédent dans notre histoire politique contemporaine.

En tout état de cause, le juge administratif demeurera bien sûr seul juge souverain en cas de contestation de ces élections.

Pendant que la majorité du pays est à l'arrêt, les pouvoirs publics doivent s'assurer du maintien de certaines activités pour garantir la sortie de crise.

« Les mesures anticipant la sortie de crise et destinées à favoriser l'activité économique apparaissent beaucoup plus problématiques sur le plan de l'État de droit ».

II. L'INTERVENTION D'ORDONNANCES POUR MODIFIER LE DROIT COMMUN DANS DE TRÈS NOMBREUX DOMAINES : DROIT DU TRAVAIL, SÉCURITÉ SOCIALE, DROITS ÉCONOMIQUES, DROIT ENVIRONNEMENTAL...

La loi autorise les pouvoirs publics à intervenir par la voie d'ordonnance de l'article 38 pour modifier de nombreuses règles de notre système juridique, très au-delà de dispositions transitoires destinées à suspendre des délais, à assurer une protection minimale des personnes les plus fragiles ou à renflouer les entreprises pour empêcher les faillites et le chômage massif. On ne s'étendra pas sur ces dispositions de nature réglementaire prises par décret, dont 25 ont déjà été approuvées en conseil des ministres le 25 mars.

En revanche, la question des ordonnances est beaucoup plus problématique sur le plan de l'ordonnancement juridique et de l'État de droit.

On rappellera que les ordonnances de l'article 38 sont des dispositions de nature réglementaire (soumises en tant que telles au contentieux du Conseil d'État) jusqu'à ce qu'elles soient ratifiées par le Parlement. En l'espèce, la loi donne un délai de trois mois (qui peut être prolongé de quatre mois) pour intervenir par ordonnance. Cela signifie donc que l'État dispose de sept mois pour intervenir. Certes, on est à l'intérieur du délai d'un an fixé par la loi pour l'état d'urgence sanitaire (délai qui peut être raccourci par décret en conseil des ministres), mais, on peut l'espérer, très au-delà du délai à proprement parler de l'épidémie. Le gouvernement s'est donc donné de larges marges de manœuvre pour intervenir en toute liberté et en-dehors de tout contrôle parlementaire dans de très nombreux domaines juridiques. La seule obligation est de déposer dans le délai de deux mois les ordonnances sur le bureau du Parlement. Cette obligation n'est cependant pas sanctionnée.

Or, le champ d'intervention des ordonnances est extrêmement large.

Les pouvoirs publics ont réorganisé leur gestion afin de permettre le maintien des activités indispensables à la lutte contre la pandémie et de soutenir les entreprises fortement impactées par la crise (A.). Toutefois, malgré les quelques verrous mis par le Parlement, le risque est très grand que ce texte soit utilisé pour faire passer un certain nombre de réformes souhaitées depuis de longs mois par le gouvernement et restées jusqu'à présent en attente en raison d'une forte opposition de la société (B.).

A. LE MAINTIEN DES ACTIVITÉS INDISPENSABLES AU FONCTIONNEMENT DE LA NATION PENDANT LA CRISE

Un certain nombre de mesures sont tout à fait justifiées en ce qui concerne le maintien d'une activité minimale destinée simplement à assurer le fonctionnement de la nation. En cas de crise, sanitaire ou non, les services publics hospitaliers, d'éducation ou de police sont soumis à des régimes spéciaux pour garantir la continuité du service public. Par exemple, les hôpitaux doivent prévoir un plan blanc, protocole prévu à l'avance pour faire face à des situations exceptionnelles telles qu'une pandémie ou un accueil massif de victimes, qui permet notamment la réquisition des personnels médicaux et hospitaliers.

Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les entreprises du secteur privé sont désormais également mises à contribution. Le Premier ministre peut en effet procéder à la réquisition de biens et services nécessaires

1) Avis du Conseil d'État n° 399873 en date du 18 mars 2020.

à la lutte contre la catastrophe sanitaire. Il a aussi la possibilité de prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendus nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de ces produits – on pense au décret pris par le gouvernement pour réglementer la vente de produits comme le gel hydroalcoolique, après que des prix abusifs ont été constatés. Il peut également prendre toute mesure permettant la mise à disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire. Enfin, il a le pouvoir de prendre par décret « toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre ».

Cette formulation particulièrement large n'est pas exempte de risque. Certes, ces deux mesures doivent être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieux », mais le temps que le conseil d'État ou le juge de première instance se prononce le cas échéant, les mesures seront appliquées.

De plus, la continuité de certains services publics garantissant les droits des assurés sociaux et leur accès aux soins a été étudiée. Ainsi, le gouvernement est habilité à adapter les conditions d'ouverture, de reconnaissance ou de durée des droits relatifs à la prise en charge des frais de santé et aux prestations d'assurances sociales, de prestations familiales, d'aides personnelles au logement, de la prime d'activité et des droits à la protection complémentaire en matière de santé. De plus, la période dite de la « trêve hivernale » pourra être allongée.

Même si de telles mesures portent atteinte au droit de propriété et à la liberté contractuelle, elles sont justifiées dans leur principe par le droit à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution de 1946.

B. LES MESURES DISCUTABLES DE SOUTIEN AUX ENTREPRISES

En revanche, les mesures anticipant la sortie de crise et destinées à favoriser l'activité économique apparaissent beaucoup plus problématiques sur le plan de l'État de droit.

Que l'État veuille relancer la machine économique, c'est parfaitement légitime et nécessaire. En revanche que l'état d'urgence sanitaire soit utilisé pour modifier de manière pérenne le droit du travail, le droit de la sécurité sociale, la démocratie environnementale, on peut davantage en douter. Or, incontestablement, la loi le permet ne serait-ce que parce qu'elle ne fixe aucun terme aux dispositions qui sont prises. À l'encontre des dispositions du titre I qui



concernent l'urgence sanitaire et fixent un délai maximum d'application du droit dérogatoire, les dispositions du titre II qui concernent le droit économique sont pérennes.

Si l'on peut parfaitement comprendre et apprécier le fait que le gouvernement souhaite prendre des mesures de soutien aux entreprises du secteur privé, le fait est qu'une partie de ces mesures concerne le droit du travail et au-delà de la période d'urgence sanitaire.

D'ores et déjà, la question de l'adaptation temporaire du droit du travail, sans aucune concertation avec les organismes syndicaux, durant la stricte période d'épidémie, pose problème. Or, ont été inscrites dans la loi des mesures dérogeant au droit du travail, telles que le recours facilité à l'activité partielle, la possibilité pour l'employeur d'imposer ou de modifier les dates de prise d'une partie des congés payés dans la limite de six jours ouvrables, en dérogeant aux délais de prévenance (si un accord collectif ou de branche l'autorise), ou d'imposer ou de modifier unilatéralement les dates des jours de réduction du temps de travail, des jours de repos prévus par les conventions de forfait et des jours de repos affectés sur le compte épargne-temps du salarié. De plus, les entreprises « particulièrement nécessaires à la sécurité de la nation ou à la continuité de la vie économique et sociale » pourront déroger aux règles d'ordre public et aux stipulations conventionnelles relatives à la durée du travail, au repos hebdomadaire et au repos dominical.

Le Conseil d'État a tout à fait pris conscience de la difficulté et a rappelé dans son avis sur le projet de loi la jurisprudence

constitutionnelle et administrative qui exige un motif d'intérêt général suffisant pour porter atteinte aux contrats légalement conclus, sans quoi les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme seraient méconnues, avant d'estimer que la situation de crise actuelle constituait un impératif d'intérêt général suffisant. Une grande prudence devra être maintenue à ce sujet.

De plus, la loi prévoit la possibilité pour les ordonnances de modifier les règles de concertation, de consultation et d'enquête publique. Lorsque l'on connaît les projets du gouvernement de supprimer les enquêtes publiques, de réduire les concertations et les consultations du public, de « simplifier les procédures », on ne peut qu'être inquiet sur ce type de possibilité donnée au gouvernement. L'inquiétude est d'autant plus grande que deux décrets viennent ou vont être votés qui paraissent incongrus : réduire le champ des procédures de protection autour des sources de captages d'eau et réduire l'impact potentiel du dépassement des normes de qualité de l'air donnant lieu à une obligation de restauration des zones à faible émission. Quand on sait qu'un certain nombre d'études évoquent un lien entre pollution de l'air et sensibilité au virus, on ne peut que s'interroger sur la pertinence d'une telle disposition.

Il est clair qu'un bouleversement de notre droit et de nos droits est rendu tout à fait possible par ces textes. La vigilance sur le respect de l'État de droit doit donc être entière, nonobstant notre angoisse collective et la nécessité absolue de prendre les mesures d'urgence qui s'imposent.

Les communes face au Covid-19



Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Échelons de base de notre organisation territoriale, les communes sont fortement touchées par la crise sanitaire que nous traversons.

Largement mis à contribution avec l'organisation (au demeurant très compliquée) du premier tour des élections municipales, les maires sont confrontés au Covid-19 depuis plusieurs semaines maintenant.

Le maire, interlocuteur privilégié, premier magistrat de la commune et détenteur de pouvoirs de police, est celui vers qui les regards (et les interrogations) se tournent naturellement. Si la crise a imposé une adaptation de l'organisation communale, elle s'est également accompagnée d'une indispensable adaptation des besoins de la commune : entre émergence de besoins nouveaux et nécessité de continuité du service public, la commande publique ne sait plus où donner de la tête.

I. LE RÔLE FONDAMENTAL DU MAIRE DANS LA CRISE SANITAIRE

Les maires sont aujourd'hui en première ligne dans leur commune face à la crise sanitaire.

En tant que chef de service (il est celui qui nomme aux emplois publics), il est responsable de l'administration communale et doit organiser le quotidien des agents municipaux (A). En tant que premier magistrat, il est également doté de pouvoirs de police lui permettant de prendre les mesures complémentaires éventuelles qu'appelle la crise sanitaire à l'échelon local (B).

Deux rôles distincts, mais largement complémentaires.

A. LE MAIRE, RESPONSABLE DE L'ADMINISTRATION COMMUNALE

Avec le confinement, les communes ont dû s'adapter très rapidement à la situation en organisant, de manière précipitée pour certaines, le recours au télétravail, à l'instar de bon nombre d'entreprises privées.

Le télétravail a été défini, pour la fonction publique, par les dispositions du décret n° 2016-151 du 11 février 2016. L'article 2



de ce texte définit le télétravail comme toute forme d'organisation du travail dans laquelle les fonctions qui auraient pu être exercées par un agent dans les locaux de son employeur sont réalisées hors de ces locaux, de façon régulière et volontaire, en utilisant les technologies de l'information et de la communication. Il peut se pratiquer au domicile de l'agent ou dans des locaux professionnels distincts de ceux de son employeur public et de son lieu d'affectation (télécentres).

Toutefois, le télétravail :

- ne peut être imposé à l'agent, mais relève en principe du volontariat ;
- se limite à un an ;
- ne peut être exercé toute la semaine afin d'éviter les phénomènes d'isolement, autrement dit, la présence sur site des agents ne peut être inférieure à deux jours par semaine.

À l'échelle communale, les principes de développement du télétravail sont normalement fixés par délibération du conseil municipal.

On rappellera également que l'ensemble des collectivités locales et de leurs établissements

publics sont soumis au décret n° 85-603 du 10 juin 1985 modifié, relatif à l'hygiène et la sécurité du travail, ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la Fonction Publique Territoriale. Les dispositions du décret ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnels, qu'ils soient titulaires ou non, ainsi qu'aux apprentis et aux personnes recrutées sur contrats aidés au sein des collectivités et établissements publics locaux.

Le maire, en tant qu'employeur, doit ainsi veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous son autorité.

Il faut donc concilier les principes d'organisation du télétravail dans la fonction publique territoriale et les obligations du maire en tant qu'employeur public tout en maintenant les agents dont la présence est nécessaire à la continuité du service public.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du confinement et à la double condition que les activités puissent être travaillées et que les agents ne soient pas concernés par un plan de continuité de l'activité, le télétravail constitue la modalité d'organisation du travail de droit commun.

L'agent utilise le matériel attribué par son employeur ou, le cas échéant, son matériel personnel.

En cas d'impossibilité de télétravailler, l'agent est placé par son employeur en autorisation spéciale d'absence.

En principe, seuls les agents publics participant aux plans de continuité de l'activité doivent effectivement se rendre sur leur lieu de travail.

Ces plans de continuité de l'activité sont mis en place dans chaque commune afin d'organiser la réaction opérationnelle et le maintien de la continuité du service public. Ces plans identifient les fonctions devant être assurées et une liste des agents dont la présence physique est nécessaire. En outre, une liste de 11 critères pathologiques a été définie par le Haut Conseil de la santé publique afin de protéger les agents les plus vulnérables.

Il suit de là que tout agent nominativement désigné par son supérieur hiérarchique comme relevant d'un tel plan est contraint de se rendre physiquement sur son lieu de travail.

Si un agent relevant d'un plan de continuité de l'action ne se présente pas, alors même que toutes les mesures sanitaires ont été prises pour le protéger, il peut être sanctionné pour service non fait. Cette absence implique une retenue d'1/30^e de son salaire et des suites disciplinaires. Cependant, la vraie question est de savoir si toutes les communes de France ont réellement les moyens de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de leurs agents désignés ou d'astreinte qui seraient sur place.

Les communes ont-elles des masques, des gants, des solutions hydroalcooliques, bref, des moyens matériels et financiers leur permettant de garantir la sécurité des agents ? La réponse est bien évidemment négative, et pour certaines communes, la mise en télétravail de l'ensemble des agents s'est imposée, faute de moyens pour s'organiser autrement. Si à l'origine, le télétravail repose sur une démarche de volontariat, nous sommes aujourd'hui dans la situation totalement inverse.

Ainsi, en ce temps de crise sanitaire et de confinement, le télétravail est devenu le principe et la présence physique l'exception (imposée par un plan de continuité ou sur une base de volontariat). Il n'en demeure pas moins qu'il appartient à chaque commune de définir au plus tôt les modalités d'exercice des activités des agents, en liaison avec les services fonctionnels (ressources humaines, informatique et juridique) et la médecine du travail.

B. LES POUVOIRS DE POLICE DU MAIRE ET LA CRISE SANITAIRE

Aux termes de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, « La police

municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...) 5° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser (...) les maladies épidémiques ou contagieuses. »

Il en résulte qu'il appartient également au maire d'user de ses pouvoirs de police administrative pour prendre les mesures qu'appelle, à son échelle, la crise sanitaire actuelle.

Il ne faut pas ignorer que le préfet, en tant que représentant de l'État, dispose également d'un pouvoir de police administrative spéciale dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (article L. 3131-1 du Code de la santé publique).

Toutefois, il a été récemment jugé que cette circonstance ne privait nullement le maire de faire usage de ses pouvoirs de police administrative générale pour, le cas échéant, venir durcir les mesures de confinement sur le territoire de sa commune (TA Caen, Ord. Réf., 31 mars 2020, *Préfet du Calvados*, n° 2000711).

La légalité de ces mesures reposerait toutefois, d'après le juge des référés de Caen, sur l'existence au niveau local de circonstances particulières justifiant que les mesures de confinement prises au niveau national soient durcies à l'échelle de la commune (même décision).

L'état d'urgence sanitaire conduit à s'interroger quant à la référence aux circonstances locales particulières dans ce contexte. En effet, dès lors que l'existence d'un danger grave pour la santé publique est avérée au niveau de la commune, le maire est *dans l'obligation* d'intervenir puisqu'une carence de sa part serait susceptible d'être qualifiée de fautive et, partant, d'engager sa responsabilité.

Enfin, de manière corrélatrice, si le préfet est en droit de déférer les arrêtés des maires fixant des règles spécifiques venant durcir l'état d'urgence sanitaire dans leur commune, il ouvre par la même occasion la possibilité pour le maire et ses administrés d'exercer à son égard une action en responsabilité contre l'État dès lors que les mesures déferées ont précisément pour objet de prévenir les risques d'atteinte à la santé publique en période d'état d'urgence sanitaire.

Ainsi, de manière générale, si le maire a dû s'adapter à cette crise, les besoins communaux ont subi le même sort.

II. LES BESOINS COMMUNAUX À L'ÉPREUVE DU COVID-19

L'économiste Nicolas Bouzou estime que « la crise de santé publique que nous vivons évoque la tempête financière de 2008 par le risque de récession qu'elle fait peser ».

Une réalité économique qui ne doit pas être négligée et qui force à s'adapter, notamment en matière de commande publique, levier économique primordial en France, et au sein des collectivités territoriales.

En effet, le coronavirus et la crise sanitaire qui l'accompagne ont bien évidemment des conséquences sur la commande publique qui retranscrit les besoins communaux, que ce soit pour les marchés publics en cours d'exécution (A) ou pour les marchés à venir (B).

Les acheteurs et les entreprises titulaires de marchés publics doivent s'adapter.

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a autorisé le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, toute mesure adaptant « les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le Code de la commande publique, ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet ».

C'est dans ce contexte que l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas, pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, vient dessiner les contours de l'adaptation du droit de la commande publique à la situation actuelle exceptionnelle que nous traversons.

Il sera d'emblée précisé que l'ordonnance, qui a un caractère rétroactif, s'applique aussi bien aux contrats en cours d'exécution à la date du 12 mars 2020, qu'à ceux qui sont arrivés à échéance ou ont été résiliés entre cette date et l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

A. COVID-19 ET CONTRATS PUBLICS EN COURS D'EXÉCUTION

Le décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 empêche certaines entreprises de poursuivre leur activité et d'honorer leurs engagements contractuels.

Grand nombre de pouvoirs adjudicateurs y sera nécessairement confronté.

Mais alors, s'agit-il d'une faute ?

Il est bien évident que non, à condition que l'empêchement du titulaire du marché relève réellement du caractère exceptionnel de la situation et s'apparente alors à une situation de

force majeure, remplissant ainsi trois conditions cumulatives :

- un évènement imprévisible ;
- un évènement extérieur ;
- une impossibilité absolue de poursuivre l'exécution de tout ou partie du marché.

En ce moment, nul doute que les deux premières conditions sont remplies.

Cependant, la dernière condition devra, quant à elle, être appréciée au cas par cas.

Il ne peut alors qu'être conseillé aux entreprises de prouver leur impossibilité à exécuter le contrat par tout moyen, afin d'éviter tout litige ou la mise en œuvre de pénalités, et de prendre au plus vite l'attache de leur cocontractant afin d'en conférer de manière transparente et constructive.

En cette période, le dialogue sera à privilégier en vue de trouver des solutions et d'avancer. La mise en œuvre de pénalités devra être utilisée avec parcimonie par les acheteurs publics ; en effet, les pénalités pourraient bien venir rendre encore plus précaire la situation financière des entreprises, largement impactées par la crise sanitaire sans précédent que traverse le monde et particulièrement la France.

À cet effet, la Direction des Affaires Juridiques de Bercy rappelle, dans une fiche publiée fin mars, que le gouvernement recommande aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leurs cocontractants sont imputables à un cas de force majeure. Cela restait toutefois plutôt abstrait...

De manière plus concrète alors, l'ordonnance prévoit, en son article 6, divers cas de difficultés d'exécution du contrat, et prévoit notamment que lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé en ce temps de crise sanitaire, à condition que le titulaire en fasse la demande avant l'expiration du délai contractuel.

En parallèle, l'ordonnance prévoit que lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive, il ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif. Mais là encore, comme exposé quelques lignes plus haut, le cocontractant devra prouver qu'il

n'était pas en mesure d'exécuter le contrat sans en bouleverser l'économie générale ou mettre son entreprise en difficulté.

Enfin, si le contrat ne peut être exécuté et que le pouvoir adjudicateur est contraint de le résilier, alors « *l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié* ».

Une ordonnance favorable aux entreprises titulaires de contrats de la commande publique (aussi bien marchés publics que concessions). Néanmoins, le but n'étant pas de laisser les communes avec des besoins non satisfaits, ladite ordonnance prévoit qu'un marché de substitution avec un tiers pourra être conclu afin de satisfaire les besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard.

Une commande publique adaptée à une situation sans précédent.

« Le maire, interlocuteur privilégié, premier magistrat de la commune et détenteur de pouvoirs de police est celui vers qui les regards (et les interrogations) se tournent naturellement. Si la crise a imposé une adaptation de l'organisation communale, elle s'est également accompagnée d'une indispensable adaptation des besoins de la commune : entre émergence de besoins nouveaux et nécessité de continuité du service public, la commande publique ne sait plus où donner de la tête ».

Mais qu'en est-il alors des contrats qui arrivent à échéance pendant la crise ?

Les contrats arrivés à terme entre le 12 mars 2020 et la fin de l'état d'urgence sanitaire (fixée au 11 mai prochain au moins), une prolongation par voie d'avenant peut être envisagée, quand bien même la durée maximum serait atteinte. En d'autres termes et à titre d'illustration, bien que le Code de la commande publique prévoit une durée maximale de quatre ans pour les accords-cadres, un avenant pourra venir prolonger l'exécution du marché au-delà de cette durée. Naturellement, cet avenant devra prendre fin une fois l'état d'urgence sanitaire arrivé à terme et une nouvelle procédure devra être lancée ; il est d'ailleurs vivement conseillé aux pouvoirs adjudicateurs d'anticiper ce lancement de procédures et de se servir du temps de la crise pour redéfinir leurs plans d'action achats et notamment préparer les marchés à relancer.

B. L'IMPACT DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES MARCHÉS À VENIR

La période d'épidémie et de crise sanitaire implique que pour les contrats à venir et pour tous types d'achats (au sens large), les modalités de publicité et de mise en concurrence peuvent (voire doivent) être adaptées.

Tout d'abord, l'ordonnance prévoit que « *les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner* ».

Par ailleurs et aux termes de l'article R. 2122-1 du Code de la commande publique, l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimum exigés. Cette dérogation au principe de publicité et de mise en concurrence est notamment possible en cas

de danger ponctuel imminent pour la santé publique, ce qui trouve tout son sens en cette période particulière de crise sanitaire.

Des dispositions dérogatoires essentielles, notamment pour les centres hospitaliers qui souffrent cruellement d'un manque de matériel pour faire face à l'épidémie que nous connaissons et qui vont donc pouvoir passer des commandes en urgence avec les prestataires de leur choix.

Naturellement, la dérogation n'est pas sans garde-fou.

En cas de contentieux, l'acheteur devra être en mesure de prouver que l'achat effectué sans publicité ni mise en concurrence était urgent et impératif.

Il y a fort à parier que le contrôle juridictionnel sera réel sur ce point et que le juge administratif sera probablement confronté, dans les semaines à venir, à de nouveaux contentieux.

Politique budgétaire et crise sanitaire



Madeleine Babès,
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats



Sophia Faddaoui,
Elève-avocate

Pour justifier son plan d'aide et la fin de l'orthodoxie budgétaire, le ministre des Comptes publics Gérard Darmanin déclarait le 17 mars 2020 : « *Quand la maison brûle, on ne compte pas les litres d'eau pour éteindre l'incendie.* » Pourtant, et pour filer la métaphore du ministre, la ressource en eau n'est pas illimitée.

Il n'en demeure pas moins que la politique budgétaire est un levier essentiel pour affronter la crise sanitaire provoquée par le Covid-19 et espérer en limiter au maximum les impacts sur la croissance.

D'ailleurs, et de manière évidente, l'adaptation budgétaire a été de mise dans la plupart des États européens. Puisque le Président Macron considère que nous sommes en guerre face à ce virus sans précédent, il peut alors être constaté que nos voisins européens ont sorti la grosse artillerie budgétaire, spécialement en Allemagne : Berlin a ainsi prévu 123 milliards d'euros de dépenses supplémentaires (3,6 % de son PIB) et indique même avoir un plan financier de 1 100 milliards en comptant notamment les quelque 822 milliards de garanties d'État accordées aux crédits des entreprises. La réponse des autres grands pays de la zone euro est plus modeste, mais n'en reste pas moins imposante : l'Italie a doublé son enveloppe initiale de 25 à 50 milliards (2,8 % du PIB), l'Espagne est un peu plus en retrait, avec des nouvelles dépenses réelles estimées à 17 milliards (1,4 % de son PIB). Au total, l'effort budgétaire devrait représenter 2 % du PIB de la zone euro pour ses dix-neuf membres, selon l'Eurogroupe.

La France n'est pas en reste et, à situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles. La loi fixant les contours de l'état d'urgence sanitaire a été adoptée le 23 mars 2020¹, habilitant notamment le gouvernement



à prendre, par voie d'ordonnance dans un délai de trois mois (ce qui est un délai relativement long par rapport à un confinement prévu au départ pour 15 jours récemment prolongé jusqu'au 11 mai au moins), toute mesure permettant de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique. Ces différentes adaptations passent par des mesures de soutien à la trésorerie ainsi que d'un fonds dont le financement sera partagé avec les régions. Face aux conséquences de la crise sanitaire, un projet de loi de finances rectificative² a également été voté le 23 mars 2020, se fondant sur des prévisions budgétaires très dégradées. Cette crise sanitaire se traduirait irrémédiablement par une crise économique. En France, elle entraînerait une baisse de 1 % du PIB en 2020 et devrait fortement creuser le déficit à 3,9 % du PIB (108,5 milliards d'euros

contre 93,1 milliards initialement). La consommation devrait également chuter de 2 % selon les prévisions du gouvernement. L'inflation serait de +0,6 % en 2020, après +1,1 % en 2019 et la dette devrait dépasser les 100 % du PIB. L'exécutif prévoit aussi que les recettes fiscales ne baisseront pas davantage que l'activité (-10,7 milliards d'euros des recettes fiscales nettes par rapport à la loi de Finances initiale). Il faut néanmoins préciser que ces prévisions ont été faites sur l'hypothèse d'un confinement limité à un mois, et d'un retour rapide à la normale de la demande une fois la crise terminée.

Il a donc été nécessaire d'adapter la politique budgétaire du pays aux conséquences de la crise sanitaire engendrée. Face à la survenance d'une crise majeure telle que l'épidémie de Covid-19, la définition d'une politique publique spécifique s'impose. Des adaptations budgétaires ont alors été adaptées à différentes échelles : quelles sont donc les mesures économiques et budgétaires prises à l'échelle européenne,

1) Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

2) Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020.

3) Article 107 du TFUE paragraphe 3, point b).

nationale, mais également locale ? Quels sont les secteurs prioritaires soutenus par cette politique budgétaire de crise ? En voici les réponses de manière synthétique.

LES MESURES BUDGÉTAIRES EUROPÉENNES III

Le vendredi 13 mars 2020, la Commission européenne a présenté des mesures de soutien aux États membres de l'Union européenne, mais aussi aux entreprises pour limiter l'impact de l'épidémie de Covid-19.

La principale réponse budgétaire à la crise sanitaire provient des budgets nationaux des États membres. Ainsi, la Commission a assoupli les règles de l'UE en matière d'aides d'État permettant aux États membres de prendre des mesures rapides et efficaces pour aider les citoyens et les entreprises qui sont confrontés à des difficultés économiques en raison de l'épidémie de Covid-19. Cette dérogation est prévue par le Traité de Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), elle pose le principe de la licéité des « aides destinées à remédier aux dommages causés par des événements extraordinaires »³. Celle-ci n'est assortie d'aucune limite *a priori*, que ce soit sur le plan des volumes d'aide mobilisés ou du point de vue des secteurs économiques concernés. Elle couvre notamment les garanties susceptibles d'être apportées aux banques pour leur permettre de poursuivre la mise à la disposition de leurs clients des liquidités.

Toujours dans l'optique de faciliter l'action budgétaire des États dans la traversée de cette crise, les 27 ministres des Finances de l'UE ont validé lundi 23 mars 2020 la suspension des règles de discipline budgétaire, une décision permettant aux États membres de dépenser autant qu'il le faut pour compenser les conséquences économiques de la crise sanitaire en cours.

La Commission européenne ayant qualifié la pandémie de Covid-19 « d'événement hors du contrôle des gouvernements avec un impact majeur sur les finances publiques », elle a ainsi considéré avec le Conseil européen que les conditions d'activation de la clause dérogatoire générale du Pacte de stabilité et de croissance (PSC) sont remplies. Cette mesure permet aux gouvernements nationaux d'injecter de l'argent dans leurs économies. La clause, créée en 2011 et jamais utilisée depuis prévoit que, pendant un temps limité, les États membres ne sont pas obligés de suivre leur trajectoire budgétaire.

Les aides européennes pourraient également venir appuyer l'action budgétaire des États membres. Ainsi, pour soulager immédiatement les PME durement touchées, le budget de l'UE déploiera ses instruments existants pour apporter à ces entreprises un soutien en liquidités, en complétant les mesures prises au niveau national. Environ 8 milliards d'euros permettront de venir en aide à au moins 100 000 PME et petites entreprises de taille intermédiaire européennes. Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation pourrait également être mobilisé pour soutenir les travailleurs licenciés et les travailleurs indépendants. De plus, la Commission propose d'allouer 37 milliards d'euros au titre de la politique de cohésion pour lutter contre la crise provoquée par le coronavirus.

d'euros pour prendre en charge le dispositif de chômage partiel afin d'éviter les licenciements (5,5 milliards d'euros), mais aussi de fournir un fonds d'indemnisation pour les très petites entreprises qui est cofinancé avec les régions (750 millions d'euros).

L'autre partie du dispositif de soutien aux entreprises présenté dans le cadre de la loi de finances rectificative consiste en la garantie, par l'État, des prêts qui seraient octroyés entre le 16 mars et le 31 décembre 2020 au bénéfice d'entreprises dont l'activité est pénalisée par les mesures d'urgence prises par le gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire. Ce dispositif de garantie exceptionnelle ne se limite pas, comme celui mis en place après la crise économique de 2008, à maintenir à flot le système

« (...) à situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles.

La loi fixant les contours de l'état d'urgence sanitaire a été adoptée le 23 mars 2020, habilitant notamment le gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance dans un délai de trois mois (...), toute mesure permettant de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique ».

LES MESURES BUDGÉTAIRES NATIONALES III

À l'échelle nationale, la loi de finances rectificative du 23 mars 2020 constitue le principal véhicule législatif des dispositions budgétaires prévues par le gouvernement. Elle permet ainsi la création d'une mission temporaire intitulée « Plan d'urgence face à la crise sanitaire »⁴. L'article 7 de la loi organique relative aux lois de finances⁵ prévoit en effet qu'« une mission comprend un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie. Seule une disposition de loi de finances d'initiative gouvernementale peut créer une mission. » Cette mission est ici confiée au ministre chargé de l'Action et des Comptes publics. La mission nouvelle comprend elle-même deux programmes : « Prise en charge du dispositif exceptionnel de chômage partiel à la suite de la crise sanitaire » et le « Fonds de solidarité pour les entreprises à la suite de la crise sanitaire ».

Il permet dans un premier temps de financer le plan d'urgence à hauteur de 6,25 milliards

interbancaire, mais concerne les entreprises non financières immatriculées en France dont l'activité subit « un choc brutal à la suite des mesures d'urgence sanitaires prises par les autorités ». Le montant global maximal s'élève à 300 milliards d'euros.

La crise sanitaire a des répercussions évidentes pour les entreprises et les travailleurs, mais elle souligne aussi le manque de moyens dans plusieurs secteurs pourtant essentiels pour traverser une telle crise. Nul doute d'ailleurs que des enseignements seront à tirer des carences constatées. Le temps des responsabilités viendra nécessairement.

Ce constat est bien sûr criant pour le service public de la santé et plus spécifiquement pour l'hôpital public qui n'est pas aujourd'hui en mesure de faire face aux besoins de santé des malades. En effet, selon l'OCDE, la France ne disposait en 2018 que de 3,1 lits d'hôpitaux en soins intensifs pour 1 000 habitants. Elle se classe seulement au 19^e rang mondial, loin, très loin des trois

4) Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020.

5) Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

premiers pays ayant le plus de lits en soins intensifs à offrir à leurs habitants : Japon (7,8 lits pour 1 000 habitants), Corée du Sud (7,1) et Allemagne (6). Soit un peu plus de 200 000 lits pour une population de 67 millions.

Face à cette situation pourtant connue de tous depuis plusieurs années, le président de la République s'est décidé à annoncer la mise en place d'un « *plan massif d'investissement et de revalorisation de l'ensemble des carrières* » pour l'hôpital, une fois la crise sanitaire passée. Pour l'heure, Bercy prévoit « *une provision supplémentaire de 2 milliards d'euros de dépenses de santé, pour couvrir les achats de matériel (masques), les indemnités journalières et la reconnaissance de l'engagement des personnels hospitaliers* ». Concrètement, la capacité de réanimation va être portée à 14 000 lits, 1 milliard de masques ont été commandés, ainsi que 5 millions de nouveaux tests de dépistage rapide.

Dans le contexte de la propagation du virus Covid-19, il apparaît primordial de coordonner et soutenir la recherche médicale. Répondre aux besoins de la communauté scientifique mobilisée est une des priorités. L'effort global de recherche sur le Covid-19 a ainsi été porté à 8 millions d'euros afin de fournir une réponse scientifique à la propagation du virus sur le territoire national.

DES MESURES BUDGÉTAIRES AU SOUTIEN DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

À l'échelle locale, les collectivités et en première ligne, les communes, ont dû s'adapter à la situation sanitaire en devant soutenir plusieurs postes de dépenses inédits comme les mesures d'hygiène drastiques prises pour la tenue du premier tour des élections municipales le 15 mars, l'achat de masques de protection, l'accueil dans les écoles et crèches des enfants des personnels soignants ou encore les mesures d'aides aux entreprises et aux commerces.

La loi d'urgence a ainsi suspendu pour 2020 l'application des contrats dits « de Cahors ». Depuis 2018, ces dispositions concernaient les 322 régions, départements, communes et intercommunalités ayant passé un contrat financier avec l'État qui limite l'augmentation de leurs dépenses de fonctionnement à 1,2 % par an. En 2020, ces collectivités seront donc autorisées à



dépasser ce plafond maximal de dépenses sans risquer de sanctions financières. La loi d'urgence reporte de trois mois la date limite d'adoption des budgets des communes, c'est-à-dire au 31 juillet 2020 (au lieu du 15 ou du 30 avril).

Une autre ordonnance dévoilée le 25 mars 2020⁶ vient donner plus de souplesse aux collectivités dans l'exécution de leur budget. Elles auront notamment la possibilité d'aller plus loin en matière de dépenses imprévues. Au titre de l'exercice 2020, le plafond maximal autorisé sera ainsi porté à 15 % des dépenses prévisionnelles de chaque section, contre 7,5 % en temps normal.

Des adaptations ont également été prises en compte pour adapter le traitement du budget actuel. Une ordonnance du 25 mars dernier⁷ indique expressément que les mesures de restriction, de circulation et de confinement depuis le 12 mars 2020 ainsi que l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020 sont constitutifs de la force majeure. Ainsi, du fait de ces circonstances exceptionnelles, les comptables publics ne voient pas mise en jeu leur responsabilité personnelle et pécuniaire. En temps normal et depuis 1963, ces derniers sont personnellement et pécuniairement responsables du recouvrement des recettes, du paiement des dépenses, de la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux différentes personnes morales de droit public dotées d'un comptable public, de la conservation

des pièces justificatives des opérations et documents de comptabilité, du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités, ainsi que de la tenue de la comptabilité du poste comptable. C'est un des principes fondamentaux de la comptabilité publique qui est bouleversée en cette période tristement exceptionnelle. L'ordonnance précise également que pour les opérations réalisées lors de cette période, les déficits résultant de circonstances de force majeure sont supportés par le budget de l'organisme intéressé.

Face à une situation sanitaire inédite, il apparaît nécessaire pour la politique budgétaire de s'adapter aux besoins de la société. Cet enjeu est d'autant plus important car il permet certes d'affronter la crise actuelle, mais aussi d'anticiper les répercussions économiques et sociales que cette dernière aura à long terme une fois terminée. Une politique budgétaire repensée pourrait également dessiner les contours d'une nouvelle politique publique qui accorderait plus de moyens et de ressources au service public de la santé, mais aussi à la recherche médicale afin d'éviter qu'une nouvelle crise sanitaire puisse se reproduire. Puisqu'il n'est de richesse que d'hommes, et que Jean Bodin l'avait déjà compris au XVI^e siècle, cette crise sanitaire pourrait être l'occasion de repenser le modèle économique, en remettant l'humain au centre des préoccupations. L'avenir nous le dira...

6) Ordonnance n° 2020-330 du 25 mars 2020 relative aux mesures de continuité budgétaire, financière et fiscale des collectivités territoriales et des établissements publics locaux afin de faire face aux conséquences de l'épidémie de Covid-19.

7) Ordonnance n° 2020-326 du 25 mars 2020 relative à la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics.

Crise du Covid-19 et mise en danger d'autrui



Benoît Denis,
Avocat au barreau de Paris,
Spécialiste en droit pénal,
Huglo Lepage Avocats



Valérie Saintaman,
Avocate au barreau de Paris,
Huglo Lepage Avocats

Comme il est d'usage en France lorsqu'émerge un accident collectif ou une crise sanitaire majeure, l'actuelle épidémie de Covid-19 conduit déjà à invoquer le délit de mise en danger d'autrui.

Que ce soit à l'encontre des personnes ne respectant pas le confinement (I) ou des dirigeants supposés fautifs dans sa gestion (II), portons-nous au chevet de la crise sous cet angle agonistique qui interroge et n'apparaît pas l'action la plus urgente pour traverser cette épreuve collective (III).

I. LA MISE EN DANGER PAR LE NON-RESPECT DES MESURES DE CONFINEMENT ?

Ainsi que nul ne l'ignore, le Premier ministre, par un décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 « portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 », a réglementé les déplacements « afin de prévenir la propagation du virus Covid-19 ».

Plus précisément, selon ce texte réglementaire, était « ... interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants, dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes :

1° Trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ;

2° Déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle et des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du ministre chargé de la santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique ;

3° Déplacements pour motif de santé ;

4° Déplacements pour motif familial



impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ;

5° Déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie. Les personnes souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions doivent se munir, lors de leurs déplacements hors de leur domicile, d'un document leur permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une de ces exceptions. »

Par un nouveau décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, adopté dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, instauré par la loi n° 2020-290 du même jour, ces mesures de confinement ont été légèrement modifiées en ce qui concerne les exceptions admises, la logique du texte demeurant celle d'une interdiction de principe de se déplacer.

Ce régime d'exception plaçant la France pour deux mois en état d'urgence sanitaire prévoit ainsi des mesures limitant la liberté d'aller et venir, de réunion et d'entreprendre.

Sur ces fondements, des dizaines de milliers d'amendes ont été dressées à l'encontre de contrevenants.

Il s'agissait initialement d'amendes de 4^e classe d'un montant forfaitaire de 135 euros pouvant être majoré à 375 euros en cas d'absence de paiement volontaire dans les 45 jours.

La loi d'état d'urgence sanitaire a en outre prévu d'ajouter la peine de stage de citoyenneté ainsi que celle de suspension du permis de conduire et, en cas de récidive, de faire de l'infraction un délit puni de six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende.

Au-delà de cette qualification spécifique ainsi créée pour répondre aux circonstances exceptionnelles ayant présidé à la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, la question peut être également posée d'un possible concours avec l'infraction de mise en danger d'autrui.

La presse a pu en effet rapporter que des mesures de garde à vue ont été ordonnées en Seine-Saint-Denis et dans le Pas-

de-Calais, sans apparemment que des poursuites soient d'ailleurs engagées.

Au-delà de l'anecdote, la question doit être posée de la possibilité de qualifier juridiquement le délit de mise en danger dans les circonstances actuelles.

Il convient ici de rappeler qu'aux termes des dispositions de l'article 223-1 du Code pénal, « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

On épargnera au lecteur le rappel minutieux des éléments constitutifs de cette infraction et l'analyse de la jurisprudence rendue à son visa pour constater, avec peu de risque d'être contredit, que les décrets susvisés des 16 et 23 mars 2020 instituent bien des « *obligations particulières de sécurité imposées par le règlement* » au sens de l'article 223-1 du Code pénal.

Cette condition préalable, qui constitue la pierre de touche du délit de mise en danger, étant remplie, il est ensuite raisonnablement permis de considérer que le non-respect des mesures de confinement est de nature à exposer autrui à un risque de mort ou de blessures graves, compte tenu de l'extrême contagiosité et la morbidité du Covid-19.

Encore conviendrait-il d'analyser les faits précis de chaque espèce, la violation du décret étant par exemple constituée en cas d'oubli de l'attestation de sortie alors même que le motif de la sortie serait admissible. La contravention serait ici sans doute constituée, mais certainement pas le délit faute de toute mise en danger effective.

Resterait en outre et en toute hypothèse à démontrer le caractère intentionnel de la violation des règles de confinement.

Or ces règles, certes adoptées dans la précipitation et d'ailleurs retouchées depuis, ne brillent pas par leur clarté. Elles pourraient ainsi faire l'objet d'une contestation par voie d'exception devant le juge pénal sous l'angle du non-respect du principe de légalité criminelle. Faute d'élément légal, le délit de mise en danger ne serait là non plus pas constitué.

Au final, si l'invocation du délit de mise en danger à l'encontre de simples contrevenants aux règles du confinement apparaît théoriquement possible, sa pertinence au plan juridique comme son

utilité pratique restent à démontrer. Et ce, d'autant plus depuis que la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire a renforcé les sanctions de cette infraction spéciale.

Qu'en est-il alors de l'invocation du délit, ou d'autres qui lui sont proches, à l'encontre des gestionnaires de la crise ?

II. LA MISE EN DANGER PAR DÉFAUT D'ANTICIPATION DE LA CRISE ?

La presse a relayé l'information selon laquelle une plainte a été déposée par un syndicat de médecins contre deux membres du gouvernement.

Ailleurs, ce sont des salariés qui portent plainte contre leur employeur, équipementier automobile, à qui il est reproché de maintenir une activité jugée non essentielle.

Cette plainte vise les délits de mise en danger et/ou celui d'abstention de combattre un sinistre.

« Le délit d'abstention de combattre un sinistre semble pouvoir être invoqué dans les circonstances actuelles à l'encontre des défaillances dans l'anticipation et la gestion de la crise ».

S'agissant de la mise en danger d'autrui, il conviendra dans chaque situation de se pencher sur l'existence d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence.

Or, l'épidémie de coronavirus ayant les caractères d'un événement imprévisible, il est peu probable que de telles règles lui préexistant puissent être invoquées.

Sauf à ce que soit précisément reproché le non-respect des décrets susvisés des 16 et 23 mars 2020 et/ou la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire ? Concernant cette dernière toutefois, il conviendra que les ordonnances annoncées soient adoptées pour que ses dispositions entrent dans le droit positif.

La qualification du délit de mise en danger apparaît ainsi assez incertaine.

À l'inverse, le délit d'abstention de combattre un sinistre semble pouvoir être invoqué dans les circonstances actuelles à l'encontre des défaillances dans l'anticipation et la gestion de la crise.

Ce délit rarement rencontré en jurisprudence peut être rapidement décrit comme le cousin de la mise en danger et le petit frère de la non-assistance à personne en danger.

Il résulte des dispositions de l'article 223-7 du Code pénal que « *Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.* »

Selon la doctrine, le « sinistre » peut être constitué, par exemple, par un incendie, une catastrophe naturelle, un tremblement de terre, une inondation, et il doit être de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes, c'est-à-dire un risque d'atteinte à leur intégrité corporelle.

En l'espèce, l'épidémie de Covid-19 nous semble constituer un sinistre de nature à créer un danger pour les personnes, au sens des dispositions précitées.

Ainsi, s'il devait être démontré qu'il était non seulement au pouvoir, mais encore du devoir, de certaines autorités de prendre des mesures de gestion de cette épidémie, l'infraction pourrait être constituée.

L'instruction de la plainte déposée permettra de déterminer les personnes éventuellement responsables de telles carences fautives.

III. TIMING IS EVERYTHING

Il n'est pas certain qu'en ces temps d'urgence sanitaire, la mobilisation du droit pénal et singulièrement du délit de mise en danger ou d'abstention de combattre un sinistre soit opportune.

Les sanctions renforcées des comportements de ceux qui ne respecteraient pas le confinement par les amendes fulminées à titre spécial pourraient apparaître, sauf cas particulier, suffisamment dissuasives.

Quant à imposer en pratique des peines d'emprisonnement de ce chef au lendemain de la condamnation de la France par la CEDH pour les conditions de vie indigentes qui règnent dans ses prisons et à l'heure où la Chancellerie annonce des libérations anticipées pour soulager la pénitencière, qu'il soit permis d'être sceptique.

Enfin, l'établissement des responsabilités éventuelles dans la gestion de la crise, en ce compris les insuffisances de son anticipation, bénéficiera des travaux de la mission d'information parlementaire, dont la constitution a été annoncée et qui pourrait combler la demande légitime d'analyse et de correction des erreurs qui seraient à déplorer. La recherche des responsabilités pénales pourra intervenir ainsi, mais dans le temps long, qui sera aussi celui de la résilience.

« Biodiversité, climat et crise sanitaire – Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives »



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit



Raphaël Gubler,
Élève-avocat

La crise actuelle du Covid-19 offre une expérience unique de prise de recul sur notre impact sur l'environnement : entre le 3 février et le 1^{er} mars 2020, les émissions de gaz à effet de serre de la Chine ont chuté d'un quart par rapport à la même période l'année précédente. À Paris, la qualité de l'air s'est améliorée de 20 à 30 %, selon un premier bilan d'Airparif¹, une première en quarante années de mesures.

Les images impressionnantes d'une Chine libérée de sa pollution atmosphérique², cause de maladies respiratoires chroniques, où la redécouverte d'une eau claire au sein des canaux de Venise³, en raison de la baisse du tourisme de masse, témoignent plus que jamais de l'impact de l'activité humaine sur notre environnement.

Pourtant, ce changement drastique n'est pas le fruit de la prise de conscience de la nécessité de modifier notre rapport à notre environnement que les scientifiques du GIEC réclament depuis plus de 30 ans, mais bien une halte ponctuelle et destinée à disparaître.

Cette halte remet en cause notre vision du lien entre la santé et l'environnement, et doit nécessairement conduire à une révolution du droit de l'environnement.

Les promesses du droit de l'environnement tel que construit depuis la conférence de Stockholm de 1972 n'ont pas été tenues, et les grandes avancées dans la protection de notre environnement et de notre santé sont venues des grands principes des droits humains (I). La crise sanitaire actuelle doit permettre, aujourd'hui plus que jamais, d'entériner le lien évident entre santé et environnement, et de reconstruire le droit de l'environnement autour de ce lien (II).

I. LA PRISE DE CONSCIENCE DES ÉCHECS

DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

La construction du droit de l'environnement explique son manque de résultats (A), quand les grands principes des droits humains ont garanti une défense accrue de l'environnement (B).

A. UN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT CONSTRUIT PAR ÉTAPES ET FINALEMENT PAR ÉTAGES QUI NE COMMUNIQUENT PAS SUFFISAMMENT

Il faut tirer le constat que le droit de l'environnement est aujourd'hui détaché d'une vision d'ensemble et du lien qui existe entre la santé, la biodiversité et le climat.

Depuis l'apparition du droit de l'environnement dans les années 1970, dont la mission était de traduire la responsabilité humaine dans les atteintes à son milieu et d'atténuer l'impact des activités humaines sur les écosystèmes, les résultats escomptés ne sont, selon Yann Aguila, « pas au rendez-vous »⁴.

En effet, le droit de l'environnement s'est construit sur différents « étages » qui ne communiquent pas entre eux et ne permettent ainsi pas d'appréhender les relations d'interconnexions qui existent entre les secteurs de l'environnement protégés.

Le droit de l'environnement interne est constitué de textes ayant imposé des changements essentiels à la gestion et aux modes de production des installations et ouvrages ayant un impact sur l'environnement⁵, jusqu'à la gestion de nos déchets⁶.

Initialement limité au droit administratif, le droit de l'environnement s'est étendu à la plupart des domaines du droit : la révolution de l'information et de la participation du public aux projets ayant

un impact sur l'environnement⁷, la création d'infractions pénales spécifiques à la protection des milieux et des espèces, ou l'obligation faite aux entreprises de communiquer annuellement leurs informations sociales, environnementales et de gouvernance⁸.

Or, il convient aujourd'hui de le dire clairement : ce développement, secteur par secteur, n'a pas permis d'appréhender efficacement la réalité de notre impact sur notre environnement.

En effet, que penser de la distinction qui est faite entre tous les milieux physiques, l'air et le milieu aquatique (Livre II, titres 1 et 2 du Code de l'environnement) et les espaces naturels (Livre III du Code de l'environnement), alors qu'il est aujourd'hui établi qu'une forme de pollution impacte en réalité de nombreux milieux indistinctement, et que la même cause a bien souvent de multiples résultantes ?

Ainsi, il a été constaté que si les vagues de chaleur dues au réchauffement climatique augmentent la pollution à l'ozone, elles favorisent en même temps la dispersion de pollens allergisants. La conséquence est un véritable effet cocktail augmentant la part des allergies respiratoires en France – qui affectent 30 % de la population adulte et 20 % de la population infantile – et des périodes de pollution atmosphérique particulièrement importante, qui affectent plus violemment encore les personnes allergiques⁹.

Les causes sont identiques, les maux sont multiples.

L'absurdité d'un raisonnement sectoriel, quand les maux sont structurels, est pointée du doigt par Yann Tanguy, pour qui « préserver l'environnement dans un système économique et social fondé sur la croissance continue de

1) Évaluation de l'impact sur la qualité de l'air en Île-de-France des premiers jours de confinement mis en place dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19 - Bilan provisoire de la semaine du 16 au 20 mars 2020, Airparif, 24 mars 2020.

2) « Coronavirus : la pollution au dioxyde d'azote en chute libre en Chine », *Les Échos*, 2 mars 2020.

3) « À Venise, les eaux n'ont jamais été aussi claires », Nathalie Mayer, *Futura Planète*, 20 mars 2020.

4) « Le droit à l'épreuve de la crise écologique » - Dossier par Yann Aguila, *Revue des juristes de Sciences Po* n° 18, janvier 2020, 3.

5) Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

6) Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

7) Titre II du Livre I du Code de l'environnement.

8) Article L. 225-102-1 du Code de commerce.

9) « Effets des pollens sur la santé », ministère des Solidarités et de la Santé, publié le 26 décembre 2018 ; « Changement climatique et pollinisation », P. Besancenot, M. Thibaudon, *Revue des Maladies Respiratoires*, Volume 29, Issue 10, december 2012, pp 1238-1253.

l'économie et l'idée de progrès et développant une logique productiviste, voilà une ambition qui, si elle n'est pas démesurée, confine, il faut l'admettre, au paradoxe ! »¹⁰

À travers son article, ce dernier souligne l'inefficacité d'un droit qui doit se saisir de questions trop vastes et importantes pour quelques mesures essentiellement limitées.

Benoit Jadot a pu exprimer les mêmes critiques envers les « lois de circonstances », quand s'impose la nécessité « d'inscrire le principe du respect de l'environnement dans des textes juridiques fondamentaux », ce qui a finalement été fait, sans doute, mais de manière trop dispersée et trop tardive¹¹.

Cette absence de communication entre les différentes matières du droit de l'environnement est d'autant plus grave lorsque la protection qu'est censé offrir le droit de l'environnement se trouve minimisée.

Corinne Lepage soulignait déjà en 2008¹² les lacunes du droit de l'environnement : « les procédures de prise de décisions demeurent, en France, imperméables à une meilleure appréhension des questions environnementales et sanitaires, qui restent très liées à une meilleure participation du public ».

Les enquêtes publiques « trompent les citoyens quant à leur objectif puisqu'il s'agit, en réalité, non pas de recevoir leurs avis pour en tenir compte, mais de les informer et de permettre à



son incapacité à agir efficacement contre le réchauffement climatique, se transforme en liste de violations des obligations de l'État en matière de transport, de bâtiment, d'évaluation et de suivi, d'amélioration de l'efficacité énergétique, etc¹³.

Malgré le travail fourni dans le cadre de cette action, la plupart des auteurs mettent en doute les chances de succès des associations dans cette Affaire¹⁴.

revient au dualisme d'ordres juridictionnels, ce qu'exprime parfaitement Laurent Fonbaustier lorsqu'il affirme que « les efforts en cours se heurtent [...] au double dualisme des polices et ordres juridictionnels, administratifs et judiciaires, la multiplication des polices administratives spéciales, en environnement ou dans des domaines susceptibles de l'impacter indirectement, ajoutant encore aux difficultés présentes »¹⁶.

Une meilleure appréhension du droit de l'environnement devra venir de nouveaux principes qui s'appuient sur le caractère unitaire du droit de l'environnement, tel qu'exprimé de façon prophétique par le doyen Vedel, dans sa préface au JurisClasseur de l'environnement (1^{re} édition, 1992) : « le droit de l'environnement sera demain le droit du patrimoine commun de l'Humanité », mettant ainsi l'accent sur le vivant.

« La crise sanitaire actuelle doit permettre, aujourd'hui plus que jamais, d'entériner le lien évident entre santé et environnement, et de reconstruire le droit de l'environnement autour de ce lien ».

un commissaire-enquêteur, considéré comme tiers au débat, de pouvoir donner un avis, lequel peut être sans aucun rapport avec celui exprimé par le public ».

La saisine des enjeux environnementaux dans le cadre d'actions en justice ambitieuses, à l'instar de « l'Affaire du siècle », démontre ce caractère d'étages du droit qui ne communiquent qu'à travers un effort juridique important : les écritures déposées devant le juge administratif dans le cadre de ce litige, dont l'objet est de faire reconnaître l'absence de prise de décisions adéquates, de mesures préventives adaptées, et donc de la responsabilité de l'État, dans

L'affaire de la commune de Grande-Synthe est un autre exemple de la multiplication des fondements à invoquer dans un contentieux environnemental pour espérer un résultat probant : les requérants y invoquent de multiples fondements, à l'instar de l'Accord de Paris, la Constitution de 1958, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que plusieurs articles du Code de l'environnement¹⁵.

D'une façon globale, l'une de plus grandes difficultés du droit de l'environnement, comme l'a montré le rapport « Une justice pour l'environnement » des ministères de la Justice et de la Transition écologique et solidaire, de 2019,

B. LA REMISE EN ORDRE DES CHOSSES À TRAVERS L'ANALYSE DES GRANDS PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Des garanties plus fortes ont été apportées au droit de l'environnement lorsque le droit de la protection de la nature et les droits de l'Homme se sont rencontrés, alliant ainsi santé et environnement.

Seuls les grands principes des droits humains ont, en effet, la portée nécessaire et le caractère général essentiel à la garantie d'une appréhension efficace de la protection de l'environnement.

10) L'environnement malade de son droit, Introduction générale, Yann Tanguy, *Revue Juridique de l'Ouest*, 1992, pp. 5-20.

11) « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », p. 93 à 143 dans « Quel avenir pour le droit de l'environnement ? », François Ost et Serge Gutwirth, *Presse de l'Université Saint-Louis*, 1996.

12) « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », Corinne Lepage, dans *Pouvoirs* 2008/4 (n° 127), pages 123 à 133.

13) Argumentaire du mémoire complémentaire de « l'Affaire du siècle ».

14) « L'affaire du siècle donnera-t-elle lieu au jugement du siècle ? » - Étude par Arnaud Cabanes, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 11, novembre 2019, étude 15.

15) « Le recours de la commune de Grande-Synthe et de son maire contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre le changement climatique », Christian Huglo et Théophile Bégel, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 5, Mai 2019, dossier 19.

16) Rapport « Une justice pour l'environnement » - Des constats lucides et des préconisations fortes, sources d'inspiration d'un projet de loi en cours d'adoption, Laurent Fonbaustier, *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 10, 9 mars 2020, 260.

La Déclaration universelle des droits de l'humanité est un texte synthétique de droit souple rédigé sous l'impulsion de Corinne Lepage, regroupant les initiatives présentées par la société civile, et qui a été adoptée lors de la réunion de Durban du 15 novembre 2019 du Conseil Mondial de Cités et Gouvernements Locaux Unis (CGLU) qui regroupe près de 240 000 villes et près de 5 milliards d'habitants de la planète.

Elle dispose en son premier article que « *l'humanité et la nature sont en péril et qu'en particulier les effets néfastes des changements climatiques, l'accélération de la perte de la biodiversité, la dégradation des terres et des océans constituent autant de violations des droits fondamentaux des êtres humains et une menace vitale pour les générations présentes et futures* ». Cette protection avait déjà été observée au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, consciente de l'importance du sujet et qui a su opérer une véritable révolution jurisprudentielle.

Si cette Cour est par essence ethnocentrée, et ne doit se limiter qu'à la lettre de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'évoque jamais l'environnement, sa jurisprudence a su reconnaître le lien inévitable qui existe entre l'Homme et son environnement, et prendre en compte cette dimension essentielle dans la défense des droits humains.

Elle se saisit de la question de l'environnement à travers ses effets sur les droits protégés par les articles de la Convention : ainsi, dans un arrêt Powell et Rayner contre le Royaume-Uni du 21 février 1990¹⁷, elle admet que son article 8, qui protège le droit à la vie privée et le domicile, peut également conduire à des inclusions indirectes, et qu'une nuisance sonore particulièrement importante contribue à diminuer la qualité de la vie privée et les agréments du foyer des requérants protégés par l'article 8 de la Convention.

En 1994, c'est l'arrêt majeur Lopez Ostra¹⁸ qui va distinctement reconnaître que « *des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale* ».

On le voit plus précisément encore au sein de l'arrêt Moreno Gomez contre Espagne¹⁹, qui affirme que l'article 8 ne vise « *pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que*

l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile. »

Enfin, c'est l'article 2 de la Convention, garantissant le droit à la vie, qui va être utilisé pour établir le lien indissociable entre protection du droit à la vie et protection de l'environnement, et les obligations positives qui reposent sur l'État dans la prévention des atteintes à ce droit, et donc par extension, à l'environnement²⁰.

D'évidence, ce travail a impressionné nos juridictions suprêmes, et ce sont à nouveau les grands principes du droit qui ont conduit aux meilleures protections de l'environnement dans la jurisprudence interne, ainsi que les décisions récentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État en attestent.

Le 20 décembre 2019²¹, le Conseil constitutionnel contrôle l'action de « *décarbonation du secteur des transports terrestres* » de l'État au regard du droit à un environnement sain et équilibré, et déduit le devoir objectif de l'État de protéger le droit de toute personne à un environnement.

Pour Yann Aguila, « *en exerçant un contrôle sur le caractère suffisant d'une loi mettant en œuvre l'article 1^{er} de la Charte, le Conseil constitutionnel rehausse le niveau des exigences pesant sur le législateur* ».

Il tisse également le lien entre cette décision et celle du 31 janvier 2020²² qui reconnaît que « *la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle* » qui peut justifier des « *atteintes à la liberté d'entreprendre* ».

Le Conseil d'État a suivi la même logique dans ses ordonnances de référé très remarquées, rendues sous la présidence du Président de la section du contentieux, sur recours d'associations de médecins concernant l'adéquation prise par le gouvernement sur les graves questions sanitaires liées au développement du Covid-19, et affirmant la reconnaissance du droit à la vie comme une liberté fondamentale²³.

Yann Aguila appelle alors à « *libérer le potentiel de la Charte* » et à appréhender la protection de l'environnement à l'échelle universelle²⁴.

En effet, le patrimoine qu'est l'environnement « *dépasse le cadre national : il est partagé par l'ensemble des êtres humains* », « *la pollution ne connaît pas les frontières des États. La nature forme un écosystème dans lequel tout est lié. Une action sur le territoire d'un État est susceptible d'avoir un impact à l'échelle globale.* »

Ces décisions, du fait de leur utilisation des grands principes du droit, ont une portée bien plus importante et contraignante. Le fait que de telles décisions soient rendues par les juridictions les plus élevées devrait ouvrir la voie à la création d'un itinéraire rapprochant plus fortement droit de la santé et droit de l'environnement, et achève de démontrer la nécessité de dépasser une vision sectorielle et fragmentée dans la protection de l'environnement.

II. UNE RÉVOLUTION NÉCESSAIRE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

La première étape devra évidemment être de reconnaître les liens étroits entre santé et environnement, tant en ce qui concerne les faits (A) que le droit (B).

A. RECONNAÎTRE LES LIENS ENTRE LA SANTÉ ET L'ENVIRONNEMENT

L'une des difficultés les plus grandes actuellement est celle de la reconnaissance des liens étroits gouvernant les rapports entre la santé et l'environnement.

Cette difficulté est malheureusement l'objet de polémiques assez peu admissibles, qui vont au détriment de l'établissement d'un lien positif entre les deux notions : l'affaire du glyphosate illustre cette tension²⁵.

Il existe encore bien d'autres exemples, comme l'affaire des lignes à haute tension²⁶, qui peuvent expliquer les multiples hésitations entre précaution et prévention, sans oublier d'ailleurs la stigmatisation volontaire du principe de précaution comme prétendu facteur de paralysie du progrès. Une telle perspective n'est plus admissible lorsque l'on parle de choses aussi graves que le Covid-19, dont les symptômes sont notamment aggravés par la pollution de l'air²⁷.

Aujourd'hui, l'alerte a été lancée sur les liens entre l'apparition des virus et la perte de richesse en biodiversité : dans un article du 25 mars 2020, Juliette Duquesne pointe du doigt le lien entre la baisse de biodiversité et

17) CEDH, Affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, n° 9310/81.

18) CEDH, Lopez Ostra contre Espagne, 9 décembre 1994, n° 16798/90.

19) CEDH, Affaire Moreno Gomez contre Espagne, 16 novembre 2004, n° 4143/02.

20) CEDH, Affaire Oneryildiz contre Turquie, 30 novembre 2004, n° 48939/99.

21) Décision du Conseil constitutionnel n° 2019-794 DC, Loi d'orientation des mobilités, 20 décembre 2019.

22) Décision du Conseil constitutionnel n° 2019-823 QPC, Union des industries de la protection des plantes, 31 janvier 2020.

23) Conseil d'État, 28 mars 2020, Demande de recommandation temporaire d'utilisation pour le Plaquenil, n° 439765 ; Conseil d'État, 28 mars 2020, SMAER. Demande de mesures pour production de masques, dépistage, administration hydroxychloroquine et azithromycine, n° 439726 ; Conseil d'État, 28 mars 2020, Demande de mesures pour mise à disposition de matériel aux personnels de santé, n° 439693.

24) « *Environnement - Charte de l'environnement : le temps de la récolte* » - Note sous arrêt par Yann Aguila et Lucie Rollini, *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 10, 9 mars 2020, 275.

25) « *Pas de glyphosate dans la commune* » - Veille par Lucienne Erstein, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 12, décembre 2019, alerte 182.

26) « *Les lignes à haute et très haute tension et champs électromagnétiques : risques pour la santé* », *Notre-planète.info*, 27 août 2019.

27) « *Coronavirus : la pollution de l'air est un facteur aggravant* », alertent médecins et chercheurs », Stéphane Mandard, *Le Monde*, 30 mars 2020.

la hausse du nombre d'épidémies dans le monde, en l'occurrence le développement du Covid-19²⁸.

Elle souligne ainsi qu'aux États-Unis, « *le nombre de personnes infectées a en effet baissé de 95 % entre 1900 et 1980. Et pourtant, au niveau mondial, le nombre d'épidémies a été multiplié par plus de 10 entre 1940 et aujourd'hui.* »

L'explosion des épidémies est due, selon elle, à la disparition de la biodiversité : plus la biodiversité est forte, plus il existe de virus circulant à « *faible bruit* », c'est-à-dire qui se transmettent mal, car ils sont absorbés par des espèces jouant le rôle de véritables tampons entre l'animal et l'homme.

Une étude sur la diversité des oiseaux nord-américains et le développement de la fièvre du Nil occidental démontre ainsi que plus la population d'oiseaux est diverse, plus cette diversité aide à protéger et filtrer cette infection et ainsi éviter sa propagation à l'être humain. Pour un de ses auteurs, c'est une illustration importante du lien entre la biodiversité et la santé humaine²⁹.

Or, les populations d'oiseaux ont chuté de plus de 25 % ces dernières années en Amérique du Nord³⁰.

C'est lorsque cette biodiversité chute, du fait notamment de la réduction de l'habitat sauvage, de la disparition d'espèces étroitement liées à leurs habitats, que l'Homme favorise les contacts et la transmission : « *avec la déforestation, l'urbanisation et l'industrialisation effrénées, nous avons offert à ces microbes des moyens d'arriver jusqu'au corps humain et de s'adapter* » dénonce Sonia Shah³¹.

Un même constat peut être dressé du fait de la disparition des forêts dans le Nord-Est américain, où le développement urbain chasse les opossums, qui ont toujours contribué à réguler la population de tiques en servant d'hôtes pour celles-ci, au profit d'espèces moins adaptées à cette régulation, comme le cerf. La conséquence directe de cet appauvrissement est le développement de la transmission de la maladie de Lyme, passant de 48 610 cas en 2016 à 59 349 cas en 2017 aux États-Unis³².

Pour Inès Leonarduzzi, la fréquence des épidémies s'est accélérée ces dernières années, sans signe de décroissance à l'horizon, car notre mode de vie, qui tend à détruire des zones de vie sauvage, contraint des animaux porteurs de maladies à s'installer dans notre habitat, sans



espace entre la maladie et l'être humain : « *C'est en fait tout notre mode de fonctionnement qu'il faut mettre à jour.* »³³

Ce lien a également été reconnu par des instances en charge de la protection de la biodiversité.

Dans le cadre de la déclaration de Gangwon, en Corée du Sud, à l'issue de sa 12^e Conférence des parties, la Convention pour la diversité biologique a ainsi reconnu « *la valeur de l'approche "Un monde, une santé" pour traiter la question intersectorielle de la diversité biologique et de la santé humaine, en tant que stratégie intégrée [...] qui tient compte des corrélations complexes entre humains, microorganismes, animaux, végétaux, agriculture, vie sauvage et environnement* »³⁴.

Elle encourage également ses parties à promouvoir au niveau national une coopération entre agences responsables de la biodiversité, et celles en charge de la santé.

Les experts du GIEC alertent également sur le fait que le changement climatique entraîne des risques de morbidité et de mortalité liés à la chaleur, à l'ozone et à certaines maladies à transmission vectorielle plus importants³⁵.

Les déséquilibres écologiques sont à l'origine de ces pandémies, et s'il n'y avait pas eu le Covid-19, une autre pandémie serait survenue³⁶.

Notre situation actuelle est « *un coup de boomerang qui nous revient à la figure et que*

nous avons nous-mêmes lancé », selon les mots de Jean-François Guégan³⁷.

Et Serge Morand, chercheur au CNRS-Cirad, d'alerter : « *si nous ne préservons pas la biodiversité, les crises sanitaires vont se multiplier. Pour prévenir une prochaine crise comme celle-ci, il faut traiter les causes plutôt que de se retrouver encore et encore à traiter les conséquences.* »³⁸

Il y a fort à parier que lors de la prochaine réunion à Kunming, en Chine, de la Conférence des parties à la Convention pour la diversité biologique, ces questions seront au cœur des débats.

B. RECONSTRUIRE LE DROIT AUTOUR DE CE LIEN

Il est évident qu'il serait présomptueux d'imaginer ce que pourrait être le droit international tel qu'il résultera de la réunion chinoise précitée en espérant que des dispositions contraignantes, notamment sur l'obligation d'information et la coopération scientifique en ressortiront – comme cela a été le cas à la suite de l'accident de Tchernobyl où il n'avait pas fallu attendre six mois pour édicter une convention internationale qui s'imposait, notamment sur l'information de la population en cas d'accident nucléaire³⁹.

La crise actuelle doit transformer la révélation du lien intrinsèque entre la protection de l'environnement et notre santé, en une révolution de notre appréhension de ce lien.

28) Covid-19 : La baisse de la biodiversité et la hausse du nombre d'épidémies, Camets d'alerte, Juliette Duquesne, 25 mars 2020.

29) Diversity Of Birds Buffer Against West Nile Virus, BirdLife International, 6 mars 2009.

30) « *Birds are vanishing from North America* », Carl Zimmer, *The New York Times*, 19 septembre 2019.

31) *Contre les pandémies, l'écologie*, Sonia Shah, *Le Monde diplomatique*, 17 mars 2020.

32) « *Lyme and other tickborne diseases increasing* », Centers for Disease Control and Prevention, 22 avril 2019.

33) « *Opinion | Coronavirus : le pangolin n'y est pour rien* », Inès Leonarduzzi, *Les Echos*, 20 mars 2020.

34) Décision adoptée le 17 octobre 2014 par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, dans le cadre de la douzième réunion à Pyeongchang (République de Corée), du 6 au 17 octobre 2014.

35) « *Global Warning of 1.5°C, Summary for Policymakers* », GIEC, 2018.

36) Propos de Serge Morand, chercheur CNRS-Cirad, recueillis par Juliette Duquesne dans « *Coronavirus : « La disparition du monde sauvage facilite les épidémies* », *Marianne*, 17 mars 2020.

37) Le coronavirus, « *un boomerang qui nous revient dans la figure* », 22 mars 2020, Jade Lindgaard et Amélie Poinssot, *Médiapart*.

38) « *Covid-19 : La baisse de la biodiversité et la hausse du nombre d'épidémies* », Camets d'alerte, Juliette Duquesne, 25 mars 2020.

39) Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, 26 septembre 1986.

La cause de la crise environnementale étant globale, la réponse apportée par le droit doit également être globale.

Plus modestement, au seul niveau national, il faut bien constater que cette défaillance est connue, mais non traitée. Et la critique la plus forte est celle qui a porté sur la faiblesse des plans santé et environnement.

Si le Conseil général de l'environnement et du développement durable souligne en effet dans un rapport d'avril 2013 que « les écosystèmes rendent des services qui sont bénéfiques à la santé » et que « la préservation de la biodiversité est aussi un enjeu de santé », cette reconnaissance n'a pas été traduite en actes⁴⁰.

Dans un article relatif à la loi santé de 2016⁴¹, Béatrice Parance critique les faiblesses de la prise en considération de ce lien, aux yeux duquel les prévisions de cette loi paraissent bien maigres : « de nombreux élus et associations ont fortement regretté que cette loi n'ait pas permis d'avancer plus avant sur la question des risques liés aux substances chimiques, dont certaines ont des fonctions de perturbation endocrinienne, aux pesticides ou encore aux nanomatériaux. Seules deux questions ont retenu l'attention en substance, celle de la qualité de l'air et celle de l'amiante. »⁴²

Elle rappelle également le jugement sévère porté par la Cour des comptes sur les politiques nationales de lutte contre les pollutions atmosphériques⁴³, qui « affirme d'emblée le caractère artificiel de la volonté politique de lutte contre la pollution atmosphérique alors même que les coûts sanitaires et économiques liés à cette pollution sont très importants. »

La référence à des expériences étrangères serait la bienvenue : en effet, l'initiative « *Un monde, une santé* » de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE) a pour ambition de créer des liens entre la santé humaine, animale, et environnementale, pour garantir le développement et la santé globale de tous les organismes⁴⁴.

Elle invite les professionnels de la santé publique, la santé animale, la santé végétale et de l'environnement, à « unir leurs forces

à l'appui des approches « *Un monde, une santé* », qui permettent de « détecter, traiter et prévenir efficacement les flambées épidémiques de zoonoses et les problèmes de sécurité sanitaire des aliments ». Ces actions invitent également « les responsables des administrations publiques, les chercheurs et les travailleurs travaillant aux niveaux local, national, régional et mondial » à « mettre en œuvre des interventions conjointes pour répondre aux menaces qui pèsent sur la santé ».

Le malheur est que le Président des États-Unis vient de décider la mise entre parenthèses des lois environnementales pour une durée indéterminée, dans le contexte du Covid-19⁴⁵.

Plusieurs directions doivent être explorées.

Pour Yuval Noah Harari, une bataille s'engage dès aujourd'hui pour faire de notre santé un terrain de surveillance accrue, et une donnée partagée non seulement avec notre État, mais potentiellement d'autres États⁴⁶.

Selon Inès Leonarduzzi, cette pandémie doit engendrer un « plan social écologique » qui aurait pour but d'intégrer l'écologie et les principes du développement durable dans une démarche transversale⁴⁷.

Dans un second temps, des « états généraux du futur de l'agriculture et du bien-bâti » viseraient à repenser le modèle de construction agricole autour de ces principes de bonne gestion écologique.

Ces états généraux « seraient l'occasion de définir de nouveaux modes d'expansion des circuits courts, et une consommation française à la fois équilibrée et responsable. Pour cela, on pourrait s'orienter vers l'habitat et l'agriculture verticale, l'écoconception ou le réemploi des matériaux et respecter les saisonnalités. Cela permettrait par ailleurs d'assainir les sols, rétablir des forêts pour y réintégrer oiseaux et animaux délogés, en cours d'extinction, et rééquilibrer les écosystèmes naturels. »

Il n'y a pas seulement à regarder du côté du droit de l'agriculture et de l'alimentation, mais aussi du droit des techniques spécifiques qui ont créé le droit de l'environnement. Il s'agit ici de parler brièvement de la nécessaire extension du droit de l'évaluation environnementale, notamment lorsque

la biodiversité, et en particulier la biodiversité forestière, doit être impliquée.

La jurisprudence internationale en matière d'étude d'impact climatique a réussi ce tour de force d'obliger les auteurs d'étude d'impact à se préoccuper non seulement des effets directs, mais également des effets indirects d'un projet. Une affaire judiciaire tranchée en Australie illustre bien ce propos : l'administration australienne reprochait à un projet d'équipement minier consacré au charbon et dans lequel l'aspect indirect de la production du charbon, c'est-à-dire la vente de ce charbon dans le monde, n'avait pas été mesurée au regard des critères du réchauffement climatique – c'est ce que l'on appelle l'évaluation de l'effet indirect⁴⁸.

L'idée ici serait d'orienter la recherche sur les effets d'un projet appauvrissant la biodiversité sur le risque de développement viral, étude délicate on en convient, sans doute très onéreuse, mais totalement nécessaire.

De même, la question des élevages intensifs, vecteurs de virus⁴⁹, devrait être repensée en incluant cette même dimension. C'est dire qu'il faut condamner clairement les tentatives qui ont lieu en France de réduire, voire même d'écartier l'étude d'impact, et l'évaluation environnementale d'un projet⁵⁰.

Pour Laurent Fonbaustier, l'urgence environnementale impose de s'interroger clairement sur les « modes de production, de distribution et de consommation écologiquement et socialement très néfastes [...] depuis longtemps généralisés et juridiquement permis. Leur traitement supposerait un changement d'échelle, une modification du regard sur les liens de causalité, ainsi qu'un dépassement d'une optique strictement juridique et contentieuse. À mi-chemin [...] dans certaines situations, l'intervention d'un juge serait inopérante ou inadaptée, et la « pression sociétale semble alors la seule issue possible pour faire changer les comportements individuels »⁵¹.

Finalement, c'est une véritable révolution du droit de l'environnement, souché sur le droit de la santé, et donc le droit à la vie, qu'il faudra entreprendre. L'opération sera difficile, car la tentation sera forte, à l'issue de la crise, de privilégier le court terme sur le long terme.

40) « Les liens entre santé et biodiversité », rapport d'avril 2013 du Conseil général de l'environnement et du développement durable, n° 008095-01.

41) Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

42) « Les faiblesses de la prise en considération du lien Santé Environnement dans la nouvelle loi santé », Béatrice Parance, *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 1^{er} mars 2016, pp. 119-121.

43) Les politiques publiques de lutte contre la pollution de l'air, Cour des comptes, 21 janvier 2016.

44) L'approche multisectionnelle de l'OMS « *Un monde, une santé* », OMS, septembre 2017.

45) « EPA suspends enforcement of environmental laws amid coronavirus », *The Hill*, Rebecca Beitsch, 26 mars 2020.

46) *Le monde après le coronavirus*, vu par Yuval Noah Harari, Catherine Frammery, *Le Temps*, 24 mars 2020.

47) « Opinion | Coronavirus : le pangolin n'y est pour rien », Inès Leonarduzzi, *Les Échos*, 20 mars 2020.

48) Dialogues franco-australiens sur la justice climatique, Thomas Thuillier, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, LexisNexis, 2019, p. 46 – voir également à ce sujet, *Méthodologie de l'étude d'impact climatique* Droits européen, français et anglo-saxon, Christian Huglo, 1^{re} édition, Éditions Bruylant, 2020.

49) Quand l'homme favorise les épidémies, Laure Caillou, 23 septembre 2014, *Journal du CNRS*.

50) « Évolution du droit de l'environnement : entre le chaud et le froid », Christian Huglo, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 3, mars 2020, repère 3.

51) Rapport « Une justice pour l'environnement » ; « Des constats lucides et des préconisations fortes, sources d'inspiration d'un projet de loi en cours d'adoption », Laurent Fonbaustier, *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 10, 9 mars 2020, 260.

Les principes d'information, de prévention et de précaution face à la crise sanitaire du Covid-19



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Joachim Guillemard,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats

La crise sanitaire sans précédent du Covid-19 a connu une évolution fulgurante. Il y a un mois encore, le confinement était à peine évoqué dans la sphère publique. Le passage à l'état d'urgence sanitaire s'est fait en l'espace de quelques jours, suscitant des interrogations grandissantes et justifiées, nées de l'empressement soudain et tardif du gouvernement à mettre en place les mesures de confinement. Comment alors ne pas questionner le respect des principes d'information, de prévention et de précaution au regard de la précarité sanitaire que nous connaissons et du taux de mortalité observé ? Les conditions dans lesquelles les principes de prévention, de précaution et d'information ont été appliqués (ou non) (II) sont à l'origine d'évolutions déjà perceptibles et qui ne pourront que se renforcer (III). Mais avant d'y venir, rappelons brièvement ce que sont ces principes et quelle est leur valeur juridique (I).

I. LES PRINCIPES D'INFORMATION, DE PRÉCAUTION ET DE PRÉVENTION EN MATIÈRE SANITAIRE

Spontanément, les juristes spécialisés en droit de l'environnement ont plutôt l'habitude d'aborder les principes d'information, de prévention et de précaution sous l'angle évident de la Charte de l'environnement, et donc sous le point de vue exclusif du droit de l'environnement. Toutefois, c'est une appréhension trop courte. D'abord, il convient de rappeler la Convention d'Espoo et la Convention d'Aarhus, signées tant par la France que par l'Union européenne, qui reconnaissent le droit à l'information sous une forme très large ainsi que l'accès à la justice, pour donner toute son efficacité au principe. Le droit communautaire, pour sa part, lie très clairement santé et environnement, et ne conçoit pas les différents principes d'information de

prévention et précaution en dissociant ce qui concerne plus spécifiquement la santé de ce qui concerne plus spécialement l'environnement considérant que cela fait un tout. Il suffit du reste de se référer aux deux rapports de l'agence européenne de l'environnement¹ consacrés au principe de précaution pour constater que l'un ne va pas sans l'autre.

Le principe d'information bénéficie d'une visibilité et d'une reconnaissance marquées en matière sanitaire, ce qui est d'autant plus logique que le droit de la santé est directement lié à l'évolution des connaissances scientifiques.

En France, la rédaction ambiguë de la Charte de l'environnement, quant à la place de la santé, a laissé durant de longues années subsister l'idée que le droit à l'information en matière de santé, consacré par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, était un droit individuel. Ce droit est codifié à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, lequel énonce que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». Il se place parmi les droits fondamentaux du patient dans une expression effectivement individuelle.

Une première amélioration s'est produite avec la loi du 26 janvier 2016 sur la modernisation de notre système de santé, pour que soit introduit un service public ayant pour mission la diffusion gratuite d'informations relatives à la santé et aux produits de santé, ainsi qu'à l'offre sanitaire et médico-sociale auprès du public.

Désormais, avec la décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2020² reconnaissant au droit à la santé un objectif de valeur constitutionnelle, cette valeur autorise qu'il soit porté atteinte aux droits et libertés fondamentaux dans la mise en œuvre de ce principe et la valeur constitutionnelle du droit à l'information en matière de santé pourrait être déduite de cette transformation.

C'est parfaitement logique, dans la mesure où le principe de précaution intègre bien entendu la santé et où la prévention est une obligation légale reconnue par la loi du 4 mars 2002, selon laquelle tous les acteurs du système de santé, y compris les usagers, doivent contribuer à « développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible » (article 3 de la loi du 4 mars 2002, codifié à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique).

De par son caractère intrinsèquement public lié à l'existence du service de santé, le principe de prévention sanitaire semble s'adresser en priorité aux autorités. L'article L. 1411-1 du Code de la santé publique l'affirme clairement, la politique de santé relève de la responsabilité de l'État. Pourtant, dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19 que nous connaissons, et du fait de l'extrême contagiosité du virus, la prévention doit s'adresser en réalité à toute personne. Et l'on voit émerger une responsabilité individuelle avec la répression des manquements aux arrêtés pris par le gouvernement de limitation des déplacements, avec des amendes de plus en plus élevées.

S'agissant de la précaution, le caractère ténu de la frontière avec la prévention en matière environnementale a fait naître un certain nombre de critiques, alors même que les principes jouent des rôles différents et complémentaires. Le principe de précaution est traditionnellement entendu comme l'obligation qui pèse sur les autorités publiques, de mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques et des mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation d'un dommage qui, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement ou la santé. À la

¹ Rapport de l'Agence européenne de l'environnement, Signaux précoces et leçons tardives : le principe de précaution 1896-2000, N° 22/2001 et Rapport de l'Agence européenne de l'environnement, Signaux précoces et leçons tardives : science, précaution et innovation, N°1/2013.
² CC, Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

différence du principe de prévention, il joue pour les risques mal connus, mal évalués, incertains dans leur réalité et dans leurs effets et pour lesquels les lois de probabilité ne peuvent pas jouer. Très mal vécu en France, car considéré comme un principe anti-progrès par une partie du monde économique, le principe de précaution est au contraire un principe qui vise à favoriser la connaissance en contraignant *a minima* à rechercher, et qui a pour objectif de protéger les populations et le vivant, à court, moyen et long terme, sans pour autant interdire ou exclure les nouvelles technologies.

Inscrit dans la Charte de l'environnement, le principe de précaution a d'abord vu sa valeur juridique reconnue à l'échelle européenne. Dans un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 mai 1998 relatif à l'épidémie dite de « la vache folle »³, le juge communautaire se réfère, de manière certes implicite et sans le citer, au principe de précaution en matière de droit à la santé, mais dans une rédaction similaire à celle que reçoit traditionnellement le principe de précaution environnemental, laissant ainsi peu de doute sur le caractère autonome du principe. Celui-ci ne doit plus, depuis cet arrêt, être appréhendé sous l'angle isolé du droit de l'environnement. De nombreuses décisions sont intervenues pour faire application de ce principe, et il faut citer en particulier l'arrêt rendu par la CJUE en date du 1^{er} octobre 2019⁴, qui a réaffirmé le caractère transversal du principe de précaution encore une fois en matière de santé, où il doit « assurer un niveau de protection élevé » (point 41).

En droit national, son application est plus nuancée même si des décisions de plus en plus nombreuses émanant tant des juridictions de première instance que du Conseil d'État y font très nettement référence⁵.

Ainsi, il est indéniable que les principes de droit à l'information, de précaution et de prévention sont des principes de valeur constitutionnelle et de droit communautaire sanctionnés par le juge. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces principes ont été mis à mal dans le cadre de la crise actuelle et que cette transgression a déjà des conséquences qui se renforceront indubitablement dans le futur.

II. L'APPLICATION DES PRINCIPES DANS LES PREMIÈRES SEMAINES DE LA CRISE DU COVID-19 III

À l'heure où sont écrites ces lignes (première semaine d'avril 2020), nul ne peut savoir comment évoluera la situation. Cependant, les preuves sont accablantes sur les conditions dans lesquelles ces trois principes ont été



méconnus pour ne pas dire ouvertement violés.

On étudiera successivement la méconnaissance du droit à l'information (A), l'absence de mise en œuvre du principe de précaution (B) et la mise en œuvre tardive des mesures de prévention (C).

A. LA MÉCONNAISSANCE DU DROIT À L'INFORMATION

Sur le plan formel, les obligations de l'État telles qu'elles résultent du Code de la santé publique apparaissent comme remplies. On rappellera en effet qu'au regard des textes applicables, et principalement de l'article 88 de la loi de modernisation de notre système de santé, adoptée le 26 janvier 2016, codifié à l'article L. 1111-1 du Code de la santé publique, l'information doit être transmise dans le cadre du service public d'information en santé, placé sous la responsabilité du ministre en charge de la santé. Ce service public prend la forme d'un site Internet sur lequel de nombreuses informations sont disponibles. On y retrouve synthétiquement les différentes mesures prises par le gouvernement et un certain nombre de conseils et de rappels visant la prévention de la généralisation de l'épidémie.

Mais bien au-delà de ce seul système d'information, qui souffre d'une visibilité relative à l'heure des réseaux sociaux, c'est avant tout la régularité, la précision et la cohérence des informations qui manquent dans les annonces faites par le gouvernement.

Si des conférences de presse quotidiennes, depuis maintenant quelques semaines, du directeur général de la santé, informant du nombre de décès et du nombre de malades, participent de la communication sur la volonté de transparence marquée par le gouvernement et donc sous une certaine forme, de l'information du public, sur le fond, l'information gouvernementale n'a en aucune

manière permis dans les premiers temps à nos concitoyens de mesurer ce à quoi ils étaient confrontés ; l'information donnée par la suite sur le fait de ne pas recourir aux masques a été purement et simplement mensongère ; enfin, les informations données quant au nombre de victimes sont fausses ou tout au moins très partielles, et il a fallu plusieurs semaines pour que cet état de fait soit reconnu.

Il y a un mois à peine, nul ne s'inquiétait des effets du coronavirus, et l'argument selon lequel le virus était assimilable à une simple grippe prédominait, largement relayé par une partie de la communauté scientifique. Or, les déclarations de Madame Buzyn, à l'époque ministre de la Santé, affirmant qu'il y avait très peu de chances pour que le virus touche la France, puis dans un second temps qu'il revêtait bien peu de risque, sonnent totalement faux lorsque on les compare à l'interview donnée au journal *Le Monde* dans lequel elle indique avoir compris dès le mois de décembre la gravité de la situation et en avoir informé le président de la République et le Premier ministre en janvier, indiquant même qu'elle était persuadée que les élections municipales ne pourraient pas avoir lieu.

Dans le même temps, la communication sur les mesures de confinement prises en Italie était traitée en France avec une forme de dérision, et des élections municipales ont été maintenues avec deux conséquences :

- d'une part, de nombreuses personnes ont été contaminées à cette occasion et en particulier ceux qui tenaient les bureaux de vote ;
- d'autre part et surtout, la communication s'est révélée totalement incohérente engageant d'un côté nos concitoyens à aller voter et de l'autre à rester chez eux.

La confusion totale entre communication et réelle information sur la situation sanitaire s'est donc révélée désastreuse.

3) CJCE, 5 mai 1998, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes, aff. C-180/96.

4) CJUE, 1^{er} octobre 2019, aff. C-616/17.

5) Tribunal administratif de Lyon, 15 janvier 2019, Criigen contre ANSES, N°1704067 ; CE, 7 février 2020, Organismes obtenus par mutagenèse, n° 388649.

Une autre illustration de cet état de fait résulte de l'affaire des masques. Le fait est que la France, à la suite d'une succession de choix gravissimes sur lesquels on reviendra ci-dessous, ne disposait pas de stock de masques. Au lieu de le reconnaître et d'engager nos concitoyens à se protéger par tous moyens utiles, y compris le système D, le gouvernement a choisi de désinformer. En effet, la communication s'est faite autour du fait que les masques ne servaient à rien, sauf lorsqu'on était malade. C'est évidemment totalement faux et l'Organisation Mondiale de la Santé et la plupart des pays du monde distribuaient des masques. Puis dans un second temps, la communication de la porte-parole du gouvernement a consisté à affirmer qu'il y avait des risques à mal mettre les masques, comme si les Français étaient stupides et ne savaient pas mettre un masque. Il s'agit donc d'une communication destinée à masquer une information nécessaire à la population.

Un troisième exemple peut être donné d'une information inexacte destinée à éviter les comparaisons entre États qui ne seraient pas à notre avantage. Il s'agit du nombre de décès et de malades. Il a fallu plusieurs semaines pour que le gouvernement finisse par reconnaître que l'un et l'autre étaient faux. En effet, le nombre des décès ne comprenait pas les décès à domicile, dans les EHPAD, ce qui signifie qu'ils étaient faux. Quant aux malades, dans la mesure où très peu de personnes sont testées, le chiffre est également faux.

Bien d'autres exemples pourraient être donnés, de la communication sur l'arrivée de masques qui n'arrivent pas, à la distribution par l'État de gel qui n'est pas distribué, etc.

En définitive, on constate que les pouvoirs publics ont été obnubilés par la communication, celle qui correspondait à des objectifs politiques qui leur étaient propres (dissimuler l'absence de prévention, la pénurie, des choix tragiques en matière hospitalière, ou encore maintenir à tout prix les élections municipales) et non par l'information la plus adaptée à la protection de la population et à une réelle connaissance de la situation.

B. L'ABSENCE TOTALE DE MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Pour apprécier l'étendue réelle du principe de précaution, rien ne vaut de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice, et plus précisément à l'arrêt rendu en grande chambre le 1^{er} octobre 2019. La Cour rappelle que « ce principe implique que, lorsque des incertitudes

subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ». Il s'agit ici finalement, pour cette première étape, de l'application traditionnelle du principe appliqué en matière de santé. La Cour continue en considérant que « lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives ». Cette double application du principe de précaution est utilisée systématiquement par la Cour dans de nombreux arrêts⁶. Cela signifie que quand bien même des études ont été effectivement menées au nom du principe de précaution, et ne permettent pas d'établir le risque avec certitude, l'application de ce principe ne s'arrête pas là, bien au contraire. Si le doute subsiste, toute mesure restrictive susceptible d'endiguer la réalisation du dommage doit être effectivement prise.

Les premières manifestations du Covid-19 ont eu lieu en Chine dès le mois de décembre 2019, et des cas en France sont apparus au mois de janvier 2020. À l'époque, il y avait effectivement une incertitude sur la portée éventuelle de cette épidémie, sa gravité et le risque pandémique. Le principe de précaution impliquait alors qu'un certain nombre de mesures soient prises par anticipation dans l'hypothèse où précisément nous aurions à faire face à ce que nous avons connu au mois de mars. Or, nous apprenons que le maigre stock de masques dont nous disposions a été alors adressé en Chine, mais qu'aucune commande ni en France ni à l'étranger n'a été passée ; il en a été de même pour le gel hydroalcoolique. Et, alors que dès janvier, l'Allemagne commandait des centaines de milliers de tests, la France n'en commandait aucun, rendant ainsi impossible le confinement de malades testés et la lutte contre la propagation de la maladie.

Parallèlement, aucune mesure sérieuse n'a été prise pour éviter l'arrivée de malades chinois, car il ne fallait pas toucher au tourisme. Seuls des conseils ont été prodigués tentant à éviter les vols vers la Chine dans la mesure du possible. Au niveau sanitaire, rien ne semble avoir été entrepris s'agissant des vérifications quant à la suffisance des équipements sanitaires, alors

que l'OMS prévenait déjà de la dangerosité du phénomène.

L'ensemble des critères de précaution étaient pourtant réunis et les autorités n'ont pas respecté son application.

La contagiosité du virus était déjà connue depuis le mois de décembre, seule la gravité des conséquences sanitaires en quantité et en nombre était inconnue. À cette violation du principe de précaution dans la première partie de l'épidémie (jusqu'à mi ou fin février) a succédé une seconde violation : celle du principe de prévention.

C. LA MISE EN ŒUVRE BIEN TROP TARDIVE DES MESURES DE PRÉVENTION

La prévention, qui peut s'assimiler à la prudence, est beaucoup plus exigeante que la précaution, puisqu'elle oblige à agir de manière efficace. Il ne s'agit plus de faire de la recherche ou de faire de l'information ; il s'agit de prendre des mesures concrètes et c'est une obligation.

L'OMS distingue classiquement la prévention primaire, à savoir la politique ayant pour objet de lutter contre les facteurs d'apparition et de propagation des maladies humaines, de la prévention secondaire qui concerne les actions de dépistage et les traitements précoces portant sur les maladies et les personnes elles-mêmes⁷.

C'est surtout de la prévention primaire dont il sera ici question. Celle-ci regroupe en réalité un certain nombre de polices administratives comme les différents règlements sanitaires départementaux ou municipaux et certaines polices spéciales à l'image de la police des habitats insalubres. Plus particulièrement, la politique de lutte contre la propagation des maladies transmissibles se décline en deux types de polices. Il existe tout d'abord le contrôle sanitaire aux frontières fondé sur le règlement sanitaire de l'OMS et intégré au droit français par un décret du 4 juillet 2007⁸, et destiné à lutter contre la propagation des maladies dites *quaranténaires*, à savoir la peste, le choléra et la fièvre jaune. Par ailleurs, une loi du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur⁹, adoptée suite à l'épidémie de grippe aviaire (H5N1) de 2006, a introduit un article L. 3131-1 dans le Code de la santé publique, article prévoyant que « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter

6) CJUE 22 décembre 2010, Gowan Comércio Internacional e Serviços, C77/09.

7) J.-M. De Forges, *Le droit de la santé*, PUF, 2012, p. 81.

8) *Ibid.*

9) Loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.

les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ».

On s'étonnera ici de l'absence totale de mise en œuvre de nouvelles mesures proportionnées de prévention dans les premières semaines de l'épidémie, et de la tardiveté de la réaction à la pénurie totale de masques et d'équipements sanitaires disponibles pour les soignants, à l'heure où un sixième médecin est décédé des suites d'une contamination au Covid-19¹⁰. Le gouvernement a manifestement sous-estimé l'impact de la pandémie.

Les mesures effectives de confinement n'ont été mises en œuvre qu'à compter du 17 mars 2020. Seules les initiatives privées auront permis d'anticiper un peu sur les mesures gouvernementales à l'image des différentes entreprises ayant mis leur salarié au télétravail forcé la semaine précédant celle du confinement. Surtout, le maintien du premier tour des élections municipales marque un réel problème de cohérence quand le confinement devait être prononcé deux jours plus tard. Alors que le caractère extrêmement contagieux du Covid-19 était déjà connu, les Français ont tout de même été appelés aux urnes, favorisant très certainement la contagion d'un nombre important de personnes. Le maintien des élections municipales choque d'autant plus que le statut de pandémie était conféré au virus du Covid-19 par l'OMS dès le 11 mars 2020¹¹. Les stocks de tests de dépistage du virus sont également incroyablement bas. La France effectue à ce jour 20 000 tests quotidiens, avec un objectif porté à 100 000 en juin, quand l'Allemagne est capable de dépister entre 300 000 et 500 000 personnes par semaine¹².

Outre la mise en œuvre de nouvelles mesures de prévention, c'est l'efficacité des mesures déjà existantes qui fait grandement défaut aujourd'hui. La loi de 2007 précitée prévoyait une disposition qui aurait pu s'avérer extrêmement utile¹³, mais qui a finalement reçu une application très limitée. En effet, l'article L. 3135-1 du Code de la santé publique prévoyait la création d'un établissement public ayant pour mission « d'acquérir, de fabriquer, d'importer, de distribuer et d'exporter des produits et services nécessaires à la protection de la population face aux menaces sanitaires graves ». Mais cet établissement, dénommé Eprus, doté initialement de fonds importants pour réaliser sa mission, a peu à peu été privé de moyens financiers et finalement de toute



autonomie puisqu'il a été intégré en 2016 au nouvel institut national de prévention, de veille et d'intervention en santé publique¹⁴.

Enfin, aux termes de l'article L. 3131-7 du Code de la santé publique, « chaque établissement de santé est doté d'un dispositif de crise dénommé plan blanc d'établissement, qui lui permet de mobiliser immédiatement les moyens de toute nature dont il dispose en cas d'afflux de patients ou de victimes ou pour faire face à une situation sanitaire exceptionnelle ». Ce dispositif n'a vraisemblablement pas été suffisant, tout comme l'Eprus n'avait pas assez de stocks d'équipements sanitaires empêchant ainsi de protéger efficacement les soignants contre la maladie et la mort.

Devant l'absence, l'insuffisance et/ou la tardiveté des mesures mises en œuvre sur la base de ces différents principes, des questions fondamentales se posent qui ont d'ores et déjà fait évoluer le droit et vont conduire très probablement à des changements importants dans les systèmes majeurs de l'action publique.

III. LES ÉVOLUTIONS À ATTENDRE DANS L'APPLICATION DE CES PRINCIPES

Tout d'abord, la situation qui vient d'être décrite a conduit à une double évolution, d'une part législative, d'autre part jurisprudentielle (A). Toutefois, le retour à une situation « normale » post Covid-19 devra conduire à une autre application de ces principes (B).

A. LES PREMIÈRES ÉVOLUTIONS

L'introduction dans notre droit de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 24 mars 2020 est une application à grande échelle du principe de prévention, même si elle fait également l'objet de l'application d'un principe qui n'est pas encore inclus dans notre droit, mais qui le sera très certainement : le principe d'adaptation. Cette loi donne en effet au gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour assurer la protection de la population en apportant des restrictions extrêmement importantes aux libertés publiques. Le juge administratif aura très certainement à apprécier si les conditions d'urgence sanitaire justifiaient telle ou telle mesure et si celle-ci était proportionnée dans l'espace et dans le temps. Parallèlement, une première décision jurisprudentielle très importante est intervenue le 20 mars 2020¹⁵, avec la requête présentée par le Syndicat des jeunes médecins, demandant à enjoindre au Premier ministre et au ministre des Solidarités et de la Santé d'organiser un confinement total avec l'arrêt des transports en commun et une interdiction de sortir de chez soi, sauf pour motif médical et sur autorisation d'un médecin. Les requérants demandaient également la production industrielle de tests de dépistage et la mise en œuvre de mesures réglementaires destinées à assurer le dépistage des personnels médicaux. Était alléguée une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie prévu par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)

10) L'Obs avec AFP, À Metz, un sixième médecin hospitalier est mort du Covid-19, 30 mars 2020, disponible en ligne sur : <https://www.nouvelobs.com/coronavirus-de-wuhan/20200330.OBS26821/a-metz-un-6e-medecin-hospitalier-est-mort-du-covid-19.html>

11) Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point presse sur la COVID-19, 11 mars 2020, disponible en ligne sur : <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>

12) G. Rozieres, Le Huffington Post, 30 mars 2020, disponible en ligne sur : https://www.huffingtonpost.fr/entry/tests-face-au-coronavirus-pourquoi-la-france-ne-copie-pas-lallemagne_fr_5e81c3c0c5b66149226ad574

13) C. Le Pen, Tribune : Coronavirus : « En 2007, la France avait su mettre au point un dispositif de protection très ambitieux contre des pandémies », 30 mars 2020, disponible en ligne sur : https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/30/claude-le-pen-en-2007-la-france-avait-su-mettre-au-point-un-dispositif-de-protection-tres-ambitieux-contre-des-pandemies_6034911_3232.html

14) Ibid.

15) CE, Ordonnance du 20 mars 2020, Syndicat des jeunes médecins, N° 439674.

par la carence de l'autorité publique dans la mise en œuvre des mesures sanitaires.

Le Conseil d'État relève qu'un confinement total pourrait avoir de graves incidences pour la santé de la population, notamment en ce que de nombreuses activités vitales doivent perdurer. La carence pour absence de prononciation d'un confinement total n'était donc pas caractérisée. Le juge des référés a tout de même enjoint au gouvernement de préciser la portée de la dérogation au confinement pour des raisons de santé, de réexaminer le maintien de la dérogation pour les déplacements brefs et à proximité du domicile et d'évaluer le risque concernant le maintien du fonctionnement des marchés ouverts. Enfin, s'agissant du dépistage, le juge des référés a considéré que les dispositions déjà entreprises par le gouvernement pour augmenter les stocks de tests de dépistage ne pouvaient être en l'état augmentées. Ce contentieux est remarquable par le fait qu'il traduit une alerte de la part des médecins auprès du gouvernement pour réétudier les conditions de confinement et les mesures permettant l'approvisionnement en tests de dépistage qu'ils jugent insuffisantes. Un décret du 23 mars 2020¹⁶ est venu modifier et repréciser les mesures de confinement et notamment interdire la tenue des marchés couverts suite à cette ordonnance de référés.

Ainsi, en donnant au droit à la vie et à la santé la valeur d'une liberté publique fondamentale, le Conseil d'État rejoint la décision du Conseil constitutionnel faisant du droit à la vie et à la santé un objectif de valeur constitutionnelle. Indirectement, mais nécessairement, les principes de prévention et de précaution dont l'objet est précisément d'assurer l'effectivité du droit à la vie et à la santé voient leur valeur constitutionnelle renforcée. Et l'usage du référé liberté, jusque-là très étroit, trouve une expression beaucoup plus vaste puisque le 28 mars 2020, une seconde ordonnance¹⁷ fondée sur le même article L. 521-2 du Code de justice administrative était rendue, à la requête d'un syndicat de soignants demandant qu'il soit enjoint à l'État de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer un approvisionnement en matériel des professionnels de santé et de prendre des mesures de police destinées à effectuer les réquisitions nécessaires pour la fabrication de masques de protection, de gel hydroalcoolique et de vêtements de protection pour prévenir la contamination. Le juge des référés a considéré, dans un sens similaire à l'ordonnance prononcée le 20 mars 2020,

que le gouvernement avait déjà mis en œuvre un certain nombre de mesures, notamment de réquisition afin d'obtenir un stock suffisant. Le juge conclut que les mesures que les requérants sollicitent ne pourraient être utilement prises pour augmenter à court terme le volume de masques disponible compte tenu du fait qu'elles ont été déjà pour la plupart mises en œuvre.

Visiblement, ces mesures ne satisfont pas les équipes de soignants, puisque le Conseil d'État a de nouveau été saisi le 30 mars en référé mesures utiles par cinq associations de soignants, de patients et de juristes, en vue d'obtenir la réquisition d'usines pour fabriquer des masques, des tests et des médicaments jugés insuffisants à répondre à la crise sanitaire actuelle. Deux autres ordonnances étaient également rendues le 28 mars 2020. La première¹⁸ concernait aussi la fourniture de masques et la nécessité d'autoriser les médecins et hôpitaux à prescrire et administrer aux patients à risque

« Le moins que l'on puisse dire, c'est que ces principes ont été mis à mal dans le cadre de la crise actuelle et que cette transgression a déjà des conséquences qui se renforceront indubitablement dans le futur. »

une association de deux molécules que sont l'hydroxychloroquine, sur laquelle un débat important est en cours sur sa capacité à soigner le coronavirus¹⁹, et l'azithromycine. Le juge des référés a écarté la requête au motif que des prescriptions d'hydroxychloroquine sont déjà prévues sous certaines conditions édictées par le décret du 23 mars 2020, prescriptions qui ne peuvent avoir lieu qu'après intervention d'une décision collégiale de médecins. Dans l'attente de résultats fiables sur le comportement de la molécule qui seront attendus suite à l'essai clinique européen Discovery, la généralisation des prescriptions ne paraît pas une mesure appropriée au Conseil d'État, qui au surplus juge que les conditions de prescription et d'administration prévues par le décret ne constituent pas une atteinte au droit au respect à la vie. La seconde requête²⁰ tendait également à obtenir l'autorisation de prescription de la Plaquenil (marque du médicament contenant le sulfate hydroxychloroquine) et à enjoindre à l'État de produire et constituer des stocks de ce médicament. Cette demande est rejetée pour les mêmes motifs que la précédente.

Mais tout ce contentieux profondément innovant,

donnant au juge un véritable pouvoir de contrôle non seulement de l'action, mais également de la carence de l'État à protéger la vie et la santé et à faire application du principe de prévention, donne une dimension tout à fait nouvelle à ce sujet.

Ce n'est qu'un début.

B. LES ÉVOLUTIONS À ATTENDRE

Les conditions dans lesquelles la crise a été gérée sont éminemment contestables et déjà largement contestées. Plusieurs plaintes pénales ont été déposées devant la Cour de justice de la République, bien que le moment ne soit pas particulièrement bien choisi. Et effectivement, plusieurs fondements pourraient peut-être être envisagés le jour où les faits et les responsabilités de chacun seront mieux établis. Mais, quelle que soit l'issue de ces procédures, il est clair qu'il ne sera pas possible de rééditer une telle gestion d'une crise quand malheureusement d'autres suivront.

En effet, nous entrons dans un siècle de crises écologiques à répétition, les crises sanitaires étant une autre illustration de nos modes de vie, de production et de consommation.

S'agissant du droit à l'information, il convient de distinguer entre des informations délibérément fausses (le masque ne sert à rien ou encore les tests sont inutiles en phase 3 de l'épidémie alors que l'OMS réclame à cor et à cri que les tests soient faits) des informations insuffisantes ou orientées comme celle que nous avons eues au début de l'épidémie. Il est clair que les premières sont vraiment graves et susceptibles de conséquences judiciaires, mais dans tous les cas de figure, la question du droit à l'information en matière environnementale comme en matière sanitaire est à repenser pour assurer une information objective dont l'urgence nécessaire est double :

- d'une part, elle est un droit qui est essentiel pour permettre à chacun de fixer au mieux son comportement et d'assurer au mieux sa protection et celle des autres ;
- d'autre part, elle est le fondement même du système démocratique et de la confiance dans la parole publique. Le moins qu'on puisse dire

16) Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

17) CE, 28 mars 2020, Demande de mesures pour mise à disposition de matériel aux personnels de santé (Covid-19), N° 439693.

18) CE, 28 mars 2020, SMAER, Demande de mesures pour production de masques, dépistage, administration hydroxychloroquine et azithromycine (Covid-19), N° 439726.

19) *Le Figaro*, avec AFP, Covid-19 : une vaste étude pour « clore le débat » sur la chloroquine, 31 mars 2020, disponible en ligne sur <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/covid-19-une-vaste-etude-pour-clore-le-debat-sur-la-chloroquine-20200331>

20) CE, 28 mars 2020, SMAER, Demande de mesures pour production de masques, dépistage, administration hydroxychloroquine et azithromycine (Covid-19), N° 439726.

est que celle-ci est en chute libre et à juste titre compte tenu de ce qui précède.

Distinguer communication et information, sujet qui avait déjà été abordé au moment de la crise Lubrizol, est essentiel, et si la communication est du domaine du politique, l'information est beaucoup plus sérieuse et dépend d'une presse libre et indépendante et d'experts dont les conflits d'intérêts doivent être beaucoup mieux connus et explicités ; à cet égard, le débat autour de la chloroquine est un cas d'école. Et si le politique veut assurer le droit à l'information, il ne peut alors le faire qu'en s'assurant de la parfaite justesse et honnêteté des éléments qui sont fournis au public. Il faudra du contentieux pour que soit compris le fait que la diffusion d'informations inexactes ou partielles et partiales est inacceptable et ne correspond pas à l'exercice du devoir d'information.

S'agissant du principe de précaution, les jurisprudences intervenues avant la crise du coronavirus avaient déjà largement renforcé ses conditions d'application et son effectivité juridique. Les contentieux qui s'ouvrent, en particulier sur la mise en danger délibérée d'autrui, auront très certainement à se poser la question de la connaissance du risque par les autorités et de la réponse qui a été apportée. En tout cas, il est fort à parier que dans les années qui viennent, il sera très difficile à tous les contempteurs du principe de précaution de continuer à soutenir que c'est un principe inutile, anti-progrès, et qui bloque toute action et toute recherche. Ce qui vient de se passer montre non seulement son absolue nécessité, mais encore les conséquences qui surviennent lorsqu'il est



nié, comme cela été le cas. Compte tenu des décisions récentes du Conseil d'État comme du Conseil constitutionnel sur l'application du droit à la vie et à la santé, dans la lignée de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est probable que le principe de précaution verra son contenu et son efficacité renforcés et précisés par le juge.

A fortiori, s'agissant du principe de prévention, la nécessité d'agir d'où la faute à ne pas le faire sera au cœur du débat. Ce principe a été en réalité assez peu appliqué jusqu'à présent, ne serait-ce que parce que beaucoup commettent l'erreur de confondre précaution et prévention. Cependant, les risques étant de mieux en mieux connus, il y a une obligation à les anticiper et à mettre en place les éléments

pour en réduire la survenance et à défaut d'en réduire les effets. La politique si nécessaire de l'adaptation, envisagée dans un premier temps pour le dérèglement climatique, mais qui va devenir un élément majeur de toutes nos politiques publiques a un lien étroit avec la prévention. Nul ne peut douter que le droit aura dans les années qui viennent à renforcer l'encadrement de l'un et de l'autre de manière à réaiguiller l'action des pouvoirs publics vers de véritables politiques de prévention indispensables au maintien de nos systèmes sociétaux, économiques et environnementaux. Ainsi, la crise du coronavirus a des conséquences juridiques dont on peut d'ores et déjà être certain qu'elles seront considérables.

2020-5868

Brèves

HAUTS-DE-SEINE

Le CREPS de Chatenay-Malabry accueille des sans-abris atteints du Covid-19

On connaît les difficultés que rencontrent les sans-abris pour se protéger alors que la population est sommée de se confiner. Encore plus fragilisés depuis le début de l'épidémie, ils sont nombreux à avoir attrapé la maladie. Pour ceux dont l'état de santé ne nécessite pas d'hospitalisation, le CREPS d'Ile-de-France a rouvert ses portes le 6 avril, nous apprend France Bleu Paris. Situé à Chatenay-Malabry, le bâtiment accueille normalement de jeunes sportifs de haut niveau, qui se préparent notamment pour les Jeux olympiques de Paris 2024. Selon *Le Parisien*, 50 personnes sans domicile fixe peuvent ainsi être logées, nourries et bénéficier d'une surveillance médicale organisée par l'Agence régionale de santé (ARS). Si l'état d'un malade se dégrade, le SAMU l'emmènera aux urgences. Ce dispositif devrait durer le temps du confinement.

VAL-DE-MARNE

Gestion du dépositaire de Rungis

Les capacités funéraires d'Ile-de-France sont saturées en raison de la pandémie. En conséquence, la préfecture du Val-de-Marne a réquisitionné un hall isolé du marché national de Rungis afin qu'il serve de dépositaire pour les cercueils en attente d'inhumation ou de crémation. Un opérateur funéraire mandaté par l'État assure la gestion des lieux et l'accompagnement des familles. Compte tenu du contexte, la puissance publique assumera les frais supplémentaires occasionnés par des délais d'inhumation ou de crémation anormalement longs. La conformité des prestations facturées sera particulièrement suivie.

VAL-D'OISE

Réglementation relative aux nuisances sonores pendant le confinement

Selon l'article 11 de l'arrêté préfectoral du Val d'Oise du 28 avril 2020 :

« Les travaux momentanés de rénovation, de bricolage ou de jardinage réalisés par des particuliers à l'aide d'outils ou d'appareils susceptibles de porter atteinte à la tranquillité du voisinage en raison de leur intensité sonore, tels que les tondeuses à gazon, tronçonneuses, perceuses, raboteuses ou scies mécaniques ne peuvent être effectués que : de 8h30 à 12h et de 14h30 à 19h30 du lundi au vendredi ; de 9h à 12h et de 15h à 19h le samedi ; de 10h à 12h le dimanche et les jours fériés. »

PARIS

La Ville à la rescousse des locataires des bailleurs sociaux

Le 16 avril, la Ville a annoncé que ses bailleurs sociaux Elogie-Siemp, Paris Habitat et la RIVP allaient apporter une aide aux locataires ayant des difficultés à payer leur loyer lors de cette période de crise. Les locataires concernés pourront se voir proposer un échelonnement des loyers impayés d'une durée adaptée à leur situation, et bénéficieront d'un « accompagnement renforcé pour l'apurement de leurs dettes ». Par ailleurs, un moratoire a également été décidé sur les contentieux liés aux difficultés de paiement de loyers. S'agissant des locataires s'acquittant d'un supplément de loyer de solidarité (SLS) et qui subiraient des baisses de revenus, « le bailleur prendra en compte l'évolution des revenus en temps réel pour ajuster le montant du surloyer à la baisse », indique la Ville. Enfin, pour soutenir le pouvoir d'achat des locataires, Paris Habitat a décidé d'ajuster le calendrier des régularisations de charges.

25 %

de baisse de créations d'entreprise en France en mars, selon l'Insee.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 17 octobre 2018 – numéro 74

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Droit de la biodiversité



© Bettapoggi



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

Éditorial

Origine et finalité du droit de la biodiversité : vers la reconquête

DROIT DE LA BIODIVERSITÉ

Éditorial

Origine et finalité du droit de la biodiversité : vers la reconquête	2
L'étude d'impact à l'aune de la réforme de l'évaluation environnementale selon la loi reconquête de la biodiversité de la nature et des paysages du 8 août 2016.	5
La mise en œuvre de la protection de la biodiversité par la compensation environnementale instituée par la loi Reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages du 8 août 2016.	7
Contours et modalités de la réparation du préjudice écologique	10
Biodiversité et comptabilités publiques et privées	12
Biodiversité et process industriels	15

AGENDA 9

ANNONCES LÉGALES 18

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bihebdomadaire
Imprimerie : SIEP



Vente au numéro : 1,50 €

Abonnement annuel : 99 €

Copyright 2018

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

La question de la biodiversité devient aussi cruciale que celle du climat ; en réalité, les deux sont liés.

Avant d'aller plus avant, une précision de vocabulaire : le terme biodiversité est comme chacun sait le résultat d'une contraction entre biologie et diversité.

Il en existe une définition légale qui figure à l'article L.110-1 du Code de l'environnement qui est ainsi rédigée :

« On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage ».

Au niveau mondial, on dénombrerait 1,8 million d'espèces connues alors qu'il en existerait 10 à 15 millions¹.

Sur cette quantité, un nombre important d'espèces ont disparu et vont continuer à disparaître. Cela est dû à la déforestation et à la dégradation des sols, auxquelles s'ajoutent le bouleversement climatique.

Les services écosystémiques restent considérables, or nous en consommons beaucoup trop par rapport à ce que la planète peut nous donner, puisqu'en cette année 2018, à la date du 17 août (et non plus en septembre ou en octobre), notre limite annuelle était dépassée.

Pour rendre plus concrètes les choses (même si cela n'est pas le cas en France), la déforestation est un fléau au niveau mondial (chez nous, cependant, c'est l'artificialisation des sols qui est la grande menace). Un récent rapport de l'Institut national de la recherche agronomique et de l'Institut français des sciences et technologies des transports de l'aménagement et des réseaux s'est alarmé à juste titre de la situation actuelle.

En effet, selon leurs observations, un peu plus de 51 600 km², soit 9,4 % du territoire français, sont déjà perdus en raison de l'emprise grandissante



Christian Huglo

des villes. Le phénomène s'accélérait : plus de 360 hectares par jour, soit 10 hectares toutes les heures et près de 6 000 km² ont ainsi été détournés de leur fonction d'espaces naturels depuis 2006, soit l'équivalent en superficie du département du Gard.

C'est devant cette situation alarmante qu'a été élaborée la loi dont le titre est parfaitement évocateur : Reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, ce qui, au passage, consiste à admettre que la situation de la biodiversité a bien été obérée.

La loi du 8 août 2016² a fondé toute sa stratégie sur la création d'une Agence nationale pour la protection de la biodiversité qui est un établissement public doté de pouvoirs d'interventions financières et de contrôle sur tous les instruments juridiques qui tournent autour du thème « éviter, réduire, compenser » (appelée séquence ERC), faisant de celle-ci un véritable impératif.

En effet, la loi prévoit effectivement que si l'on ne peut éviter, on ne peut autoriser, et surtout que l'on doit impérativement réduire ou chercher à réduire les impacts sur la biodiversité et au cas où il resterait une atteinte, compenser.

1) G. Sainteny, *Le climat qui cache la forêt*, Éditions rue de l'Echiquier, p. 37.

2) Loi numéro 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (1) (NOR : DEVL1400720L : JO, 9 août 2016).

Il faut comprendre en tout cas que le terme compenser peut s'apprécier dans deux dimensions :

Soit, si elle est postérieure à l'action, c'est le dommage écologique puisqu'il faudra réparer par remise en état et non pas indemniser en argent mais en nature ;

Soit qu'elle s'entend également d'un élément positif qui suppose un raisonnement et une politique préventive, à savoir celle qui réside en particulier dans l'évaluation environnementale ou ce que l'on appelait, dans le temps, la fameuse étude d'impact instituée depuis la loi de 1976³ et son décret d'application du 11 octobre 1977⁴.

Pourquoi cependant faut-il parler de reconquête ? Parler de reconquête c'est sans doute, comme déjà souligné, un aveu ou une reconnaissance du caractère alarmant de la situation.

Mais, le thème reconquête a aussi un aspect positif puisque dans la loi, comme dans la doctrine internationale, il semble s'établir une dynamique qui fait du protecteur un agent économique positif de la biodiversité puisqu'il offre les conditions dans lesquelles la compensation peut s'opérer.

Pour comprendre tout l'intérêt qui s'attache à tous les éléments positifs au niveau international, il faut tenir compte d'un récent rapport de la Commission mondiale sur l'économie et le climat⁵ qui démontre que l'action positive de la protection de la biodiversité (forêts et terres

cultivables) est encore plus attrayante que ce qui avait été imaginé auparavant, à savoir qu'une action climatique ambitieuse ne devait pas en tout cas coûter beaucoup plus cher que les moyens mis en œuvre en vue du maintien d'une recherche de croissance dans le maintien du statu quo actuel.

« Parler de reconquête c'est sans doute, comme déjà souligné, un aveu ou une reconnaissance du caractère alarmant de la situation ».

Ce rapport rappelle que des actions extrêmement importantes ont été entreprises en vue de la restauration de 160 000 000 hectares de terres dégradées, engagée dans le processus cadre du « Bonn challenge » qui a prévu un investissement de l'ordre de 84 milliards de dollars par an.

Au niveau national, il fallait inverser la tendance qui résultait de la logique de nos planifications d'urbanisme qui consistait effectivement pour ceux qui disposaient d'espaces naturels à céder à la tentation de les rendre constructibles.

Pour comprendre toute l'importance qui s'attache à cette perspective de protection du patrimoine naturel, il convient de commencer par faire un léger retour en arrière et montrer combien les

tendances et les directions d'évolution du droit de l'environnement ont été vraiment erratiques jusqu'à présent. On recadrera ensuite les principales évolutions de la loi.

C'est d'abord par le droit des pollutions et de la responsabilité civile que l'on a commencé à prendre conscience de l'intérêt de la nature, ou si l'on préfère de la biodiversité.

C'est la société civile et les juges qui ont effectivement inventé la notion du dommage écologique qui va se poursuivre à partir d'un jugement du tribunal de grande instance de Bastia du 5 juillet 1985⁶ au sujet de la pollution de la mer par des produits chimiques sur les zones de pêche des pêcheurs bastiais pour se terminer dans l'affaire « Erika » par la reconnaissance par la Cour de cassation du 25 septembre 2012⁷ de ce type de dommage suite à un arrêt de la Cour de Paris.

C'est donc une longue marche qu'il a fallu pour établir la prise en considération de la nécessité de protéger la biodiversité et de sanctionner civilement son atteinte, ce qui a permis effectivement d'imaginer l'étude d'impact écologique, c'est-à-dire la protection préventive.

Celle-ci est encore issue des décisions des juges de première instance en général, on en prendra deux exemples : celui du tribunal administratif de Nantes, dans l'affaire dite de la rocade de la Baule⁸. Le second est celui du tribunal administratif de Strasbourg dans l'affaire de la

3) Loi numéro 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : JO du 13 juillet 1976, p. 4 203.

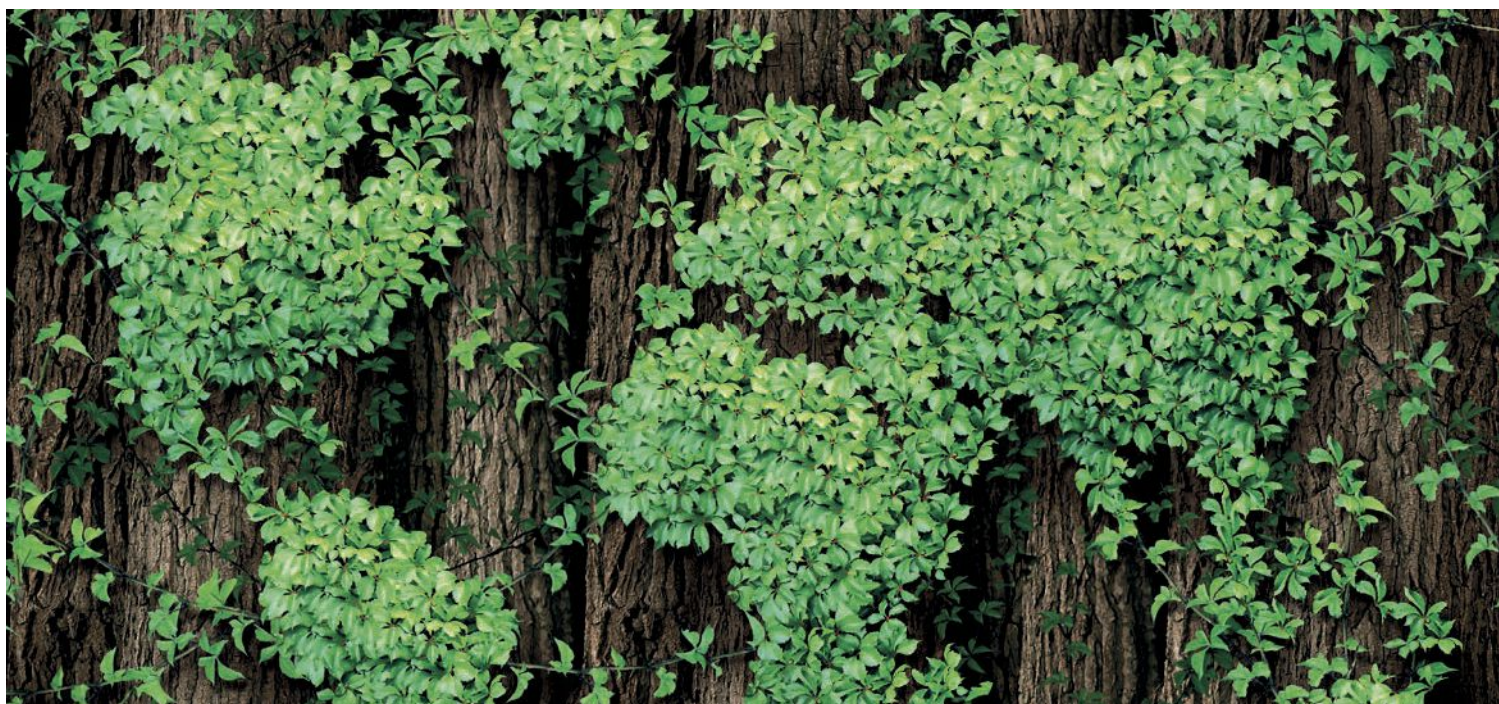
4) Décret numéro 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : JO du 13 octobre 1977, p. 4 948.

5) World Resources Institute, *Unlocking the inclusive growth story of the 21st century : accelerating climate action in urgent times - The New Climate Economy*, the Global Commission on the Economy and Climate, August 2018, 208 p.

6) TGI Bastia, 4 juillet 1985 commenté in « La réparation du dommage au milieu écologique marin à travers deux expériences judiciaires : Montedison et Amoco Cadiz », Gaz. Pal. juillet-août 1992, doct. p.582.

7) Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, P+ B+R+ I (affaire Erika).

8) TA, Nantes, 7 mai 1975, Rec. p. 718 (affaire Rocade de la Baule).



pollution du Rhin qui a suspendu l'autorisation du rejet des résidus de l'exploitation au sel des mines de potasse d'Alsace, très néfastes, à la conservation de l'intégrité de la ressource d'eau potable, pour les collectivités territoriales hollandaises chargées d'alimenter leur population en eau potable puisque la Hollande ne dispose que de très peu de nappes phréatiques compte tenu de sa situation liée à la conquête du tiers de son territoire sur la mer⁹.

En toute logique, on pouvait certes inventer l'étude d'impact avant la réparation, mais c'est à partir de l'atteinte que l'on a imaginé la prévention.

Mais au-delà du caractère peu logique de cette progression, c'est d'abord que dans l'histoire du droit français de l'environnement, on a voulu privilégier le droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire par rapport au droit de l'environnement, puisque dans la conception de l'étude d'impact de la loi de 1976 qui a précédé le décret du 11 octobre 1977, les plans d'urbanisme n'étaient pas soumis à étude d'impact. En effet, selon la volonté du législateur, ils auraient été eux-mêmes une étude d'impact, ce qui est loin d'être évident.

La deuxième observation tient au rôle de la jurisprudence administrative qui n'a jamais été très exigeante vis-à-vis de l'importance des mesures compensatoires qui devait figurer dans l'étude d'impact classique issue de la loi de 1976.

Il suffisait au pétitionnaire de provisionner une somme d'argent pour que la mesure compensatoire soit considérée comme acceptable. Il y eut peu d'annulations par le juge administratif sur ce type de sujet.

Enfin et surtout, le juge administratif, devant l'importance des contentieux, a été tenté d'en restreindre les conditions d'annulation liées aux insuffisances de l'étude d'impact puisque maintenant, les insuffisances de l'étude d'impact

ne sont sanctionnées que si elles sont de nature à porter atteinte à l'information de l'administration ou du public.

Il a fallu de nouvelles directives en matière d'évaluation environnementale, la directive 97 de 2011¹⁰ modifiée pour changer le paysage, mais c'est surtout que le droit positif est resté trop longtemps limité à l'application du droit des études d'impact et au seul niveau local.

Ainsi, aurait-on dû prévoir une étude d'impact appliquée aux schémas et plans d'urbanisme qui aurait effectivement permis de mieux conditionner et mieux, en quelque sorte, caractériser les études d'impact au niveau local. Ce n'est, en effet, que dans les années 2000 que les directives ont soumis à étude d'impact ces instruments de planification (ces plans programmes) qui sont très nombreux en France puisque cela touche aussi bien l'eau, l'air, l'utilisation des sols, l'exploitation des carrières ou des installations classées, par exemple, qui auraient pu montrer la direction.

Ici, le fait est que le local a précédé le global, ce qui n'est que peu constructif.

Les choses ont peut-être changé lorsqu'a évolué la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a vu dans la Charte¹¹ édictée en 2004 et publiée en 2005 en opérant une analyse large de l'article 2 de celle-ci qui rappelle « *qu'il est du devoir de chacun de veiller à la conservation de l'environnement* ».

En effet, le Conseil constitutionnel a estimé que la notion de devoir de chacun visait aussi bien les personnes publiques que les personnes privées, et l'on voit le long cheminement pour la protection effective et à part entière de la protection de la biodiversité car aujourd'hui même d'ailleurs, les réglementations protectrices de l'environnement restent toujours à concilier avec la situation de l'existant. C'est vrai pour la création des parcs naturels ou encore par exemple pour la fameuse trame verte et bleue

inventée par les lois dites Grenelle : c'est bien pourquoi devant toutes ces difficultés passées, une étude en profondeur du nouveau droit de la biodiversité s'impose.

Pour que le droit commun soit saisi par la biodiversité, une meilleure vision de l'étude d'impact et de l'évaluation environnementale s'imposait (communication 2).

Il fallait surtout repenser complètement et instituer un véritable mécanisme de compensation, déterminer son champ d'application, inventer les instruments et mettre à son service, soit des instruments fonciers, soit des instruments économiques (communication 3).

De plus, il fallait aussi et surtout avoir une vision positive de la réparation du préjudice écologique, c'est-à-dire totalement centrée sur la réparation en nature (ce qui n'est pas une mince affaire, dès lors que sur ce sujet, il existe un certain nombre de contraintes de fond et de procédure (voir communication n° 4)).

Evidemment et en toute hypothèse, sans comptabilité de la biodiversité, sans la comparer et sans mise en perspective du sujet avec les éléments économiques et la comptabilité publique, la réforme ne peut pas ambitionner de reprendre les choses en profondeur sans relier les règles de l'économie avec les impératifs de la biodiversité et la comptabilité publique (communication n° 5).

On découvrira finalement que, sans recours à des techniques environnementales et écologiques, la protection de la biodiversité n'a effectivement pas beaucoup de sens, c'est l'objet de la communication n° 6, biodiversité et process industriel.

*Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit,*

Co-Directeur du Jurisclasseur Environnement

9) Voir sur ces différentes affaires notre ouvrage « *Avocat pour l'environnement* », LexisNexis, troisième partie.

10) Directive n° 2011/92/UE du 13/12/11 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JOUE n° L 26 du 28 janvier 2012), modifiée en 2014.

11) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n° 0051 du 2 mars 2005 p.3697).

Bibliographie sélective :

Articles :

M. Lucas, Le contrat au service de la compensation écologique, *Energie – Env. – Infrastr.* n° 6, juin 2017, dossier 11.

A. Van Lang, La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée, *AJDA* 2016, p.2 492.

K. Foucher, Le principe de non-régression devant le Conseil constitutionnel, *Constitutions* 2016, p.487.

G. Beaussonie, Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *RSC* 2016, p.814.

Dossier Loi biodiversité et droit de la construction : RDI n° 11, nov. 2016, voir notamment : A. Van Lang, La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable.

J.-M. Pastor, Le point final des députés au projet de loi Biodiversité, *AJDA* 2016, p.1 476.

A. Farinetti, L'Agence française pour la biodiversité : fer de lance d'une nouvelle gouvernance de la biodiversité, *RDI*, 2016, p.581.

K. Foucher, Le principe de non-régression devant le Conseil constitutionnel, note sous Conseil constitutionnel n°2016-737-DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *AJDA* 2016, p.1 605.

C. Hernandez-Zakine, La loi de reconquête de la biodiversité : une loi à fort potentiel de ruptures juridiques, *Droit rural* n°447, novembre 2016, alerte 116.

J.-M. Pastor, Les députés valident une acception large du préjudice écologique, *D.*, 25 mars 2016.

J.-M. Pastor, Les contours de la future Agence de la biodiversité se précisent, *D.*, 25 mars 2015.

M. Boutonnet et E. Truilhé-Marengo, Réparation du dommage environnemental : les remèdes du droit interne face aux limites du droit de l'Union européenne, *D.*, 2015, p.1 196.

Ouvrages :

C. Cans et O. Cizel, *Loi biodiversité – Ce qui change en pratique*, Éditions Législatives, mai 2017, 618p.

CNEFAF, Confédération des experts Fonciers et Experts Forestiers de France, *Reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages – Guide méthodologique pour les Experts Fonciers et Agricoles et les Experts Forestiers*, 1^{er} éd., avril 2018, 226 p.

L'étude d'impact à l'aune de la réforme de l'évaluation environnementale selon la loi reconquête de la biodiversité de la nature et des paysages du 8 août 2016



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit,
Co-Directeur du Jurisclasseur Environnement



Chancia Plaine,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

Comme on l'a déjà souligné, la protection de l'environnement et surtout de la protection de la nature est beaucoup mieux assumée, en théorie du moins, par des procédures de nature préventive plutôt que des procédés de réparation spécialement du dommage écologique ; il en va de même pour toute la partie pénale du droit de l'environnement qui ne devrait avoir de véritable intérêt (en dehors de sa fonction dissuasive) que s'il permet des opérations de restauration et de remise en état. C'est pourquoi sur la question de la réparation du dommage écologique, il faut absolument privilégier la réparation en nature et la préférer à la réparation en compensation en monnaie, et c'est bien ce que prévoit la loi codifiée aux articles 1246 et suivants du Code civil.

L'idée fondamentale des procédures dites de compensation, étudiées au chapitre suivant, est de concilier à la fois le développement des projets et des travaux et la protection de la biodiversité (ou de la nature ce qui revient à peu près au même), cette précision terminologique étant ici de peu d'importance (voir nos développements sous l'introduction à propos de la notion de biodiversité).

Mais, pour compenser ou même réparer, il faut établir un état d'origine, un état zéro, un état de l'équilibre préalable détruit ou endommagé.

L'étude d'impact a été instituée par la loi de 1976¹ qui eut en fait un préalable obligatoire avant toute décision un décret du 11 octobre 1977² qui en avait fixé les limites.



On peut définir l'étude d'impact comme un document technique à contenu obligé sous la responsabilité du pétitionnaire et placé sous le contrôle du public, de l'administration et du juge.

Toute la fonction de l'étude d'impact n'est pas seulement d'être un document plaqué sur une réalité administrative qui resterait imperméable après sa consultation sur la décision à prendre et surtout la possibilité de la refuser ou de la modifier en fonction des données de ce document technique.

En effet, la loi RBNP³ va inscrire maintenant l'étude d'impact dans un processus qui est le processus de l'évaluation environnementale. L'évaluation environnementale comprend trois phases : la réalisation du document technique, la procédure de consultation des communes intéressées et finalement la décision du préfet. L'intérêt de la réforme est que, même s'agissant des procédures dites de déclarations, l'autorité administrative doit prendre un arrêté qui contiendra des conditions précises de réalisation et la demande d'autorisation.

1) Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : JO du 13 juillet 1976, p. 4 203.

2) Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature : JO du 13 octobre 1977, p. 4 948.

3) Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (NOR : DEVL1400720L : JO, 9 août 2016).

Pour aller à l'essentiel, le nouveau dispositif mis en place résulte de l'ordonnance 2016-1058 du 3 août 2016 ratifiée par la loi du 2 mars 2018⁴ et d'un décret n° 2016-110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes (complété par décret 2017-626 du 25 avril 2017).

L'objet de la réforme consiste effectivement à changer de critères pour la détermination du champ d'application de l'évaluation environnementale (I) et de modifier légèrement et de préciser son contenu (II).

I. LE CHANGEMENT DE CRITÈRES DÉTERMINANTS : LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

S'agissant du champ d'application de la réforme, l'idée générale qui la sous-tend consiste à parvenir à une nouvelle définition globale de projet et sortir des critères de seuils techniques ou financiers qui étaient le lot de la législation de la réglementation antérieure.

Selon l'article L.122-1-1 du Code de l'environnement, le projet est défini par la notion de « réalisation de travaux de construction ou d'ouvrages ou d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ».

L'article L. 122-1-III précise que lorsqu'un projet est constitué de plusieurs travaux, installations, ouvrages et autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, « il doit être appréhendé dans son ensemble y compris en cas de fractionnement, dans le temps, dans l'espace et en cas de multiplicité de maîtres d'ouvrage afin que ses incidences sur l'environnement soient évaluées dans leur globalité ».

Ainsi que le souligne le Guide de lecture de la nomenclature des études d'impact du Ministère de l'Environnement rendu public en février 2017⁵, « l'entrée par procédure dans la nomenclature des évaluations environnementales a été remplacée par celle de projet afin d'en empêcher son fractionnement et d'éviter les études d'impact redondantes ».

C'est donc le projet global qui donne lieu à évaluation environnementale et qui constitue la nouvelle définition du champ d'application du premier volet important de la réforme.

Le second consiste à y inclure la notion de modification de projet.

S'agissant de la modification d'un projet déterminé une fois qu'il a été autorisé, ces modifications sont soumises à évaluation

environnementale systématiquement ou au cas par cas.

La nomenclature figurant à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement précise les différentes situations et critères et l'influence notable de la modification.

« L'intérêt de la réforme est que, même s'agissant des procédures dites de déclarations, l'autorité administrative doit prendre un arrêté qui contiendra des conditions précises de réalisation et la demande d'autorisation ».

Il est vrai que tout en cherchant à être exhaustive, la réforme a considérablement limité la soumission des études d'impact en instituant une réforme de la procédure dite de cas par cas. Cette procédure, qui est d'initiative européenne, consiste à dresser une liste de l'annexe I de la directive 2011-93 du 13 décembre 2011 modifiée par la directive 2014-52 du 16 avril 2014 qui dans son annexe I prévoit l'étude d'impact obligatoire, et dans la seconde annexe, la procédure dite au cas par cas qui est subordonnée en France à une décision de l'autorité environnementale installée auprès du Ministère de la Transition écologique et solidaire. La décision de soumettre l'étude d'impact au cas par cas dépend effectivement de la sensibilité du projet vis-à-vis de l'environnement ; notons que la décision de l'autorité environnementale est en elle-même susceptible de recours.

La réforme a effectivement étendu la procédure au cas par cas dans le domaine sensible, notamment celui du droit des installations classées pour l'environnement ; antérieurement, tous les établissements soumis à autorisation étaient systématiquement soumis à étude d'impact, ce n'est plus le cas aujourd'hui, et le régime juridique intermédiaire entre l'autorisation et la déclaration qui est le régime de l'enregistrement est effectivement un régime dans lequel la procédure au cas par cas y a sa place.

II. CONTENU DE L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE : UN CONTENU AUGMENTÉ

S'agissant de la phase d'étude elle-même ou plus exactement du contenu de l'étude d'impact, il est précisé à l'article R. 122-5 du Code de l'environnement que l'étude d'impact

doit comporter aujourd'hui une description des aspects pertinents de l'état actuel de l'environnement, de son évolution en cas de mise en œuvre du projet ou en l'absence de mise en œuvre de celui-ci ; les changements apportés au scénario de référence doivent être évalués moyennant un effort raisonnable sur la base des informations environnementales et des connaissances scientifiques disponibles.

L'étude d'impact doit également traiter du sujet de la vulnérabilité du projet au changement climatique ainsi que sa vulnérabilité à des risques d'accidents ou de catastrophes naturelles ou technologiques.

En tout cas, l'étude d'impact doit permettre de décrire et d'apprécier de manière approfondie, en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables directes et indirectes d'un projet sur la population, la santé humaine, la biodiversité et des terres, le sol, l'eau, l'air et le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage et l'interaction entre ces différents facteurs.

Comme on le voit, il s'agit d'un sujet d'expertise approfondie.

Le sujet relatif aux mesures d'évitement, de réduction et de compensation des effets négatifs notables du projet sur l'environnement fait l'objet d'un régime spécifique de compensation des atteintes à la biodiversité prévu à l'article L.163-1 du code de l'environnement et qui a fait l'objet de développements à la contribution précédente.

Le volet compensatoire de l'étude d'impact ou mesures de compensation se trouve effectivement « doublé » dans les hypothèses où il y a lieu à procédure de compensation d'une étude tout à fait spécifique qui dépasse le seul cadre technique de la notice ou de l'étude d'impact à proprement parler.

En tout cas, l'articulation réglementaire entre les deux procédures n'a pas été définie strictement jusqu'à présent, peut-être la jurisprudence éclairera le sujet. Pour nous, il nous paraît prudent de faire opérer par un ou des spécialiste(s) deux études distinctes.

Il n'en reste pas moins que la notion d'évaluation environnementale constitue un processus nouveau et non plus strictement formel, puisque l'administration dans sa décision finale doit en incorporer et en traiter tous les éléments, ce qui lui permet de considérer aujourd'hui que sa décision doit être effectivement un véritable acte-condition ; l'environnement doit y être regardé théoriquement comme véritablement intégré.

4) Loi n° 2018-148, 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement (NOR : TRED1630022L : JO, 3 mars 2018).

5) Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer en des relations internationales sur le climat, *Évaluation environnementale – Guide de lecture de la nomenclature des études d'impact (R. 122-2)*, THEMA, février 2017, 68p.

La mise en œuvre de la protection de la biodiversité par la compensation environnementale instituée par la loi Reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages du 8 août 2016



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit,
Co-Directeur du Jurisclasseur Environnement



Pauline Schaal,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour

La loi a pour but de rechercher à compenser, et donc, elle a pour but d'éviter des pertes et garder un capital environnemental lié à la biodiversité¹.

L'essentiel est évidemment d'évaluer, du point de vue environnemental, ce qui risque d'être perdu pour s'assurer un certain maintien d'un capital global environnemental (article L. 163-1 du Code de l'environnement).

On voit tout de suite qu'il s'agit d'une question d'expertise autant que de droit.

L'expert ou les experts devront évaluer, rechercher les équivalences et faire en sorte que soit assurée leur pérennité.

Plusieurs documents importants répondent à ce souci, notamment le Guide d'aide à la définition des mesures (éviter, réduire et compenser), édité par le Commissariat général au développement durable (expertise CEREMA), et on citera également l'important travail réalisé par les experts agricoles et forestiers dans le cadre de leur organisation qui est la Confédération des Experts agricoles et forestiers².

En droit, la préoccupation de la sauvegarde de l'environnement et du patrimoine s'est manifestée historiquement par la mise en œuvre de principes relatifs à la réparation du dommage écologique ; comme il l'a déjà été indiqué, cette réforme législative du dommage écologique se trouve actuellement dans les dispositions du Code civil (articles 1246 et suivants).

L'étude du mécanisme de la compensation instituée par la loi implique l'étude de cinq questions.

Premièrement, quel est le champ d'application de la réforme ?

Deuxièmement, quels sont les principes généraux applicables au droit de la compensation ?

Troisièmement, quelles sont les modalités de mise en œuvre de la réforme ?



© ALDECAstudio

Quatrièmement, au-delà du droit commun de la compensation, y a-t-il des procédures spécifiques dans le domaine de l'eau et l'agriculture ?

Et enfin, quelles sanctions prévoir ?

On étudiera successivement ces cinq questions.

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉFORME

La principale procédure du Code de l'environnement pour laquelle la séquence « éviter, réduire et compenser » (séquence dite ERC dont chacune des phases doit faire l'objet d'un examen spécifique dans l'ordre énoncé) doit s'appliquer, concerne d'abord le droit de l'évaluation environnementale, c'est-à-dire le régime d'élaboration et de modification des plans et programmes tels que définis aux articles L. 122-4 à L. 122-6 du Code de l'environnement

qui concernent le contenu de l'évaluation et qui est développé aux articles R. 122-19 et R. 122-20 qui fixent le contenu du rapport environnemental.

La réforme s'applique au droit des évaluations environnementales, c'est-à-dire l'ancien droit des études d'impact tel que codifié aux articles L. 122-1 L. 122-3 pour la partie législative et les articles R. 122-4 à R.122-5 pour le contenu de l'étude d'impact.

La nouvelle autorisation environnementale, dite autorisation unique, est visée également par la réforme (articles L. 181-1 et L. 181-2). Elle s'applique également aux autorisations, déclarations ou enregistrements au titre des installations classées pour l'environnement, au titre des articles L. 112-1 et L. 112-7 ainsi que L. 112-8, le cas échéant.

1) Sur la définition de la biodiversité, voir notre communication initiale.

2) Contact : cnefaf@cnefaf.fr.

La loi sur l'eau est visée au titre des autorisations ou déclarations, articles L. 214-3 et R. 214-1 et les dispositions réglementaires d'application, article R. 214-6 (autorisations) et article R. 214-32 (déclarations et contenu du dossier).

La procédure Natura 2000 est également concernée (article L. 414-4) et à titre réglementaire (R. 414-19, R.414-20 et R. 414-23 pour le contenu du dossier).

Enfin, la réforme s'applique également aux demandes de dérogations au titre des espèces protégées (article L. 412-2, 4°).

Sont en revanche, en principe, exclues du régime de droit commun, les mesures de compensation forestières financières telles que prévues par la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014 qui a modifié les articles relatifs au défrichage des bois et forêts.

De son côté, l'article L. 341-6 du Code forestier impose une obligation de soumettre à condition toute autorisation de défrichage.

Le demandeur peut s'acquitter de l'une de ces obligations, à savoir la compensation par la replantation à l'équivalent ou selon un coefficient multiplicateur déterminé en fonction du rôle économique, écologique ou social du boisement, en versant une indemnité au fonds stratégique de la forêt et du bois (FSFB) ; le montant de cette indemnité est équivalent au coût des travaux agricoles.

Enfin, les mesures relatives à la « compensation agricole collective » issues de la loi du 13 octobre 2014 et son décret d'application du 2 septembre 2016 font l'objet d'une procédure spécifique ; il ne s'agit pas en l'espèce de compensation écologique au sein de la séquence ERC, il s'agit ici d'une compensation relative à l'impact des projets portant sur une filière ou sur une compensation économique et collective qui ne s'exprime pas forcément en nature.

Il est clair pour nous qu'à l'avenir, la jurisprudence aura pour rôle de préciser le degré de conformité ou de la compatibilité des autorisations administratives visées pour la séquence ERC avec les prescriptions prévues à la fois pour la compensation de l'article L. 163-1 et pour l'évaluation environnementale des plans programmes.

II. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES SPÉCIFIQUEMENT À LA RÉFORME DE LA COMPENSATION

S'agissant des principes généraux qui sous-tendent la réforme, il s'agit naturellement des principes prévus à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement qui ont une définition assez semblable à celle de la Charte et que le Conseil d'État n'applique pas nécessairement, à la différence de la jurisprudence de la Cour de cassation.



Or, la loi RBNP a remodelé le principe de prévention qui figurait à l'article L.110-1 du code de l'environnement en modifiant le 2°) de ce texte de la façon suivante :

« Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ; ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité ».

Il s'agit là ici d'une règle fondamentale qui tourne le dos à la législation américaine qui affirme le principe pas de perte pas de gain ; ici, le législateur a franchi le pas vers une obligation de biodiversité.

Après ce rappel de principe, la loi nouvelle a édicté un certain nombre de principes dont certains se présentent de façon abstraite et générale mais qui cependant pourraient servir de guide aux expertises.

La loi fixe à cet égard un certain nombre de principes dont l'application n'est pas toujours évidente notamment, en particulier, le principe de solidarité écologique.

Il est énoncé à l'article L. 110-1 6°) du code de l'environnement comme suit :

« 6) Le principe de solidarité écologique, qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable

sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés ».

Ce principe rappelle en réalité la règle de l'interdépendance des êtres vivants entre eux avec leur milieu.

Le principe de « l'utilisation durable » rappelle la nécessité d'une alternative au principe de conservation de la nature en vue d'une utilisation des éléments de la diversité biologique, lesquels doivent satisfaire aux besoins des générations futures.

À cette fin, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement se voit ajouter une 7°) ainsi rédigé : « 7°) Le principe de l'utilisation durable selon lequel la pratique des usagers peut être un instrument qui contribue à la biodiversité. »

Le dernier principe abstrait et général est le principe de complémentarité.

Selon le 8°) du code de l'environnement de l'article L.110-1 :

« 8° Le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts, selon lequel les surfaces agricoles, aquacoles et forestières sont porteuses d'une biodiversité spécifique et variée et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques garantissant, d'une part, la préservation des continuités écologiques et, d'autre part, des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité. »

Le principe de non régression qui figure dorénavant au 9°) de l'article L.110-1 est ainsi rédigé :

« 9° Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment. »

Le Conseil constitutionnel a validé ce principe et le Conseil d'État l'a appliqué dans une décision du 8 décembre 2017³.

On soulignera en tout cas que la loi, en affirmant le principe du gain en biodiversité, donne toute son ampleur à la réforme puisqu'elle fait de l'objectif de compensation environnementale finalement une obligation de résultat.

En tout cas, ces principes permettent de mieux éclairer les modalités par lesquelles ont été envisagés les éléments de la réforme.

III. LES MODALITÉS DE LA RÉFORME

Les modalités d'accomplissement de la réforme peuvent prendre deux aspects, soit

3) Cons. Const., 4 août 2016, n°2016-737 DC ; CE, 8 déc. 2017, Fédération de l'Allier, n°404391.

la compensation par la demande, soit la compensation par l'offre.

La compensation par la demande peut être directe ou déléguée. Elle est directe par l'acquisition d'un bien de surface dédiée à la compensation qui fait appel nécessairement à l'intervention d'un prestataire spécialisé et à l'allocation de terrains à un agriculteur avec charges.

Le bénéficiaire de la future autorisation administrative qui impose une obligation de compensation peut avoir recours au travers d'une procédure de délégation à un opérateur de compensation qu'il soit public ou privé.

La question qui n'est pas tranchée par la doctrine est celle de savoir si dans ce cas, il s'agit d'un contrat de nature de droit public ou de droit privé.

« En droit, la préoccupation de la sauvegarde de l'environnement et du patrimoine s'est manifestée historiquement par la mise en œuvre de principes relatifs à la réparation du dommage écologique (...) »

Il n'en reste pas moins que la responsabilité du maître d'ouvrage est entière et permanente (articles L. 163-1-1 et L. 163-1-2).

L'essentiel est de s'assurer de la qualité du site de compensation.

L'autre méthode qui est adoptée, celle de l'offre que l'on appelle la méthode d'offre, est le recours à la réserve d'actifs naturels grâce à des opérations favorables à la biodiversité mises en place par des opérateurs.

Il s'agit purement et simplement ici d'acquiescer des unités de compensation.

Bien entendu, l'essentiel reposera sur les critères et la vigilance d'application des dispositions du décret 2017-254 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels et la compensation.

Ce décret définit les modalités de délivrance de l'agrément des sites naturels de compensation et prévoit notamment que le silence gardé par le ministre chargé de l'environnement à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la réception de la demande d'agrément vaut décision d'acceptation ce qui peut laisser une certaine latitude d'appréciation sur la validité des sites de compensation.

Il n'en reste pas moins qu'ils sont sous la surveillance de l'administration (article D.163-8) et qu'il a été institué également une obligation

de vigilance (article D.163-9) par l'institution d'un Comité de suivi local des sites naturels de compensation.

Il est évident que cette deuxième méthode est la méthode la plus facile à mettre en œuvre, mais elle pose un certain nombre de problèmes.

Tout d'abord la consécration du droit d'atteinte à la biodiversité, du moment que celle-ci est compensée, aboutit à une financiarisation de la biodiversité, c'est-à-dire que l'on risque d'aboutir à une marchandisation des espaces naturels.

La réforme ne pourra tenir que s'il y a une transparence sur les opérations offertes et surtout s'il y a pérennisation des mesures compensatoires.

IV. LA QUESTION DES PROCÉDURES SPÉCIFIQUES |||

Selon le nouvel article L. 112-1-3 du Code rural, tout projet ayant des impacts négatifs importants sur l'économie agricole devra, dans l'étude de leurs effets, présenter les mesures envisagées pour éviter, réduire et compenser en dernier lieu collectivement ces atteintes en visant la consolidation de l'économie agricole des territoires⁴.

S'agissant non plus de l'agriculture mais du régime du droit de l'eau, la situation est plus délicate. En effet, le milieu aquatique se prête à la compensation.

V. LES SANCTIONS |||||

Les garanties prévues par la loi biodiversité pour assurer l'effectivité des mesures compensatoires figurent à l'article L. 163-1-11 alinéa 2 du Code de l'environnement, qui fixe la responsabilité déjà signalée pleine et entière du maître d'ouvrage, et, surtout la mise en place de sanctions administratives (article L. 163-4) qui prévoient la possibilité pour l'administration, à travers ses agents, la consignation d'une somme d'argent correspondant au montant des travaux des opérations à réaliser ; en cas de carence, la possibilité pour l'administration de faire procéder à l'exécution des mesures prescrites via une réserve d'actifs naturels et enfin, les textes ont prévu le pouvoir de suspendre la réalisation de travaux et des opérations et l'exercice d'activités jusqu'à l'exécution complète des mesures prescrites, ce qui donne un pouvoir considérable effectivement aux agents de l'Agence française pour la biodiversité.

Plusieurs Commissions d'enquête parlementaire, Sénat et Assemblée nationale ont souligné la difficulté de la mise en œuvre de la réforme qui, à notre sens, repose sur la participation d'experts compétents.

Agenda



UNION DES AVOCATS EUROPÉENS

Conférence internationale :

Le Soupçon - Suspicion

19 octobre 2018

Maison de l'Avocat

51, rue Grignan 13006 Marseille

Renseignements : 04 91 33 40 50 ou 06 11 55 95 59

abitbolge@numericable.fr

www.uae.lu/fr

2018-2906

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

États généraux de la prospective et de l'innovation

Le futur économique de l'avocat

19 octobre 2018

Ordre des avocats du barreau de Lyon

176, rue de Créqui 69003 Lyon

Renseignements : 01 53 30 85 60

www.cnb.avocat.fr/fr/etats-generaux-de-la-prospective-et-de-l-innovation

2018-2940

CABINET BONDARD, CABINET MEDENICA LAW, FRENCH AMERICAN BAR ASSOCIATION ET FEDERAL BAR ASSOCIATION

Conférence Droit de la mode et innovation

24 octobre 2018

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

17, rue de la Sorbonne 75005 Paris

Renseignements : Céline Bondard

cb@bondard.fr

bondard.fr/accueil

2018-2848

FÉDÉRATION DU COMMERCE COOPÉRATIF ET ASSOCIÉ

La flexibilité du statut de coopérative
de commerçants, clé de sa résilience

25 octobre 2018

Auditorium du Crédit coopératif

12, boulevard de Pesaro 92000 Nanterre

www.commerce-associe.fr/agenda

2018-2828

CHAMBRE DES NOTAIRES DE PARIS

Mariage ou pacs : quelle union choisir ?

25 octobre 2018

Chambre des notaires de Paris

12, avenue Victoria 75001 Paris

Renseignements : 01 44 82 24 00 ou 01 44 82 24 20

www.notaires.paris-idf.fr/rendez-vous/2018-10-25-163000/

mariage-ou-pacs-quelle-union-choisir

2018-2884

4) Voir à cet égard, l'étude d'impact sur l'agriculture de la loi biodiversité par Benoît Grimonprez, Droit Rural n° 449, janvier 2017, Etude 1.

Contours et modalités de la réparation du préjudice écologique



Valérie Saintaman,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour, *of Counsel*



Théophile Begel,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a modifié l'article L.110-1 du Code de l'environnement, qui prévoit que les « *espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation* » et que leur « *protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général* ».

L'article 4 de cette même loi a inséré dans le livre III du Code civil, un nouveau chapitre III intitulé « *La réparation du préjudice écologique* », créé à compter du 1^{er} octobre 2016.

On rappellera qu'avant cette insertion dans le Code civil, le législateur avait consacré en 2008 la notion de dommage causé à l'environnement (voir en ce sens la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008, dite loi LRE). Cependant, avant même le législateur, la jurisprudence et la doctrine ont depuis longue date reconnu le principe de réparation du préjudice écologique et tenté d'en rechercher l'étendue (voir en ce sens la décision concernant les boues rouges de la Montedison, TGI Bastia 8 décembre 1976, Dalloz 1977, note Remond-Gouilloud Gautier, p. 427).

La réparation du préjudice écologique est ainsi une préoccupation ancienne pour la Haute Juridiction qui a mis en exergue en 2012 l'existence d'un préjudice distinct du préjudice personnel ou moral « *portant sur une atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant l'infraction* » (voir en ce sens l'arrêt Erika, Cass. Crim. 25 septembre 2012 n° 10-82.938, et l'arrêt LPO, Cass. Crim. 22 mars 2016, n° 1387.650).

Dans un arrêt du 9 décembre 2016, la cour d'appel de Rennes a considéré que « *le préjudice écologique pur [ou objectif] est l'atteinte non négligeable directe ou indirecte à l'environnement naturel, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction de ces*

éléments à l'écosystème » (CA Rennes 9 décembre 2016, n° 202/2016).

Si les fondements textuels de la réparation du préjudice écologique utilisés par la jurisprudence sont ceux de la responsabilité civile notamment pour faute (ancien article 1382 du Code civil, devenu 1240 du même Code) ou de la responsabilité administrative (articles L. 142-2 et L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement), le législateur n'a pas souhaité en 2016 introduire dans le Code civil un nouveau régime de responsabilité. Il a en revanche prévu un nouveau régime de réparation du préjudice écologique, dont les contours et modalités méritent d'être précisés.

« (...) Le législateur a ainsi choisi de n'ouvrir sur le fondement de ce nouvel article que la réparation de préjudices écologiques qualifiés de "purs", c'est-à-dire les atteintes à l'environnement dans leurs conséquences collectives (...). »

I. L'ÉCONOMIE DU DISPOSITIF LÉGISLATIF PRÉVU PAR LE CODE CIVIL

Selon l'article 1247 du Code civil, le préjudice écologique s'entend comme une « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».

Comme le préconisait le Rapport du professeur Yves Jégouzo¹, le législateur a ainsi choisi de n'ouvrir sur le fondement de ce nouvel article que la réparation de préjudices écologiques qualifiés de « *purs* », c'est-à-dire les atteintes à l'environnement dans leurs conséquences collectives. Une telle solution laisse *a priori* la possibilité aux demandeurs à l'action d'obtenir réparation de tout autre préjudice qu'ils auraient pu subir individuellement et qui résulteraient des mêmes dommages (par

exemple dans le cas d'un préjudice économique résultant d'une atteinte à un paysage, ou encore du préjudice moral causé à une association du fait de la disparition d'une espèce dont la protection entrerait dans son objet social) sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

Si la proposition visant à ce que ce régime fasse référence (ultérieurement et par voie réglementaire) à la nomenclature des préjudices environnementaux issue d'un travail dirigé par les professeurs Laurent Neyret et Gilles J. Martin² n'a pas été retenue, il n'est toutefois pas à exclure que le juge s'en saisisse à l'avenir de lui-même, ainsi que cela a déjà pu être observé dans quelques décisions de justice (voir notamment CA Nouméa, 25 février 2014, n° 2010/556, D. 2014. 669).

Concernant les titulaires de l'action, l'article 1248 du Code civil prévoit que « *l'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* ».

Pour le moins originale – en ce qu'elle précise que l'action est ouverte à toute personne qui justifierait d'une qualité et d'un intérêt à agir tout en proposant une liste de titulaires à l'action (qu'il convient donc de concevoir comme étant non-limitative) –, cette rédaction résulte en réalité d'un compromis trouvé entre les deux chambres parlementaires (certains parlementaires entendaient en effet fixer une liste limitative de personnes recevables à agir, quand d'autres étaient favorables à ce que le régime soit ouvert au plus grand nombre de demandeurs possibles). La solution extensive telle qu'adoptée ne peut en tous cas qu'être saluée en ce qu'elle semble davantage conforme à la philosophie du droit de l'environnement, et en particulier à la Charte

1) Pour la réparation du préjudice écologique, Rapport remis à la garde des Sceaux le 17 septembre 2013, sous la direction du professeur Yves Jégouzo.
2) Nomenclature des préjudices environnementaux, Ouvrage collectif sous la direction de Laurent Neyret et Gilles J. Martin, LGDJ, 2012.

de l'environnement, permettant ainsi une « mise en action » de son article 1^{er}, consacrant pour chacun le droit « de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

L'article 1246 du Code civil précise pour sa part que les personnes contre lesquelles peuvent être dirigées ces actions sont « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Cette disposition s'inscrit dans la continuité du principe dit « pollueur-payeur » déjà inscrit à l'article 4 de la Charte de l'environnement (« toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi »), et laisse donc augurer la possibilité d'actions judiciaires dirigées contre des personnes de droit privé tant morales que physiques. Pour les personnes de droit public, reste à savoir si la consécration du préjudice écologique par le législateur au sein du Code civil finira par convaincre le juge administratif de reconnaître le principe de réparation du préjudice écologique, ce à quoi il se refuse depuis un arrêt de principe du Conseil d'État (CE, 12 juillet 1969, n° 74546, 74933, 74934, 74942, 74943, Ville de Saint-Quentin).

II. UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ CIVILE DE DROIT COMMUN

La notion de « *personne responsable d'un préjudice écologique* » visée à l'article 1246 du Code civil est plus large que celle de responsable visée à l'article L.160-1 du Code de l'environnement qui s'entend de l'exploitant.

Il en résulte ainsi que c'est le régime de la responsabilité civile pour faute ou sans faute qui est mis en œuvre.

III. UN RÉGIME SPÉCIAL DE RÉPARATION

La directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 précise qu'il faut entendre par mesures de réparation « *toute action, ou combinaison d'actions, y compris des mesures d'atténuation ou des mesures transitoires visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés ou à fournir une alternative équivalente à ces ressources ou services* » (article 2, paragraphe 11).

En droit commun de la responsabilité civile, le juge doit choisir le mode de réparation le plus adéquat afin de rétablir la situation qui existait avant la survenance du dommage.

La directive de 2004 met quant à elle en avant trois modes de réparation des atteintes à l'environnement :

- la réparation primaire désignant toute mesure de réparation par laquelle les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés



retournent à leur état initial ou s'en rapprochent ;

- la réparation complémentaire désignant toute mesure de réparation entreprise à l'égard des ressources naturelles ou des services afin de compenser le fait que la réparation primaire n'aboutit pas à la restauration complète des ressources naturelles ou des services ;

En 2016, le législateur a pris en compte les spécificités tenant à l'indemnisation du préjudice écologique en donnant la priorité à la réparation en nature (article 1249 du Code civil). Cela étant, cette priorité n'exclut pas le fait que le responsable verse des dommages et intérêts, notamment quand la réparation en nature n'est pas possible. C'est en effet uniquement en cas d'impossibilité de droit ou de fait voire d'insuffisance des mesures de réparation que le juge condamne le responsable à une réparation pécuniaire.

On relèvera que l'article 1249 du Code civil prévoit que les dommages et intérêts sont octroyés au demandeur ou s'il ne peut prendre les mesures utiles tendant à la réparation de l'environnement, à l'État. Le juge peut également intervenir à titre préventif en prescrivant « *les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* » (article 1252 du Code civil). Tranchant avec les règles de responsabilité civile, l'article 1249 du Code civil impose au demandeur d'affecter les dommages et intérêts qu'il percevra à un usage non pas librement choisi mais à la réparation de l'environnement (par une remise en état si elle est possible).

Tranchant avec les règles de responsabilité civile, l'article 1249 du Code civil impose au demandeur d'affecter les dommages et intérêts qu'il percevra à un usage non pas librement choisi mais à la réparation de l'environnement (par une remise en état si elle est possible).

Tranchant avec les règles de responsabilité civile, l'article 1249 du Code civil impose au demandeur d'affecter les dommages et intérêts qu'il percevra à un usage non pas librement choisi mais à la réparation de l'environnement (par une remise en état si elle est possible).

IV. UN DÉLAI DE PRESCRIPTION PROPRE À CETTE ACTION EN RESPONSABILITÉ

L'article 2226-1 du Code civil, issu de la loi du 8 août 2016, prévoit que l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique se prescrit par dix ans « à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique » et non à compter du fait dommageable.

Le législateur a ainsi choisi de déroger au délai de droit commun, qui fixe le point de départ de la prescription extinctive « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant d'agir (article 2224 du Code civil).

En l'état, il est encore prématuré de dresser un premier bilan de l'inscription de la réparation du préjudice écologique dans le Code civil, qui fêtera son deuxième anniversaire au 1^{er} octobre 2018.

Il y a néanmoins lieu de se réjouir de la consécration législative de ce principe qui s'inscrit, sur un plan plus global, dans une tendance amorcée depuis longtemps déjà aux États-Unis³ et à laquelle la République populaire de Chine participe également puisqu'elle envisage de codifier d'ici 2020, au sein de son premier Code civil, un chapitre VII consacré à la « *responsabilité en matière de pollution de l'environnement et de destruction de l'écologie* ».

Il est également à noter que le régime des actions en réparation du préjudice écologique se précise en droit international, comme en témoigne une décision du 2 février 2018 de la Cour de justice internationale par laquelle l'organe judiciaire principal de l'ONU vient de préciser pour la première fois les règles applicables en matière de méthode et de calcul pour l'indemnisation de tel préjudice (CJI 2 février 2018, Costa Rica c. Nicaragua, n° 150).

3) Un régime de réparation des préjudices à l'environnement existe aux États-Unis depuis une loi CERCLA du 11 décembre 1980.

4) Projet du Code civil chinois, version du 15 mars 2018, Chapitre VII, articles 69 à 74.

Biodiversité et comptabilités publiques et privées



Corinne Lepage
CEO Huglo Lepage Avocats
Docteur en droit
Avocate à la Cour



Madeleine Babes
Huglo Lepage Avocats
Avocate à la Cour

Le droit public a évolué pour intégrer la prise en compte de la biodiversité dans les décisions publiques, notamment par le biais des mécanismes de compensation. Mais, le sujet majeur de l'évaluation économique et de la comptabilisation de la biodiversité est encore à l'état embryonnaire (I). Le sujet est pourtant primordial pour les États comme pour les entreprises privées et devra se traduire au sein des comptabilités publiques (II) et privées (III).

I. LA RECONNAISSANCE DU RÔLE ÉCONOMIQUE MAJEUR DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SERVICES RENDUS PAR LA NATURE

1,8 millions d'espèces sont connues sur terre et on estime qu'il pourrait y en avoir jusqu'à 100 millions.

Les milieux naturels et les espèces rendent de multiples services à l'humanité, aux espèces vivantes, et aux milieux (pollinisation des végétaux, fertilité des sols, épuration naturelle de l'eau dans les milieux humides, tourbières, milieux humides qui protègent contre l'érosion du littoral, réduisent l'intensité des crues et des inondations, et luttent contre les changements climatiques) et structurent les paysages notamment en milieu urbain. Les entreprises quant à elles retirent volontairement de multiples bénéfices du monde vivant (biodiversité animée et inanimée).

Dès lors, en sus de la catastrophe que représente sur le plan éthique l'érosion de la biodiversité, la rétractation et la disparition des écosystèmes et des milieux ont un coût colossal. Les activités humaines ont dégradé 2 milliards d'hectares de sols, 35 % des mangroves et 20 % des acteurs coralliens avaient disparu (en 2011) ; la variété génétique s'appauvrit et des services écosystémiques ne cessent de se dégrader. La biodiversité a diminué de plus d'un quart au cours des 35 dernières années.

Une prise de conscience s'impose.

Divers services sont rendus par la nature (a) de sorte que la valeur économique de la biodiversité est une réalité (b) dont les méthodes d'évaluation restent complexes (c).

A. DES SERVICES RENDUS PAR LA NATURE

L'agence européenne de l'environnement a développé une classification (ICES pour Internationale Classification for Ecosystem Service) autour de 8 types de services (nourriture et boissons, matériaux, énergie, régulation des processus d'assimilation et de dégradation de déchets, régulation des risques naturels, régulation et maintenance des conditions biophysiques, régulation des interactions biologiques, culturelles). Puis, elle détermine les services écologiques rendus qu'il s'agisse de production d'énergie, de régulation et de conservation (27 types de services écologiques sont détaillés). Ce concept de services écologiques permet de relier des problématiques environnementales habituellement cloisonnées (eaux, déchets, faune, flore...).. Par exemple, la question des gaz à effet de serre est traitée au sein du service de régulation du climat local et global. Ce système de classification est différent de celui retenu par le millénium écosystèmes Assessment.

Les différents services et secteurs d'activité de l'économie dépendent et ont des impacts sur la biodiversité et les services écologiques (matières premières, climat, déchets, empreinte foncière, empreinte carbone...). Dès lors, les entreprises ont un impact très fort sur l'homogénéisation des milieux, l'exploitation excessive des ressources, l'introduction intentionnelle ou non d'espèces exotiques, les changements climatiques ou encore les pollutions.

La quantification et la comptabilisation des impacts négatifs d'une activité économique sur l'environnement, devraient permettre une prise de conscience des décideurs publics et privés.

B. RECONNAÎTRE UNE VALEUR ÉCONOMIQUE À LA BIODIVERSITÉ, SANS SE LIMITER À CETTE APPROCHE

Le total des externalités négatives environnementales causées par les activités économiques dans le monde a été évalué en 2008 à plusieurs milliards représentant 11 % du PIB mondial.

Le rapport sur la nouvelle économie climatique (ONU : commission mondiale sur l'économie et le climat en septembre 2018) chiffre de manière très claire les coûts de l'érosion de la biodiversité et les avantages qui résulteraient d'une autre politique.

Il met en lumière l'avantage économique de réparer le système. Des modèles d'utilisation durable des aliments et des terres pourraient valoir jusqu'à 2,3 billions de dollars américains, et être susceptibles de créer plus de 70 millions d'emplois d'ici 2030. Restaurer les terres dégradées pour en faire des forêts naturelles et les conserver en écosystème durable aurait des impacts non seulement sur le climat, mais aussi sur la santé humaine, l'activité agricole et la biodiversité.

Citons alors le défi de « *Bonn challenge* » qui implique un engagement dans la restauration de 150 millions d'hectares de terres dégradées à l'échelle mondiale d'ici 2030. De telles mesures pourraient permettre des retombées de 84 milliards de dollars et pourraient conduire à économiser 24 milliards de tonnes de CO2. La déforestation évaluée globalement, constitue aujourd'hui le troisième émetteur de gaz à effet de serre après la Chine et les États-Unis. Les forêts sont indispensables pour stocker le carbone et leur maintien pourrait stimuler l'économie mondiale de 40 à 80 milliards de dollars par an : elles procurent de nombreux services éco systémiques comme la purification de l'eau, la pollinisation, la régulation du climat, ou encore le contrôle de l'évolution et des habitats. En fait, les forêts et les mangroves réduisent l'impact et les risques globaux liés aux inondations et aux sécheresses qui ont causé 1,5 trillions de dollars de dégâts dans le monde entre 2003 et 2013.

Il est donc indispensable de reconnaître une valeur économique aux forêts au-delà de leur pure exploitation et donc de valoriser leur reconquête. Par exemple, en Corée du Sud, 6 millions d'hectares de terres dégradées ont été restaurés, l'apport a été évalué à 11,23 milliards pour le contrôle de l'érosion et 3,95 milliards de dollars pour la réduction des glissements de terrain.

Les paiements pour les services éco systémiques commencent à apparaître. Ainsi, au Niger, les efforts de régénération naturelle menés par les agriculteurs ont produit 280 millions de dollars en bénéfice éco systémique et les rendements ont augmenté. Au Kenya, un fonds a été créé pour protéger la santé du fleuve Tana et permettre des rendements agricoles stables. Un investissement de 10 millions de dollars dans des installations

de conservation mené par ce fonds a rapporté 21 millions de dollars en avantages économiques sur 30 ans.

C. QUELLE MÉTHODE ADOPTER ?

La difficulté de l'évaluation économique est incontestable. Un rapport du centre d'analyse stratégique explique : « évaluer, c'est déterminer une grandeur et lui attribuer une valeur. L'évaluation économique se situe généralement dans le cadre de l'analyse coûts/avantages dont le principe est de comparer les options d'un choix en affectant à chacun les inconvénients et les avantages qui conditionnent sa valeur sociale ».

Pour la décision publique, il faudrait donc essayer d'apprécier la valeur économique marginale de la biodiversité et des services écologiques dans les analyses coûts/avantages.

On peut alors parler d'une valeur économique totale de la biodiversité qui inclut les services écologiques des valeurs d'usage (valeurs d'usage direct, valeurs d'usage indirect, valeurs d'option, valeurs de non-usage, valeurs d'héritage et d'existence).

Du point de vue de l'évaluation économique *stricto sensu*, il existe de multiples méthodes d'évaluation :

- l'évaluation par les prix du marché permet de calculer les valeurs économiques de services écologiques par l'analyse de biens et de services achetés vendus sur les marchés ;
- les méthodes basées sur les coûts permet de quantifier les coûts des dommages évités, les coûts de remplacement des services écologiques ou les coûts de mise à disposition de substituts ;
- la méthode d'évaluation par les effets attendus s'apprécie dans la productivité stimulée des valeurs des services écologiques, par l'analyse de leur contribution à la production de biens et services marchands ;
- la méthode de prix de liste permet de comprendre la variation des prix par la variation du niveau d'un ou de plusieurs services écologiques ;
- la méthode d'évaluation qualitative permet d'estimer la valeur économique de tout type de services écologiques en demandant aux personnes ce qu'elles seraient prêtes à payer ou à recevoir pour leur maintien ou leur restauration ;
- la méthode des choix multi-attributs permet d'évaluer les services écologiques en arbitrant entre différentes options ;
- la méthode des transferts de bénéfices utilise d'autres études portant sur des objets similaires comparables en les transposant à la nouvelle situation. L'entreprise peut alors utiliser l'évaluation économique de la biodiversité et des services écologiques pour comparer les coûts/avantages de scénarii alternatifs.



Mais, d'autres critères sont à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'éléments de biodiversité remarquables ou de ressources auxquelles il n'est pas possible de toucher. Dans ce cas, les évaluations purement économiques ne sont pas acceptables.

La question qui se pose maintenant est celle de l'intégration de ces données en comptabilité.

« La quantification et la comptabilisation des impacts négatifs d'une activité économique sur l'environnement, devraient permettre une prise de conscience des décideurs publics et privés ».

II. L'INTÉGRATION DE LA BIODIVERSITÉ DES SERVICES RENDUS PAR LA NATURE DANS LA COMPTABILITÉ PUBLIQUE |||||

Sans doute, la question de la biodiversité apparaît-elle dans le budget au titre de la dépense nationale (passée de 1,2 à 2,1 milliards d'euros) ou comme fondement de la très modeste fiscalité écologique qui concerne aujourd'hui pour l'essentiel l'énergie et reste un des taux les plus bas de toute l'Union européenne.

La fiscalité pour la lutte contre la pollution de l'air s'est légèrement améliorée avec une réévaluation de la taxation du gasoil pour l'aligner sur l'essence. La taxation sur la pollution de l'eau est, quant à elle, très insuffisante puisque l'élevage intensif n'est pas ou peu concerné et les coûts ne reflètent en rien les pollutions. En revanche, les subventions dommageables à l'environnement sont toujours largement présentes ; ainsi en 2015, les dépenses fiscales défavorables à l'environnement ont représenté 7,1 milliards d'euros alors que celles qui lui étaient favorables ont plafonné à 2,3 milliards (voir Ministère de l'environnement : fiscalité environnementale état des lieux janvier 2017).

Et le fait que l'alpha et l'oméga de la comptabilité publique soit le PIB, occulte totalement le sujet. La critique du PIB n'est pas nouvelle. Le rapport Stiglitz, Sen, Fitoussi commandé par Nicolas Sarkozy publié en 2009 met en évidence les insuffisances et les lacunes du PIB.

Il s'agit d'un indicateur de flux et non de stock ou de patrimoine, n'intégrant pas d'indicateurs de capital général et, par voie de conséquence, ne traduisant pas l'évolution du capital naturel. Il ne prend pas davantage en compte la destruction des ressources naturelles. D'ailleurs et au contraire, les dépenses qui accroissent la pollution comme celles qui financent la dépollution, celles qui accroissent les maladies comme celles qui financent les médicaments, font augmenter le PIB et apparaissent comme positives. Le PIB ne reflète pas la cohésion sociale ou la qualité de vie des personnes physiques et n'intègre pas les dynamiques de redistribution des richesses au niveau national. En d'autres termes, il n'est pas un instrument satisfaisant pour quantifier et comptabiliser la biodiversité, les services rendus par la nature ou les impacts écologiques des activités économiques.

Il est donc plus qu'urgent de se tourner vers d'autres indicateurs qui existent mais qui restent parfois peu documentés et inconnus du grand public. Il peut s'agir d'indicateurs de biodiversité ou d'indicateurs synthétiques comme le PIB Vert qui se fait par addition et soustraction d'une liste de variables monétarisées pour aboutir à un chiffre exprimé en monnaie.

Mais, il faut aller bien au-delà, et revoir les indicateurs de pilotage (a), songer à recourir au modèle CARE (b) ou encore s'intéresser à d'autres initiatives (c).

a) Revoir les indicateurs de pilotage. Il convient d'abord de revoir ces indicateurs à partir de l'analyse coût/bénéfice en intégrant la biodiversité et en revoyant la question de l'actualisation qui donne aujourd'hui préférence beaucoup trop importante au présent. Cela suppose de

fixer un taux d'actualisation au niveau le plus bas possible, de donner un prix croissant aux externalités environnementales, et de fixer un niveau plancher de conservation du capital naturel. Ces propositions s'inscrivent dans la suite des rapports Boiteux 1 (1994) et 2 (2001) qui ont permis de prendre en compte pour le calcul des rentabilités socio-économiques, les effets externes non rentables, ainsi que les externalités positives et négatives. Cette méthode a permis de travailler sur l'analyse coût/avantage, et de prendre en compte les économies externes d'ordre environnemental (pollution de l'air, effet de serre, bruit). Ces documents influenceront considérablement les projets de transport même si beaucoup de critiques peuvent être formulées dans la mesure où la question du temps gagné par exemple est fortement valorisée par rapport à d'autres sujets.

b) Recourir au modèle CARE. Ce modèle remet en cause la conception contemporaine du capital qui s'appuie sur les normes mises en place par l'IASB, appuyées par les grands organismes internationaux dont l'OMC. L'optique CARE est celle de la conservation des fonctions environnementales qui est différente de la problématique de valorisation des services environnementaux. Il s'agit de maintenir les écosystèmes dans leurs fonctions environnementales de base et non pas de faire des bénéfices à n'importe quel prix, car en réalité, tout a un coût.

On retrouve dans ce modèle les valeurs sociétales non instrumentales des humains et des ressources naturelles. C'est donc un modèle concurrent de l'IFRS qui est proposé, modèle dans lequel la mesure de tout capital est fixée par le coût de son maintien ou de son remplacement. Dans un deuxième temps, on peut aller vers le principe de la soutenabilité forte dans lequel le bénéfice est affecté au renouvellement de chaque type de capital à conserver.

c) S'intéresser à d'autres initiatives. L'initiative de Pavan Sukdhev devenue l'initiative mondiale économie des écosystèmes et de la biodiversité (TEB) a pour objectif d'intégrer les valeurs de la biodiversité des services écosystémiques dans la prise de décision à tous les niveaux afin de les préserver (voir sur ce point rapport page 44). Il faut également citer le travail du conseil d'analyse stratégique sous la direction de Bernard Chevassus-au-Louis intitulé « *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes* » (Édition 2013, la documentation française) qui fixe des valeurs de référence, non pas pour l'ensemble de la biodiversité mais « *pour les seules valeurs d'usage de services écosystémiques liés à la biodiversité générale et qui sont aujourd'hui monétisables d'une manière qu'il considère comme robuste* ». La méthode est donc encore perfectible.

Autour de cette comptabilisation, un débat de fond s'est instauré entre les partisans du système qui consiste à faire payer la biodiversité (sinon considérée comme gratuite) et ceux qui estiment que cette stratégie de comptabilisation présente le risque de la monétarisation du vivant et se heurte à l'incommensurable qualité de la valeur de la nature. Le Conseil Économique, Social et Environnemental (CESE) pour sa part, préconise l'expérimentation de la méthode comptable CARE.

Quoi qu'il en soit, même s'il est évident que la valeur de la biodiversité des services rendus par la nature va bien au-delà d'une comptabilité quelle qu'elle soit, l'absence de comptabilisation dans les documents et choix publics aboutit à une néantisation de toute valeur. Cette orientation est d'autant plus nécessaire et inévitable que la loi sur la biodiversité et les décrets d'application qui vont enfin sortir nécessitent que des éléments objectifs puissent être utilisés pour apprécier la légalité des décisions qui seront prises, et évaluer la compatibilité de tous projets avec l'intérêt général, au sein duquel la biodiversité doit jouer un rôle majeur au même titre que le climat.

III. LA COMPTABILITE PRIVÉE ET BIODIVERSITÉ |||||

De même que l'entreprise a été conduite à évoluer pour intégrer progressivement une comptabilité carbone, la comptabilité biodiversité va faire son entrée dans la vie des entreprises.

La biodiversité doit en effet devenir un des indicateurs de l'entreprise. En réalité, le degré de dépendance de l'entreprise à la biodiversité s'apprécie en fonction de cinq catégories : lien direct avec le monde vivant, critère lié aux marchés actuels, critère lié aux impacts de la biodiversité, critère lié à la compensation des impacts, et enfin critère lié aux stratégies d'organisation. Chacun de ces cinq critères est lui-même divisé en sous critères, au nombre total de 23 (voir sur ce point les propositions de l'association SYNERGIZ).

L'évaluation se fait en fonction des différentes méthodes brièvement énumérées ci-dessus : méthode fondée sur les coûts (coûts de restauration, coûts de remplacement, coûts évités par l'existence d'un service), ou sur les préférences. Plusieurs outils d'évaluation ont été mis en place écosystème service *benchmark* (ESB), écosystème service review (ESR) et indicateur d'interdépendance de l'entreprise à la biodiversité (IIEB). D'autres outils permettent de modéliser et de quantifier les services écologiques dans l'espace et dans le temps.

Pour définir le degré de dépendance, trois périmètres ont été établis.

- Périmètre P1 : dépendance et atteinte directe à la biodiversité liées aux activités entièrement contrôlées par l'entreprise ;

- Périmètre P2 : dépendance et atteintes directes et indirectes à la biodiversité liées aux écosystèmes périphériques aux activités contrôlées par l'entreprise ;

- Périmètre P3 : dépendance et atteinte indirecte à la biodiversité liées aux activités en amont (approvisionnement) et en aval (usage, fin de vie des produits ou services vendus), contrôlées par d'autres organisations.

Ainsi, l'entreprise peut-elle apprécier son degré de dépendance aux organismes vivants, aux matières biologiques non transformées, aux matières biologiques transformées et aux matières dérivées de ressources biologiques fossiles transformées (non renouvelables).

Cet exercice aboutit à un bilan coûts/bénéfices, en séparant ce qui fait l'objet de transactions économiques réelles, de ce qui renvoie à des externalités négatives ou positives non compensées.

Le bilan biodiversité peut être utilisé pour affiner la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) et ce, en lien avec le référentiel du *Global reporting initiative* (GRI) ou/et en reporting intégré dans le cadre de la comptabilité générale.

Par ailleurs, le recours à la technique du bilan biodiversité sera extrêmement utile pour monter des projets nécessitant une étude environnementale ou des mesures de compensation et ce d'autant que l'appréciation du juge prend de plus en plus en compte les impacts climatiques ou liés à la biodiversité. Le principe ERC (éviter, réduire, compenser) contraint à faire appel à des indicateurs non monétaires pour calculer les équivalences écologiques.

Appréhender ces sujets apparemment très techniques d'évaluation et de comptabilité est indispensable pour permettre l'émergence de nouveaux modes de régulation et de gestion. L'objectif doit être celui d'une économie plus rationnelle et éco-responsable : rémunération des services et des pratiques favorables à la biodiversité, fiscalité verte taxant la consommation de la nature et les externalités et encourageant, *a contrario*, les pratiques vertueuses. La mise en œuvre de ces nouveaux modes de gestion est primordiale au sein des entreprises qui, soucieuses de leur pérennité comme de leur image, doivent comprendre que la comptabilité biodiversité jouera à l'avenir un rôle au moins équivalent à celui que commence à jouer la comptabilité carbone.

Il est alors temps de voir les mentalités évoluer en même temps que les modèles comptables, en gardant à l'esprit que « *nous n'héritons pas de la Terre de nos ancêtres, nous l'empruntons à nos enfants* » (Antoine de Saint-Exupéry).

Biodiversité et process industriels



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Raphaëlle Jeannel,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour

La question de la biodiversité ne se limite pas à une approche de préservation et de protection. La nécessaire sortie de l'économie du pétrole (mais aussi du charbon et du gaz) conduit à redécouvrir les ressources naturelles comme étant les premières ressources de l'activité économique (I) mais aussi comme source de l'invention de nouveaux procédés et de nouvelles technologies (II).

Or, fondées précisément sur les ressources naturelles, ces nouvelles branches de l'activité économique peuvent entrer en contradiction avec la préservation nécessaire des ressources d'où la nécessité de définir une bioéconomie durable c'est-à-dire qui assure avant tout le renouvellement *a minima* des ressources initiales.

Le droit commence à intégrer ces transformations qui ne produisent plus les pollutions du passé mais qui doivent être compatibles avec les contraintes de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de protection de la biodiversité.

Le présent propos vise non pas à donner une vision exhaustive du sujet mais à démontrer son importance tant économique et sociale que juridique.

I. LA BIOÉCONOMIE

La bioéconomie est la redécouverte de l'économie fondée sur les ressources naturelles, agricoles et forestières qui deviennent des bioressources. L'objectif est de substituer ces ressources à l'économie pétrolière, minière et fossile. La stratégie française de bioéconomie présentée en conseil des ministres le 18 janvier 2017 définit les bio-ressources – ou encore biomasses – comme « *l'ensemble des matières d'origine biologique (à l'exclusion des matières fossilisées comme le pétrole ou le charbon), les végétaux terrestres, les algues, les animaux, les micro-organismes, les bio déchets* ».

La bioéconomie se définit comme une « *économie fondée sur la production de ressources biologiques renouvelables (la biomasse et sa conversion en aliments pour l'homme et les animaux), les produits biosourcés et les bioénergies* ».

Les domaines d'activité couverts sont très vastes : « *l'agriculture, la foresterie, la papeterie ainsi que les industries chimiques du biosourcé, les biotechnologies et les industries de l'énergie* » (Paul Colonna directeur de l'institut Carnot 3BCAR, cité dans J.-D. ABEL et M. BLANC, *Vers une bioéconomie durable*, Les avis

du CESE, CESE 8 mars 2017, p.13). Corrélativement, ce sont de très nombreuses branches du droit de l'énergie, de l'environnement, du droit rural et du droit de la consommation qui sont concernées par ces transformations.

Selon une étude de l'ADEME, le marché actuel des produits biosourcés et ses perspectives d'évolution à l'horizon 2020-2030 sont considérables. Les produits et matières premières issues des transformations et destinés au secteur de la chimie des matériaux représentaient, en 2012, 15 % de la production française des grands intermédiaires issus des premières transformations. Au niveau européen, la bioéconomie représenterait près de deux trillions d'euros de chiffre d'affaires au niveau européen, 17 millions d'emplois tous confondus, dont 55 % dans l'industrie alimentaire et 19 % dans l'agriculture. En France cela représente 316 milliards d'euros et 1,7 millions d'emplois. Ces emplois sont dans les biocombustibles, les biodéchets et biocarburants la Chimie du végétal l'agriculture et la forêt.

Les domaines de développement sont tout à fait considérables (1) mais ils se heurtent à un certain nombre de limites et difficultés (2).

1. L'INTÉRÊT DU RECOURS À LA BIOÉCONOMIE EST PATENT ET SES DOMAINES DE DÉVELOPPEMENT SONT TOUT À FAIT CONSIDÉRABLES

La bioéconomie est bien un outil majeur de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de transition économique.

Il convient ici de souligner l'apport qu'elle peut avoir pour la réduction des gaz à effet de serre dans les secteurs agricoles et forestiers. En combinant plusieurs types de mesures, ils pourraient amortir une part importante (entre 20 et 60 %) des émissions planétaires de gaz à effet de serre d'ici 2030 et 2050 : par une réduction des émissions agricoles, une augmentation de la séquestration de carbone dans les sols et produits de la biomasse, des substitutions de produits bio à des produits et hydrocarbures conventionnels, par une réduction des pertes alimentaires, et l'évolution de la consommation alimentaire ainsi qu'un élargissement de l'usage du bois.

Le recours à la bioéconomie joue donc un rôle majeur pour réduire les émissions de gaz à effet de serre dans la mesure où elle permet une substitution aux produits et matières d'origine fossile.

Cet intérêt explique l'engouement pour le développement de toute une série de nouvelles technologies fondées sur la bioéconomie. Quelques illustrations seront ici données.

Elles concernent trois sujets :

- les biotechnologies ;
- les bioraffineries ;
- la bioénergie.

a. Les biotechnologies

Les biotechnologies jouent bien entendu un rôle très important dans le développement de la bioéconomie même si l'on se place dans une optique de durabilité, laquelle implique la prise en considération des effets éventuellement négatifs en termes sanitaires, sociaux et environnementaux, mais aussi en termes éthiques du développement des biotechnologies.

On distingue cinq types de biotechnologies (voir avis du CESE précité) :

- les bio-technologies vertes ou végétales qui reposent largement sur les OGM ;
- les biotechnologies rouges qui s'appliquent au domaine de la santé, de l'industrie pharmaceutique avec les biomédicaments ;
- les biotechnologies bleues qui développent des produits axés sur la biodiversité marine pour les secteurs de la santé (phytosanitaires) des cosmétiques, de l'agriculture et de l'agroalimentaire (alginate, carraghénanes) ;
- les biotechnologies jaunes qui se rapportent à la protection de l'environnement et l'élimination des pollutions : bioremédiation par exemple ;
- les biotechnologies blanches qui regroupent les utilisations industrielles de systèmes biologiques comme alternatives aux procédés chimiques classiques. C'est incontestablement un domaine fondamental puisqu'il s'agit de substituer aux molécules de la pétrochimie celles de la chimie verte. Des enzymes spécifiques sont utilisées pour casser les macromolécules et obtenir des sucres ou d'autres produits qui seront ultérieurement fermentés avant d'être purifiés ;
- la chimie verte qui est un secteur en forte progression repose précisément sur ces biotechnologies blanches.

b. Les bioraffineries

Les bioraffineries permettent la fabrication de produits chimiques, de carburants, de produits alimentaires, de biomatériaux, de fibres ou d'énergie à partir de la

biomasse. C'est donc la technologie de substitution à la pétrochimie. Les matières premières peuvent être des céréales, des oléagineux, des matériaux ligno-cellulosiques, des betteraves, des pommes de terre, du manioc, etc., il s'agit donc d'un grand secteur d'avenir promis à un développement considérable, à la double condition que soit préservée la biodiversité des sols et que la performance du bilan carbone soit garantie. Ce n'est évidemment pas le cas lorsque l'approvisionnement se fait avec une matière première qui non seulement fait des centaines, voire des milliers de kilomètres mais qui de surcroît est exploitée et produite dans des conditions antinomiques du développement durable.

c. La bioénergie

La biomasse est largement utilisée dans le domaine des énergies renouvelables, sous forme du bois énergie, de la méthanisation et de manière plus générale de l'utilisation à des fins énergétiques des coproduits et sous-produits de la forêt et de l'agriculture. La question des bio ou agrocarburants illustre parfaitement l'ambiguïté qu'il peut y avoir dans le recours à la bioéconomie.

Depuis une dizaine d'années, L'Europe a décidé de développer les agrocarburants, c'est-à-dire de l'éthanol ou du biodiesel fabriqué essentiellement à partir de plantes. Des investissements considérables ont été faits avec des subventions non moins considérables qui ont conduit à des importations massives d'huile de palme et à son utilisation pour fabriquer du carburant de plantes alimentaires qui aurait parfaitement pu être utilisée à des fins alimentaires. C'est la raison pour laquelle les textes ont été revus pour tenter de favoriser les agrocarburants dits de la deuxième génération (huiles usagées, co et sous-produits de l'agriculture et la forêt...) qui ne venaient pas en concurrence avec des plantes alimentaires.

De plus, le projet consistait également à introduire la prise en compte de l'effet des changements d'affectation du sol sur le climat pour valoriser ou non ces agrocarburants. Malheureusement, le poids des lobbys liés aux agrocarburants de la première génération a été tel que le texte finalement approuvé en 2015 est plus que minimal et favorise bien peu les agrocarburants de la deuxième et de la troisième génération (algues et power to gaz). Quant au mécanisme de prise en compte du changement d'affectation des sols, il a été reporté à plus tard.

Cet exemple est une parfaite illustration des limites et des contraintes de la bioéconomie.

2. LIMITES ET CONTRAINTES DE LA BIOÉCONOMIE

Il est évidemment nécessaire de concilier les prélèvements en biomasse avec les autres objectifs que sont le climat, la biodiversité elle-même et l'entretien des sols, car la substitution des ressources naturelles aux ressources fossiles n'a de sens et d'intérêt que pour autant qu'elle soit durable, c'est-à-dire que non seulement elle ne remette pas en cause



la qualité de vie des populations et les capacités de développement des générations futures, mais encore qu'elle assure le renouvellement des ressources, au moins à un niveau équivalent à celui des ressources utilisées.

C'est la raison pour laquelle deux acceptions de la bioéconomie s'affrontent. L'une fondée sur une biologisation des activités de production et le recours aux biotechnologies, l'autre qui applique les principes du développement durable. Elle accepte l'apport des biotechnologies mais repose sur une vision systémique fondée sur les flux de matières, d'énergie et d'information. En découlent les notions de substitution de biomasse, d'interconversion des biomasses, d'efficacité dans les usages successifs de la biomasse (INRA cité dans le rapport CESE précité « *Vers une bioéconomie durable* », mars 2017).

« Le droit commence à intégrer ces transformations qui ne produisent plus les pollutions du passé mais doivent être compatibles avec les contraintes de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de protection de la biodiversité. »

La question en particulier du respect des limites et de la gestion des conflits d'usage est essentielle. La communication publiée par la Commission européenne en 2012 intitulée : « *L'innovation au service d'une croissance durable : une bioéconomie pour l'Europe* » (COM(2012) 60 final, 13.2.2012) présente la bioéconomie comme un élément-clé de croissance verte intelligente. Malheureusement, la soutenabilité du modèle n'est quasiment pas prise en compte, ce qui a été reconnu en 2017. Il en va de même à l'échelle internationale où de nombreux pays se sont dotés de stratégies nationales de bioéconomie, mais elles mettent davantage l'accent

sur la production que sur la renouvelabilité des ressources.

Chacun peut comprendre que la solidité d'un nouveau système économique fondé sur les ressources naturelles impose d'adjoindre aux critères de recherche de valeur ajoutée, les critères d'efficacité et de durabilité compris comme condition de renouvelabilité réelle, de sécurité des approvisionnements et de maintien en bon état des écosystèmes.

Pour parvenir à cet objectif, deux sujets majeurs en particulier doivent être traités :

- la question de l'usage des sols et de l'importation de biomasse est essentielle. Il est indispensable de prendre en compte les émissions de carbone indirectes imputables aux changements d'affectation des sols dans les calculs de réduction des émissions ;
- la hiérarchisation des besoins et des conflits d'usage, il est important de rééquilibrer le dispositif d'incitation publique en faveur des utilisations d'un énergétique de la biomasse, en particulier les matériaux.

À cet égard, le Conseil Économique Social et Environnemental préconise (page 37 du rapport précité) :

- l'établissement en matière de production de bioressources, de critères de durabilité environnementaux, économiques et sociaux à l'échelle locale et globale (réduction des émissions de gaz à effet de serre et de l'érosion de la biodiversité, protection des sols, stabilité des cycles biogéochimiques, maintien de la qualité des eaux et de l'air) ainsi que l'évaluation des effets de changement d'affectation des sols et des interactions avec les marchés alimentaires ;
- le non-soutien, direct ou indirect au développement de production d'énergie ne respectant pas ces critères de durabilité de la part des pouvoirs publics ;
- l'orientation des financements publics vers les usages les plus efficaces selon le type de biomasse ;
- la compatibilité des usages de la biomasse à

vocation énergétique avec les objectifs de réduction des déchets et de gaspillage alimentaire.

Pour parvenir à cet objectif, il convient de développer les analyses de cycle de vie. Ainsi, l'Association Chimie du Végétal propose des principes et critères qui passent par des réglementations, des normes et des engagements volontaires. Le CESE, pour sa part, souligne que les produits biosourcés s'imposeront en apportant la preuve d'un véritable avantage environnemental, économique et social, mais il faut que la réglementation, la normalisation et la certification permettent la prise en considération de ces matériaux et n'agissent pas comme autant d'obstacles à une concurrence équitable. Le second volet est celui de la comptabilité.

Ainsi, de nouveaux champs pour le droit comme pour l'économie s'imposent pour éviter qu'à la catastrophe climatique s'ajoute un accroissement de la catastrophe déjà avérée de disparition des espèces et des ressources.

II. LES TECHNOLOGIES INSPIRÉES DE LA NATURE III

Dans ce second volet, Il ne s'agit plus d'utiliser à proprement parler les ressources naturelles pour produire, mais de s'inspirer des inventions géniales de la nature, résultant des erreurs et de leur correction sur des milliers d'années, pour inventer de nouveaux produits (II1) et de nouveaux systèmes (II2).

1. LE BIOMIMÉTISME

À la fois processus d'innovation et d'ingénierie, le biomimétisme s'inspire de tout ce que le vivant peut produire en termes de forme, de matière, de processus ou de fonctions. Ce système peut jouer aussi bien aux échelles nanométriques que macroscopiques. Par définition, les solutions retenues par la nature sont durables et efficaces puisque résultant précisément de l'évolution.

Il semble qu'il faille aujourd'hui distinguer la bio-inspiration qui est une forme d'imagination appliquée à l'innovation du biomimétisme qui fait l'objet d'un projet de norme AFNOR qui le définit comme une « *approche scientifique consistant à s'inspirer du vivant pour créer des systèmes artificiels et des solutions techniques compatibles avec la biosphère* ».

Les enjeux sont aussi économiques ; un rapport américain évalue à 1000 milliards de dollars en 2025, ce que pourrait être le marché du biomimétisme.

Le travail à l'échelle nanoscopique et microscopique est particulièrement productif dans la mesure où il permet de reproduire certaines fonctions de l'organisme (utilisations des nanosondes et des nanovecteurs intelligents) de travailler sur les nanomatériaux en s'inspirant précisément de la nature. Par exemple, les éponges d'eau douce (qui utilisent les micros algues pour filtrer 70 fois leurs poids d'eau par minute) ou les éponges marines (qui produisent des fibres optiques siliceuses) ont permis la mise au point de systèmes de filtration nouveaux. Dans le domaine des nanotechnologies, le

biomimétisme est d'une extrême utilité ; ainsi en 2017, des chercheurs ont produit un acier imitant l'os. De nombreuses expériences sont actuellement menées sur des moteurs moléculaires inspirés de la kinésine ou sur la biopolymérisation sur des membranes filtrantes imitant les membranes biologiques.

De nombreux produits sont nés de la compréhension du fonctionnement des plantes et des animaux. Par exemple, le velcro est inspiré de plantes disposant de crochets : les turboréacteurs sont inspirés du nautille, des textiles s'adaptant à la température et à l'humidité de la soie d'araignée ; le lotus a permis d'inventer des fenêtres autonettoyantes et certains revêtements de l'industrie aéronautique ; des matériaux s'inspirent des termitières ; le hibou a inspiré des pantographes à forme d'ailes, le martin-pêcheur la réduction du bruit du Shikansen.

La robotique s'inspire des calmars, des méduses et des dauphins ; les capes d'adhérence s'inspirent de la pieuvre et de la patelle, les crampons de la vigne vierge. Le gecko permet de mettre au point des moyens d'accrochage notamment pour l'espace ; les insectes ont permis la mise au point de microrobots qui marchent sur l'eau ou nagent. Et il ne s'agit là que de quelques exemples. L'avantage de ces innovations est leur compatibilité avec la nature et leur degré de fiabilité.

2. L'ÉCOMIMÉTISME

L'écomimétisme est la bio-inspiration appliquée aux écosystèmes permettant de reproduire des systèmes écologiquement très efficaces. Les logiques utilisées par les services écosystémiques sont alors utilisées pour tenter d'être reproduites dans des systèmes artificiels. L'objectif est de chercher à comprendre et à reproduire les mécanismes de résilience écologique, de robustesse, d'efficacité énergétique, de communication à tous les niveaux : intracellulaire, intercellulaire, inter organismes, inter population, etc.

L'organisation des écosystèmes, leurs interactions, les interactions à l'intérieur de l'écosystème sont étudiées pour tenter de trouver les meilleures solutions et d'ores et déjà, des applications très concrètes ont été réalisées. Les stations d'épuration s'inspirent des écosystèmes naturels (épuration par les plantes

et fongoremédiation) ; des projets de logiciels et de robots s'inspirent du monde végétal et des systèmes racinaires pour l'exploration, le *monitoring* ; la force osmotique, la biosynthèse et la photosynthèse sont également sources d'inspiration. L'aquaculture teste les mécanismes filtreurs des algues et des animaux. Les études sur les chauves-souris et les cétacés ont fait progresser les neurosciences pour trouver des traductions dans les sonars et radars intelligents, etc.

La photosynthèse inspire la création du système de production d'hydrogène d'électricité, les biocatalyseurs permettent de produire des protéines et des polymères minéraux à froid ; les systèmes de filtration naturelle permettent d'envisager un filtre à eau ultra pure constitué de membranes et de portes protéiques.

Toutefois, de manière beaucoup plus large et plus holistique, l'étude approfondie des mécanismes naturels permet d'étudier le fonctionnement de la biosphère et de ses réseaux, de mieux appréhender la valeur de la nature et celle de la biodiversité. La biologiste Janine Benyus tire un certain nombre de leçons de l'organisation de la nature : l'utilisation de l'énergie solaire, la sobriété énergétique, l'adaptation de la forme à la fonction, le recyclage total, la récompense de la coopération, le pari de la biodiversité, l'expertise locale, la limitation des excès et l'utilisation des contraintes comme source de créativité.

Les États-Unis, l'Allemagne, le Royaume-Uni, et le Japon développent des instituts de recherche et d'enseignement autour de cette thématique. L'Inde construit la première ville à appliquer les principes du biomimétisme. En 2002 en France, Dominique Dron avait fait de ce sujet une des cinq actions du commissariat général au développement durable. Aujourd'hui, une centaine de projets de recherche sont en cours ; un centre européen d'excellence en Biomimétisme s'est implanté à Senlis et une cinquantaine d'entreprises travaillent sur le sujet.

Ainsi, que ce soit sous la forme de l'utilisation ou de l'imitation, la biodiversité et les ressources naturelles sont au cœur du développement économique du XXI^e siècle et seront donc un facteur d'innovation du droit.

2018-4153

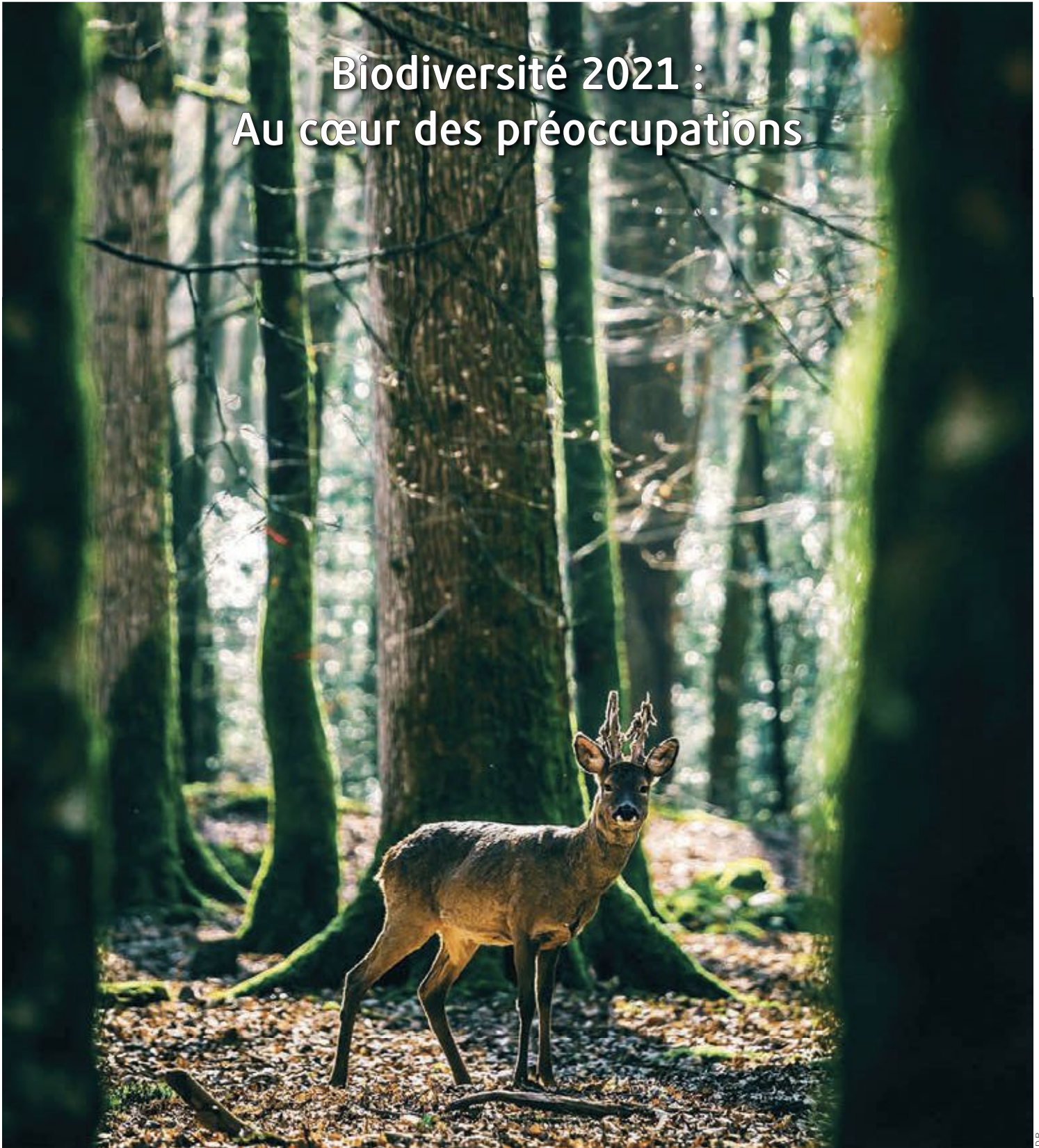


JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Mercredi 15 septembre 2021 – numéro 64

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Biodiversité 2021 : Au cœur des préoccupations



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

BIODIVERSITÉ, SANTÉ ET CLIMAT

Biodiversité, climat, santé humaine : pourquoi les trois sujets sont indissociables	3
Où en est-on de la protection de la biodiversité au niveau international et communautaire ?	6
La séquence ERC, outil de protection de la biodiversité et de la lutte contre l'artificialisation des sols	11
L'appréhension par le juge administratif de la dérogation « espèces protégées »	14
L'obligation réelle environnementale (ORE) : comment transformer son terrain en or(e) ?	17
Entreprises et biodiversité : l'empreinte biodiversité est désormais à prendre en compte	20

AGENDA 16

ANNONCES LÉGALES 23

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2021

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le sujet de la biodiversité est à l'ordre du jour avec le Congrès mondial de l'Union internationale pour la conservation de la nature (IUCN) à Marseille reporté d'une année pour cause de covid. Mais, l'actualité ne se mesure pas à l'aune de cette réunion internationale qui prépare, du reste, la grande conférence des parties dite COP 15, laquelle se tiendra en Chine en novembre pour en fixer l'ordre du jour, puis en avril 2022. Celle-ci doit s'apprécier au regard de la gravité de la situation de la biodiversité et de l'accélération de la disparition des espèces, dans le meilleur des cas de leur mise en danger. Le lien entre biodiversité et climat comme entre biodiversité et santé est parfaitement établi (1), et c'est à partir de ce constat qu'il faut comprendre l'évolution de la prise de conscience internationale qui se concrétise tant au niveau de la convention sur la biodiversité qu'au niveau européen (2).

Cette concrétisation se traduit évidemment en droit, dans le droit public comme dans le droit privé. Sans prétendre à l'exhaustivité, le présent numéro du JSS tente donc de faire un point rapide d'un certain nombre de sujets de droit aujourd'hui en débat ou en évolution.

EN DROIT PUBLIC

Certes, les règles concernant les espèces protégées ou le maintien des habitats ne sont pas nouvelles ; cependant, jusqu'à ces toutes dernières années, hormis le contentieux abondant sur le droit de la chasse, la protection de la biodiversité n'était pas prioritaire. Certes, la réglementation des pesticides la prend en considération, mais pas de manière suffisante pour exclure par exemple, la réintroduction des néonicotinoïdes en France. En outre, bien peu de projets d'infrastructures ont été abandonnés ou refusés pour des raisons liées à la préservation des espèces. La

jurisprudence évolue. C'est la raison pour laquelle deux articles de ce numéro spécial sont consacrés aux sujets essentiels que sont l'application de la séquence ERC (3) et les dérogations espèces protégées (4), la question des obligations réelles environnementales (5) étant à la croisée des questions de droit public et de droit privé puisqu'il s'agit de l'application concrète de la compensation via des règles de droit privé.

EN DROIT PRIVÉ

Parallèlement, les entreprises ne restent pas à l'écart de ce grand mouvement, puisque l'évolution de la réglementation communautaire comme les conséquences qui en sont tirées au niveau national intègrent désormais pleinement la question de la biodiversité dans la RSE et dans les critères extras financiers imposés aux entreprises.

Ainsi, avec quelques années de retard, la prise en compte de la biodiversité devient une réalité. Il était plus que temps, compte tenu du caractère irréversible des destructions déjà intervenues et probablement d'un certain nombre de destructions en cours. Mais comme souvent malheureusement, ce sont les conséquences économiques de cette 6^e extinction qui contraignent à l'action. L'action ne signifie pas encore la priorité. La réponse aux défis que rencontre l'humanité ne peut être que celle qui consiste à considérer que la priorité aujourd'hui est celle du dérèglement climatique (à la fois dans sa réduction et dans l'adaptation nécessaire) comme celle de la préservation et de la reconstitution du patrimoine et de la santé humaine. Le développement économique sera fonction de notre capacité à admettre ce changement de paradigme.

*Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huguo Lepage Avocats*

2021-7629

Biodiversité, climat, santé humaine : pourquoi les trois sujets sont indissociables



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La prise de conscience des effets d'ores et déjà majeurs du dérèglement climatique occulte quelque peu la mise en péril de la santé humaine et les effets délétères de la perte de biodiversité. Certains seraient même prêts à sacrifier, sur l'autel de la lutte contre le changement climatique, la préservation de la biodiversité. Comme on le verra dans l'examen plus attentif des textes, le raisonnement en silo a vécu. Il faut en effet comprendre que biodiversité et santé, biodiversité et climat ont des interactions majeures, de telle sorte que ces trois domaines ne peuvent plus être appréhendés séparément.

L'ÉTAT DES LIEUX DE LA BIODIVERSITÉ

EST ACCABLANT



Les rapports nombreux et convergents s'accumulent. Nous sommes entrés dans la sixième extinction des espèces et les causes sont parfaitement connues.

Rapports du WWF, de l'UICN, du Parlement européen, de l'IPBES, tous soulignent le niveau catastrophique de la biodiversité. Au cours des 40 dernières années, les activités humaines ont entraîné une diminution de 60 % des populations mondiales d'espèces sauvages (voir rapport WWF 2018) ; les trois quarts de la surface de la planète ont été altérés (rapport IPBES 2019). La situation française n'est pas plus brillante : le bilan dressé par l'UICN (rapport liste rouge UICN du 3 mars 2021) révèle que 187 espèces ont disparu et 2 430 sont menacées.

La question est bien entendu de nature écologique et éthique, mais elle est également



de nature économique. Le rapport de la Commission européenne souligne que les services écosystémiques d'une valeur de 3 500 à 18 500 milliards d'euros ont été perdus chaque année entre 1997 et 2011 en raison de la modification de l'occupation des sols, et que la dégradation des sols a entraîné des pertes de 5 500 à 10 500 milliards d'euros par an. L'appauvrissement de la biodiversité engendre une baisse des rendements agricoles et des captures en mer des pertes économiques, aggravées par les inondations et autres catastrophes naturelles. La perte de nouvelles sources potentielles de médicaments est également à prendre en considération (rapport OCDE 2019 sur la biodiversité : finances et exemples économiques pour l'action), comme la déforestation dans la mesure où les forêts abritent 80 % de la biodiversité de la planète et couvrent 30 % de sa surface. Elle constitue la menace la plus sérieuse pour 85 % des espèces menacées ou en danger. Entre 2010 et 2020, 58 % des animaux vertébrés ont

disparu de la surface de la terre en raison de la déforestation. De plus, les forêts rendent de très importants services écosystémiques (air pur, régulation des flux hydriques, réduction du carbone, protection des sols contre l'érosion due au soleil et au vent, abri pour les habitats de la faune et de la flore, restauration des terres dégradées et résilience au changement climatique). Ainsi, la seule régulation naturelle des flux hydriques dans les forêts représente entre 1 360 et 5 235 dollars par hectare et par an. Il faut ajouter à cela que la déforestation a des conséquences dramatiques, comme on le verra ci-dessous, sur le dérèglement climatique. Il s'agit aujourd'hui non seulement d'arrêter la catastrophe mais aussi de mettre en place les politiques de restauration des écosystèmes.

Les causes de cette situation sont bien connues et catégorisées au nombre de cinq :

- changement dans l'utilisation des terres et de la mer ;
- surexploitation ;
- changement climatique ;

- pollution en particulier due aux pesticides ;
- espèces exotiques envahissantes.

Cet état des lieux très succinct permet immédiatement de comprendre les liens entre climat et biodiversité

LES INTERACTIONS CLIMAT / BIODIVERSITÉ |||

Les interactions entre la biodiversité et le climat sont telles que le GIEC et l'IPBES ont publié, le 10 juin 2021, un premier rapport commun pour souligner qu'« aucun de ces enjeux ne sera résolu avec succès s'ils ne sont pas abordés ensemble ». Pour avoir favorisé la question climatique dont les effets étaient davantage ressentis, la question de la biodiversité est souvent occultée, en tous cas passée au second plan. Or, « Des politiques de réduction des émissions ambitieuses permettent de protéger la biodiversité, et les contributions apportées par la nature permettent d'atténuer le changement climatique », résume le professeur Hans-Otto Pörtner, co-président du comité scientifique. Pour la professeure en écologie humaine Pamela McElwee de l'université Rutgers (États-Unis), « Pendant longtemps, nous avons envisagé le climat et la biodiversité comme deux choses différentes... Les politiques ont également suivi cette trajectoire [...]. Le climat a progressivement pris plus d'importance, d'après moi parce que l'on en ressent les effets alors que les feux en Australie peuvent paraître plus lointains. Les deux sont pourtant intimement liés. »

Il existe un cercle vicieux entre dérèglement climatique et perte de biodiversité. La chaleur et la sécheresse sont à l'origine de méga feux de forêt, comme ceux que nous avons connus au cours de l'été, lesquels libèrent du CO₂ qui renforce le dérèglement climatique. C'est en effet un cercle vicieux : la sécheresse favorise les feux de forêts qui libèrent du CO₂ dans l'atmosphère et amplifient à leur tour le réchauffement climatique.

EN QUOI LE CHANGEMENT CLIMATIQUE A-T-IL UNE INCIDENCE SUR LA BIODIVERSITÉ ? |||||

Le changement climatique est devenu la troisième cause de perte de biodiversité derrière l'exploitation des milieux naturels par l'homme

et les prélèvements directs. Il a des effets immédiats sur les espèces : « *modification des rythmes biologiques, des aires de répartition des espèces, du fonctionnement des écosystèmes, des chaînes trophiques, les cycles biogéochimiques et les services écosystémiques.* » explique Isabelle Chuine (changement climatique et biosphère, *Académie des sciences*, volume 352, 2020). Les conséquences en sont considérables : risque de disparition de 6 espèces sur 10 du fait de la désynchronisation, extinction locale d'espèces dans les aires chaudes avec une très grande vulnérabilité des espèces vivant dans les régions polaires ou aux étages subalpins. À ceci s'ajoute le fait que la végétation est fortement compromise dans de nombreuses régions du globe à cause des inondations et des sécheresses. Les modèles prévoient que 5 % des espèces seront en risque d'extinction totale avec réchauffement à 2°C et 16 % avec un réchauffement à 4°C.

En effet, par une forme de cercle vicieux, les impacts sur les espèces se retournent contre le climat : la végétation terrestre est une composante importante du système climatique, et, par voie de conséquence, tout dysfonctionnement de la végétation entraîne des modifications des flux. Ainsi, par exemple, l'augmentation des ligneux dans la toundra de l'Arctique diminue l'albédo de la surface et, à terme, amplifie le réchauffement climatique, lequel entraîne une augmentation de l'activité de photosynthèse des plantes mais accroît aussi la respiration des plantes qui consomment davantage d'oxygène avec donc des bilans carbone qui se modifient.

Mais le plus grave vient très probablement des conséquences du réchauffement du permafrost, qui est en capacité de libérer des millions de tonnes de méthane, et surtout de la baisse de capacité des puits de carbone que constituent la forêt et l'océan. Le dernier rapport du GIEC met en lumière le fait qu'alors que 55 % des émissions de gaz à effet de serre sont aujourd'hui stockées par les puits de carbone, il pourrait n'y en avoir plus que 30 à 35 % à terme. Ainsi, la perte de biodiversité du fait de la modification des océans d'une part, de la déforestation et de la plantation d'arbres

vulnérables à la sécheresse et aux parasites au motif de compenser les émissions des effets de serre d'autre part, a-t-elle un impact direct sur l'aggravation de la situation climatique.

Biodiversité et climat sont donc indissociables. Il en va de même des interactions entre santé humaine et biodiversité.

LES INTERACTIONS SANTÉ / BIODIVERSITÉ |||

La pandémie de Covid-19 a été l'occasion de mettre en lumière les liens entre perte de biodiversité, zoonoses et pandémies. L'IPBES prévient, dans un rapport publié en octobre 2020, que « des pandémies apparaîtront plus rapidement, causeront plus de dommages à l'économie et tueront plus de personnes que le virus actuel. »

Les experts soulignent que 70 % des maladies émergentes et presque toutes les pandémies communes sont des zoonoses ; ils estiment à 1,7 million le nombre de virus non découverts actuellement présents chez les mammifères et les oiseaux dont plus de 600 000 pourraient avoir la capacité d'infecter les humains. La Fondation pour la recherche sur la biodiversité souligne la corrélation entre la perte de biodiversité à toute allure (1 million d'espèces vivantes menacées) et l'apparition de 35 nouvelles maladies chaque année. Or, la destruction des milieux naturels et le changement d'usage des sols sont des facteurs de développement des zoonoses. « Si l'habitat d'une espèce et ses ressources alimentaires s'amenuisent, elles peuvent être amenées à se rapprocher de l'homme, ce qui facilite le passage d'agents pathogènes de l'animal à l'humain », prévient Hélène Soubelet, directrice de la fondation pour la recherche de la biodiversité (*Essentiel santé magazine* du 15 mars 2021).

Les pratiques agricoles jouent également un rôle important dans l'émergence des nouvelles maladies infectieuses et en particulier l'élevage intensif. La promiscuité et le stress diminuent l'immunité, l'absence d'accès à une alimentation diversifiée, une érosion génétique chez les animaux sont autant de facteurs conduisant à une diffusion extrêmement rapide des pathologies.

Le réchauffement climatique lui-même influence également les espèces et la diffusion de certaines zoonoses, en particulier celles qui sont dues aux moustiques et qui augmentent avec la température.

La prolifération d'espèces invasives est un facteur supplémentaire de diffusion de maladies, comme l'écureuil de Corée à l'origine des tiques, elles-mêmes agents de la maladie de Lyme.

Les liens entre le changement climatique et la santé induisent un cercle vicieux : l'expansion des insectes vecteurs de microbes infectieux résulte de la hausse des températures, des sécheresses qui incitent à stocker l'eau dans des citernes entraînant une prolifération des moustiques, et les pluies créant des points favorables à leur développement. La dengue, la fièvre jaune, l'encéphalite de West Nile, l'encéphalite étiatique, la fièvre de chikungunya sont autant d'exemples de maladies déjà développées qui vont augmenter avec le changement climatique. Et bien entendu, l'impact du changement climatique très important sur l'eau et donc sur la nourriture induit le développement de la malnutrition et de la dénutrition qui elles-mêmes facilitent le développement des pathologies.

L'IMPÉRIEUSE NÉCESSITÉ

DE RAISONNER GLOBALEMENT

Il résulte donc de tout ce qui précède que changement climatique, biodiversité et santé humaine ne peuvent être désormais séparés des approches scientifiques, économiques, politiques, et juridiques.

D'une part, le rapport de l'IPBES et du GIEC témoigne de la nécessité d'améliorer les connaissances sur les effets potentiels nuisibles des moyens mis en place dans un domaine sur les autres. La recherche devient majeure sur les interactions.

Les conséquences économiques majeures résultant des dégâts, qu'ils soient d'origine climatique, sanitaire, ou de biodiversité, imposent des modalités de calcul internalisant les coûts externes et essayant de définir à défaut d'un optimum collectif, la solution la moins onéreuse à court et à long termes.



DR

Ensuite, les décisions à prendre excluent tout raisonnement en silo. Il n'est en effet plus possible de penser dérèglement climatique sans penser également biodiversité et santé. Cela signifie en particulier que les études d'impact préalables à la prise de décision doivent intégrer non seulement les effets sur chacun de ces domaines, mais les effets cumulés et interactifs qui peuvent résulter du projet étudié.

Enfin, cette évolution a bien entendu des conséquences juridiques. Le règlement taxonomie (UE) 2020/852 a été publié au *Journal Officiel de l'Union européenne* en juin 2020. S'agissant des règlements, il n'a pas à être transposé en droit interne, puisque à la différence d'une directive, il s'applique directement à tout acteur européen, sans avoir besoin d'une transposition dans le droit des États membres.

La nouvelle politique européenne de taxonomie s'inscrit dans cette logique puisqu'un investissement durable n'est pas seulement un investissement fait dans un domaine utile à la transition écologique ; un investissement durable est aussi un investissement qui ne nuit pas aux autres domaines concernés par la transition écologique. Les six domaines concernés sont les suivants :

- lutte contre le dérèglement climatique ;
- adaptation au dérèglement climatique ;
- économie circulaire ;
- protection de la biodiversité et des écosystèmes ;
- prévention et réduction de la pollution ;
- utilisation durable et protection des ressources marines et halieutiques.

Ainsi, à titre d'exemple, une compensation de tonnes de CO₂ émises à l'occasion d'une activité qui se ferait par la plantation d'arbres ne résistant pas la sécheresse ou développant la présence d'insectes nuisibles à la santé humaine n'est pas acceptable. Les nouvelles règles qui se sont mises en place au niveau communautaire impactent désormais la finance.

De la même manière, un investissement en faveur de la protection de la biodiversité qui aurait pour effet de développer des espèces invasives ou nuisibles pour la santé humaine n'est pas possible.

Les conséquences de cette nouvelle approche sont considérables, bien entendu sur le plan des financements publics, mais également pour les entreprises qui sont soumises aux exigences de reporting extra-financier dans le cadre de la directive sur la publication d'informations non financières, c'est-à-dire les entités d'intérêt public et les entreprises visées à l'article 8 du règlement taxonomie. Le règlement taxonomie prévoit donc que les produits financiers ayant un objectif d'investissement durable (Article 9) et les produits intégrant des caractéristiques environnementales ou sociales (Article 8), devront publier des informations sur leur contribution aux six objectifs de la durabilité ainsi que des informations sur l'alignement de leur portefeuille avec les principes de la taxonomie. Cette nouvelle appréhension de la santé globale, et plus largement du défi global du vivant, transforme complètement les politiques qui devront être menées, les fonds qui devront être investis, les choix collectifs et individuels qui devront être opérés. Dans ce contexte, la question de la biodiversité a rejoint en importance celle du climat et de la santé humaine.

2021-7630

Où en est-on de la protection de la biodiversité au niveau international et communautaire ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

L'année 2021 est incontestablement celle de la biodiversité sur le plan international, avec, d'une part, le congrès de l'UICN à Marseille, du 3 au 11 septembre, et d'autre part la COP 15, prévue en 2020, reportée pour cause de Covid en 2021 avec une réunion virtuelle pour fixer les points de l'ordre du jour, du 11 au 15 octobre 2021 à Kunming, en Chine, et qui se tiendra effectivement à Kunming du 25 avril au 8 mai 2022.

Les recommandations issues du congrès de l'UICN serviront de base à la COP 15.

Incontestablement, la biodiversité est à l'agenda international. Pour autant, existe-t-il réellement des contraintes juridiques au niveau international et communautaire en matière de biodiversité ?

AU NIVEAU INTERNATIONAL

Il existe au niveau international de nombreuses conventions.

Au niveau international, la Convention sur la diversité biologique est née en même temps que la convention cadre sur les changements climatiques, c'est-à-dire après la conférence de Rio de 1992. Cette convention a été complétée par 2 protocoles importants :

- le protocole de Carthagène sur la biosécurité, adopté en 2000 et entré en vigueur en 2003, qui vise à protéger la



diversité biologique des risques issus des organismes vivants modifiés, c'est-à-dire des OGM.

- le protocole de Nagoya, adopté en 2010 et entré en vigueur en 2014, concerne l'accès et le partage des avantages touchant à l'utilisation des ressources génétiques.

Il faut ajouter la Convention de Ramsar sur la conservation des zones humides (février 1971), la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvage menacées d'extinction, la Convention CITES de mars 1973, la Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (juin 1979), la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe (1982)

et un certain nombre de Conventions locales régionales comme la Convention d'Helsinki sur l'environnement marin de la mer Baltique, la Convention de Barcelone sur la mer Méditerranée et la Convention sur la protection des Alpes. Malgré ces très nombreux textes, les objectifs qui avaient été fixés en matière de biodiversité pour 2010 n'ont pas été atteints.

Pour tenter d'y remédier, un certain nombre d'initiatives ont été prises. Après de grandes difficultés, a été créée en 2012 la plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques en 2012 dont la première réunion s'est tenue en 2013. Il s'agit d'un organisme chargé de remplir en matière de biodiversité la fonction que remplit

le GIEC pour le climat, c'est-à-dire des connaissances partagées.

En 2010, à Nagoya, a été adopté un plan stratégique intégrant les objectifs de Aichi pour la biodiversité, à savoir, 20 objectifs articulés cinq buts stratégiques visant à garantir la protection de la biodiversité pour 2020, dans le cadre d'un plan stratégique 2011-2020.

L'IPBES vise à vivre en harmonie avec la nature en 2050 : « *d'ici à 2050, la diversité biologique vise à valoriser, conserver, restaurer, utiliser avec sagesse en assurant le maintien des services fournis par les écosystèmes, en maintenant la planète en bonne santé, en procurant des avantages essentiels à tous les peuples et aux générations futures* ».

Comment ?

- En luttant contre les causes sous-jacentes de l'uniformisation biologique en accordant une place centrale à la lutte pour la diversité dans l'ensemble des instituts de la société.
- En réduisant les pressions directes exercées sur la diversité biologique et en encourageant l'utilisation durable
- En améliorant l'état de la diversité biologique en sauvegardant les écosystèmes, les espèces, la diversité génétique.
- En renforçant les avantages retirés pour tous de la diversité biologique et des services fournis par les écosystèmes.
- En renforçant la mise en œuvre au moyen d'une planification participative, de la gestion des connaissances et du renforcement des capacités.

En vue de la COP 15, l'IPBES a publié un rapport le 31 mai 2019. Les tendances négatives actuelles compromettent la réalisation de 80 % des objectifs de développement durable ; la perte et la dégradation de la biodiversité doivent être perçues comme un problème non seulement d'environnement mais aussi de développement, d'économies, de société et d'ordre moral.

Ce rapport énumère le déclin du nombre de mammifères marins, la diminution des stocks de poissons, la perte dramatique des récifs coralliens dont plus de 99 % sont susceptibles de se dégrader dans un scénario de réchauffement à 2°C. Ainsi, au niveau européen, le rapport de l'IPBES fait état de ce que seulement 7 % des espèces marines, 9 % des types d'habitats marins présentent un état de conservation favorable ; 27 % des évaluations d'espaces et 66 % des évaluations de types d'habitats montrent un état de conservation défavorable. 48 % des espèces animales et végétales marines ont vu leur population décliner régulièrement au cours des dix dernières années.

Parallèlement, l'union internationale de conservation de la nature, qui publie régulièrement la liste de toutes les espèces protégées, fait également état de la situation catastrophique.

Ainsi l'application des différentes conventions est très variable selon les pays et que le niveau de contrainte internationale n'a aujourd'hui rien à voir avec celui qui existe pour le climat.

C'est dans ce contexte que se présente la réflexion sur un nouveau cadre mondial de l'après 2020 pour inverser la courbe de perte de biodiversité d'ici 2030 comme il est question d'inverser des émissions de gaz à effet de serre. C'est l'objet de la conférence des parties COP 15.

L'objectif est que la moitié de la planète soit protégée d'ici 2050, ce qui impliquerait un objectif mondial précis de préservation d'ici 2030 au moins 30 % des zones naturelles et de restauration d'au moins 30 % des écosystèmes dégradés encore susceptibles d'être restaurés. Dans ce contexte, et comme en matière climatique, il est indispensable de travailler avec le secteur privé et donc de dégager des financements significatifs.

À ce titre dans la résolution du Parlement européen du 16 janvier 2021, préparatoire de la 15^e réunion de la conférence des parties sur la diversité biologique, il était proposé d'au moins doubler le financement actuel du programme Life en Europe, et de mettre en place d'autres mécanismes financiers internationaux avec notamment des engagements contraignants.

L'ordre du jour provisoire prévu lors de la conférence de Kunming du 11 au 15 octobre est particulièrement abondant.

Outre l'état des lieux, il prévoit la mise en place d'un cadre mondial de la biodiversité post-2020 comportant particulier le renforcement de l'intégration, l'information de séquençage numérique sur les ressources génétiques, les questions de financement, de renforcement de la coopération des capacités, de planification, de coopération et d'autres relations internationales, d'intégration de la biodiversité dans les secteurs et les entreprises, de l'examen de l'efficacité des processus de la convention et des protocoles. Cependant le plus prometteur figure dans les questions techniques, et en particulier l'amélioration des résultats par secteur qui doit être visée et contrôlée : aires protégées, diversité biologique marine et côtière, espèces exotiques envahissantes, gestion durable de la faune sauvage, diversité biologique et changement climatique, diversité biologique agricole, diversité biologique et santé, nature et culture et enfin biologie synthétique.

L'immense difficulté de cette convention et de tous les textes qui viennent d'être rappelés consiste en leur faible degré de contraintes juridiques. De surcroît, certains sujets sont extrêmement polémiques et font l'objet de réglementation très différente selon les pays, comme par exemple les OGM,

les pesticides ou l'huile de palme. À ceci s'ajoute la délinquance particulièrement importante dans le domaine de la biodiversité, qu'il s'agisse du transport d'espèces exotiques, de la déforestation sauvage, des transports espèces protégées ou du piratage biologique notamment.

Or, ces sujets, qui sont vraiment importants pour l'application des mesures envisagées, sont peu ou pas traités. À ceci s'ajoute le faible financement au niveau international des mesures pour la diversité biologique, alors même que dans certains pays, les aires ou espaces protégés sont considérés comme une base d'exportation ou de tourisme qui tourne directement le dos aux objectifs envisagés.

La conférence qui se tient à Marseille de l'Union internationale de conservation de la nature donnera une direction quant au niveau d'exigence qui peut être envisagé lors de la COP 15.

AU NIVEAU EUROPÉEN

Au niveau européen, la situation est assez différente, dans la mesure où il existe des textes communautaires avec une valeur contraignante dont les effets sont indéniables puisqu'ils ont donné lieu à de nombreuses jurisprudences, y compris en France. Il faut citer notamment la directive habitats (92-43 CE relative à la conservation des habitats naturels et de la faune et la flore sauvage modifiée par la directive 97 62 CE qu'a créée le réseau européen Natura 2000) et la directive oiseaux (2947 CE qui régit la protection de la gestion de contrôle des oiseaux sauvages, notamment en ce qui concerne la chasse qui a donné lieu à une très abondante jurisprudence du Conseil d'État).

Sur la base de ces textes ont été créés des sites d'intérêt communautaire et des zones spéciales de conservation ainsi que des zones spéciales de protection pour la

conservation des oiseaux. Leur mise en place et leur protection a donné lieu à une abondante jurisprudence communautaire contraignant les États membres à renoncer à des projets situés dans ces zones ou à mettre en place des mesures de compensation extrêmement sérieuses. La question des espèces exotiques envahissantes qui constituait un des six objectifs de la stratégie de l'Union en faveur de la biodiversité à l'horizon 2020 a donné lieu à un règlement (n° 143/2014) relatif à la prévention de la propagation des espèces exotiques envahissantes. Une liste de ces espèces a été établie, conduisant les États membres à devoir mettre en place des systèmes de surveillance et à mettre en place des plans d'action.

Par ailleurs, à la suite de l'adoption du protocole de Nagoya concernant l'accès et le partage des bénéfices s'agissant des ressources génétiques, un règlement 511/2014 a été adopté imposant que les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources ne puissent être transférées et/ou utilisées qu'en conformité avec des conditions fixées d'un commun accord entre les utilisateurs et les autorités des pays d'origine.

La convention CITES a donné lieu à un règlement 338/97 qui protège les espèces de faune et flore sauvages dans le droit de l'Union sur la base d'une liste a été modifiée et des règlements d'exécution 2017/2915 qui interdit l'introduction dans l'Union de spécimens de certaines espèces de faune et de flore sauvages.

Certains milieux sont particulièrement protégés : la directive cadre « stratégie pour le milieu marin (2008/56 CE) protège le milieu marin et vise à garantir un bon état des eaux marines de l'Union pour 2020 ainsi que les ressources dont dépendent les activités économiques et sociales liées au secteur maritime. S'agissant des forêts, un règlement

(n° 995/ 2010) crée des obligations pour les opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché européen, s'attaque au commerce de bois illégal et interdit, la vente de ces produits sur le marché de l'Union.

À ces textes qui ont des effets juridiques immédiats s'en ajoutent d'autres du domaine des outils. Deux doivent en particulier être soulignés :

- tout d'abord, l'introduction d'un nouveau concept, celui de l'utilisation des terres et du changement d'affectation des terres et de la foresterie (UTC ATF). En effet, le principe est que les émissions de gaz issus de l'utilisation des sols doivent être compensées par une absorption équivalente. Le règlement 2018 / 841 entré en vigueur le 9 juillet 2018 inclut les émissions et absorption de gaz à effet de serre dans le cadre de l'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030. En vertu de ce règlement, les émissions de gaz à effet de serre provenant du secteur de l'UTC ATF doivent être compensées par une absorption au moins équivalente de CO₂ atmosphérique pendant la période 2021-2030 ;

- en second lieu, les instruments financiers. Depuis 1992, le programme Life est l'instrument financier de l'Union, il est aujourd'hui à sa sixième phase, la dernière s'étant achevée en 2020. Un budget de 1,155 milliard d'euros est alloué à la nature et la biodiversité dans le cadre du programme environnement, et d'autres financements ont été instaurés. Comme on le verra, dans le cadre de la négociation sur le plan biodiversité 2020-2030, d'autres financements devraient intervenir.

En effet, le pacte vert pour l'Europe comporte une stratégie de l'Union en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030 et s'attaque aux cinq principaux facteurs de perte de biodiversité :

- changement d'affectation des sols et des mers ;
- surexploitation ;

- changement climatique ;
- pollution notamment par les pesticides ;
- espèces exotiques envahissantes.

En effet, la stratégie de l'Union européenne en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030 intitulée « ramener la nature dans nos vies » prend acte de plusieurs éléments majeurs.

Tout d'abord, le fait que les investissements dans la protection et la restauration de la nature sont essentiels pour la relance économique de l'Europe au sortir de la crise Covid-19 et que la protection de la biodiversité se justifie pleinement sur le plan économique. Quelques exemples sont donnés,

notamment la conservation des stocks marins qui pourrait accroître les bénéfices de l'industrie des produits de la mer de 50 milliards d'euros par an, ou la protection des zones humides côtières qui pourrait faire faire une économie de 50 milliards d'euros au secteur de l'assurance. Le rapport évoque un avantage global d'un investissement efficace pour la conservation de la nature sauvage et 200 euros pour 1 euro. C'est également une question de sécurité alimentaire, puisque 75 % des différents types de cultures alimentaires dépendent de la pollinisation.

Ensuite le constat de la gravité de la situation, avec une diminution de 60 % des populations des espèces sauvages au cours des 40 dernières années, une altération des trois quarts de la surface de la planète. Elle apprend également des échecs passés et propose un certain nombre de mesures :

- Créer un réseau cohérent de zones protégées représentant au moins 30 % de la superficie terrestre et 30 % de la superficie marine de l'Union avec une protection stricte pour 10 % des terres et 10 % des mers. Assurer une protection stricte également de toutes les forêts primaires et anciennes encore présentes dans l'Union européenne. Pour y parvenir, les États devront mettre en place des



objectifs et des mesures de conservation claires avec un suivi et des mesures. Il est à souligner que chaque euro investi dans la protection des zones marines entraîne un retour d'au moins trois euros, et que les bénéfices de Natura 2000 sont évalués entre 200 et 300 milliards d'euros par an.

- En second lieu, un plan de restauration de la nature avec le renforcement du cadre juridique de l'Union. Des objectifs de restauration de la nature juridiquement contraignants en vue de restaurer les écosystèmes dégradés seront présentés au cours de l'année 2021 avec des obligations pour les États membres de s'assurer de l'absence de dégradation des états de conservation, de leur tendance pour tous les habitats d'espèces protégées d'ici 2030. Le second volet concerne les terres agricoles avec une réduction d'au moins 50 % d'utilisation des pesticides chimiques et des risques associés d'ici 2030 et l'obligation de réserver au moins 10 % de la surface agricole en terres ayant des particularités topographiques de diversité biologique. 25 % des terres agricoles devant être cultivées en bio d'ici 2030.

- S'agissant de l'artificialisation des sols et de la restauration des écosystèmes, une stratégie pour la protection des sols est élaborée ainsi qu'un plan d'action zéro pollution pour l'air, l'eau et le sol devra

être adopté en 2021. Pour les forêts, une nouvelle stratégie comprenant une feuille de route pour l'implantation d'au moins 3 milliards d'heures supplémentaires dans l'Union d'ici 2030 dans le respect des principes écologiques et une nouvelle plate-forme européenne pour l'écologisation urbaine. La question de la biomasse forestière fera du reste l'objet d'un travail particulier avec de nouveaux critères de durabilité en matière de biomasse forestière utilisée pour la production d'énergie.

- Pour les espaces marins, des plans nationaux issus de la planification de l'espace maritime seront élaborés, ainsi qu'un nouveau plan d'action visant à préserver les ressources halieutiques, à protéger les écosystèmes marins. Seront notamment interdites les prises accessoires d'espèces menacées d'extinction ainsi que des espèces qui ne sont pas en bon état de conservation.

- La restauration des écosystèmes d'eau douce et le rétablissement des fonctionnalités des cours d'eau conduisent à remettre au moins 25 000 km de cours d'eau en courants libres d'ici 2030. L'écologisation des zones urbaines et périurbaines va exiger des villes européennes de plus de 20 000 habitants l'élaboration d'ici la fin de l'année 2021, de plans

d'écologisation de l'espace urbain et la mise en place d'une plate-forme de l'Union pour l'écologisation urbaine.

- Pour la réduction de la pollution, l'objectif est une diminution de l'utilisation des fertilisants d'au moins 20 % et des pesticides de 50 % ; dans ce cadre, l'évaluation des risques environnementaux des pesticides sera renforcée. Les espaces verts urbains et les zones sensibles ne devront plus recourir à l'utilisation de pesticides chimiques.

- Enfin pour la lutte contre les espèces invasives, le règlement de l'Union sur les espèces exotiques et envahissantes prévoit de réduire de 50 % le nombre des espèces de la liste rouge des espèces menacées.

Ce qui est particulièrement intéressant dans le nouveau cadre concerne la mise en œuvre intégrale et le contrôle de l'application. En effet, jusqu'à présent, les objectifs annoncés n'ont jamais été atteints, mais l'Union et les États membres ne se sont jamais donné les moyens de s'assurer de l'application effective des textes et surtout d'en contrôler les effets.

Cette mise en œuvre intéresse bien entendu le secteur privé. La directive procède en effet à l'intégration du sujet dans le droit privé, en particulier au travers de la publication d'informations non financières des entreprises et la création d'un mouvement des entreprises européennes au service de la biodiversité, 20 milliards d'euros par an devront être investis dans des dépenses en faveur de la nature et 25 % du budget de l'Union consacré à l'action pour le climat sera investi dans la biodiversité et les solutions fondées sur la nature.

La taxonomie de l'Union sur la finance durable intègre effectivement la classification de la protection et la restauration de la biodiversité des



D.R.

écosystèmes. Des méthodes, des normes et des critères seront utilisés pour mesurer en particulier l'empreinte des produits des organisations sur l'environnement.

Ces objectifs rejoignent ceux qui seront défendus lors du sommet de Kunming et sur lesquels le Parlement s'est prononcé par une résolution le 16 janvier 2020 dans le cadre de la préparation de cette réunion. Le Parlement demande que l'Union fasse pression pour réclamer que la moitié de la planète soit protégée d'ici 2050 avec un objectif mondial précis de préservation d'au moins 30 % des zones naturelles et la restauration des écosystèmes dégradés pour 2030 ; il demande la création d'un programme de pollution et des engagements des entreprises et des organisations financières en faveur de la biodiversité. Enfin, les efforts pour lutter contre la déforestation doivent être rapprochés de ce qui précède avec une résolution très vigoureuse du Parlement européen du 22 octobre 2020 en ce sens avec des règles obligatoires fondées sur la diligence raisonnable pour garantir les chaînes d'approvisionnement durable et sans déforestation, rapprochée de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises,

conformément au principe pollueur-payeur.

En conclusion, il faudra bien entendu attendre les résultats de la COP 15 pour savoir si les États ont fait un effort d'une ampleur équivalente à celui qui a été fait au moment des Accords de Paris ; c'est encore évidemment trop tôt et il va de soi que la conjoncture internationale ne plaide pas dans le bon sens. En revanche, au niveau communautaire, la prise en compte de la biodiversité au-delà des directives habitats et oiseaux est devenue une réalité juridique dans la mesure où elle est désormais intégrée à un haut niveau d'exigence dans les textes et surtout intégrée dans l'évaluation de la durabilité tant au niveau des investissements publics que du comportement des entreprises.

Cependant, la mollesse des États au regard de la question des pesticides par exemple – et la ré-autorisation ou non du glyphosate sera un excellent révélateur – et le maintien de projets incompatibles avec le respect de la biodiversité contrastent avec ces objectifs ambitieux. Les mois et les années qui viennent permettront de savoir si la raison l'a emporté.

La séquence ERC, outil de protection de la biodiversité et de la lutte contre l'artificialisation des sols



Christian Huglo,
Avocat associé,
Docteur en droit,
Huglo Lepage avocats



Caroline Grenet,
Élève-avocate

La séquence éviter-réduire-compenser constitue l'une des principales clés de la politique française de protection de la biodiversité. Elle impose pour toute réalisation matérielle qui affecte l'environnement d'abord d'éviter d'y porter atteinte (éviter), ensuite de réduire les impacts connus (réduire) et, en dernier lieu seulement, de les compenser.

Cette notion, déjà présente dans la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, trouve sa base légale dans la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages¹.

Elle constitue une tentative de réponse aux problèmes posés à la fois par l'artificialisation des sols, et, plus globalement, par l'extinction massive des espèces désignées classiquement comme étant une perte globale de biodiversité.

La lutte contre l'artificialisation des sols était au cœur des discussions du projet la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, finalement adoptée le 22 août 2021. Cette loi comporte deux types de dispositions relatives à l'artificialisation des sols : des objectifs de lutte et des mesures concrètes d'application pour y parvenir.

S'agissant des objectifs, l'article 191 de la loi prévoit la réduction de la moitié de la consommation totale d'espace observée sur les dix années précédant la promulgation de la loi afin d'atteindre l'objectif de zéro artificialisation nette d'ici 2050. L'autre objectif majeur de la loi, inscrit à l'article 227, consiste

en la mise sous protection, par le biais de l'élaboration d'une stratégie nationale des aires protégées, d'au moins 30 % de l'ensemble du territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou sous juridiction française. Ce sera 10 % du territoire qui sera mis sous protection forte.

Les mesures opérationnelles de la loi intéressent directement la séquence ERC puisqu'elles concernent des projets ou plans et programmes qui doivent théoriquement mettre en œuvre la séquence pour être autorisés. Ces mesures sont les suivantes : l'autorisation d'exploitation commerciale nécessaire pour la création ou l'extension d'un magasin de commerce dont la surface de vente est supérieure à 1 000 m², ne pourra être délivrée que pour les projets n'engendrant pas d'artificialisation, sauf conditions strictes relatives à la continuité des espaces déjà urbanisés ; les entrepôts commerciaux devront être implantés selon des secteurs d'implantation privilégiés déterminés dans le document d'orientation et d'objectifs du Schéma de cohérence territoire en fonction de leur impact sur l'artificialisation des sols ; enfin, l'élaboration d'une stratégie déclinable par les collectivités territoriales au niveau local.

Concernant plus précisément la compensation, deux apports sont à souligner. Le premier tient à la création d'une obligation de compensation des émissions de gaz à effet de serre par les vols intérieurs mise à la charge des exploitants d'aéronefs par le biais de projets d'absorption du carbone. Le second est l'ajout d'un alinéa à l'article L. 163-1

du Code de l'environnement qui consacre le principe de priorisation. Plus précisément, les mesures de compensation devront avoir lieu en priorité au sein des zones de renaturation préférentielles identifiées par les schémas de cohérence territoriale et par les orientations d'aménagement et de programmation lorsque la nature de la zone à compenser et celle de la zone accueillant la compensation le permettent. La renaturation est d'ailleurs définie par la loi, comme le fait de transformer un sol artificialisé en un sol non artificialisé par des actions ou des opérations de restauration ou d'amélioration de la fonctionnalité d'un sol. Cette disposition présente un intérêt certain, puisque jusqu'alors, le principe de zéro perte nette de biodiversité manquait de garantie. En obligeant éventuellement les maîtres d'ouvrage à renaturer des sites déjà artificialisés, le principe de zéro perte nette de biodiversité, conjointement avec celui de zéro artificialisation nette, peut présenter plus d'efficacité.

Ce nouveau principe de priorisation rejoint directement les principes applicables à la compensation que sont l'équivalence écologique, l'absence de perte nette, l'additionnalité, l'efficacité, le principe hiérarchique, la pérennité des mesures de compensation et le principe de proximité.

Même s'il peut être regretté le manque d'ambition de cette loi, la lutte constante contre l'artificialisation des sols, et plus généralement l'objectif législatif de protection de la biodiversité, impose un rappel du régime de la séquence E-R-C, outil privilégié en la matière.

¹) Codifié à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement pour les principes de la séquence et l'article L. 163-1 du même Code pour la compensation et ses applications. Voir l'annexe 1.

Ainsi, cette séquence se retrouve tant en droit public à travers principalement les procédures d'autorisation environnementale et d'évaluation qu'en droit privé.

LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ GRÂCE AUX PROCÉDURES DE DROIT PUBLIC |||||

Pour prévenir les atteintes à la biodiversité, le législateur a intégré la séquence ERC au sein des procédures d'autorisation environnementale et d'évaluation environnementale des projets, plans ou programmes. Elle se retrouve également dans les procédures d'évaluation des incidences Natura 2000, de dérogations espèces protégées et dans la procédure de déclaration au titre de la loi sur l'eau.

Brièvement, l'évaluation environnementale impose au pétitionnaire d'un projet, ou à une autorité administrative chargée de l'élaboration d'un plan ou d'un programme, la réalisation d'un contenu technique à contenu obligé, le tout placé sous le contrôle de l'administration du public ou du juge. Les mesures d'évitement, de réduction et de compensation doivent être présentées tout au long du processus de l'évaluation. De même, l'autorisation environnementale instituée par l'ordonnance du 26 janvier 2017 permet à un maître d'ouvrage de ne déposer qu'un seul dossier de demande pour obtenir une seule autorisation (plutôt qu'une douzaine d'autorisations auparavant). À nouveau, la séquence doit apparaître dans ce dossier de demande d'autorisation.

Les mesures prévues par le maître d'ouvrage ou la personne publique doivent impérativement faire état de l'évitement des effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine, en réduire les effets n'ayant pu être évités puis, en dernier lieu, compenser les effets négatifs notables du projet. Ces mesures sont présentes dans l'étude d'impact, c'est-à-dire le dossier de demande d'autorisation du projet, plan ou programme.

Le public est amené à connaître de la mise en œuvre de la séquence, puisque le dossier de demande du maître d'ouvrage est mis à disposition de ce dernier, afin qu'il en ait connaissance et qu'il puisse réagir. L'autorité



administrative et le juge se fondent sur ce dossier pour apprécier la légalité du projet et notamment la correcte mise en œuvre de la séquence.

À côté de ces procédures classiques garantissant une certaine protection, d'autres régimes spécifiques aux mesures de compensation existent. Il en va ainsi de la compensation forestière qui conditionne tout défrichement à une autorisation administrative elle-même subordonnée à l'exécution, sur d'autres terrains, de travaux de boisement ou reboisement pour une surface correspondant à la surface défrichée. Il en va également ainsi du régime de la compensation agricole collective qui impose une étude préalable avant tout projet susceptible d'avoir des conséquences négatives importantes sur l'économie générale agricole. Cette dernière doit faire état des mesures de compensation collective visant à consolider l'économie agricole du territoire. Cette compensation collective peut revêtir différentes formes : compensation foncières collectives ; compensation par la création d'un fond de finance des équipements agricoles déjà fléchés ; compensation par la création d'un fonds de compensation collective ...

Après cette brève description des procédures accueillant la séquence, voyons concrètement comment un porteur de projet la met en œuvre.

Cette mise en œuvre débute dès la phase d'élaboration du projet puisque pour construire sa séquence et donc son dossier de demande d'autorisation, le porteur de projet doit faire

réaliser une étude initiale des potentiels impacts du projet sur la zone concernée pour ensuite être à même de définir les mesures adéquates permettant d'éviter, réduire et compenser les atteintes à l'état initial.

Une étude du milieu naturel permettant de faire état de la biodiversité dans la zone est donc nécessaire, ainsi qu'une description de l'impact du projet sur la zone (impact direct, indirect, permanent, temporaire, etc.). Une étude acoustique peut ensuite être nécessaire ainsi qu'une étude de la pollution de l'air, climatique et paysagère.

Une fois l'état initial détaillé, le porteur de projet peut d'abord envisager les mesures d'évitement, qui sont principalement celles de l'évitement lors du choix d'opportunité (de réaliser le projet ou non), l'évitement géographique (voir si une localisation alternative est préférable), technique ou encore temporel. Les mesures de réduction sont plus difficiles à appréhender mais se retrouvent principalement au niveau géographique (limitation des emprises des travaux par exemple), technique (adaptation des technologies utilisées) et temporel (adaptation de la période de travaux). La mesure de réduction aura un rôle particulier dans la phase de chantier. Il est en effet très probable que les travaux réalisés soient à l'origine d'un certain nombre de dommages pour l'environnement du site. Il faudra ainsi réduire autant que faire se peut les allées et venues des engins de chantier, limiter les déchets issus des phases

de travaux, les rejets dans les eaux et les sols, etc. Enfin, les mesures de compensation sont celles qui sont principalement mises en œuvre par les porteurs de projet, en méconnaissance de la hiérarchie instaurée par la loi. Si ces derniers devraient privilégier l'évitement, ils favorisent en réalité la compensation, moins contraignantes à mettre en place. Les mesures de compensation passent principalement à travers la restauration ou la réhabilitation d'un milieu équivalent, la création d'un habitat sur un site où il n'existait pas initialement, ou encore les actions permettant d'assurer une gestion optimale d'un milieu, des espèces et de leurs habitats.

La définition des différentes mesures ERC a véritablement pour but de pouvoir légitimer un projet aux yeux de l'autorité administrative chargée d'octroyer le projet ou pour l'autorité décisionnaire chargée d'approuver le plan ou le programme. Elle est donc absolument décisive et devra comporter une rigueur toute particulière dans l'explicitation des différents choix effectués. L'on ajoutera que le maître d'ouvrage doit prévoir des modalités de suivi dans son dossier de demande afin d'assurer l'effectivité et la longévité des mesures mises en place.

La protection de la biodiversité à travers la séquence ERC doit donc avoir lieu dès l'élaboration du projet et s'étend dans le temps après la réalisation de celui-ci. Malgré les lacunes que cet outil peut présenter, et notamment la priorisation de la compensation au détriment de l'évitement et de la réduction, il présente un intérêt incontournable pour la protection de la biodiversité.

Les procédures de droit public ne sont pas les seules à prendre en compte la séquence puisque le droit privé s'en est également saisi.

LA MISE EN ŒUVRE DE LA SÉQUENCE

PAR LE DROIT PRIVÉ

Les mécanismes de droit privé tendent de plus en plus à intégrer la séquence ERC. Le législateur a par exemple eu recours à deux techniques contractuelles, l'une portant sur des opérateurs fonciers (location ou achat de terrains) et l'autre par l'acquisition d'unités de

biodiversité. La première est généralement dénommée compensation par la demande (du pétitionnaire) et l'autre compensation par l'offre. À cela s'ajoute la possibilité pour le pétitionnaire de recourir à la technique de l'obligation réelle environnementale (« ORE »). À côté de cette institution législative, il est également intéressant de s'attarder sur le rapport des effets de ces mesures avec l'obligation de reporting dans le cadre de ce qu'on appelle la responsabilité sociale des entreprises.

La compensation par la demande se réalise à travers des contrats conclus avec des opérateurs de compensation qui peuvent être des personnes publiques ou privées, chargées par une personne soumise à une obligation de compensation, de les mettre en œuvre pour le compte de celle-ci et de les coordonner à long terme. Le contenu du contrat de compensation n'est pas précisé par la loi, si bien que le droit commun du droit des obligations s'applique.

La compensation par l'offre prend la forme d'un contrat d'acquisition d'unités de compensation. Ces unités peuvent se définir comme des titres qui représentent la valeur écologique créée sur une certaine surface et pendant une certaine durée au sein d'un site naturel de compensation. Ces titres seront vendus à des aménageurs ou à des réalisateurs de travaux soumis à compensation. Le système de compensation par l'offre implique l'inventaire et surtout la restauration *ex ante* de sites dégradés.

L'ORE prend la forme d'un contrat entre des propriétaires de biens immobiliers et une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, en vue de faire naître à leur charge, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que ces obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'élément de la biodiversité ou de fonctions écologiques. L'accord ORE est d'autant plus intéressant en matière de compensation que les obligations conclues se greffent sur le terrain et non pas sur la personne propriétaire de telle sorte que l'obligation sera transmise à tous les propriétaires successifs.

En matière de reporting RSE, il semble que les textes régissant le contenu de la déclaration de performance extra-financière aient prévu la publication de données afférentes à l'utilisation des sols. De nombreuses entreprises font état de la mise en œuvre de mesures ERC dans leur rapport de gestion dans la partie portant sur la déclaration de performance extra-financière mais sans véritablement préciser les volumes d'utilisation des sols et les mesures compensatoires réalisées. L'on notera l'adoption récente du décret d'application de la loi Énergie-Climat du 27 mai 2021 imposant désormais aux entreprises de finances françaises (établissement de crédit et entreprises d'investissement) de fournir une stratégie d'alignement sur les objectifs de long terme en matière de biodiversité et une analyse de la contribution à la réduction des principales pressions et impacts sur la biodiversité. Ces établissements devront impérativement mettre en place un indicateur d'empreinte de biodiversité à cet effet. La séquence ERC pourra ainsi y trouver sa place.

Ainsi, l'appréhension de la protection de la biodiversité tend à se développer considérablement, tant en droit public qu'en droit privé, offrant par la même un terrain propice à la mise en œuvre de la séquence.

Il découle cependant de ces éléments que si le législateur et les autorités publiques et privées mettent de plus en plus en œuvre la séquence ERC, il est indiscutable que la protection de la biodiversité n'est toujours pas une priorité. Deux principales lacunes entourent cette séquence : d'une part, la compensation n'améliore en rien le patrimoine collectif. Pour instaurer un régime réellement protecteur, celle-ci devrait se faire obligatoirement par une restauration de terres et de milieux endommagés. D'autre part, la politique publique qui est actuellement menée ne vise qu'à réduire le champ d'application des évaluations et autorisations environnementales qui intègrent pourtant la séquence. À quoi bon renforcer sur le plan des principes une procédure dont on ne cesse de réduire les conditions d'application ?

L'appréhension par le juge administratif de la dérogation « espèces protégées »



Roxane Sageloli
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la cour,
Huglo Lepage Avocats

L'actualité législative et réglementaire en faveur de la lutte pour la préservation de la biodiversité et la limitation de l'artificialisation des sols est particulièrement riche et abondante. Si elle peine encore à traduire en droit le degré d'urgence qui s'attache à cette nécessité impérieuse de préservation, malheureusement encore assez mal appréhendée, le juge administratif quant à lui n'attend pas, ou de moins en moins.

Ainsi apparaît-il, au fil des décisions rendues, de plus en plus « concerné » par la problématique de la biodiversité. Il a désormais fait sienne l'appréhension de la séquence « Éviter, Réduire, Compenser » (ERC), source d'une abondante jurisprudence sans cesse évolutive.

Au plus haut niveau de protection se trouve bien entendu la délivrance des dérogations dites « espèces protégées ». C'est là, sans aucun doute, que son contrôle se révèle être le plus strict et le plus exigeant.

Ce degré d'exigence se répercute alors sur la qualité attendue des dossiers de demande de dérogation à fournir, lesquels sont aussi, sur demande en premier lieu des services de l'État territorialement compétents, de plus en plus nombreux.

Confrontés à ces contraintes nouvelles, les différents professionnels du secteur doivent rapidement s'adapter. L'exercice s'avère particulièrement délicat lorsqu'il est question d'opérations complexes, souvent initiées de longue date, et qu'il faut parfois réinterroger en totalité. Il se renouvelle à chaque phase d'avancement, exigeant l'appréhension, qui plus est très fine, d'une réglementation sans cesse changeante, et de critères jurisprudentiels de plus en plus rigoureux.

La difficulté apparaît d'autant plus sensible pour les constructeurs et aménageurs, à qui il revient de justifier, souvent seuls, des deux premières conditions posées pour l'octroi de leur demande de dérogation, tandis que le bureau d'études se charge généralement de la troisième, purement technique.

Pour rappel, ces trois conditions, cumulatives et hiérarchisées, posées par l'article L.411-2 du Code de l'environnement sont les suivantes :

- La justification de la dérogation dans « *l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et (pour des conséquences bénéfiques*

primordiales pour l'environnement » ;

- L'absence d'autre solution satisfaisante ;

- L'absence d'atteinte portée au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle. Nous avons souhaité revenir plus en détail sur les deux premières, qui relèvent de la raison d'être du projet et de sa genèse, et tenter ainsi d'explicitier quelque peu ce que, selon nous, le juge administratif en attend.

SUR LA JUSTIFICATION DU PROJET PAR UNE RAISON IMPÉRATIVE D'INTÉRÊT PUBLIC MAJEUR (RIIPM)

La justification d'un projet par une RIIPM est la condition première d'obtention d'une dérogation. Ça n'est que si une telle RIIPM est caractérisée que le juge s'interrogera sur les deux autres (CE, 24 juil. 2019, n°414353). Elle revêt ainsi une importance cruciale.

Dans ce contexte, pour bien saisir l'enjeu de la démonstration à présenter dans la demande de dérogation, il faut rappeler que le principe en matière d'espèces protégées est l'interdiction stricte d'y porter atteinte, directement ou

indirectement, en affectant leur habitat (article L. 411-1 du Code de l'environnement). La RIIPM doit ainsi être suffisamment forte pour être mise en balance avec les intérêts attachés à la protection des espèces en cause. Il doit être démontré que le projet revêt un intérêt public qui doit être majeur.

L'existence d'une RIIPM relève toutefois d'une approche essentiellement factuelle dont il est délicat de dégager des lignes de force dans la jurisprudence. Ainsi par exemple, le fait qu'un projet ait été déclaré d'utilité publique est un indice mais ne suffit pas à lui seul à établir sa justification par une RIIPM (voir notamment : CAA Bordeaux, 10 déc. 2019, n°19BX02327, 19BX02367, 19BX02369, 19BX02378, 19BX02421, 19BX02422, 19BX02423, 19BX02424). Le fait qu'un projet s'inscrive sur du long terme apparaît également avoir son importance pour caractériser l'existence d'une RIIPM (voir notamment les conclusions de S. Hoyneck dans l'affaire CE, 24 juil. 2019, n° 414353), et le Conseil d'État a pu prendre en compte le fait qu'un projet s'inscrive dans un « projet urbain » (voir notamment CE, 24 juil. 2019, n°414353 et CE, 3 juil. 2020, n° 430585).

À ce titre, l'objectif poursuivi au-delà du projet est pris en compte. Ainsi par exemple, le juge administratif peut retenir l'existence d'une RIIPM lorsqu'il est établi qu'un projet d'aménagement répond à des difficultés ou des déséquilibres particuliers, ou qu'il existe sur le territoire concerné une offre insuffisante pour répondre à la demande (voir notamment en matière de zone commerciale : CAA Nantes, 4 Déc. 2018, n°17NT01258, CE, 24 juil. 2019, n°414353). Un objectif de réhabilitation d'une zone



dégradée, par exemple une ancienne friche industrielle, peut également être retenu (CAA Douai, 15 oct. 2015, n°14DA02064). Il devrait d'ailleurs être largement pris en compte à l'avenir compte tenu de l'objectif « zéro artificialisation nette » fixé par la loi climat et résilience publiée le 24 août dernier.

Il faut en revanche souligner que le critère de l'emploi ne semble pas être déterminant pour les juges, sauf à ce qu'il soit établi qu'il est crucial pour le territoire concerné, compte tenu notamment du taux de chômage local (TA Rouen, 23 juil. 2021, req. n° 2003507 ; CAA Marseille, 24 janv. 2020, n° 18MA04972; CE, 9 octobre 2013, n°366803).

Cela étant, s'agissant d'une notion directement transposée du droit européen, les précisions apportées par la Commission européenne dans son guide « *Gérer les sites Natura 2000 – les dispositions de l'article 6 de la directive "Habitats" (92/43/CEE)* » (2019/C 33/01, 25 janvier 2019) sont particulièrement éclairantes.

Il peut en être retenu que, pour caractériser une RIIPM, il s'agit de démontrer qu'un projet revêt un caractère indispensable dans le cadre d'initiatives ou de politiques présentant un caractère fondamental pour l'État, la société

ou la population, ou encore qu'il vise à l'accomplissement d'obligations spécifiques de service public.

SUR LA JUSTIFICATION DE L'ABSENCE D'AUTRE SOLUTION SATISFAISANTE

Depuis les services instructeurs en premier lieu, en passant par l'avis de l'Autorité environnementale, celui du CNPN le cas échéant, jusqu'au juge administratif, tous attendent du maître d'ouvrage qu'il leur démontre qu'il n'existe pas, pour atteindre l'objectif poursuivi, d'autre solution plus satisfaisante que celle consistant à porter atteinte aux espèces et habitats concernés, impliquant de fait l'octroi d'une dérogation à l'interdiction stricte de destruction des espèces et habitats d'espèces protégés.

La démonstration doit donc nécessairement se faire en fonction, d'une part, de l'objectif poursuivi par le projet et, d'autre part, de l'état de connaissance de ces espèces et habitats d'espèces protégés.

Très concrètement, le dossier doit répondre, aussi précisément que possible aux questions suivantes : pourquoi ce projet ? Quel est l'objectif poursuivi ? Pourquoi cet objectif ne peut-il trouver à se concrétiser ailleurs que sur un site qui implique une atteinte portée aux espèces et habitats

Agenda



||||| Biodiversité, santé et climat

ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DU TRAVAIL ET LA CHAMBRE SOCIALE

Figures de justice. Les grandes figures du droit
du travail et la chambre sociale

23 septembre au 4 novembre 2021

Grand'chambre de la Cour de cassation
5, quai de l'Horloge 75055 Paris Cedex 01

Renseignements : 01 44 32 95 95

www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2021_9654/creation_chambre_sociale_46240.html
2021-4207

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, INSTITUT MICHEL VILLEY

Les formes méconnues de la citoyenneté
23/24 septembre 2021

Amphithéâtre Alain Beretz Nouveau Patio
20a, rue René Descartes 67000 Strasbourg

Renseignements : 03 68 85 87 70

fru6703-contact@unistra.fr

europa.fr

2021-4208

UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR, CTADE, CRHI, SFPJ

Théorie du droit, philosophie du droit,
philosophie politique : état des lieux
23/24 septembre 2021

MSSH Sud-Est Bâtiment recherche - SJA 3
25, avenue François Mitterrand 06300 Nice

bureau.sfpj@gmail.com

lasfpj.wixsite.com/rencontres

2021-4209

AFJE

Cartographier les risques de l'entreprise
24 septembre 2021

AFJE,

5 rue du Chevalier de Saint George 75008 Paris

Renseignements : 01 42 61 53 59

formation@afje.org

www.afje.org

2021-4144

UNIVERSITÉ LYON III JEAN MOULIN

La discussion dans les contrats publics
24 septembre 2021

Campus de la Manufacture des Tabacs
Auditorium Malraux

16, rue Professeur Rollet 69008 Lyon

[edpl.univ-lyon3.fr/colloque-la-discussion-dans-les-](http://edpl.univ-lyon3.fr/colloque-la-discussion-dans-les-contrats-publics)

[contrats-publics](http://edpl.univ-lyon3.fr/colloque-la-discussion-dans-les-contrats-publics)

2021-4205

protégés ? N'existe-t-il pas d'autre(s) solution(s) plus satisfaisante(s) que celle consistant à porter atteinte aux espèces et habitats concernés, et à solliciter l'octroi d'une dérogation ?

Ces questions sont propres à un dossier de demande de dérogation, qui en aucun cas ne doit correspondre à un « ersatz » ou à un simple résumé de l'étude d'impact du projet.

Cela implique de revenir sur l'objectif poursuivi par le projet, sur son opportunité même. La démonstration à apporter rejoint ici en partie la démarche d'évitement, consistant à interroger l'opportunité du projet, puis ses variantes géographiques et techniques d'implantation, afin de démontrer que le dépôt d'une demande de dérogation ne pouvait être évité.

C'est autant l'implantation que le calibrage du projet (ampleur, caractéristiques, contraintes de réalisation...) qui doivent être questionnés, en apportant la preuve qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante pour atteindre ces objectifs ; autrement dit que l'implantation comme le calibrage du projet ne peuvent être différents afin de satisfaire ces objectifs.

L'écueil le plus fréquent consiste à ne justifier que du périmètre d'implantation, par la seule évolution régressive de l'emprise du projet, en soi insuffisante (voir CAA Paris, ord., 6 avril 2021, n°21PA00910) et, souvent, selon un scénario réfléchi via une analyse multicritère tirée de l'étude d'impact, mais n'intégrant pas suffisamment la problématique des espèces et habitats protégés.

Pour un projet de logements par exemple, il devra être établi que le besoin de logement identifié ne peut pas être satisfait par des solutions alternatives permettant de limiter l'atteinte portée aux espèces protégées (CE, ord., 3 juillet 2020, n°430585)

Il faut, dans le même temps, affiner la démonstration au travers d'inventaires naturalistes complets et actualisés, reflétant la sensibilité écologique du secteur considéré à la date de la décision statuant sur la demande de dérogation.

En d'autres termes, démontrer que la recherche et l'étude de solutions alternatives l'a été en fonction de ces inventaires, suivant la localisation des espèces et habitats d'espèces protégés recensés, dans le cadre d'une démarche d'évitement et de moindre impact environnemental (Voir CAA Bordeaux le 13 juillet 2017, n°16BX01364, CE, 24 juillet 2019, n°414353).

C'est alors, seulement, qu'il pourra en être tiré la conclusion de l'absence d'autres solutions plus satisfaisantes, qui n'exigeraient pas de porter atteinte aux espèces et habitats protégés.

Pour conclure sur l'impérieuse nécessité de soigner la justification de ces deux conditions, qui n'autorise évidemment pas à négliger la troisième, il faut souligner le véritable couperet que constitue un dossier de dérogation insuffisamment préparé.

Il a notamment été jugé, récemment, que la préservation des espèces protégées pouvait légitimement fonder une demande de référé liberté, à laquelle le juge administratif est tenu de répondre sous 48h. Ainsi y a-t-il fait droit pour les travaux de la liaison ferroviaire CDG Express (TA Montreuil, ord. 29 janvier 2021, n°2101144). Un projet dont les travaux de réalisation viennent de débuter peut en conséquence se trouver à l'arrêt du jour au lendemain.

Les maîtres d'ouvrages devront nécessairement anticiper sur ces difficultés, et s'y adapter, en veillant à présenter le projet de moindre impact environnemental.

2021-7634

L'obligation réelle environnementale (ORE) : comment transformer son terrain en or(e) ?



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Créée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (art. 72), l'obligation réelle environnementale (ORE) est un dispositif foncier de protection de l'environnement. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement autorise désormais le propriétaire foncier à créer sur son immeuble une ORE durable, et automatiquement transmissible à ses ayants cause, qu'ils soient universels ou particuliers.

Inspirée de mécanismes similaires présents aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande ou encore en Australie (« *conservation easements* »), elle a pour objectif de faciliter le développement d'actions pérennes permettant de stopper l'érosion de la biodiversité et de permettre à un propriétaire de mettre en place simplement sur sa propriété une démarche contractuelle en ce sens avec des personnes morales garantes d'un intérêt environnemental¹.

Concrètement, le propriétaire d'un espace naturel peut conclure un contrat avec une personne morale de droit public ou de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, faisant naître à sa propre charge des obligations ayant pour finalité



« le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ». Comme l'a résumé la Fondation pour la recherche sur la biodiversité, « *il conserve la propriété de son bien, mais en restreint volontairement l'usage*² ». En complément de la protection volontaire de la biodiversité (ORE à visée patrimoniale), les ORE peuvent être utilisées à des fins de compensation écologique.

Au 31 décembre 2019, selon le rapport de suivi du gouvernement de janvier 2021³, s'agissant des ORE « *patrimoniales* », on dénombrait

12 contrats signés, pour une durée moyenne de 65 ans. Ils ont été signés en 2019 dans plus de 80 % des cas. S'agissant des ORE mises en place dans le cadre de la compensation, 5 contrats ont été signés, pour une durée moyenne d'environ 40 ans. Cependant, 7 projets d'aménagement routiers ont fait l'objet de près de 120 promesses d'ORE, pour une superficie totale de 300 hectares et une durée moyenne de 28 ans.

4 ans après la promulgation de la loi du 8 août 2016, le nombre de contrats ORE signés apparaît manifestement limité. Si le manque de visibilité sur l'ensemble du territoire national des ORE a sans aucun doute ralenti leur

1) Objectif double issu de l'exposé des motifs de la loi du 8 août 2016.

2) Fondation pour la recherche sur la biodiversité, Comment développer les obligations réelles environnementales en France ? Mars 2021.

3) Rapport du gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité, janvier 2021.

développement, plusieurs freins – dont fiscaux – intrinsèques au mécanisme nécessiterait d'être levés pour permettre leur multiplication.

Après avoir dressé les règles pratiques pour conclure une ORE, nous soulignerons les freins potentiels au développement de l'utilisation des ORE et les issues possibles pour renforcer leur attractivité.

LES RÈGLES PRATIQUES DE MISE EN ŒUVRE D'UNE ORE POUR UN PROPRIÉTAIRE D'UN ESPACE NATUREL

Pour mettre en œuvre une ORE, le propriétaire doit signer un contrat établi en forme authentique (par un notaire)⁴ et enregistré au service de la publicité foncière, avec un cocontractant qui peut être une collectivité publique (État, commune, département...), un établissement public (EPCI, parcs nationaux...) ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement (fondation, associations...) – (al. 1^{er} – art. L. 132-3 Code environnement).

Il conviendra de respecter les conditions issues du droit commun des contrats, à savoir être en capacité de contracter, et vérifier les conditions pour signer un tel contrat lorsqu'un bien appartient à plusieurs propriétaires.

Le contenu du contrat ORE résultera de l'accord entre le propriétaire du bien et son cocontractant. Comme le rappelle un guide institutionnel, « *le contrat ORE n'a aucune conséquence sur la possession du bien immobilier : le propriétaire qui a signé ce contrat reste propriétaire du bien*⁵ ». Les ORE vont perdurer pendant toute la durée prévue au contrat – qui ne peut dépasser 99 ans⁶ – indépendamment des

éventuels changements de propriétaires du terrain (vente, héritage, donation...).

Il ne s'agit pas non plus d'une servitude – absence de fonds dominant et possibilité de prévoir des obligations passives (de ne pas faire) et actives (de faire).

La biodiversité constituant le tissu vivant de notre planète, le champ d'application d'une ORE est assez large. À titre d'exemple, le contrat ORE peut permettre la protection de certaines espèces de faune ou de flore sauvages présentes sur le terrain ou permettre la protection d'un terrain faisant office de zone tampon entre une zone urbanisée et une zone naturelle à enjeux écologiques forts. La protection d'un arbre, même non remarquable, parce qu'il abritera une faune importante, pourra être intégrée dans une ORE.

La conclusion du contrat ORE donnera lieu à une contrepartie définie par les cocontractants qui peut consister en une assistance technique ou une indemnité financière.

En toute hypothèse, le contrat ORE devra au minimum, d'une part, déterminer les engagements réciproques des parties au contrat. Attention, le contrat n'est pas unilatéral. Autrement dit, le propriétaire ne devra pas être le seul à s'imposer des obligations. Le cocontractant pourra apporter un concours financier ou technique comme la réalisation de travaux poursuivant l'objet du contrat ORE. D'autre part, le contrat ORE devra fixer la durée des obligations, chaque partie étant tenue de l'exécuter jusqu'à son terme conformément à l'article 1212 du Code civil. Enfin, le contrat ORE devra prévoir des possibilités de révision et de résiliation (nouvelle réglementation obligatoire rendant inapplicable le contrat ORE, non

respect des engagements par l'une des parties...).

Le contrat ORE est dispensé des droits d'enregistrement prévus à l'article 662 du Code général des impôts et de la taxe de publicité foncière prévu à l'article 663 du même Code (al. 4 – art. L. 132-3 du Code de l'environnement). La loi de finance de 2021⁷ a modifié deux éléments fiscaux : le contrat ORE n'est plus soumis à la contribution de sécurité immobilière (CSI) et les EPCI peuvent, pour la part qui leur revient, exonérer de taxe foncière les propriétés non bâties les propriétaires ayant signé une ORE. À noter que « *les communes peuvent décider d'exonérer de taxe foncière sur les propriétés non bâties les propriétaires ayant conclu une ORE*⁸ », sur décision du conseil municipal.

S'agissant du point spécifique relatif à la compensation, celle-ci renvoie à la séquence « *Éviter, réduire, compenser* » (ERC) appliquée à la biodiversité dont l'objectif est d'abord d'éviter les impacts des projets d'aménagement sur l'environnement, à défaut de les réduire par des solutions techniques et en dernier recours, de les compenser. Elles peuvent être obligatoires lors de la réalisation d'un projet, d'activités ou de l'exécution d'un plan, schéma ou programme (art. L. 163-1 du Code de l'environnement).

Le maître d'ouvrage peut soit mettre en œuvre lui-même les mesures de compensation, soit passer un contrat avec d'autres acteurs pour les réaliser. Le contrat ORE permettrait « *d'inscrire des mesures et la vocation écologique du terrain au-delà du temps de prescription des mesures compensatoires* », « *d'être pertinent pour des terrains de différentes natures, l'ORE permettant la protection d'un espace*

4) Conformément aux articles 1369 et suivants du Code civil. Une collectivité pourra l'établir par acte authentique administratif.

5) Guide CEREMA – MTES, Obligation réelle environnementale, Fiches de synthèse, juin 2018, p. 4.

6) Conformément à l'article 1210 du Code civil.

7) Art. 36 de la loi n° 2020-1271 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

8) Guide CEREMA – MTES, Obligation réelle environnementale, Fiches de synthèse, juin 2018, p. 15.

naturel non exploité » et enfin d’instaurer des mesures compensatoires sans acquisition foncière⁹.

LES FREINS POTENTIELS AU DÉVELOPPEMENT DE L'UTILISATION DES ORE ET LES ISSUES POSSIBLES POUR RENFORCER LEUR ATTRACTIVITÉ |||||

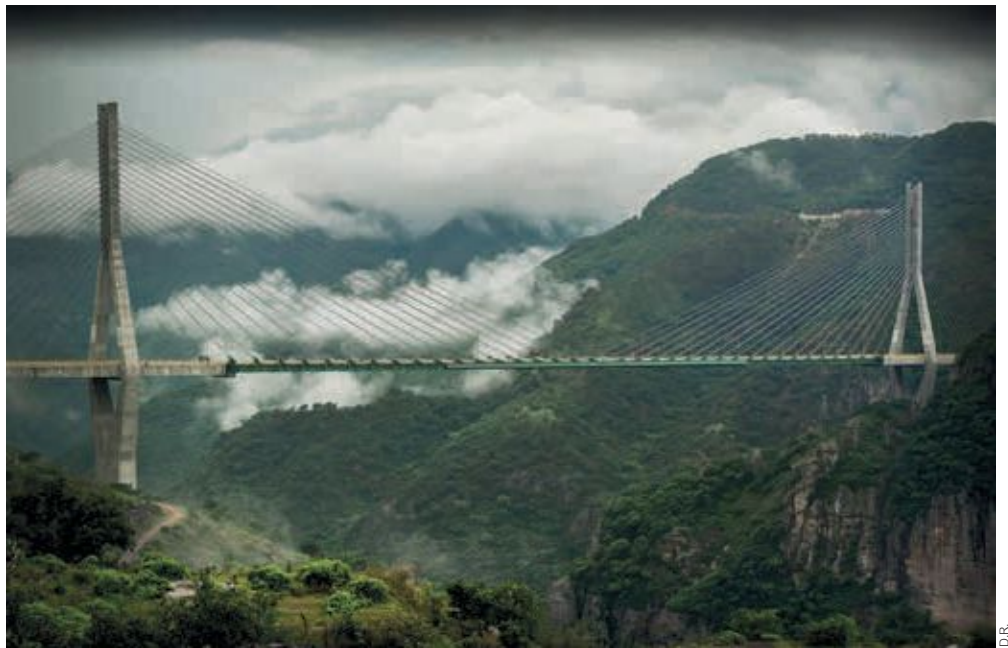
Comme nous l’avons vu, le caractère récent et limité du nombre de contrats ORE signés depuis la création de ce mécanisme permet difficilement de tirer des enseignements précis.

Néanmoins, selon la FRB, au regard des expériences étrangères, le succès du développement des ORE dépendrait du régime fiscal qui les accompagne :

« en contractant une obligation réelle au profit de l’intérêt général, le propriétaire consent une double perte : il diminue, à la fois, la valeur de son terrain et les revenus qu’il peut en tirer »¹⁰.

Si l’article L. 132-3 du Code de l’environnement prévoit que les communes peuvent exonérer de taxe sur le foncier non bâti (TFNB), les terrains sur lesquels a été conclue une ORE, il ne s’agit que d’une faculté. Selon la FRB, il conviendrait d’en faire une obligation, les communes subissant une perte de rentrées fiscales (faible) et ne seront pas compensées par l’État de cette perte. Le gouvernement n’a pas retenu cette voie, considérant que cela priverait les communes de leur pouvoir de décision dans la mise en place d’un nouvel allègement fiscal affectant leurs ressources¹¹.

Les deux modifications précitées – exonération de CSI et de TFNB à la part intercommunale – issues de la loi de finance de 2021 constituent toutefois une avancée importante. Étant précisé



que le gouvernement n’a pas retenu d’appliquer aux ORE l’exonération de droits de mutation à titre gratuit (DMTG) sur les transmissions de propriété de bois et forêts à concurrence de 75 % de leur valeur vénale (art. 793 du CGI). Il avait également été envisagé de rendre les travaux de restauration et de gros entretien effectués par le propriétaire sur des espaces naturels dans le cadre d’un contrat ORE déductibles de plein droit des revenus fonciers¹².

Par ailleurs, malgré la souplesse et la facilité d’usage du mécanisme de l’ORE, il reste peu utilisé à l’exception des conservatoires régionaux des espaces naturels et de certaines collectivités territoriales (commune de Yenne, département de la Gironde). La FRB estime que la profession notariale, devant jouer un rôle pilier pour leur développement, est insuffisamment au courant du fonctionnement de cet outil. Elle préconise également une intervention plus massive de l’Office française de la biodiversité pour faire connaître cet outil¹³.

Enfin, le gouvernement estime qu’une « évolution plus profonde du mécanisme des ORE au travers d’un encadrement renforcé (instruction par un organisme agréé, établissement d’une typologie des ORE » pourrait être à terme envisagée¹⁴.

En conclusion, les ORE créées en 2016 constituent un mécanisme qui ne demandent qu’à être mis en œuvre par les propriétaires fonciers. Son développement massif permettra de mettre en application le devoir de chacun de « prendre part à la préservation et à l’amélioration de l’environnement » tel que fixé à l’article 2 de la Charte de l’environnement.

Le cadre des ORE mérite toutefois encore des ajustements pour attirer les acteurs fonciers engagés dans la protection de l’environnement. Les dernières incitations fiscales (exonération de CSI et de TFNB à la part intercommunale) ajoutées en 2021 constituent sans aucun doute une avancée importante.

2021-7632

9) Guide CEREMA – MTES, Obligation réelle environnementale, Fiches de synthèse, juin 2018, p. 18.

10) Fondation pour la recherche sur la biodiversité, Comment développer les obligations réelles environnementales en France ? Mars 2021, p. 2.

11) Rapport du gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d’obligations réelles environnementales et sur les moyens d’en renforcer l’attractivité, janvier 2021, p. 26.

12) Rapport du gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d’obligations réelles environnementales et sur les moyens d’en renforcer l’attractivité, janvier 2021, p. 25-26.

13) Fondation pour la recherche sur la biodiversité, Comment développer les obligations réelles environnementales en France ? Mars 2021, p. 14.

14) Rapport du gouvernement au Parlement sur la mise en œuvre du mécanisme d’obligations réelles environnementales et sur les moyens d’en renforcer l’attractivité, janvier 2021, p. 30.

Entreprises et biodiversité : l'empreinte biodiversité est désormais à prendre en compte



Corinne Lepage,
Avocate associée,
Huglo Lepage Avocats



Sylvain Hamanaka,
Élève Avocat

Longtemps remise au second rôle en droit de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) comme dans les stratégies de gestion du risque des entreprises, derrière la lutte face au changement climatique, la biodiversité est un sujet qu'il devient de plus en plus difficile de marginaliser.

Autrement dit, pendant très longtemps, la question de la biodiversité dans les entreprises a été soit totalement négligée, soit utilisée dans un cadre de greenwashing bien connu. Cette situation était facilitée par l'absence de critères solides permettant de mesurer effectivement l'effort fait en matière de préservation et/ou de la restauration de la biodiversité.

En effet, si la nature protéiforme de la biodiversité (forêt, faune, flore, eaux...) constituait jusqu'ici une difficulté pour mesurer l'empreinte biodiversité des entreprises, la création d'indicateurs harmonisés semble y remédier. En témoigne l'annonce de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) du 27 juillet dernier concernant la création d'un « Statut vert » des espèces¹. Cette nouvelle norme se présente comme le pendant de la fameuse « liste rouge des espèces menacées », dont l'UICN est déjà à l'origine, puisqu'elle a pour objectif de mesurer le rétablissement d'une espèce à la suite de mesures de conservation entreprises.

Le premier effort consiste donc à disposer d'outils de mesure, susceptibles d'être contrôlés et partagés. Cette première étape est absolument indispensable pour permettre effectivement de mettre en place un reporting extra-financier dédié à la biodiversité. Qu'il s'agisse en effet de l'évolution de la RSE ou de l'impact réel de la finance verte, le sérieux de ces procédures passe par celui des critères de mesure.

MESURER L'EMPREINTE BIODIVERSITÉ DES ENTREPRISES PAR DES INDICATEURS HARMONISÉS

Certes, les entreprises n'ont pas découvert aujourd'hui la question de la biodiversité ne serait-ce que parce qu'un certain nombre de procédures administratives d'autorisation ou d'exploitation nécessite une étude approfondie. Toutefois, dans un premier temps, l'absence totale de critères partagés a été la norme. Une deuxième étape s'est ouverte avec des propositions formulées par un certain nombre d'organismes publics ou semi-publics. Aujourd'hui, le droit européen dans le cadre de la taxonomie s'est attaché au sujet.

• Première étape : des informations (communications) diffuses et vagues

Parmi les entreprises dotées d'une politique RSE, la biodiversité est encore rarement identifiée comme un risque significatif,

ainsi que le constate l'avis de janvier 2020 de la Plateforme RSE², fondé sur l'étude des déclarations de performance extra-financière des entreprises qui y sont soumises.

Parmi les entreprises qui présentent des informations relatives à la protection de la biodiversité, beaucoup utilisent pourtant un nombre important d'indicateurs. Cependant, destinés à mesurer les actions mises en œuvre par les entreprises plutôt que l'impact de leurs activités sur la faune, la flore ou d'autres aspects de la biodiversité, cette multitude d'indicateurs altère l'information. On retrouve ainsi des indicateurs tendant au nombre de programmes de soutien aux agriculteurs pour changer leurs pratiques agricoles, au nombre de plans d'actions, de partenariats, de sites ou produits labellisés, etc.³ Selon l'avis précité, ces mesures ne sont pas harmonisées et par conséquent, les parties prenantes éprouvent une difficulté à s'en servir comme outils de comparaison.

• Deuxième étape : la construction d'indicateurs partagés

Pour y remédier, des indicateurs sont en cours de construction. Tout d'abord, des outils volontaires sont mis en place, comme le « *Global Biodiversity Score* » de la CDC Biodiversité, filiale de la Caisse des Dépôts⁴. Le GBS consiste en un indicateur unique, exprimé en pourcentage, selon l'abondance

1) UICN, Statut vert des espèces de l'UICN, Norme mondiale pour mesurer le rétablissement des espèces et évaluer l'impact de la conservation, v. 2.0, 2021.

2) Plateforme RSE (France Stratégie), Avis, Empreinte biodiversité des entreprises, janvier 2020, p. 4.

3) *Ibid.*, p. 89.

moyenne des espèces par kilomètre carré (MSA.km²). L'idée recherchée est la simplicité : un chiffre unique qui regroupe toutes les espèces animales ou végétales sur un espace déterminé, sans différenciation selon leurs caractéristiques. S'ils permettent « la représentation de l'impact de plusieurs types de pressions au niveau d'un périmètre élargi, et à travers une unité commune, en général liée à une unité de surface⁵ », certains auteurs estiment au contraire qu'il est « illusoire, réducteur et contreproductif car il est difficile de faire rentrer la biodiversité qui est systémique dans une seule et même case. Il faut refléter les capacités d'adaptation et de résilience nécessaire à la préservation du vivant »⁶.



Le statut vert de l'UICN pourrait également s'inscrire dans une démarche similaire. À ce titre, le recours à la liste rouge des espèces menacées figure déjà parmi les indicateurs utilisés par certaines entreprises⁷. Le statut vert ne se limite néanmoins pas à une simple liste. Au contraire, l'intention de l'UICN est de définir, pour chaque espèce, un « score vert », indiqué en pourcentage, reflétant son degré de rétablissement : une valeur de 0 % signifie que l'espèce est éteinte ou éteinte à l'état sauvage, et une valeur de 100 % signifie qu'elle connaît un rétablissement complet. Plus encore, le score vert peut également être calculé par rapport aux actions de conservation menées à ce jour et à venir et permet alors de mesurer l'impact des actions de conservation passées et futures. Or de telles données sont importantes pour mesurer l'effort effectif fait en matière de préservation de la nature et restauration de la biodiversité.

En effet, l'Autorité des Marchés Financiers fait remarquer qu'« on ne peut qu'être favorable à la mise en place de méthodologies et d'indicateurs partagés par tous qui soient en mesure de démontrer les impacts

*sous-jacents induits par les modèles d'affaires des entreprises en matière de biodiversité*⁸ ».

• **Troisième étape : vers une réglementation communautaire**

L'Union européenne s'est à son tour emparée du sujet en publiant le 18 juin 2020 un règlement européen établissant un cadre pour favoriser les investissements durables⁹. L'objectif premier de ce règlement 2020/852/UE, dit « taxinomie verte », consiste à poser des critères visant à déterminer quelles activités économiques peuvent être considérées comme « durables sur le plan environnemental », articulés autour de six objectifs environnementaux (adaptation, atténuation du changement climatique, pollution, biodiversité, etc.).

À ce titre, l'article 15 du règlement fixe l'objectif de « protection et restauration de la biodiversité et des écosystèmes » et définit les activités économiques qui peuvent être considérées comme conformes sur le plan de la biodiversité. Un acte délégué doit encore intervenir pour en préciser les modalités d'application.

Au-delà de cette définition de l'activité économique durable, l'article 8 dudit règlement prévoit la création d'indicateurs clés de performance alignés sur la taxinomie ayant pour but de mesurer l'impact d'une entreprise sur l'un des six objectifs environnementaux. Ces indicateurs nous intéressent particulièrement en ce qu'ils établissent un cadre harmonisé au niveau européen de mesure de l'empreinte biodiversité des entreprises.

Ils sont au nombre de trois et se rapportent à la part du chiffre d'affaires alignée sur l'objectif de biodiversité (article 15), à la part des dépenses d'investissement (« Capex ») alignée sur ce même objectif et enfin à la part des dépenses d'exploitation (« Opex ») alignée sur cet objectif.

Plus précisément, les indicateurs clés de performance sont obtenus par les calculs suivants :

• ICP CA Biodiversité	$\frac{\text{CA net aligné sur art.15}}{\text{CA net total}}$
• ICP Capex Biodiversité	$\frac{\text{CA net aligné sur art.15}}{\text{Capex net total}}$
• ICP Opex Biodiversité	$\frac{\text{Opex net aligné sur art.15}}{\text{Opex net total}}$

4) Club B4B+, Le Global Biodiversity Score : un outil pour construire, mesurer et accompagner les engagements des entreprises et des institutions financières en faveur de la biodiversité, *Les Cahiers de Biodiv2050*, n°14, mars 2019.
 5) WWF, Capital naturel et stratégies des organisations : une visite guidée des outils, octobre 2019.
 6) Claire Tutenuit et Sylvie Gillet, EpE, audition France Stratégie du 30 septembre 2019.
 7) Plateforme RSE (France Stratégie), Avis, Empreinte biodiversité des entreprises, janvier 2020, p.90.
 8) AMF, Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées, novembre 2019.
 9) Règlement 2020/852/UE 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.

L'acte délégué de l'article 8, déjà signé le 6 juillet 2021, indique que les dépenses d'investissement (« Capex ») comprennent notamment les entrées d'actifs corporels et incorporels de l'exercice considéré ainsi que celles résultant d'un regroupement d'entreprises, tandis que les dépenses d'exploitation (« Opex ») font référence aux coûts non-inscrits à l'actif, relatifs notamment à la recherche-développement, à la rénovation des bâtiments, aux contrats de location à court terme, l'entretien et la réparation.

Cet acte délégué prévoit également certaines garanties. D'une part, chaque indicateur devra fournir la méthode comptable ayant permis de déterminer les chiffres d'affaires et les dépenses alignés sur les objectifs environnementaux. D'autre part, les entreprises devront justifier l'éligibilité à la taxinomie de leurs activités économiques.

Ces trois indicateurs clés de performance, exprimés en pourcentage, offriront donc des outils de mesure précis de l'empreinte biodiversité des entreprises. Ainsi, la première étape de constitution des critères vérifiables pourrait-elle être assez rapidement franchie, permettant de sécuriser et crédibiliser le reporting extra financier.

DIFFUSER L'INFORMATION RELATIVE À CETTE EMPREINTE BIODIVERSITÉ PAR LE REPORTING EXTRA-FINANCIER |||||

Une fois mesurée, l'empreinte biodiversité doit encore parvenir aux parties prenantes. Jusqu'à aujourd'hui, l'obligation de divulgation d'informations extra-financières se résume à la déclaration de performance extra-financière telle qu'énoncée aux articles L. 225-102-1 et suivants du Code de commerce. S'agissant de la biodiversité, l'article R. 225-105 II, A, 2°, e) dispose que doivent être divulguées par certaines grandes entreprises les informations liées à la « *protection de la biodiversité : les mesures prises pour préserver ou restaurer la biodiversité* ».

À compter du 1^{er} janvier 2023, le règlement 2020/852/UE du 18 juin 2020 dit « Taxinomie verte » imposera à « *toute entreprise soumise à l'obligation de publier des informations non financières conformément à l'article 19 bis ou à l'article 29 bis de la directive 2013/34/UE* » de les inclure dans sa déclaration non financière (article 8). Autrement dit, les indicateurs clés de performance mentionnés en première partie devront figurer dans les déclarations de performance extra-financière de certaines grandes entreprises à compter de cette date.

QUEL EST LE DEGRÉ D'EXIGENCE ? |||||

Conformément aux articles L. 225-102-1 et suivants du Code de commerce, cette obligation de divulgation d'informations extra-financières, visant jusqu'à récemment les entreprises de plus de « *20 millions d'euros de bilan ou 40 millions d'euros de chiffres d'affaires, et comptant au moins 500 salariés permanents employés au cours de l'exercice* » (R. 225-104 anc. C.com)¹⁰, s'applique désormais aux entreprises dépassant « *100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice* » (R. 225-104 C.com). Pour autant, rien n'interdit aux entreprises qui n'atteignent pas ce seuil de se soumettre volontairement aux dispositions de l'article 8 du règlement « taxinomie verte ». On peut même penser que toutes les entreprises qui souhaiteront communiquer sur leur impact auront intérêt à utiliser les outils mis en place aux niveaux européens qui assureront la légitimité de cette communication. Toutefois, le degré de contrainte de l'obligation de communication extra patrimoniale reste pour le moment assez faible. Comme souvent en matière de RSE, le degré de contrainte des obligations demeure faible et l'obligation de divulgation d'informations extra-financières n'y fait pas exception. En effet, mise à part

l'hypothèse de l'absence totale de déclaration de performance extra-financière (L. 225-102-1, VI C.com), le droit issu de la directive ne prévoit pas de contraindre directement l'entreprise à divulguer ses informations extra-financières. Plus précisément, si la déclaration fait état d'une absence de certaines informations extra-financières pourtant pertinentes, l'entreprise a l'obligation de fournir une « *explication claire et motivée des raisons le justifiant* » (R. 225-105, I C.com). La doctrine a nommé cette règle comme le « *report or explain* »¹¹.

Les atteintes à la biodiversité font cependant de plus en plus l'actualité, notamment en raison du lien de cause à effets très visuel entre pollution et impact sur la nature (marée noire, incendie, etc.). Cette mise en avant médiatique porte en elle-même un nouveau risque, dont tout entrepreneur doit avoir désormais conscience. Il s'agit du risque réputationnel. De plus, le développement de l'obligation de vigilance et donc de la sécurité juridique qui s'y attache incitent au sérieux et à la prudence.

En conclusion, il semble que la gravité de la situation permette de passer enfin au concret dans la mesure où la responsabilité sociétale des entreprises amorce un tournant normatif. Si jusqu'à récemment, elle se limitait à des codes des bonnes conduites ou autres standards privés, force est de constater que des obligations légales viennent en compléter l'arsenal juridique. Parallèlement, les sujets liés à la biodiversité prennent de l'ampleur et l'ensemble des parties prenantes, qu'ils soient investisseurs, collectivités publiques ou ONG observent avec attention les atteintes effectives à la biodiversité. Comme pour le climat, et en espérant que la tardiveté des efforts ne rendent pas la situation tragiquement irréversible, nous pouvons espérer un changement de cap dans les années qui viennent.

2021-7633

10) Modifié par le décret n° 2020-1742 du 29 décembre 2020, art. 5.

11) Malecki Catherine, La règle report or explain : le fer de lance d'une smart law inédite, *Revue Droit & Affaires*, septembre 2015, n° 12, p. 8.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

JOURNAL OFFICIEL D'ANNONCES LÉGALES, D'INFORMATIONS GÉNÉRALES,
JURIDIQUES, JUDICIAIRES ET TECHNIQUES DEPUIS 1898

MERCREDI 16 FÉVRIER 2022 – N° 7

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS

01 47 03 10 10 – www.JSS.FR

NUMÉRO THÉMATIQUE

VERS UNE NOUVELLE ÈRE POUR LES SOLS ET L'AGRICULTURE ?

| **Le *carbon farming*
à le vent en poupe** - p.11

| **Agrivoltisme :
tout savoir pour sécuriser
son projet** - p.18

| **L'inférieure saga
des pesticides** - p.31

SOMMAIRE

DROIT ET AGRICULTURE

- ▶ Protection des sols : où en est le droit européen ? 4
- ▶ Le carbon farming a le vent en poupe 11
- ▶ Agrivoltaïsme : tout savoir pour sécuriser son projet 18
- ▶ Zoom sur l'objectif « *zéro artificialisation nette* » selon la loi Climat et Résilience 24
- ▶ L'infamale saga des pesticides 31
- ▶ Alimentation saine et durable dans les cantines scolaires :
les apports de la loi Climat et Résilience 34

ÎLE-DE-FRANCE

- ▶ « Aménageons avec la pluie », l'appel à projets pour assainir la Seine 38
- ▶ Essonne verte Essonne propre : inscrivez-vous pour une collecte de déchets XXL 39
- ▶ Le projet d'extension du marché de Rungis dévoilé 40
- ▶ Le concept Locavor se développe dans le département 40
- ▶ L'École supérieure d'agricultures d'Angers va ouvrir
un campus à Saint-Quentin-en-Yvelines 41
- ▶ Le 93 lance son Plan Alimentaire Territorial 42
- ▶ Au Salon de l'agriculture, un stand dédié aux leviers de transformation
de notre alimentation 43

AGENDA

39

ANNONCES LÉGALES

- ▶ Paris (75) _____ 44
- ▶ Yvelines (78) _____ 57
- ▶ Seine-Saint-Denis (93) _____ 68
- ▶ Essonne (91) _____ 59
- ▶ Val-de-Marne (94) _____ 70
- ▶ Hauts-de-Seine (92) _____ 62
- ▶ Val-d'Oise (95) _____ 71

Confiez au JSS
vos annonces et
formalités légales

 WWW.JSS.FR

 01 47 03 10 10  CONTACT@JSS.FR

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr
annonces@jss.fr

formalites@jss.fr
redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : hebdomadaire (mercredi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi
Journal imprimé sur papier recyclé – Certification PEFC

Vente au numéro : 1,50 € TTC
Abonnement annuel bi-média : 99 € TTC
Abonnement annuel numérique : 55 € TTC

Copyright 2022 :

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

ANNONCES LÉGALES

Par arrêté des préfets des départements concernés, le *Journal Spécial des Sociétés* est habilité à publier les annonces judiciaires légales dans les départements de Paris (75) du 30 décembre 2021, des Yvelines (78) du 28 décembre 2021, de l'Essonne (91) du 13 décembre 2021 des Hauts-de-Seine (92) du 16 décembre 2021, de la Seine-Saint-Denis (93) du 22 décembre 2021, du Val-de-Marne (94) du 31 décembre 2021, du Val-d'Oise (95) du 24 décembre 2021.

Les annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce publiées dans notre journal, sont automatiquement mises en ligne sur www.actulegales.fr.

Les prix sont fixés par l'Arrêté du 19 novembre 2021.

La direction décline toute responsabilité quant à la teneur des annonces légales.

TARIFS HT DES PUBLICITÉS AU CARACTÈRE

• Paris, Hauts-de-Seine,
Seine-Saint-Denis, et Val-de-Marne : 0,237 euros
• Yvelines, Essonne et Val-d'Oise : 0,226 euros

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES CONSTITUTIONS :

• EURL : 121 € • SNC : 214 €
• SAS : 193 € • SC : 216 €
• SARL : 144 € • SA : 387 €
• SCI : 185 € • SASU : 138 €

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES DISSOLUTIONS :

• Dissolution : 149 €
• Clôture : 108 €

Le Salon de l'Agriculture va ouvrir ses portes dans quelques jours, avec son cortège de personnalités politiques à la recherche de votes du monde agricole.

Si un certain nombre de sujets restent toujours d'actualité, comme l'emploi massif des pesticides et la recherche d'une agriculture saine et de qualité, la question de l'agriculture devient aujourd'hui un sujet majeur dans le cadre de la lutte contre le dérèglement climatique. Cela pourrait être une excellente nouvelle pour essayer de regarder sous un angle nouveau ces sujets essentiels au niveau sanitaire, mais on ne note pour l'instant aucun progrès significatif, et ce malgré une mobilisation croissante des populations et des élus locaux.

L'agriculture est en effet un secteur majeur d'émissions de gaz à effet de serre (de l'ordre de 17 à 18 %). Il est donc totalement inenvisageable de ne pas concevoir la transition de ce secteur pour aller vers une décarbonation. Cette transformation est d'autant plus évidente qu'elle est de l'intérêt direct des agriculteurs qui peuvent financer la transformation de leurs méthodes agronomiques et l'abandon progressif (mais aussi rapide que possible) de l'usage des intrants et des pesticides (qui sont de gros émetteurs de gaz à effet de serre du fait du protoxyde d'azote), par la reconquête de la qualité des sols et la mise en place de puits de carbone. Ces derniers sont susceptibles de générer des crédits-carbone au bénéfice du monde agricole et forestier. L'agrivoltaïsme est la première traduction concrète et effective de ce nouveau mariage.

C'est la raison pour laquelle ce numéro thématique du *JSS*, sans oublier bien entendu les sujets des pesticides et de la qualité de l'alimentation, sera largement consacré aux transformations juridiques en cours pour tenter de transformer l'agriculture en une activité à faible émission, voire à zéro émission de carbone, et à améliorer encore la capacité de la forêt à stocker des gaz à effet de serre.

Après avoir fait le point sur le projet européen relatif à la directive cadre concernant les sols, on abordera les trois applications majeures déjà en œuvre : celle du *carbon farming*, de l'agrivoltaïsme et du principe zéro artificialisation des sols nette. Puis, seront traitées les questions récurrentes et irritantes des pesticides et de la qualité de l'alimentation.

Ainsi, ce numéro donnera-t-il, espérons-le, une vision différente de la question agricole.



*Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice du cabinet HLA,
Cabinet Huglo Leprge Avocats*

2022-8165

Protection des sols : où en est le droit européen ?



Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice du
cabinet Huglo Lepage Avocats



Margaux Berthelard,
Juriste documentaliste,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le mercredi 17 novembre 2021, la Commission européenne a présenté une nouvelle stratégie pour les sols qui prévoit l'adoption d'une directive-cadre en 2023. L'objectif poursuivi par la Commission est « d'augmenter la teneur en carbone des sols dans les terres agricoles, à lutter contre la désertification, à restaurer les terres et les sols dégradés, et à faire en sorte que, pour 2050, tous les écosystèmes des sols soient en bon état¹ ». Cette volonté de protéger les sols en réglementant leur utilisation n'est pas récente, mais elle s'est heurtée à de nombreux obstacles qui font aujourd'hui des sols « l'Arlésienne du droit de l'environnement² », et en particulier du droit de l'environnement européen.

Après avoir souligné l'importance du sujet dans la lutte contre le dérèglement climatique, l'adaptation au dérèglement climatique, et rappelé les raisons pour lesquelles, jusqu'à présent, les tentatives réglementaires ont échoué au niveau communautaire, les contours du futur texte seront présentés.

Les sols, sujet majeur et pourtant « parents pauvres » du droit européen de l'environnement

Lors de l'adoption, le 17 juin 2021, par la Commission des affaires européennes de

la proposition de résolution, les rapporteurs Gisèle Jourda et Cyril Pellevat avaient souligné qu'à la différence de l'air³ ou de l'eau⁴, les sols sont « les grands oubliés du droit européen » alors que ces derniers revêtent une importance fondamentale pour la lutte contre le changement climatique, la préservation de la santé humaine et de la biodiversité, ou encore la protection des eaux et de la nature⁵. Ces objectifs ne font que s'ajouter à la nécessité d'une bonne qualité des sols pour l'agriculture et donc la santé humaine, ainsi qu'à la nécessité de réduire massivement la masse des sols contaminés. Cette contamination présente non seulement un risque majeur pour les eaux souterraines et la migration de polluants, mais gèle aussi des milliers d'hectares qui sont en friche au moment même où la lutte contre l'artificialité des sols devient un impératif.

Un premier point mérite d'être souligné : les sols sont le plus grand réservoir terrestre de carbone. Ils contiennent environ 2 500 gigatonnes de carbone, ce qui équivaut à environ 25 % de l'équivalent carbone résultant de l'utilisation mondiale des combustibles fossiles chaque année. Or, à défaut d'une protection efficace, les sols cultivés ont perdu en quelques années entre 50 et 70 % de leur stock de carbone⁶. Les sols plantés de forêts et de prairies absorbent chaque année 80 millions de

tonnes de carbone à l'échelle européenne. En outre, les sols, en plus d'abriter environ 25 % de la biodiversité mondiale, sont une ressource non renouvelable. C'est pour cela qu'il convient de limiter leur érosion et la destruction de leurs strates. L'érosion impacte environ 25 % des terres agricoles de l'Union, ce qui fait de leur préservation un objectif environnemental et socio-économique majeur. Chaque année, c'est environ 1 milliard de tonnes de sol qui sont détruites par l'effet de l'érosion. L'artificialisation des sols ainsi que leur gestion intensive nuisent gravement à la biodiversité⁷.

L'intensification de l'agriculture et l'utilisation abusive de pesticides ont très largement contaminé les sols européens. Selon les chiffres de l'Agence européenne pour l'environnement, sur les quelque 3 millions de sites européens pollués, seuls 340 000 d'entre eux peuvent faire l'objet d'une dépollution.

Les dernières études soulignent qu'entre 60 et 70 % des sols dans l'Union européenne sont en mauvaise santé à cause de l'érosion, de la salinisation, des sécheresses, des tempêtes, de la désertification, de la pollution, du déclin de biodiversité et de la matière organique, ou encore du tassement⁸. Cela représente un coût de 50 milliards d'euros par an pour l'Union européenne.

1) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030 : Récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat ». COM (2021) 699 final.

2) Philippe Billet, « La protection juridique de la qualité des sols », synthèse des résultats du projet NormaSol, Programme GESSOL, Lyon, 2014.

3) Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur en Europe.

4) Directive 2000/60/CE relatif au cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau du 23 octobre 2000.

5) Site institutionnel du Sénat, « Protection des sols : Les sénateurs souhaitent une directive-cadre européenne », 17 juin 2021.

6) Résolution du Parlement européen du 28 avril 2021 sur la protection des sols (2021/2548).

7) Commission européenne, Questions et réponses sur la stratégie de l'UE en faveur des sols, 17 novembre 2021.

8) Commission européenne, 2020, *Caring for soil is caring for life*.

Cette dernière a donc échoué à respecter ses engagements internationaux et européens pour la protection des terres et des sols, à savoir la fin de l'augmentation nette de la surface des terres occupées d'ici 2050, la réduction de l'érosion, la lutte contre la désertification, la restauration des sols dégradés, ainsi que la gestion durable des terres par l'Union (objectif qui aurait dû être atteint en 2020).

Enfin, l'absence de directive et la dégradation des sols qui en résulte coûte environ 38 milliards d'euros par an aux États membres, et cela ne pourra que s'aggraver⁹. L'état désastreux des sols européens est le fruit de l'incapacité des États membres à adopter un véritable cadre juridique européen contraignant, au même titre que pour l'air et l'eau.

Des tentatives avortées d'instauration d'un cadre réglementaire européen pour la protection des sols

Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) classe l'environnement parmi les compétences partagées entre l'UE et les États membres¹⁰. Le droit de l'environnement européen repose essentiellement sur le principe de correction des atteintes à l'environnement, du principe du pollueur-payeur et du principe de précaution. « Cette absence de cadre juridique européen global, adapté, cohérent et intégré pour protéger les terres et les sols en Europe a été identifiée comme l'une des principales lacunes qui participent à la dégradation continue de nombreux sols dans l'Union, réduisent l'efficacité des incitations et mesures existantes, et limitent la



capacité de l'Europe à respecter son programme et ses engagements internationaux en matière d'environnement, de développement durable et de climat¹¹ ». En effet, force est de constater que les politiques sectorielles existantes, comme la Politique agricole commune (PAC) ne suffisent pas à assurer une correcte préservation des sols.

Pourtant, l'idée d'instaurer un véritable cadre législatif autour de l'usage des sols et de leur protection n'est pas nouvelle. En effet, la politique européenne en matière environnementale est marquée par de nombreuses initiatives inabouties en raison de circonstances diverses. L'obstacle fondamental qui a souvent été rencontré est l'absence d'unanimité des États membres car l'article 192 TFUE précise que les mesures relatives à « l'aménagement du territoire, la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité desdites ressources, ainsi qu'à l'affectation des sols, à l'exception de la gestion des déchets¹² » doivent être adoptées par le Conseil statuant à l'unanimité. Or, sur un sujet aussi sensible

que le droit des sols, l'unanimité n'est souvent qu'une utopie. En outre, bon nombre des sols européens appartiennent à des propriétaires privés. Cela est problématique à deux égards : les sols doivent constituer avant toute chose des biens communs non régis par des intérêts privés ; la propriété échappe au droit européen selon les dispositions de l'article 45 TFUE.

Dès 2002, la Commission européenne a adopté une communication intitulée « Vers une stratégie thématique pour la protection des sols » qui a donné lieu à une consultation de près de 400 experts avant d'être élargie au grand public en 2005. Cette enquête désigne l'érosion ainsi que la contamination des terres comme « les menaces principales perçues au niveau européen¹³ ». Cette dernière va donner naissance à une proposition de directive-cadre sur les sols le 30 décembre 2006 qui souligne que : « L'acquis communautaire comprend certaines dispositions en matière de protection des sols, mais il n'existe pas de législation communautaire en la matière. La présente proposition vise à combler cette lacune et a pour

9) Article de Grégoire Brethomé, « Protection des sols : l'absence de directive européenne coûte cher », 21 octobre 2011, Actu-environnement.

10) TFUE, articles 4 et 11.

11) Résolution du Parlement européen du 28 avril 2021 sur la protection des sols (2021/2548).

12) Article 192 TFUE.

13) Communication de la Commission européenne, « Vers une stratégie thématique pour la protection des sols », COM 2002,179.

objectif de mettre en place une stratégie commune pour la protection et l'utilisation durable des sols ».

Toutefois, à cause d'une abstention de la France et d'un rejet du Royaume-Uni, de l'Allemagne et des Pays-Bas, celle-ci n'a pas abouti. Les États membres ont fait le choix d'une réglementation nationale plutôt que communautaire afin, probablement, d'échapper à des obligations communautaires jugées trop exigeantes, comme l'adoption de mesures limitant l'imperméabilisation en réhabilitant les sites désaffectés. En outre, les États auraient dû établir un inventaire de leurs sites pollués par des substances chimiques. La France n'avait à l'époque pas souhaité dresser un inventaire de ses quelque 300 000 sites pollués. En réalité, le projet de directive a échoué sous le double coup de boutoir de l'industrie, qui ne voulait pas porter la charge de la dépollution des sites pollués par la chimie, et de l'agriculture qui ne voulait pas voir mis en exergue la question de la pollution des sols par les pesticides et les intrants, de leur perte de valeur agronomique et des conséquences sanitaires qui s'y attachaient.

En 2017, les citoyens européens se sont à nouveau mobilisés sur cette thématique autour d'une initiative citoyenne appelée « *L'Appel du sol* ». Mais à défaut de l'obtention du million de voix nécessaire, Bruxelles a éludé la question. Toutefois, dès 2019, la nouvelle Commission européenne a établi un Pacte Vert pour l'Europe ainsi qu'une nouvelle stratégie pour la biodiversité. Dans le cadre de ce Green Deal, la Commission européenne a souligné son travail actuel sur l'élaboration d'outils législatifs destinés à limiter la pollution dans tous les milieux. Consécutivement à l'adoption de ces deux textes, une commission d'enquête sur

les problèmes sanitaires et écologiques posés par la pollution industrielle ou minière des sols a été constituée par le Sénat le 19 février 2020. Cette commission, censée évaluer l'ampleur de la pollution des sols français, a adopté un rapport intitulé « *Pollutions industrielles et minières des sols : assumer ses responsabilités, réparer les erreurs du passé et penser durablement l'avenir* » le 10 septembre 2020. Ce rapport a insisté sur la nécessité d'instaurer un véritable cadre européen et national de la protection des sols. Depuis, le Sénat a adopté une proposition de résolution européenne demandant la relance du processus d'élaboration d'une directive européenne sur la protection des sols et la prévention de leur dégradation par les activités industrielles et minières le 17 mai 2021¹⁴.

Nous semblons donc être bien loin de la conduite abstentionniste de la France au début des années 2000, ce qui laisse présager une future approbation d'une réglementation communautaire des sols. En effet, le grand changement intervenu depuis dix ans concerne la prise en considération de l'impact climatique des sols et de la capacité à créer des crédits-carbone à partir de mécanismes de stockage vérifiés grâce à d'autres méthodes agronomiques et à la foresterie. Enfin, le 17 novembre 2021, la Commission européenne a présenté une nouvelle stratégie sur les sols, prévoyant l'adoption en 2023 d'une directive-cadre dans la continuité de celle dont l'adoption n'a pas abouti en 2014. Le commissaire chargé de l'Environnement, Virginijus Sinkevicius, a déclaré : « *Nous présentons une stratégie novatrice de l'UE en faveur des sols, avec un programme stratégique solide prévoyant de leur garantir le même niveau de protection que pour*

l'environnement marin, l'eau et l'air ». En parallèle de cette réglementation, la Commission entend améliorer sa connaissance des sols européens en développant son système d'information sur les terres pour l'Europe (Lise) basé sur le portail Copernicus. L'exécutif européen va également promouvoir les connaissances scientifiques et la collecte de données par des missions telles que celle d'Horizon Europe intitulée « *Un pacte pour des sols sains en Europe*¹⁵ ». L'objectif de la Commission est que les sols soient restaurés, résilients et correctement protégés d'ici à 2050. C'est pour cela qu'elle a présenté une nouvelle stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030 avec des objectifs à moyen terme, ainsi que des objectifs différents pour l'horizon 2050.

La nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la protection des sols à l'horizon 2030 et 2050

La communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030, « *Récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat* » du 17 novembre 2021 énumère les objectifs à moyen et à long terme¹⁶.

À moyen terme, c'est-à-dire à l'horizon 2030, les objectifs sont les suivants :

- lutter contre la désertification, la restauration des terres et des sols dégradés afin d'obtenir un monde sans dégradation des sols ;

14) Sénat, n° 595, Proposition de résolution européenne demandant la relance du processus d'élaboration d'une directive européenne sur la protection des sols et la prévention de leur dégradation par les activités industrielles et minières, 17 mai 2021.

15) Article de Laurent Radisson, « *L'Europe se dote d'une stratégie sur les sols* », 18 novembre 2021, Actu-environnement.

16) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030, récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat du 17 novembre 2021.

- restaurer de larges portions d'écosystèmes dégradés et riches en carbone ;
- absorber dans l'Union 310 millions de tonnes équivalent CO₂ d'absorptions nettes de gaz à effet de serre par an dans le secteur de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie¹⁷ ;
- atteindre un bon état écologique et chimique des eaux de surface et un bon état chimique et quantitatif des eaux souterraines d'ici à 2027¹⁸ ;
- réduire d'au moins 50 % des pertes en éléments nutritifs, et de 50 % du recours global aux pesticides chimiques ;
- dépolluer une grande partie des sites contaminés.

À long terme, à l'horizon 2050, les objectifs poursuivis par la Commission sont :

- la zéro artificialisation nette des sols^{19,20} ;
- la réduction de la pollution des sols jusqu'à un niveau qui ne sera plus considéré comme nuisible à la santé humaine et aux écosystèmes naturels, créant ainsi un environnement exempt de substances toxiques ;
- le développement d'une Europe neutre sur le plan climatique, notamment avec une neutralité climatique terrestre au sein de l'UE d'ici à 2035 ;
- la mise en place d'une société résiliente aux changements climatiques et entièrement adaptée aux répercussions de ces changements d'ici à 2050.

Ainsi, l'objectif est de parvenir à obtenir des sols en bonne santé. La Commission européenne définit un sol sain comme « *un sol en bonne santé chimique, biologique et physique et qui est par conséquent à même de fournir en permanence le plus grand nombre possible de ces services écosystémiques* », c'est-à-dire jouer le



rôle de réservoir de carbone, assurer la production d'aliments et de biomasse, être une source de matières premières, fournir les éléments indispensables à la vie de la biodiversité, protéger les nappes aquifères en absorbant, stockant et filtrant l'eau, et constituer une archive du patrimoine géologique, géomorphologique et archéologique²¹. On soulignera au passage que la plus grande prudence doit être de mise dans la mesure où la directive-cadre sur l'eau de 2000 visait à atteindre un bon état écologique des eaux de l'Union européenne en 2015, état qui n'est toujours pas acquis en 2022...

Pour chaque défi à relever, la Commission européenne élabore différentes actions pour y parvenir²². Ce catalogue permet de concevoir le champ d'application de la future directive cadre.

Concernant les sols organiques

Les sols, qu'ils soient organiques ou minéraux, jouent un rôle fondamental

pour atteindre l'objectif de neutralité climatique. Afin de protéger au mieux les sols organiques, la Commission entend mettre un terme au drainage des zones humides et des sols organiques. Elle compte également restaurer les tourbières gérées et drainées, afin d'augmenter le stockage du carbone dans les sols. L'UE tend à protéger les zones humides et les tourbières comme cela est prévu par les plans stratégiques de la PAC. En outre, la Commission souhaite prendre part à l'initiative mondiale pour les tourbières dirigée par la FAO et le programme des Nations unies pour l'environnement.

Concernant les sols minéraux

Les sols minéraux ont une teneur en carbone inférieure à 20 %. À cause de pratiques agricoles dévastatrices, ils libèrent quelque 7,4 millions de tonnes de carbone par an²³. Pour pallier ces problèmes, la Commission propose des mesures pour favoriser la biodiversité

17) Règlement (UE) 2018/841 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie dans le cadre d'action en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030, et modifiant le règlement (UE) n° 525/2013 et la décision (UE) n° 529/2013.

18) Directive-cadre sur l'eau 2000/60/CE.

19) Feuille de route pour une Europe efficace dans l'utilisation des ressources, COM/2011/0571.

20) 7^e programme d'action de l'UE pour l'environnement, décision n° 1386/2013/UE.

21) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à la Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030, récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat du 17 novembre 2021.

22) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, 17/11/2021, « *Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030 : récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat* ».

23) Commission européenne (2018), Analyse dans la communication COM(2018)773 « *Une planète propre pour tous, une vision européenne stratégique à long terme pour une économie prospère, moderne, compétitive et neutre pour le climat* ».

présente sur les terres agricoles qui aident à l'augmentation et à la conservation du carbone dans les sols. Par ailleurs, elle compte s'unir à l'initiative « 4 pour 1 000 » pour augmenter la quantité de carbone dans les terres agricoles (voir ci-après l'article intitulé « *Le carbon farming a le vent en poupe* », p.11).

Concernant l'économie circulaire

Les sols jouent un rôle fondamental pour l'économie circulaire puisqu'ils sont probablement la plus grande machine à recycler sur Terre : ils décomposent et filtrent les polluants, recyclent le carbone, l'eau et les nutriments. À ce titre, il faut promouvoir une utilisation sûre, durable et circulaire des terres excavées qui sont pour la plupart propres et fertiles. Elles doivent être recyclées et non pas traitées comme des déchets. C'est pourquoi la Commission entend mettre en place une législation contraignante pour établir un « *passport des sols excavés* » reflétant la quantité et la qualité des sols pour qu'ils soient réutilisés.

La Commission va également agir pour limiter l'artificialisation des terres et l'imperméabilisation des sols grâce à une utilisation circulaire des terres. En effet, lorsque les sols sont imperméabilisés pour construire, ce sont tous les services écosystémiques rendus par les terres qui en pâtissent. Pour atteindre l'objectif de zéro artificialisation nette des sols d'ici à 2050, chaque État doit impérativement intégrer la « *hiérarchie de l'artificialisation des sols* » dans les plans d'écologisation de l'environnement urbain. Il faut en outre qu'en 2023, des objectifs très ambitieux soient mis en place pour réduire l'artificialisation nette des sols d'ici à 2030. À l'échelle communautaire, la Commission européenne s'engage à donner une définition de l'artificialisation nette des sols

dans sa législation. Elle donnera à tous les acteurs des orientations pour limiter l'imperméabilisation des sols. Elle assurera aussi un suivi de la réalisation de l'objectif « *zéro artificialisation nette des sols* ».

Concernant la biodiversité des sols

La biodiversité des sols joue un rôle fondamental pour la santé humaine, animale et végétale, car une poignée de terre saine et en bonne santé peut contenir jusqu'à un milliard de bactéries et plus d'un kilomètre de champignons qui permettent la préservation des espèces animales et végétales²⁴. Mais tout cela est menacé par la pollution, la surexploitation, le changement climatique, les espèces exotiques envahissantes, et le changement d'affectation des terres. C'est pourquoi la Commission souhaite renforcer la cohérence et les synergies entre les conventions de Rio afin d'établir un cadre mondial de la biodiversité post-2020 qui prenne en compte le rôle essentiel de la biodiversité des sols. De surcroît, elle envisage de contribuer à l'adoption de la convention sur la diversité biologique lors de la 15^e conférence des parties. En effet, elle compte agir pour obtenir une meilleure cartographie des sols, permettant ainsi de protéger et restaurer la biodiversité. Elle appuiera à cet effet la création de l'Observatoire mondial de la biodiversité des sols.

Concernant les ressources en eau saine

Les sols sont des acteurs importants pour obtenir des eaux propres et saines. Ce sont effectivement eux qui filtrent, absorbent et retiennent l'eau. C'est là qu'intervient l'imperméabilisation : un sol imperméabilisé ne peut plus acheminer l'eau de la même

manière et son filtrage en pâtit. Or, des sols bien absorbants permettent à la fois d'obtenir un bon filtrage et de prévenir les risques d'inondations. Ainsi, les politiques de protection de l'eau et des sols ne peuvent pas être conçues sans une grande interdépendance. Il faudra très prochainement coordonner la gestion des sols et de l'eau. À ce titre, les États doivent impérativement intégrer la question des sols dans leurs plans de gestion des bassins fluviaux.

Concernant la gestion durable des sols

La gestion durable des sols correspond à un ensemble de pratiques qui permettent de maintenir ou de restaurer la bonne santé des sols. Ces pratiques favorisent la fertilité et la résilience des sols, ainsi que la biodiversité, et prennent place au sein du programme « *De la ferme à la table* » et de la stratégie en faveur de la biodiversité. L'objectif est de restaurer 10 % minimum des zones agricoles dans toute leur diversité. Cependant, il n'existe pas à ce jour de définition communautaire de la gestion durable des sols. C'est pourquoi la Commission doit intégrer cette utilisation durable des sols dans les politiques européennes. Mais c'est surtout au niveau local que les actions doivent être mises en œuvre, avec l'appui des services consultatifs en agriculture et en foresterie.

Dans le domaine de la gestion durable des sols, une initiative intitulée « *Testez votre sol gratuitement* » est proposée par la Commission européenne. Elle permet d'accroître les connaissances sur les caractéristiques des sols (densité, matière organique, pH, nutriments) et ainsi d'optimiser leur gestion. Elle s'appuie sur l'expérience acquise dans le cadre des enquêtes LUCAS. La Commission

24) Horizon 2020 (clore le cycle des nutriments) et Horizon Europe (incidences environnementales et passage à des fertilisants alternatifs à l'échelle mondiale et locale).

aidera les États à mettre en place les expertises avec leurs fonds propres. Fort heureusement, même si cela est loin d'être idéal, de plus en plus d'entreprises agissent pour améliorer la santé des sols.

La Commission propose que soit évaluées, lors d'une analyse d'impact, les exigences en matière d'utilisation durable des sols pour qu'il n'y ait pas d'obstacles aux services écosystémiques. Par ailleurs, elle veut élaborer avec les États membres des pratiques de gestion durable des sols. Elle envisage de créer un réseau de praticiens et un réseau d'ambassadeurs de la gestion durable des terres, y compris pour l'agriculture biologique et régénératrice. Elle prévoit de faire la promotion de la GDS par l'intermédiaire d'un code de conduite de l'Union européenne pour les pratiques entrepreneuriales et commerciales responsables dans le secteur de l'alimentaire. Il faut encadrer juridiquement le système alimentaire afin qu'il soit durable, comme le prévoit la stratégie « *De la ferme à la table* ».

Concernant la lutte contre la désertification

La convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification a reconnu l'existence d'un lien entre la dégradation des terres, la sécheresse, et la désertification. Elle a élaboré un objectif de neutralité en matière de dégradation des terres. Tous les quatre ans, les parties à cette convention doivent publier un rapport sur leur dégradation.

Le problème soulevé entre autres par la Cour des comptes européenne²⁵ est qu'il n'existe pas de cohérence entre les mesures de la Commission et celles des États membres ni de vision commune sur l'objectif de neutralité en matière de dégradation des terres. C'est pourquoi



la Commission européenne entend encourager les États membres à continuer à établir des objectifs de neutralité. Elle publiera tous les cinq ans, avec l'aide de l'Agence européenne pour l'environnement et du Centre commun de recherche, des informations sur l'état de désertification et de dégradation des terres européennes. Les États membres doivent quant à eux engager des actions à long terme pour prévenir et atténuer cette dégradation.

Concernant la pollution des sols

Il s'agit probablement du moyen le plus simple et le moins cher pour assurer le maintien des sols en bonne santé. Il faut pour cela privilégier des moyens de production propres, une conception durable des produits, et une amélioration du recyclage. Il faut également prendre correctement en compte les risques présentés par les produits chimiques pour la santé des sols et la biodiversité qu'ils abritent.

Par conséquent, et sur la base de la stratégie susvisée « *De la ferme à la table* », la Commission propose de réviser la directive relative à l'utilisation durable des pesticides. Force est de constater que

malheureusement, les premiers projets nouveaux ne vont pas dans la même direction et l'arrêt d'autorisation ou non du glyphosate constituera un signal fort (voir à cet égard l'article dans le présent numéro consacré à l'usage des pesticides, p.31). De plus, la Commission va limiter l'usage intentionnel des microplastiques sur le fondement du règlement concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques. De surcroît, elle souhaite une meilleure prise en compte de la qualité et de la biodiversité des sols dans les évaluations de risques réalisées par l'Union européenne. Enfin, d'ici à juillet 2024, elle compte adopter des critères de biodégradabilité pour certains polymères.

Concernant la restauration des sols dégradés et l'assainissement des sites contaminés

On entend par « *sols dégradés* » des sols qui ont perdu tout ou partie de leur capacité à assurer leurs fonctions et services. Parfois, pour assurer la restauration des sols, la simple gestion durable n'est pas suffisante, et il faut alors mettre en place des mesures d'assainissement qui sont généralement complexes et très coûteuses.

25) Cour des comptes européenne, Rapport spécial 33/2018 « *Lutte contre la désertification dans l'UE : le phénomène s'aggravant, de nouvelles mesures s'imposent* ».

Cependant, la dégradation s'avère parfois irréversible. Pour éviter la détérioration irrémédiable des sols, la pollution doit, d'ici à 2050, être abaissée à un niveau qui ne nuise pas à la santé humaine et aux écosystèmes naturels. Or, l'UE manque encore une fois d'une approche commune pour le traitement des sites contaminés. C'est pourquoi tous les États doivent mettre en place des méthodologies à l'échelle nationale pour l'évaluation des risques liés à la contamination des sols.

La Commission européenne envisage donc, dans le cadre de l'analyse d'impact qui sera réalisée pour la législation sur la santé des sols, de mettre en place un cadre contraignant pour le recensement des sites contaminés et leur assainissement. Elle prévoit d'introduire un certificat de salubrité des sols pour les transactions financières afin que les acheteurs soient correctement informés de l'état des terres qu'ils souhaitent acheter. Avant 2024, la Commission aura normalement dressé une liste des contaminants les plus dangereux pour les sols européens.

Concernant l'amélioration de la connaissance des sols

Afin de mener à bien tous ces objectifs ambitieux, il convient d'accroître nos connaissances actuelles sur l'état des sols européens. La création d'une base de données a déjà été prévue par le Pacte vert et lors de la mise en œuvre de la mission Horizon Europe. Il est en effet possible, grâce à toutes les nouvelles technologies numériques, d'obtenir de nouvelles données pour ensuite les exploiter dans un but de protection des sols. Le plan d'action Zéro pollution a évoqué l'instauration d'un outil de suivi

des nutriments présents dans les sols pour une agriculture durable. De son côté, Copernicus fournit des données biogéophysiques et des informations sur l'utilisation des terres. La Commission entend donc accroître l'utilisation des outils numériques et de Copernicus. Elle aidera les États à élaborer des outils de durabilité agricole pour les nutriments et améliorera la modélisation des processus liés au sol dans le cadre de « *Destination Earth* ».

En outre, afin de lutter contre la fragmentation des systèmes de surveillance des sols, la Commission intégrera un module relatif à la pollution dans l'enquête LUCAS de 2022 afin d'avoir une image plus nette de la contamination des sols. Elle adoptera des réglementations portant sur la surveillance des sols et œuvrera, par l'intermédiaire des enquêtes LUCAS, pour une surveillance harmonisée des sols à l'échelle communautaire. On retrouve ici les systèmes utilisés pour vérifier la réalité des déstockages de carbone dans les sols.

Afin de permettre la transition vers des sols sains, la Commission fournira aux États membres un guide comprenant toutes les possibilités de financement communautaire pour la protection, la gestion durable et la restauration des sols, afin d'alléger la charge financière que cela représentera pour chaque État. Enfin, elle va promouvoir les investissements dans les projets qui ne portent pas d'atteinte au sol en vertu du règlement Taxonomie de l'Union²⁶. Elle se chargera également d'élaborer des politiques de sensibilisation pour les sols, notamment par le biais de campagnes de communication.

Pour conclure, la Commission envisage d'intervenir pour prévenir le changement climatique, développer l'économie circulaire des sols, limiter l'artificialisation

des terres et leur imperméabilisation, protéger la biodiversité présente dans les sols, promouvoir une gestion durable, prévenir la désertification et la pollution des sols, restaurer les sols dégradés, assainir les sites contaminés, et enfin approfondir sa connaissance des sols européens²⁷.

La protection des sols est un sujet majeur qui ne doit pas être laissé de côté. Comme démontré précédemment, des sols en mauvaise santé engendrent des conséquences dramatiques tant pour l'agriculture que pour le dérèglement climatique, ou encore la pollution des eaux. Des terres en mauvaise santé sont à l'origine de l'effondrement de tout un équilibre écosystémique et environnemental fragile.

La Commission européenne se veut extrêmement didactique et pédagogique, et ce document marquera, espérons-le, le point de départ d'une véritable protection communautaire des sols européens à compter de 2023. Les sols, une fois détruits, ne pourront plus se renouveler, engendrant ainsi des conséquences désastreuses pour tous les écosystèmes présents sur Terre et pour l'espèce humaine, d'où l'urgence sans cesse rappelée par les différentes institutions d'agir collectivement pour leur préservation. Afin de faciliter cette action collective, un nouveau modèle de gouvernance intitulé « *Coalition4HealthySoils* » va être mis en place. Il s'agira d'une coalition comprenant un groupe d'experts sur les sols qui pourront s'appuyer sur des connaissances de plus en plus pointues.

Cela n'est pas de trop que d'affirmer que notre survie dépend de la santé de nos sols et de notre capacité à les préserver et à les restaurer.

2022-8172

²⁶) Règlement 2020/852 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088.

²⁷) Document de travail du personnel de la Commission accompagnant le document intitulé « *Stratégie de l'UE en matière de sols pour 2030, tirer parti des avantages de sols sains pour les personnes, l'alimentation, la nature et le climat* ».

Le carbon farming a le vent en poupe



Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice du cabinet HLA,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le 31 janvier 2022, la Commission européenne a consacré une conférence au sujet du développement du stockage du carbone dans le cadre de l'agriculture. Ces divinités politiques rejoignent le travail déjà fait au niveau de la forêt.

Quelques éléments de contexte

Le rôle de l'agriculture, de la forêt et plus largement des sols au regard du cycle du carbone est croissant. Au-delà de la question des émissions de GES liées à l'élevage, car les sols sont d'importants réservoirs de carbone sous forme de matière organique, force est de constater qu'aujourd'hui, l'agriculture est fortement émettrice de gaz à effet de serre. Cela est dû aux pratiques agronomiques et à l'usage massif d'intrants émetteurs de protoxyde d'azote. Le sol peut être émetteur de gaz à effet de serre sous forme de dioxyde de carbone quand les matières organiques se dégradent, mais il peut également contribuer au stockage de carbone lorsque la matière organique s'y accumule.

Le sol peut stocker plus qu'il n'émet. C'est ce constat qui conduit à accorder un intérêt majeur au stockage de carbone. Ce dernier permet effectivement la compensation des émissions de CO₂ et, par conséquent, l'atteinte rapide de la neutralité carbone tout en renforçant la sécurité alimentaire par une meilleure qualité des sols. Le stockage du

carbone dans les sols est très inégal, entre tourbières, sols forestiers et sols agricoles mais aussi sols dégradés, artificialisés, voire imperméabilisés. Le temps de stockage du carbone dans le sol est également très variable, il peut aller de quelques heures à plusieurs millénaires. La dégradation des sols, par destruction du complexe organo-minéral ou par érosion réduit la capacité de stockage et l'artificialisation des sols, et les rend imperméables avec un risque conséquent d'irréversibilité. Le sujet a donc une importance majeure au niveau sanitaire. Aujourd'hui, 25 % des sols de la planète sont fortement dégradés, de même que 41 % des sols cultivés. Au niveau national, l'imperméabilisation s'est accrue de 830 km² par an entre 2006 et 2008, et de 540 km² par an entre 2008 et 2014, ce qui représente une surface qui varie selon les estimations entre 6 et 9 % du territoire national.

Ce qui semble toutefois intéresser le plus aujourd'hui est la participation du sol à la lutte contre le dérèglement climatique, puisque la compensation carbone vient en déduction des objectifs français de réduction des émissions de gaz à effet de serre. En effet, on rappellera que les objectifs, qu'ils soient à l'année 2030 ou à l'année 2050, sont calculés en valeur nette, ce qui signifie que l'on déduit des émissions les tonnes de GES stockées. Ce sujet a, du reste, été au centre de beaucoup de discussions lors de la conférence de Glasgow, dans la mesure où certains considèrent le stockage

comme un moyen facile d'éviter des efforts trop conséquents de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Or, ce moyen ne devrait être considéré que comme un additif aux efforts qui sont à accomplir.

Ce sujet est d'autant plus central que, selon les experts du GIEC, les capacités de la planète à stocker le carbone, que ce soit dans les sols ou dans les océans, est en réduction, et que par voie de conséquence, l'effort doit porter en même temps sur la réduction des émissions et sur l'amélioration du stockage. Pour donner une idée, en France, les sols agricoles et forestiers, qui représentent 80 % du territoire, stockent dans l'ordre de 4 à 5 gigatonnes de carbone, c'est-à-dire 15 à 18 gigatonnes de CO₂, dont près d'un tiers dans la biomasse (principalement les arbres) et deux tiers dans le sol au sens strict. Ce sont les évolutions du stock qui influent sur notre résultat net de l'ordre de 0,5 gigatonne de CO₂ par an.

L'importance du sujet a conduit à une initiative prise lors de la COP21 intitulée « 4 pour 1 000 » visant à compenser les émissions nettes de CO₂ dans l'atmosphère à l'échelle mondiale pour une augmentation annuelle nette de 0,4 % ou 4 pour 1 000 du stock de carbone des sols. Cette initiative, qui vise à fédérer acteurs publics et privés, a fait l'objet d'un certain nombre de mises en œuvre en France, comme nous le verrons ci-dessous.

L'objectif est donc ambitieux et très difficile à évaluer. La cible représente, selon le mode de calcul, 4 milliards de tonnes de carbone sur un total de 860 milliards dans les 40 premiers centimètres du sol et 6,3 milliards sur un total de 1 580 milliards dans le premier mètre du sol. Ces différents résultats expliquent les controverses autour de cette initiative et de la réalité des objectifs et des résultats. Quoi qu'il en soit, ce sujet est fondamental à la fois à l'échelle planétaire, à l'échelle des objectifs nationaux mais également à l'échelle micro-économique pour les acteurs des filières du bois et de l'agriculture. Le présent propos s'intéressera donc à cette double approche.

La prise en compte croissante de la question du stockage du carbone dans les sols au niveau réglementaire

Le sujet est traité à la fois au niveau communautaire et au niveau national.

Au niveau communautaire

Au niveau communautaire, le mouvement a commencé avec des rapports concernant les liens entre le changement climatique, la désertification, la dégradation des terres, la gestion du remblai de terre, la sécurité alimentaire et les flux de gaz à effet de serre dans les écosystèmes terrestres. Au niveau international, la FAO a conduit un travail analogue.

- **Le règlement UTCATF** (Utilisation des Terres, Changements d'Affectation des Terres et Foresterie).

Sur la base de ce document, ainsi que des objectifs de réduction des

émissions de gaz à effet de serre à l'échelle communautaire, le Parlement et le Conseil ont adopté un règlement 2018/841 du 30 mai 2018 relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie dans le cadre d'actions en matière de climat et d'énergie à l'horizon 2030. Ces textes présentent l'avantage de donner des objectifs ainsi que des outils précieux. L'objectif est simple et il part du constat suivant : le secteur de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie peut avoir des effets bénéfiques à long terme sur le climat, fournir des biomatériaux pour remplacer les matériaux fossiles et jouer ainsi un rôle très important dans la transition. Il s'agit donc d'instaurer des pratiques de gestion durable dans son secteur pour contribuer à l'atténuation du changement climatique, notamment en conservant et en renforçant les puits et les stocks de carbone. Ceci conduit donc à développer des pratiques et des technologies durables, y compris dans l'agroécologie et l'agroforesterie, en partant bien entendu du stock existant qui doit être amélioré et non détérioré.

Ces mesures ne sont pas tout à fait nouvelles puisqu'une première décision n° 529/2013 du Parlement européen et du Conseil avait défini des règles comptables applicables aux émissions et absorptions liées à ce secteur qui sont donc mises à jour par le présent règlement. Le point de départ est de définir le décompte précis des émissions et des absorptions en prenant en compte les nombreux facteurs qui varient d'un État membre à l'autre.

D'où l'obligation de soumettre à la Commission des plans comptables forestiers nationaux incluant des niveaux de référence pour les forêts qui sont évalués par la Commission après avis

du Comité permanent forestier. La France a produit son plan comptable forestier national incluant le niveau de référence concernant les forêts pour les périodes 2021-2025 et 2026-2030 en décembre 2019. Ce document a été modifié en juin 2020. Il définit un niveau de référence et une stratégie forestière à long terme sur laquelle on reviendra ci-dessous. L'obligation pour les États membres est de garantir que les puits et réservoirs, y compris forestiers, soient conservés et renforcés avec un contrôle. Ces résultats viennent en déduction des efforts que chaque État membre doit faire pour atteindre les objectifs qui lui sont fixés. Pour faciliter la collecte des données et l'amélioration des méthodes, les utilisations de terre sont inventoriées et déclarées au moyen d'un repérage géographique de chaque parcelle de terre correspondant au système national et au système de l'Union. Les collectes de données sont effectuées en utilisant l'enquête statistique aréolaire sur l'utilisation et l'occupation des sols (LUCAS), le programme européen d'observation de la terre (COPERNICUS) et le système européen de navigation par satellite (GALILEO). Le règlement lui-même fixe des règles comptables générales pour éviter tout double comptage, des règles applicables aux terres boisées et aux terres déboisées, des règles applicables aux terres cultivées, aux prés gérés et aux zones humides gérées avec des objectifs pour chacune de ces catégories. L'habilité spécifique est également applicable aux produits récoltés, des règles sont prévues en cas de perturbation naturelle ainsi que des systèmes de flexibilité permettant des compensations dans une certaine mesure. Il n'est donc pas surprenant que ces opérations puissent trouver leur place dans le cadre du règlement sur la taxonomie.

Les règlements taxonomie

• La forêt

Le règlement du 18 juin 2020 (règlement 2020-852 du Parlement européen du Conseil) a fixé le cadre visant à favoriser les investissements durables. On rappellera que, pour être durable, un investissement doit s'inscrire dans l'une des six catégories visées par l'article 9 (atténuation du changement climatique, adaptation au changement climatique, utilisation durable et protection des ressources aquatiques et marines, transition vers une économie circulaire, prévention et réduction de la pollution, protection et restauration de la biodiversité et des écosystèmes) et il ne doit pas nuire à l'un des autres objectifs que celui dans lequel il s'inscrit.

Il va de soi que le stockage du carbone par les sols, l'agriculture et la forêt entre bien dans la catégorie de la contribution substantielle à l'atténuation du changement climatique visée à l'article 10 qui vise expressément le renforcement des puits de carbone terrestres, notamment en évitant la déforestation et la dégradation des forêts par leur restauration, la gestion durable et la restauration des terres cultivées, des prairies et des terres humides, le boisement et l'agriculture régénérative.

Dans ce contexte, le règlement du 4 juin 2021, publié en décembre 2021, consacre un certain nombre de dispositions à la question des critères d'examen technique relatifs à la forêt. Les critères d'examen technique relatifs à l'agriculture étant étroitement liés à la PAC, ils feront l'objet d'un texte complémentaire.

S'agissant des forêts, les considérants 15 à 18 y sont consacrés. Tout d'abord, en précisant que les exploitations forestières inférieures à 13 hectares ne sont pas tenues de réaliser une analyse de bénéfice climatique, elles pourront



bénéficier d'outils gratuits appropriés dans le cadre d'une évaluation de groupe incluant d'autres exploitations.

S'agissant des critères d'examen technique des activités forestières, ils seront réexaminés pour mieux tenir compte des pratiques respectueuses de la biodiversité.

La restauration des zones humides fait l'objet d'un paragraphe spécifique en lien avec le pacte vert pour l'Europe et la communication prévoyant d'accroître les ambitions de l'Europe en matière de climat pour 2030. Sur le plan purement technique, l'annexe du règlement délégué consacre pas moins de 36 pages aux forêts, sans compter celles consacrées à la restauration des zones humides. Le texte distingue les catégories boisement, réhabilitation et restauration des forêts y compris reboisement et régénération naturelle des forêts, après un phénomène extrême, et un chapitre relatif à la gestion des forêts.

Les zones humides font elles-mêmes l'objet d'un autre chapitre.

Pour le boisement, un plan de boisement et de gestion des forêts ou instruments équivalents d'une durée minimale de cinq ans doit être mis en place pour répondre à la définition de forêt. Le plan de gestion

doit couvrir une période de dix ans ou plus et être constamment mis à jour. Les meilleures techniques pratiques de boisement doivent être mises en place et les analyses des bénéfices pour le climat être réalisées. Cela signifie qu'il faut que le bilan net des émissions et absorption des gaz à effet de serre lié à l'activité sur une période de 30 ans après le début de l'activité soit inférieur à une valeur de référence correspondant au bilan des émissions et absorptions des gaz à effet de serre sur une période de 30 ans commençant au début de l'activité, dans le contexte du statu quo qui aurait été observé dans la zone concernée si cette activité n'avait pas été menée.

Pour les zones qui ne seraient pas conformes aux exigences applicables au niveau de la zone d'approvisionnement forestière, il faut qu'à ce premier critère s'en ajoute un second : l'estimation du bilan à moyen et long terme du gaz à effet de serre dû à cette activité est inférieure au bilan moyen à long terme estimé des gaz à effet de serre pour le scénario de référence dans lequel le long terme correspond à la durée la plus longue entre 100 ans et la durée d'un cycle forestier entier. Les bénéfices pour le climat doivent répondre à un certain nombre de critères qui

prennent en compte des règles (règlement 2020/852) afin de réduire au minimum le risque des perturbations naturelles. Il faut une garantie de permanence, d'audit, une évaluation par groupement et, bien entendu, le respect du 2^e critère lié aux investissements durables, à savoir ne pas causer de préjudice important aux cinq autres objectifs, la durabilité et la réduction au minimum de l'utilisation de pesticides, d'engrais ainsi que la conformité aux objectifs de conservation des zones s'il s'agit de zones de biodiversité et d'écosystèmes protégés.

Les règles relatives à la réhabilitation et à la restauration des forêts, y compris le reboisement et la régénération naturelle des forêts après un phénomène extrême, sont comparables aux règles susvisées.

Enfin, s'agissant de la stricte gestion des forêts, celle-ci est généralement définie par la législation nationale. Les activités économiques liées sont la sylviculture, l'exploitation forestière, la récolte de produits forestiers non ligneux et le service de soutien à l'exploitation forestière. Il faut un plan de gestion de la forêt, l'assurance de la durabilité du système, l'analyse des bénéfices pour le climat avec des pratiques correspondant à un système de gestion qui renforce la conservation des stocks et des puits de carbone, la permanence, un audit. Il y a également les mêmes règles relatives à l'absence de préjudice important causé aux autres objectifs.

Le dernier volet concerne la foresterie des conservations, laquelle n'implique aucun changement de catégorie des terres, qui a lieu sur des terres répondant à la définition d'une forêt. Les critères sont à peu près comparables à ceux qui viennent d'être rappelés.

• L'agriculture

Le règlement taxonomie renvoie à plus tard ce qui concerne l'agriculture. Il s'agit d'attendre une évolution de la PAC pour

mieux intégrer la question du carbone. C'est du reste dans ce contexte que l'Union européenne envisage pour 2022 une certification des absorptions de carbone qui pourrait s'inspirer du label carbone et permettrait donc de la financer.

Depuis 2017, il existe des mesures agro-environnementales et climatiques de la politique agricole commune qui sont enrichies par des mesures agro-environnementales et climatiques sur les sols visant à la réduction du travail du sol, la mise en place de couverts végétaux et la diversification des rotations culturales (voir sur ce point note scientifique de l'Office parlementaire d'évaluation des choix technologiques, note n° 3, mars 2018).

Il convient également de faire allusion au projet de directive sur la protection des sols (voir ci-dessous) qui identifie la diminution de la matière organique des sols comme l'une des huit menaces contre lesquelles il faut lutter. Ainsi, les règles d'une part de comptabilité très précises mises sur l'utilisation des sols et, d'autre part, le classement des investissements forestiers dans les investissements durables (en attendant les investissements agricoles) à la condition d'obéir à un certain nombre de critères techniques, réorientent-elles très clairement les règles communautaires.

Comment ces différents principes et règles sont-ils traduits dans le droit français et dans la réalité économique ?

Le sujet doit être abordé différemment selon qu'il s'agit de l'agriculture ou de la forêt, même si les principes du label bas carbone sont applicables dans les deux cas.

L'agriculture

Progressivement et modestement, la question de carbone fait son chemin juridique dans le droit rural.

Le Code rural a été modifié notamment par la loi du 22 août 2021, dite loi climat résilience, dans son article L.1. Certes, le I. de cet article définissant les finalités de la politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation ne vise en aucune manière la question des puits de carbone. En revanche, le point II. plus général définissant les politiques publiques, précise : « *L'État veille à la promotion de la préservation des surfaces agricoles en prairies permanentes et de leurs gestions durables associant production agricole et externalité positive en termes de stockages de carbone et de biodiversité.* » C'est modeste, mais cela est introduit clairement dans le Code rural au 1^{er} article sous une forme juridique extrêmement allégée qui n'engage pas vraiment l'État. Ceci est sans doute dommage, car il y a dans cette question du carbone, comme on le verra ci-dessous, des solutions intéressantes pour financer la transition agricole en France. En second lieu, la stratégie nationale bas carbone qui s'inscrit dans le règlement LUCULF vise à atteindre la neutralité carbone en 2050. S'agissant du label bas carbone, celui-ci a été créé par un décret du 28 novembre 2018 et un arrêté du même jour. Jusqu'à présent, ce système a essentiellement été utilisé dans le cadre forestier (voir ci-dessous). Il peut donc être aisément transposé pour l'agriculture et pourrait servir de modèle pour la réglementation communautaire qui est actuellement en cours d'étude.

Quelles pratiques pour stocker le carbone dans le sol ? Il convient de rappeler que l'agriculture représente aujourd'hui 17 % des émissions de gaz à effet de serre nationales, soit près de 75 millions de tonnes de CO₂ par an. Il existe trois

leviers d'atténuation des émissions agricoles : la diminution des émissions de l'activité, l'accroissement de stocks de carbone dans le sol et dans la biomasse ligneuse, ainsi que la protection d'énergies renouvelables et de matériaux biosourcés.

Deux grandes études ont été menées. La première est intitulée « *projet BANCO* » et analyse les freins et les mesures de déploiement des mesures d'atténuation à coût négatif dans le secteur agricole. Banco signifie « *Barriers for actions at negative cost and opportunities* ». Cette évaluation a porté sur 36 pratiques agricoles regroupées en 10 actions d'atténuation en lien avec l'optimisation de la fertilisation adoptée, l'introduction de légumineuses dans les rotations, l'implantation de couverts végétaux, le développement de l'agroforesterie et des haies, la gestion des prairies, la modification de l'alimentation animale, le recours à la méthanisation et au torcher, ainsi que la réduction des consommations d'énergie des bâtiments.

La seconde étude est intégrée dans le projet international « *4 pour 1 000* » dont il a été question ci-dessus. Cette étude, qui s'intéresse aux pratiques agricoles stockantes, permet d'identifier lesdites pratiques, d'évaluer le potentiel de stockage, de calculer le coût technique pour l'agriculteur et de proposer une stratégie coût efficace de stockage de carbone dans le sol. La mise en commun de ces résultats (voir sur ce point « *Atténuer les émissions de gaz à effet de serre dans le secteur agricole : quels leviers, potentiel technique, coût et dispositif d'accompagnement en région* », Ademe, septembre 2021, étude qui s'accompagne d'une présentation par région du levier technique), a permis de faire un récapitulatif des actions d'atténuation et pratiques agricoles sélectionnées. Pour se limiter à la question présentement traitée, qui est celle du



stockage de carbone, il est proposé d'accroître la part des légumineuses en grande culture et dans les prairies temporaires, de développer les techniques culturales sans labour pour stocker le carbone dans les sols, d'introduire davantage de cultures intermédiaires et intercalaires et des bandes enherbées pour stocker du carbone dans les sols, de développer l'agroforesterie et d'implanter des haies dans les parcelles cultivées, d'optimiser la gestion des prairies pour favoriser le stockage du carbone et la réduction des émissions de dioxyde d'azote. Le document de l'ADEME offre une méthode de calcul des potentiels et des coûts d'atténuation des différentes actions qui ont fait l'objet d'un classement en fonction de leur coût d'atténuation et de leur potentiel d'atténuation. Le potentiel d'atténuation lié à l'agroforesterie et aux haies d'une part, à l'insertion du couvert végétal et à la gestion des prairies d'autre part, représente le potentiel le plus important avec des actions comprises entre 0 et 100 euros par tonne d'équivalent CO₂. Au total, le potentiel d'atténuation national est très élevé puisqu'il représente 85 millions de tonnes de CO₂. Les actions qui sont caractérisées par un coût négatif permettent non seulement de réduire

nettement les émissions mais également d'augmenter le revenu des agriculteurs. Ce sont évidemment les premières à valoriser.

La mise en valeur de l'agriculture de conservation des sols, qui fait déjà l'objet d'une mise en œuvre au sein d'une Association du nom de l'APAD, est une agriculture qui est reconnue au niveau international par la FAO et qui consiste en une couverture permanente des sols, une diversité végétale en rotation et dans les couverts, et enfin en le non-travail du sol. C'est l'utilisation de ces trois techniques simultanément qui caractérise cette méthode agricole (voir sur ce point le *livre blanc, ACS et potentiel de stockage carbone, chiffres et éclairage scientifiques, APAD, décembre 2020*). L'Institut national de la recherche agronomique (INRA) a elle-même publié en juillet 2019 une étude intitulée « *Stocker du carbone dans les sols français, quel potentiel au regard de l'objectif 4 pour 1 000 et à quel coût* » dans laquelle sont évalués les stocks de carbone (84,6 tonnes de carbone à l'hectare pour les prairies permanentes, 51,6 pour les terres arables et 81 pour les forêts), soit un stock total respectivement de 790, 950, 1 370 Mt auxquels s'ajoutent 475 millions

de tonnes de carbone divers, ce qui représente un stock total de 3 585 millions de tonnes de carbone.

Mais ce qui est essentiel n'est pas tant le stockage que le stockage additionnel, c'est-à-dire l'amélioration de la situation. Les calculs ont été faits non seulement sur le potentiel technique de stockage mais également sur le potentiel économique. Ceci permet d'arriver aux solutions suivantes. S'agissant des grandes prairies permanentes, les stocks sont élevés : 84,6 tonnes par hectare avec une légère tendance au stockage + 50 kilos par hectare et par an. Cependant, l'intensification des prairies extensives qui exigent des fertilisants entraîne une production additionnelle de biomasse et donc se posent les questions du type de fertilisant utilisé et de l'exploitation de l'herbe par pâturage plutôt que par fauche. S'agissant des écosystèmes des grandes cultures et des cultures pérennes, ces dernières ont des stocks beaucoup plus faibles (51,6 tonnes de carbone à l'hectare) et une tendance à la baisse (170 kilos par hectare et par an). C'est dans le système de grande culture que le potentiel de stockage additionnel est le plus important puisqu'il représente 86 % du potentiel total. Il est beaucoup plus faible en prairies permanentes (12 %). C'est la raison pour laquelle il est beaucoup plus intéressant de faire porter l'effort sur les grandes cultures dans la mesure où les marges de progrès sont beaucoup plus importantes et les outils multiples : passage au semi-direct (avec des résultats faibles en climat humide), allongement des cultures intermédiaires, accroissement de la part des prairies temporaires dans les successions culturales, mobilisation et apport au sol de matières organiques exogènes supplémentaires (compost par exemple), développement de l'agroforesterie intra-parcellaire par la plantation d'alignements d'arbres,

plantation de haies et enherbement des terrains en vignobles notamment. L'intérêt de s'orienter dans cette voie est d'ordre écologique mais bien entendu également d'ordre financier pour le monde agricole dans la mesure où la tonne de carbone est valorisée. C'est cette voie que souhaitent suivre la Commission européenne et la France sous le vocable de « carbone favorise ». La Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) elle-même annonce la création d'une structure unique avec des jeunes agriculteurs, les chambres d'agriculture et le réseau Epiterre pour offrir et vendre des crédits-carbone. Le ministère devrait lancer un appel d'offres pour acquérir des crédits-carbone agricoles d'un montant de 400 000 euros environ.

Les forêts

Le sujet des puits de carbone générés par la forêt est beaucoup plus ancien. Les écosystèmes forestiers sont caractérisés par des stocks élevés (81 tonnes de carbone à l'hectare et une tendance à la hausse des stockages + 240 kilos carbone par hectare et par an en moyenne). Cette amélioration s'explique par des afforestations récentes puisque dans les forêts anciennes et gérées convenablement, aucune pratique plus stockante que les pratiques habituelles n'a été identifiée. Or, la compensation carbone est devenue une mode dans beaucoup d'activités économiques pour communiquer sur la compensation des émissions de gaz à effet de serre, compensation dont la réalité n'est pas toujours certaine...

En ce qui concerne les forêts, la Commission européenne a publié, le 16 juillet 2021, une nouvelle stratégie européenne pour les forêts en 2030 qui se substitue à celle qui avait été adoptée en 2017. Cette stratégie a pour objectif

d'édicter des règles contraignantes à l'attention des acteurs privés, au-delà des obligations déjà faites aux États membres. Elle présente en trois chapitres différentes actions à concrétiser. D'une part, un soutien aux fonctions socio-économiques des forêts que l'on retrouve dans la taxonomie dont il a été question ci-dessus, la protection et la restauration des forêts pour lutter contre le changement climatique et enfin la surveillance des forêts qui devrait donner lieu à un système d'observation, de collecte de données pour garantir un système coordonné de surveillance, de transmission et de collecte des données. Ce cadre devrait être élaboré au cours du premier trimestre 2023. S'agissant du deuxième chapitre, il devait être proposé pour la fin de l'année 2021, mais il semble y avoir quelques retards. Il s'agit d'un instrument juridiquement contraignant pour la restauration des écosystèmes, y compris les écosystèmes forestiers, la promotion de systèmes de rémunération liés aux forêts dans le cadre d'un plan d'action pour l'agriculture carbonée et la certification de l'élimination du carbone. Différents textes doivent intervenir pour le deuxième trimestre de l'année 2022 : des lignes directrices sur la définition des forêts primaires et anciennes, la définition de l'indicateur supplémentaire ainsi que des seuils ou des fourchettes pour la gestion forestière durable, des lignes directrices sur le boisement et le reboisement respectueux de la biodiversité, ainsi que des lignes directrices pour les pratiques forestières plus proches de la nature. Un système volontaire de certification de la gestion forestière au plus proche de la nature et enfin des interventions liées aux forêts dans la future PAC 2023-2027 en lien avec les objectifs du PACTE VERT pour l'Europe doivent également être adoptés.

Au niveau national, l'article L. 112-1 du Code forestier a été modifié par la loi

du 22 août 2021 dans son article 50 qui crée deux paragraphes dans cette disposition du Code forestier. Ces dispositions sont ainsi rédigées, venant s'ajouter aux pratiques reconnues d'intérêt général : « *La préservation et la qualité des sols forestiers notamment au regard des enjeux de biodiversité ainsi que la fixation notamment en zone de montagne des sols par la forêt. Le rôle des puits de carbone par la fixation de dioxyde de carbone par les bois et forêts et le stockage de carbone dans les sols forestiers, bois et forêts, le bois et les produits fabriqués à partir du bois contribuent ainsi à la lutte contre le changement climatique. Il est tenu un inventaire permanent des ressources forestières de la nation* ». Par ailleurs, l'article L. 281-10 du Code de l'énergie a été modifié par l'ordonnance du 3 mars 2021 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2021, qui applique les critères relatifs à l'utilisation des terres, au changement d'affectation des terres et à la foresterie. Ces dispositions concernant la biomasse forestière exploitée pour la production de biocarburant, bioliquide et combustibles ou carburants issus de la biomasse visent à prendre en considération les modifications apportées au stock de carbone par la production de cette dernière.

Le label bas carbone, créé par un décret et un arrêté du 28 novembre 2018, a fait l'objet de ses premières applications à propos de la forêt.

Une première méthode concernant le boisement a été certifiée par le ministère de la Transition écologique le 27 juillet 2020. Le boisement y est défini comme « *la conversion entropique directe en terre forestière de terres qui ne l'étaient pas 10 ans auparavant. La durée pour un projet de boisement doit être de 30 ans, quels que soient l'essence, la région, la fertilité et l'itinéraire sylvicole* ». C'est sur cette durée qu'est calculée



D.R.

la réduction des émissions générées pour le projet. Pour bénéficier du label, il convient de développer une méthode. Le projet doit être labellisé et s'appuyer sur une méthode approuvée.

La troisième étape est celle de la reconnaissance des réductions d'émissions qui peut être demandée par le porteur de projet. La véracité des réductions doit avoir été préalablement vérifiée par un auditeur. Cette demande doit être accompagnée d'un rapport de vérification et du nom des bénéficiaires de la réduction. Ce système a pour objet de favoriser l'émergence de projets additionnels de réduction d'émission de gaz à effet de serre en mettant en place un cadre de suivi, de notification et de vérification des émissions.

Une seconde méthode concerne cette fois la reconstitution des peuplements forestiers dégradés et définit comme la conversion entropique directe de terres forestières ayant subi des dégâts lourds en terres forestières viables grâce à une plantation adaptée à la station et aux conditions climatiques. La surface minimale pour une reconstitution de peuplement forestier

dégradé est fixée à 0,5 hectare pour une parcelle ou un groupe de parcelles attenantes. Ce système bas carbone permet la mise en place, sur une base volontaire, d'un système de crédit carbone volontaire.

Ces nouveaux systèmes, qui s'inscrivent à la fois dans la lutte contre le dérèglement climatique et dans l'adaptation, apparaissent aussi comme des opportunités économiques extrêmement importantes tant pour le monde de la forêt que pour celui de l'agriculture. Le fait, en particulier, que les grandes cultures soient les premières concernées par les capacités de stockage nouvelles de carbone, n'est évidemment pas neutre. Dès lors que le contrôle de la réalité des stockages additionnels pourra être assuré et garanti, les crédits carbonés issus de cette démarche volontaire verront leur valeur nettement renforcée. Ceci devrait également permettre de mettre un terme à des opérations de compensation carbone plus ou moins sérieuses et à assurer un financement pour une gestion durable de la forêt ainsi que pour une conversation agricole plus que jamais indispensable.

2022-8168

Agrivoltaïsme : tout savoir pour sécuriser son projet



Arielle Guillaumot,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le temps de la défiance vis-à-vis du photovoltaïque sur les sols agricoles serait-il révolu ? Le 4 janvier 2022, le Sénat a adopté une résolution tendant au développement de l'agrivoltaïsme en France, incitant le gouvernement à lever les freins législatifs et réglementaires et à donner un nouvel essor à la filière¹. Le terme est désormais entré dans le langage courant chez les acteurs du solaire, bien qu'il ne soit toujours pas défini par la loi. Si l'on s'en tient à la définition retenue par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) dans ses procédures d'appels d'offres, l'agrivoltaïsme recouvre les « *installations permettant de coupler de façon innovante une production photovoltaïque secondaire à une production agricole principale en permettant une synergie de fonctionnement démontrable* ».

Depuis quelques années, se développent en effet en France plusieurs projets destinés à combiner production agricole et production d'énergie solaire sur le même espace, de sorte que celles-ci, a priori concurrentes dans l'utilisation de la surface et de l'énergie lumineuse, se complètent. Les bienfaits agronomiques et économiques revendiqués sont multiples. La présence des panneaux sur le terrain améliorerait ainsi les conditions pour les cultures en les protégeant contre les fortes chaleurs, en diminuant les besoins en eau l'été et en luttant contre la sécheresse, le gel, la grêle et certains prédateurs aériens, ainsi qu'en diminuant

le risque de maladies qui prolifèrent en présence d'eau ; la production d'énergie augmenterait la valeur économique de l'exploitation agricole, créerait une source de revenus complémentaires, tout en sécurisant l'activité agricole sur la parcelle à long terme, dès lors que la rentabilité des structures agrivoltaïques est calculée sur des périodes de 20 à 30 ans. Plusieurs risques sont toutefois mis en avant, le premier écueil majeur étant naturellement le risque important de déprise agricole au profit d'installations électriques qui n'auraient d'agricole que le nom, mettant en péril la souveraineté alimentaire du pays. Certains acteurs craignent également, sur le plan agronomique, une diminution de l'ensoleillement pouvant entraîner une baisse des rendements, ainsi qu'une augmentation du temps de travail de l'agriculteur pour éviter d'abîmer les panneaux avec les engins agricoles. La création en juin 2021 de l'association France Agrivoltaïsme, qui regroupe les différents acteurs de la filière, est une illustration de sa structuration progressive. Sur le plan législatif toutefois, la réglementation dédiée tarde à émerger, créant sans nul doute une insécurité juridique qui nuit au développement des projets agrivoltaïques.

Actuellement, les enjeux juridiques sont triples pour les porteurs de projets agrivoltaïques, aussi appelés « énergiculteurs » : il leur faut d'abord obtenir les autorisations nécessaires, notamment en démontrant la synergie

entre la production agricole et la production solaire, mais également sécuriser le projet avec un montage contractuel fiable et durable, et enfin assurer la rentabilité du projet.

Les autorisations administratives : un projet photovoltaïque pas comme les autres

L'autorisation au titre de la législation sur l'urbanisme

Un projet agrivoltaïque est avant tout un projet photovoltaïque. Le régime d'autorisation d'urbanisme applicable à l'installation (sans formalité, déclaration préalable ou permis de construire) dépend ainsi, comme pour tout projet photovoltaïque, de trois facteurs : la localisation ou non en espace protégé, la puissance en kilowatt-crête, et la hauteur de l'installation (article R. 421-1 et suivants du Code de l'urbanisme). Toutefois, le classement en zone agricole d'une surface y restreint considérablement les possibilités de constructions nouvelles. Dès lors, la condition *sine qua non* posée par la jurisprudence pour valider des projets photovoltaïques situés en zone agricole est claire : le projet doit permettre le maintien de l'exercice d'une activité agricole, pastorale ou forestière significative sur le terrain d'implantation.

1) Résolution tendant au développement de l'agrivoltaïsme en France, n° 64, 4 janvier 2022, Sénat.

Le rapporteur public, Monsieur Dutheillet de Lamothe, résume cette position ainsi sous l'arrêt rendu par le Conseil d'État du 12 juillet 2019 (n° 390716) : « *La seule limite nous semble que la vocation du bâtiment doit rester la réalisation d'une activité agricole réelle, avérée. La construction de fermes photovoltaïques n'est pas autorisée en zone A, et il ne s'agit pas de contourner cette interdiction en les déguisant à travers des cultures prétextes* ».

La jurisprudence a ainsi considéré qu'était compromise la destination agricole du terrain pour un parc photovoltaïque projeté sur un terrain qui avait vocation à faire disparaître les cultures céréalières et à implanter une jachère mellifère et l'installation de ruches, dès lors que l'activité ne pouvait être regardée comme correspondant aux activités ayant vocation à se développer dans la zone considérée, et alors même que les terres agricoles seraient de qualité médiocre par rapport à d'autres terres de la commune (CE, 1^{re} chambre, 31 juillet 2019, n° 418739, *Sté Photosol*) ; mais aussi pour une centrale photovoltaïque au sol projetée sur un terrain cultivé avec une valeur agronomique avérée, dès lors que le projet prévoyait l'intégration d'une activité agricole consistant en l'élevage d'ovins avec le maintien en friche de la parcelle mais que la société ne démontrait pas pouvoir développer effectivement cette activité d'élevage (CAA Bordeaux, 4 février 2016, n° 14BX03376 ; v. également CAA Marseille, 21 avril 2016, n° 15MA00872), ou encore pour un projet de centrale photovoltaïque sur un terrain agricole inexploité depuis 50 ans et dont la valeur agronomique était faible à très faible, dès lors que le projet ni ne prévoyait le développement d'une activité agricole, pastorale ou forestière, ni ne précisait les dispositions prises pour permettre, le cas échéant, le développement d'une telle activité (CAA Marseille, 9^e chambre, 11 décembre 2018, n° 17MA04500).

Il semble néanmoins qu'il n'est pas obligatoire que l'activité agricole



précédente soit maintenue dans la même spécialité (CAA Bordeaux, 4 février 2016, n° 14BX03376 ; CAA Bordeaux, 15 mars 2018, n° 16BX02223 ; CAA Bordeaux, 9 mai 2019, n° 17BX01715). À titre d'illustration, le juge administratif a validé un projet de ferme photovoltaïque de 13 000 panneaux solaires et quatre cabanons dans le cadre d'une exploitation agricole de géraniums pour la production d'huiles essentielles, implanté sur un terrain anciennement dédié à la culture de canne à sucre qui connaissait des problèmes de rentabilité, alors que la conjonction de la nouvelle culture et de la ferme photovoltaïque allait assurer la pérennité de l'exploitation (CAA Bordeaux, 4 octobre 2012, n° 11BX01853).

De même, la jurisprudence accepte un projet de parc photovoltaïque édifié en hauteur sur un terrain d'une valeur agricole moyenne, dont un dixième seulement était exploité par un agriculteur qui avait émis le souhait de mettre fin à cette activité, et dont le reste était consacré à l'élevage ou en friche ; le projet prévoyait de mettre la totalité des terrains d'assiette en pâture pour des troupeaux d'ovins (TA Poitiers, 4^e chambre, 29 mars 2017, n° 1402935).

Encore, a été jugé compatible avec la destination agricole du terrain un projet de centrale photovoltaïque se situant sur des prairies d'élevage, dont l'activité agricole sera

maintenue avec la poursuite d'un élevage d'alpagas et l'installation d'une activité apicole en créant des prairies mellifères sur une partie des terrains, et dont la propriétaire du terrain était déjà éleveuse de bovins et d'alpagas. Par ailleurs, le projet avait pris en compte les caractéristiques de l'élevage existant en surélevant la hauteur minimale sous les panneaux (CAA Bordeaux, 1^{re} chambre, 15 mars 2018, n° 16BX02223, 16BX02224, 16BX02256).

De la même manière, et pour prendre un dernier exemple, a été validé un projet de parc photovoltaïque en hauteur permettant le réaménagement de 9 hectares de terrains inexploités et le pâturage des ovins sur 24 hectares, sur un terrain dont la valeur agricole est considérée comme moyenne à très limitée et sur lequel existait déjà une activité pastorale. Par ailleurs, le gain de surface en prairie, de l'ordre de 60 %, va permettre de porter la capacité d'accueil à 720 bêtes, et le bilan de la surface agricole utile sera même positif avec une herbe de meilleure qualité qui y sera semée. De plus, l'agriculteur qui exploitait la culture de céréales sur une portion du site prenait sa retraite sans trouver de repreneur pour son activité (CAA Bordeaux, 1^{re} chambre, 9 mai 2019, n° 17BX01715).

Les porteurs de projets agrivoltaïques doivent donc impérativement sécuriser cet

aspect dans leur dossier de demande de permis ou de déclaration préalable et justifier le véritable maintien d'une activité agricole sur la surface. Soulignons par ailleurs que le plan local d'urbanisme peut prévoir des dispositions plus restrictives, qui interdisent spécifiquement les projets photovoltaïques sur certaines zones. Si tel est le cas, le projet ne pourra avoir lieu sans une mise en compatibilité du PLU.

Les procédures au titre de la législation sur l'environnement

Comme pour tout projet de production d'électricité photovoltaïque, les projets d'agrivoltaïsme peuvent être soumis à la procédure d'évaluation environnementale prévue aux articles L. 122-1 et R. 122-2 du Code de l'environnement.

Pour rappel, l'évaluation environnementale est un processus constitué de l'élaboration d'une étude d'impact par le maître d'ouvrage du projet, de la réalisation des consultations prévues, notamment la consultation de l'autorité environnementale, qui rend un avis sur le projet et sur le rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, et la consultation du public et de l'examen par l'autorité autorisant le projet des informations contenues dans le rapport d'évaluation et reçues dans le cadre des consultations. Cette procédure concerne uniquement les installations photovoltaïques dont la puissance est supérieure à 250 kWc. Les installations au sol font l'objet d'une évaluation environnementale systématique, tandis que les installations sur serres et ombrières font l'objet d'une procédure d'examen au cas par cas, c'est-à-dire que l'autorité administrative se prononcera sur l'opportunité d'une telle démarche. Soulignons que si un défrichement est nécessaire pour mettre à bien le projet photovoltaïque, l'autorisation de défrichement constitue un préalable obligatoire pour les autres autorisations administratives et l'évaluation environnementale doit avoir lieu

dès ce stade (art. L. 431-7 du Code forestier). Dans le cas des projets agrivoltaïques, l'étude d'impact pourra contenir une étude préalable agricole permettant d'évaluer l'intérêt agricole de la zone et d'estimer les incidences du projet sur l'activité agricole, avec, le cas échéant, la mise en place de mesures de compensation collective pour soutenir l'activité agricole du territoire (art. L. 112-1-3 du Code rural et de la pêche maritime). De plus, si les installations ont une incidence avérée sur l'eau et les milieux aquatiques, elles doivent faire l'objet d'une autorisation ou d'une déclaration en vertu de la loi sur l'eau qui prévoit une nomenclature d'Installations, Ouvrages, Travaux et Activités (IOTA) (art. L. 214-1 et R. 214-1 du Code de l'environnement), dans le cadre de la procédure d'autorisation environnementale prévue par l'article L. 181-1 du Code de l'environnement. Pour déterminer si le projet entre dans l'une de ces catégories, une étude hydraulique devra être menée au sein de l'étude d'impact.

Une vigilance particulière doit également être apportée à l'étude faune-flore réalisée pendant l'évaluation environnementale. Si elle révèle la présence d'impacts sur des espèces animales ou végétales protégées, le porteur de projet doit déposer une demande de dérogation à la législation « espèces protégées », prévue par l'article L. 411-2 du Code de l'environnement. L'élaboration de l'étude d'impact – et plus largement le suivi de la procédure d'évaluation environnementale – doit donc faire l'objet d'une attention toute particulière de la part des porteurs de projets agrivoltaïques.

Les autorisations au titre de la législation sur l'énergie

En ce qui concerne tout d'abord la production d'électricité, les installations de puissance inférieure à 50 MW ne sont plus soumises à autorisation d'exploiter de la Direction Générale de l'Énergie et du Climat (DGEC) du ministère de la Transition Écologique et Solidaire, et

sont réputées autorisées. Aucune démarche administrative n'est donc à réaliser sur ce point. En ce qui concerne ensuite le raccordement au réseau, une demande de raccordement doit être effectuée auprès d'Enedis si la puissance de l'installation est inférieure à 12 MWc, ou auprès de RTE si la puissance de l'installation est supérieure ou égale à 12 MWc. Le producteur devra choisir l'option de raccordement qu'il souhaite avoir : injection de la totalité de la production, injection du surplus (autoconsommation partielle) ou autoconsommation totale. Notons également que le porteur de projet d'une installation de plus de 250 kVA doit payer une quote-part définie dans le S3REnR (Schéma Régional de Raccordement au Réseau Électrique des Énergies Renouvelables) (art. D. 342-22 du Code de l'énergie).

Le montage contractuel : un engagement sur le long terme

Les relations contractuelles entre le propriétaire du terrain et le producteur d'énergie

La maîtrise foncière du terrain agricole par l'exploitant de la centrale photovoltaïque est essentielle. Dans cette optique, deux types de contrats entre le propriétaire et l'exploitant de la centrale sont alternativement utilisés.

Le premier type de contrat qui peut être utilisé est le bail emphytéotique. Prévu par les articles L. 451-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, il y a deux caractéristiques principales : l'exploitant dispose d'un véritable droit de propriété sur l'installation pendant la durée du bail, ainsi que d'un droit réel de jouissance du terrain ; et le contrat présente une durée impérativement fixée à plus de 18 ans et moins de 99 ans. Dans cette hypothèse, le preneur dispose d'une liberté d'affectation totale et peut ainsi

opérer toutes les transformations aux bâtiments et tous les changements de destination à condition que les modifications entreprises ne diminuent pas la valeur du fonds. Le bailleur ne peut ainsi imposer aucune contrainte au preneur dans la réalisation de l'installation photovoltaïque. Le preneur est tenu par une obligation générale de conservation et d'entretien du bien loué, toutes les réparations sont à sa charge et il répond des incendies. En contrepartie, il verse au propriétaire une somme d'argent, et l'installation revient dans le patrimoine du propriétaire du terrain en fin de contrat. Le retour gratuit de la centrale dans le patrimoine du propriétaire en fin de bail constitue toutefois un revenu imposable. Celui-ci est calculé sur la base de la valeur vénale du bâtiment et de sa centrale au moment du transfert de propriété. Notons également que ce contrat ne peut être remis en cause, durant les 18 premières années, que dans l'hypothèse d'une résiliation judiciaire du bail fondée sur les dispositions de l'article L. 451-5 du Code rural et de la pêche maritime, qui permettent d'y mettre un terme de manière anticipée en cas de non-paiement des loyers pendant deux années consécutives et/ou de détériorations graves du fonds.

Le second type de contrat qui peut être conclu entre le propriétaire et l'exploitant de la centrale est un bail à construction, prévu par les articles L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation. Son régime juridique est proche de celui du bail emphytéotique, dès lors qu'il confère au preneur un droit réel sur le fonds, en vertu duquel ce dernier disposera d'un droit d'usage et de jouissance très étendu, et qu'il doit être prévu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Toutefois, au contraire du bail emphytéotique, il pèse à la charge du preneur à bail à construction une obligation de construction sur le fonds pris à bail et de conservation de cette dernière en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail. Ainsi, doit être requalifié en bail à



construction le bail emphytéotique imposant au preneur une obligation de construire (CA Paris, 24 févr. 2005 : Constr.-Urb. 2005, n° 136, obs. Sizaire). De plus, le bailleur à construction peut contrôler la destination du terrain au moyen de l'insertion dans le contrat de bail d'une clause précisant l'usage auquel le terrain à édifier est destiné, et imposer au preneur des restrictions à son activité, notamment en soumettant toute nouvelle construction à autorisation et en refusant de consentir au preneur la possibilité d'acquiescer des servitudes actives au profit du fonds, ce qui permet d'encadrer davantage l'activité de l'exploitant. À la fin prévue du bail, quelle que soit sa qualification, plusieurs solutions peuvent être envisagées : le bail peut être prolongé ou le propriétaire récupère le fonds, et dans ce cas, les installations photovoltaïques peuvent être démontées, selon les conditions prévues à cet effet dans le contrat, ou le propriétaire conserve la centrale pour continuer lui-même la production d'électricité.

Les relations contractuelles entre le producteur d'énergie et l'exploitant agricole

Pour assurer la synergie entre les deux activités, le producteur d'énergie, titulaire

d'un bail lui conférant un droit réel sur le terrain, devra conclure un contrat conférant un droit d'occupation à l'exploitant agricole sur le terrain. Ce contrat doit identifier les risques et définir précisément leurs obligations respectives. Concrètement, les obligations de l'exploitant agricole devront être définies afin de garantir la coexistence des deux activités, en prévoyant par exemple les modalités de mécanisation de l'exploitation destinées à préserver au maximum la centrale photovoltaïque ou encore l'éventuelle formation de l'exploitant, en particulier aux risques incendies de la centrale. Réciproquement, le contrat doit prévoir les modalités de remboursement par le producteur d'énergie des possibles dégradations causées à l'exploitation agricole lors d'interventions sur les panneaux photovoltaïques.

Deux grands types de contrats peuvent être ici adoptés, mais force est de constater que les structures contractuelles existantes présentent encore des lacunes quant à leur adaptation à un projet agrivoltaïque.

Le contrat peut d'abord prendre la forme d'un bail rural, prévu aux articles L. 411-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime. D'une durée minimale de neuf ans, il est également possible d'opter pour un bail long terme d'une durée de 25 ans. Le bail rural présente toutefois

un inconvénient majeur dans le cadre des projets agrivoltaïques : il a vocation à transférer l'intégralité de la jouissance du bien au preneur (ici, l'exploitant agricole), ce qui peut sembler incompatible avec l'exercice de deux activités concomitantes, agricole et de production d'énergie.

Dès lors, un autre type de contrat peut être envisagé : le prêt à usage ou « commodat », prévu au titre de l'article 1875 du Code civil. Ce contrat permet à une personne de mettre à disposition un bien à une autre qui peut s'en servir et lui rendre à la fin du contrat. Sa durée est librement fixée par les parties et son contenu est moins encadré que celui du bail rural. Néanmoins, le principe essentiel du prêt à usage tient à sa gratuité : si l'exploitant agricole était tenu à une contrepartie, le contrat pourrait être requalifié en bail rural, par exemple. La gratuité du prêt est donc un élément important à prendre en compte, en particulier au regard du calcul de la rentabilité du projet. Par ailleurs, peu important le type de contrat choisi, la problématique de l'assurance des éventuels dommages causés aux cultures et à la centrale photovoltaïque doit également impérativement être pensée en amont avec les assureurs des deux parties.

Le financement : le calcul du juste équilibre

La vente de l'électricité

Deux grands types de contrats de vente d'électricité peuvent être distingués pour les projets agrivoltaïques.

Le premier concerne la majorité des projets et recouvre la vente à tarif d'achat réglementé et les appels d'offres.

D'une part, certaines installations sont concernées par le dispositif de soutien de l'État qui consiste à mettre en place des

tarifs d'achats réglementés et soumis à obligation d'achat, procédure aussi appelée « guichet ouvert ». La vente de l'électricité s'effectue alors via un contrat d'achat avec EDF Obligation d'Achat (EDF OA) sur la base d'un tarif d'achat réglementé qui est gelé dès la signature du contrat pour une durée de 20 ans. Le contrat est automatiquement conclu sur simple demande. Ce dispositif concerne les installations dont la puissance est inférieure à 500 kWc, depuis l'arrêté tarifaire du 6 octobre 2021².

D'autre part, les installations agrivoltaïques innovantes de puissance comprise entre 100 kWc et 3 MW peuvent candidater à des appels d'offres dédiés. Les lauréats perçoivent une rémunération en fonction de la prime proposée par les candidats faisant l'objet de la procédure compétitive pour l'ensemble de l'électricité produite. Dans ce cadre, ce sont les candidats qui proposent un prix d'achat en euros/MWh, qui doit toutefois être compris dans un intervalle spécifié dans le cahier des charges de l'appel d'offres. Ce dispositif est régi par les articles L. 311-10 et suivants du Code de l'énergie. Les lauréats sont proposés par la CRE et désignés par la Direction générale de l'énergie et du climat (DGEC). En ce qui concerne spécifiquement les projets agrivoltaïques, la CRE exige la production d'un mémoire technique sur la synergie de la production d'électricité avec l'usage agricole. De plus, les critères de l'appel d'offres de la CRE exigent que la totalité de l'électricité soit réinjectée sur le réseau. Si le producteur souhaite répondre à l'appel d'offres, l'autoconsommation n'est donc pas possible.

D'autres projets, en nombre moins important, sont également envisagés en privilégiant un autre grand type de contrat de vente d'électricité, dit « de gré à gré » ou en *Power Purchase Agreement* (PPA). Ce contrat est un contrat de droit privé entre un

producteur d'électricité et un ou plusieurs consommateurs. Lorsque l'installation n'entre pas dans les critères pour bénéficier de l'obligation d'achat ou de l'appel d'offres de la CRE, ce contrat peut être une option intéressante. Il existe plusieurs types de PPA : le PPA direct est un contrat par lequel le producteur d'énergie vend la totalité de sa production d'électricité à un seul consommateur (généralement une entreprise), tandis que le PPA indirect est un contrat par lequel le producteur d'énergie vend l'électricité via un intermédiaire, à des consommateurs qui s'engagent eux-mêmes à acheter toute la production à un tarif convenu pendant une durée convenue via ce même intermédiaire. L'avantage pour l'acheteur tient à la possibilité pour lui d'acheter de l'énergie d'origine renouvelable, et de ne pas dépendre de la fluctuation des prix du marché, ce qui peut représenter un enjeu majeur pour des consommateurs industriels très énergivores. Un PPA n'offre cependant pas la même garantie d'un contrat d'obligation d'achat puisque l'acheteur peut ne pas avoir la capacité de continuer à acheter la production d'électricité pendant la même période de 20 ans. Ce risque supplémentaire entraîne une difficulté de financement des projets dont l'électricité va être achetée par le biais d'un PPA. Il est alors conseillé de recourir à un appel d'offres de la CRE pour obtenir un complément de rémunération.

La fiscalité

Il est certes parfois difficile de s'y retrouver au sein de la réglementation fiscale ; pourtant la fiscalité constitue assurément l'un des leviers devant être étudié par le porteur de projet pour mesurer la rentabilité de son projet. Les projets agrivoltaïques relèvent, à quelques subtilités près, des mêmes conditions fiscales que les

² Arrêté du 6 octobre 2021 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations implantées sur bâtiment, hangar ou ombrière utilisant l'énergie solaire photovoltaïque, d'une puissance crête installée inférieure ou égale à 500 kilowatts telles que visées au 3° de l'article D. 314-15 du Code de l'énergie et situées en métropole continentale.

projets photovoltaïques classiques.

Tout d'abord, conformément aux dispositions de l'article 1519 F du Code général des impôts (CGI), les centrales de production d'électricité d'origine photovoltaïque ou hydraulique sont soumises à l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux (IFER). Cette imposition est due par l'exploitant, c'est-à-dire l'entreprise qui exploite la centrale. Si une entreprise exploite plusieurs centrales, l'IFER est dû pour chacune de ces centrales. Cette taxe est applicable, pour la filière photovoltaïque, aux centrales dont la puissance électrique installée, au sens des dispositions des articles L. 311-1 et suivants du Code de l'énergie, est supérieure ou égale à 100 kilowatts, sauf en cas d'autoconsommation totale. Il s'agit d'un montant fixe par kW de puissance électrique installée, revalorisé chaque année. La puissance électrique installée se définit comme la somme des puissances des installations effectivement injectées au point de livraison sur les réseaux publics d'électricité par l'exploitant producteur d'électricité, à laquelle s'ajoute la puissance consommée en propre par ce producteur.

Ensuite, les investissements liés à l'installation sont soumis à la TVA, au régime auquel est soumis le porteur du projet. La vente d'énergie est elle aussi soumise à la TVA, puis si cette vente génère des bénéfices, ils seront imposés à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu des personnes physiques. Les installations photovoltaïques raccordées au réseau d'une puissance inférieure ou égale à 3 Kwc peuvent bénéficier d'un taux de TVA à 10 % ; elles peuvent également se voir exonérer de l'impôt sur le revenu (ISR) si elles ne sont pas affectées à l'exercice d'une activité professionnelle.

Par ailleurs, les projets agrivoltaïques peuvent également être redevables de la contribution économique territoriale (CET), composée de la cotisation sur la valeur ajoutée (CVAE) et la cotisation foncière des entreprises (CFE). La CFE est une taxe qui porte sur les



locaux de l'entreprise, c'est-à-dire les biens loués ou possédés par l'entreprise qu'elle utilise pour son activité et qui ont une valeur foncière. Elle est perçue par les communes. Si l'entreprise a des locaux dans plusieurs communes, elle sera redevable de la CFE dans chacune d'entre elles. En pratique, ce sont les systèmes support des panneaux photovoltaïques et les locaux techniques dédiés aux systèmes photovoltaïques, les panneaux photovoltaïques eux-mêmes étant exonérés de taxe foncière (art. 1382 12° du Code général des impôts). Toutefois, la valeur locative des biens passibles de taxe foncière utilisés pour l'activité de production d'électricité étant très faible, voire, dans la plupart des cas, nulle, le producteur photovoltaïque est imposé à la CFE sur la base minimum prévue à l'article 1647 D du Code général des impôts. La CVAE est déclarée à partir d'un chiffre d'affaires annuel de 152 000 euros (art. 1586 ter du Code général des impôts) et due à partir de 500 000 euros si l'activité est imposable à la CFE.

Un dernier mot sur la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB). Celle-ci s'applique aux panneaux photovoltaïques au sol, en ce qui concerne les locaux techniques tels que les postes électriques et le terrain d'assise sur

lequel est installée une ferme photovoltaïque si le terrain n'est pas cultivé au sens de « terrains non cultivés employés à un usage commercial ou industriel » (art. 1381 5° du Code général des impôts)³. Dans le cas d'un projet agrivoltaïque dont le terrain est exploité à des fins de cultures, l'on peut donc imaginer que le terrain d'assise de la centrale ne serait pas assujéti à la TFPB. Le montant de la taxe foncière est calculé à partir de la valeur locative cadastrale de la construction ou du terrain d'assise, à laquelle est appliquée un abattement de 50 % (art. 1388 du Code général des impôts) puis les taux des collectivités.

En dépit d'une réglementation parfois inadaptée, les projets agrivoltaïques s'intègrent petit à petit dans le paysage français à l'aide des outils juridiques classiques. Les porteurs de projet doivent toutefois être attentifs aux prochaines évolutions réglementaires, en espérant que la résolution sénatoriale du 4 janvier 2022 soit suivie d'effet et donne un coup d'accélérateur à la filière tout en sécurisant davantage producteurs d'énergie et agriculteurs.

2022-8164

3) BOI-IF-TFB-10-10-40, §85.

Zoom sur l'objectif « *zéro artificialisation nette* » selon la loi Climat et Résilience



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit



Adèle Motte,
Élève-avocate,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

La lutte contre l'artificialisation des sols s'inscrit dans la lutte contre la perte globale de biodiversité avec pour objectif d'éviter, réduire et compenser les impacts d'un projet sur l'environnement. Il n'est pas inutile d'insister ici sur l'importance capitale de ce sujet qui est lié à plusieurs thèmes : la lutte contre le réchauffement climatique ; la perte de la biodiversité ; la qualité de notre santé, dans ses rapports avec notre alimentation en particulier. En France, on sait que l'artificialisation des sols de notre territoire représente en équivalent surface celle du département du Gard tous les 15 ans. La lutte contre cette artificialisation est primordiale car, d'une part, le sol fait partie d'un tout, et, d'autre part, il est, en tant que tel, plus que précieux et doit être protégé.

Dès le 4 juillet 2018 dans le Plan Biodiversité, l'objectif de « *zéro artificialisation nette* » a été fixé comme objectif à atteindre conjointement à celui de la lutte contre l'étalement urbain de la loi ELAN¹, sans pour autant que des mesures concrètes ne les accompagnent. Le régime juridique de la séquence « éviter, réduire, compenser » a été institué par la

loi dite RBNP du 8 avril 2016, qui a modifié l'article L. 110-1 du Code de l'environnement et surtout développé en réalité le statut de la compensation par préférence. En réalité, en privilégiant la compensation, cette loi souffre de deux difficultés. D'une part, elle ne garantissait pas le maintien du capital nature si elle évitait en apparence sa disparition. D'autre part, en privilégiant des instruments de droit privé, à savoir les obligations réelles environnementales, elle ne mettait pas à l'abri des modifications tenant de diverses planifications d'urbanisme relevant du droit public. Ce sont ces défauts que la loi Climat et Résilience veut corriger.

Aussi, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et le renforcement de la résilience face à ses effets a été construite autour de plusieurs axes, parmi lesquels « *le logement et l'artificialisation des sols* ». Le législateur a posé un objectif de « *zéro artificialisation nette* » ainsi que ses modalités de mise en œuvre. Le législateur a donc été amené à poser des définitions plus strictes des éléments de cette politique. Le Code de l'urbanisme prévoit désormais à l'article L. 102-2-1

que l'artificialisation nette des sols est « *le solde de l'artificialisation et de la renaturation des sols constatées sur un périmètre et sur une période donnée*² ». Le législateur entend par « *artificialisation* » « *l'altération durable de tout ou partie des fonctions écologiques d'un sol, en particulier de ses fonctions biologiques, hydriques et climatiques, ainsi que son potentiel agricole par son occupation ou son usage* » et par « *renaturation des sols* » (ou désartificialisation) « *toutes les actions ou les opérations de restauration ou d'amélioration de la fonctionnalité d'un sol ayant pour effet de transformer un sol non artificialisé*³ ». Dans un premier temps, on tentera d'expliquer ce que l'objectif de « *zéro artificialisation nette* » signifie en droit, et on étudiera ensuite ses modalités de mise en œuvre.

Contenu légal de l'objectif de lutte contre l'artificialisation des sols

L'objectif de lutte contre l'artificialisation des sols se traduit en objectifs matériels et se déclinent eux-mêmes en objectifs réglementaires.

1) Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, dite loi ELAN.

2) Code de l'urbanisme, art. L. 102-2-1.

3) *Ibid.*

Objectifs matériels

L'objectif principal posé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 est la « *zéro artificialisation nette* » d'ici 2050 (objectif dit ZAN). Cette notion signifie que l'objectif réel de l'institution en question doit conduire à ne permettre l'urbanisation de terrains nouveaux qu'à la condition que les terrains urbanisés soient rendus finalement à leur usage naturel⁴. Mais celui-ci est accompagné d'un objectif intermédiaire de division par deux du rythme d'artificialisation des sols dans les dix prochaines années par rapport à la consommation totale d'espaces observée à l'échelle nationale dans les dix dernières années⁵.

Ces objectifs nationaux doivent être traduits sur d'autres échelles, selon la modification introduite à l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme. En effet, ce texte vise à ajouter un nouvel objectif que les collectivités doivent atteindre en matière d'urbanisme, à savoir « *la lutte contre l'artificialisation des sols, avec un objectif d'absence d'artificialisation nette à terme*⁶ ». Ces deux objectifs matériels doivent être appliqués « *de manière différenciée et territorialisée*⁷ ». Ils se déclinent ainsi à différentes échelles.

Objectifs réglementaires

Les objectifs matériels sont traduits dans la loi n° 2021-1104 par l'obligation faite aux collectivités territoriales de les prendre en considération dans les différents documents d'urbanisme, soit à l'échelle régionale, soit à l'échelle locale. L'échelle régionale joue naturellement un rôle majeur en matière d'aménagement et de développement durable du



territoire. La traduction des objectifs nationaux sur la réduction de l'artificialisation des sols doit être réalisée dès l'élaboration du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET). Ce document doit fixer des objectifs à moyen et à long terme pour la lutte contre l'artificialisation des sols. « *Ces objectifs sont traduits par une trajectoire permettant d'aboutir à l'absence de toute artificialisation nette des sols ainsi que, par tranches de dix années, par un objectif de réduction du rythme de l'artificialisation. Cet objectif est décliné entre les différentes parties du territoire régional*⁸ ».

À l'échelle communale et intercommunale, la traduction des objectifs de réduction d'artificialisation des sols implique logiquement la mise en conformité des documents d'urbanismes avec les nouveaux objectifs du SRADDET. Le schéma de cohérence territoriale (SCOT) devra alors décliner ces objectifs par secteur géographique, en tenant compte des paramètres prévus

par le nouvel article L. 141-8 du Code de l'urbanisme, qui doit décliner et prendre en compte les besoins en matière de logement et la production de logements sociaux, les besoins en matière d'implantation d'activité économique, le potentiel foncier mobilisable dans les espaces déjà urbanisés et à urbaniser et de l'impact des législations littoral, montagne et biodiversité, la diversité des territoires urbains et ruraux, les stratégies et des besoins liés au développement rural, les efforts de réduction de la consommation d'espaces déjà réalisés par les collectivités territoriales dans leurs documents d'urbanisme au cours des vingt dernières années, les projets d'envergure nationale ou régionale et les projets d'intérêt communal et intercommunal. Le document d'orientations et d'objectifs du SCOT (DOCOB) pourra distinguer les spécificités locales telles que les besoins en matière de logement ou le potentiel foncier mobilisable⁹. Dans ce même objectif, il pourra identifier des zones préférentielles pour la

4) Construction-Urbanisme, Sept. 2021, H. Perinet-Marquet, « *La loi climat et résilience, attendue et parfois redoutée* ».

5) Loi n° 2021-1104, art. 191.

6) Code de l'urbanisme, art. L. 101-2.

7) *Ibid.*

8) Code général des collectivités territoriales, art. L. 4251-1.

9) Code de l'urbanisme, art. L. 141-8.

renaturation ou la transformation de sols artificialisés en sols non artificialisés. Le document d'orientation et d'objectifs peut, désormais, au regard du nouvel article L. 141-10 du Code de l'urbanisme, délimiter des zones préférentielles pour la renaturation, par la transformation de sols artificialisés en sols non artificialisés, dans la finalité de « *protection des espèces nécessaires au maintien de la biodiversité et à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques et de la ressource en eau*¹⁰ ». La commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers, dont le rôle est défini par le Code rural et de la pêche maritime, pourra intervenir pour demander à être consultée pour tout projet de documents d'urbanisme concernant ce sujet¹¹.

Enfin, les documents relatifs au Plan local d'urbanisme doivent aussi prendre en compte l'objectif de lutte contre l'artificialisation avec « *des objectifs chiffrés de modération de la consommation de l'espace et de la lutte contre l'étalement urbain* », en compatibilité avec le SCOT, le projet d'aménagement et de développement durable (PADD)¹². Les cartes communales devront aussi participer à l'objectif de réduction de l'artificialisation des sols : elles ne peuvent dès lors inclure au sein des secteurs où les constructions sont autorisées, des secteurs jusqu'alors inclus au sein des secteurs où les constructions ne sont pas admises que s'il est justifié que la capacité d'aménager et de construire est déjà mobilisée dans les espaces déjà urbanisés (C Urb., art. L. 161-3)¹³. Ces objectifs fixés, leur mise en œuvre dépend de leur intégration dans les

documents d'urbanisme grâce à un calendrier. Le calendrier fixé par la loi prévoit que les Sradet/Padduc/Sar/Sdrif devront être mis en conformité avant le 22 août 2023 ; les Scot devront l'être avant le 22 août 2026 ; et les Plu avant le 22 août 2027. Ce calendrier se base sur la répartition spatiale de l'effort devant être établie par les conférences régionales des Scot avant le 22 février 2022. Les modalités réglementaires donc des décrets d'application devront intervenir. À cet égard, l'Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité et l'association Régions de France ont estimé que la loi instaure des délais trop contraints aux collectivités territoriales pour fixer dans les conférences régionales des Scot la déclinaison de l'objectif de réduction par deux de la consommation effective d'espaces naturels agricoles et forestiers dans les dix prochaines années. Elles ont demandé un report de la date fixée au 22 février 2022 et par voie de conséquence l'allongement équivalent du délai d'intégration de l'objectif de réduction du rythme de l'artificialisation des sols dans leur SRADDET par les Régions.

Modalités de mise en œuvre

Dans les objectifs énumérés ci-dessus, on doit distinguer les modalités génériques et les modalités spécifiques.

Modalités génériques de mise en œuvre

Les différentes modalités génériques concernent successivement la justification de l'ouverture de

zones à urbaniser, les orientations d'aménagement et de programmation, et les zones d'activité économique.

Justification de l'ouverture de zones à urbanisation

Désormais, le Plan d'aménagement et de développement durable (PADD) ne peut également prévoir l'ouverture à l'urbanisation des zones naturelles, agricoles et forestières que s'il est justifié, au moyen d'une étude de densification des zones urbanisées, que la capacité d'aménager et de construire n'est pas déjà mobilisée dans les autres espaces urbanisés. Sont également pris en considération dans cette justification les locaux vacants et les friches existants¹⁴.

Les orientations d'aménagement et de programmation

La loi n° 2021-1104 impose aux orientations d'aménagement et de programmation (OAP) d'établir un échéancier prévisionnel aux conditions prévues par l'article L. 151-6-1 du Code de l'urbanisme. Cet échéancier prévisionnel a pour objet l'ouverture à urbanisation des zones à urbaniser, la réalisation des équipements correspondants à chaque zone, ainsi que les actions nécessaires à la mise en valeur de la continuité écologique et pour la protection des franges urbaines et rurales. Ces orientations peuvent, selon le nouvel article L. 151-6-2 du Code de l'urbanisme, prévoir des mesures pour protéger les franges urbaines et rurales. Elles peuvent à cette fin « *définir les conditions dans*

10) Code de l'urbanisme, art. L. 141-10.

11) Code rural et de la pêche maritime, art. L ; 112-1-1.

12) Code de l'urbanisme, art. L. 151-5.

13) Loi n° 2021-1104, art. 194, 4°.

14) Code de l'urbanisme, art. L. 151-5.

lesquelles les projets de construction et d'aménagement situés en limite d'un espace agricole intègrent un espace de transition végétalisé non artificialisé entre les espaces agricoles et les espaces urbanisés, ainsi que la localisation préférentielle de cet espace de transition¹⁵ ».

Les zones d'activités économiques

La loi n° 2021-1104 a introduit dans le Code de l'urbanisme une section 4 portant sur les Zones d'activité économique avec pour objectif de favoriser le développement sur ces zones pour permettre ainsi d'éviter le développement sur d'autres zones que celles réservées à cette fin¹⁶. Dans ce but, la loi n° 2021-1104 a mis en place l'obligation d'élaborer un inventaire des zones et de leurs caractéristiques qui doit être arrêté par l'autorité compétente¹⁷. Il permettra la mise en œuvre d'outils « destinés à en assurer la revitalisation¹⁸ ».

Dans certaines de ces zones définies à l'article L. 300-8 du Code de l'urbanisme, le représentant de l'État dans le département, le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, auront le pouvoir de mettre en demeure les propriétaires de procéder à la réhabilitation des locaux, terrains ou équipements concernés, lorsque l'état de dégradation ou l'absence d'entretien par les propriétaires des locaux identifiés peut compromettre



la réalisation d'une opération d'aménagement ou de restructuration de la zone¹⁹. À cela s'ajoute l'objectif de fixer une part minimale de surfaces non imperméabilisées. Sur ce point, la loi ALUR avait introduit une disposition facultative permettant au règlement du plan local d'urbanisme de prévoir une part minimale de surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables afin de contribuer au maintien de la biodiversité et de la nature en ville (coefficient de biotope). Cette disposition est rendue obligatoire par la loi n° 2021-1104 pour les villes de plus de 15 000 habitants ainsi que pour les zones d'urbanisation de plus de 50 000 habitants²⁰. Ceci implique d'agir sur la révision du PLU.

La loi n° 2021-1104 a donc modifié la procédure de révision du PLU par modification de l'article L. 153-31 du Code de l'urbanisme. Cette nouvelle

procédure de révision du PLU permet, en cas d'ouverture à l'urbanisation d'une zone à urbaniser, que celle-ci ne doit pas avoir fait l'objet d'urbanisation dans les six ans qui ont suivi le PLU ou qui n'a pas fait l'objet d'une acquisition foncière significative dans cette même période, soit de la commune ou de l'EPCI compétent, soit d'un opérateur foncier²¹.

La loi a prévu ensuite l'obligation, à la charge des collectivités locales, de rédiger un rapport relatif à l'artificialisation. Sur ce point, le Code général des collectivités territoriales impose aux maires des communes ou au président des EPCI, doté d'un PLU, d'un document d'urbanisme ou d'une carte communale d'élaborer un rapport tous les trois ans²² « relatif à l'artificialisation des sols sur son territoire au cours des années civiles précédentes²³ ». Ce rapport doit

15) Loi n° 2021-1104, art. 200.

16) Loi n° 2021-1104, art. 220.

17) Code de l'urbanisme, art. L. 318-8-2.

18) CE, 4 février 2021, Avis sur la loi n° 2021-1104.

19) Code de l'urbanisme, art. L. 300-8 ; Loi n° 2021-1104, article 220.

20) Code de l'urbanisme, art. L. 151-22 ; CGI, art. 232 ; CCH, art. L. 302-5.

21) « 4° Soit d'ouvrir à l'urbanisation une zone à urbaniser qui, dans les six ans suivant sa création, n'a pas été ouverte à l'urbanisation ou n'a pas fait l'objet d'acquisitions foncières significatives de la part de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale compétent, directement ou par l'intermédiaire d'un opérateur foncier. » Curb., art. L. 153-31.

22) Loi n° 2021-1104, article 206.

23) CGCT, art. L. 2231-1.

notamment rendre compte de la mesure dont les objectifs de réduction d'artificialisation des sols sont atteints²⁴, de la détermination des zones préférentielles de renaturation et d'une étude de réversibilité. Sur un second point, le document d'orientation et d'objectifs doit donc délimiter des zones préférentielles²⁵ de renaturation dans lesquelles des mesures de compensation sont mises en œuvre en priorité²⁶. Cette délimitation est aussi prévue à l'échelle communale dans les orientations d'aménagement et de programmation²⁷.

Ces zones doivent ainsi permettre de lutter contre l'artificialisation des sols en évitant l'étalement de l'urbanisation et en concentrant l'urbanisation nécessaire sur les mêmes zones et ainsi privilégier la protection des espaces naturels, agricoles et forestiers. Aussi, dans la logique de favoriser la réutilisation de bâtiments existants, la loi n° 2021-1104 modifie le Code de la construction et de l'habitation en introduisant une obligation de fournir une étude de réversibilité à la charge des constructeurs²⁸. Il s'agit ici d'encourager les maîtres d'ouvrage à envisager de manière systématique l'avenir des bâtiments et construire en privilégiant les solutions permettant des évolutions ultérieures et permettant le réemploi des bâtiments en leur imposant de réaliser une étude identifiant les possibilités de changement d'usage du bâtiment avant que le permis de construire ou de démolir soit délivré²⁹.

À ces différents éléments, s'ajoute l'affirmation du principe général. La loi n° 2021-1104 a donc reconnu ici des mesures d'interdiction, en établissant un principe général d'interdiction de toute nouvelle surface commerciale artificialisante³⁰. Cette mesure organise un système de dérogations concernant, d'une part, les projets relatifs à des surfaces inférieures à 10 000 m², et, d'autre part, les extensions inférieures à 1 000 m² si le projet, dont la surface est supérieure à 10 000 m², doit s'insérer en continuité avec les espaces urbanisés dans un secteur adéquat³¹.

Dans sa décision du 13 août 2021, le Conseil constitutionnel a exercé son contrôle et a répondu à l'argument des Parlementaires qui lui reprochaient à l'article 215 « *de ne pas s'appliquer aux entrepôts des entreprises de commerce en ligne, quand bien même leur implantation ou leur extension engendrerait une artificialisation des sols. Il en résulterait une différence de traitement injustifiée entre ces entreprises et celles qui exercent une activité de commerce physique, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi* »³². Le Conseil constitutionnel a, au contraire, retenu que « *les dispositions contestées ne créent, par elles-mêmes, aucune différence de traitement entre les entreprises de commerce en ligne et celles qui exercent une activité de commerce au détail* »³³. De nombreux décrets et circulaires sont attendus. L'Association des Maires de France a demandé à

ce titre la clarification d'éléments méthodologiques d'appréciation de la consommation d'espaces observée et de territorialisation des objectifs, ce qui naturellement engendrera des retards dans la mise en application de la loi. Reste à examiner les modalités spécifiques de mise en œuvre de ces dispositions.

Modalités spécifiques de mise en œuvre

Elles visent plusieurs domaines, à savoir : le littoral, les friches industrielles et certains types d'écosystèmes.

Le recul des traits de côte

L'article 236 de la nouvelle loi impose qu'un état des risques soit dorénavant établi dans les zones susceptibles d'être atteintes par le recul du trait de côte. Cet état des risques a vocation à compléter les informations sur ces zones pour les acheteurs et les propriétaires, notamment par l'établissement de plans de prévention. L'article 237 a prévu, en modifiant l'article L. 321-13 du Code de l'environnement, la création d'une stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte qui doit constituer un cadre de référence pour la protection du milieu et pour la gestion intégrée et concertée des activités au regard de l'évolution du trait de côte et des risques qui en résultent.

24) *Ibid.*

25) Code de l'urbanisme, art. L. 141-10 ; Loi n° 2021-1104, article 197.

26) Code de l'environnement, art. L. 163-1 ; Loi n° 2021-1104, article 197.

27) *Ibid.*

28) Code de la construction et de l'habitation, article L. 122-1-1.

29) CE, 4 février 2021, Avis sur la loi n°2021-1104.

30) Code de commerce, art. L. 752-6 ; Loi n°2021-1104, art. 215.

31) Code de commerce, art. L. 752-6.

32) Conseil constitutionnel, décision du 13 août 2021, DC n°2021-825, §6.

33) Conseil constitutionnel, décision du 13 août 2021, DC n°2021-825, §11.

Cette stratégie est élaborée par l'État, qui appelle à la concertation les collectivités territoriales, le Conseil national de la mer et des littoraux, la communauté scientifique, les acteurs socio-économiques et les associations pour la protection de l'environnement concernées. Ce document sera mis à la disposition du public avant son adoption et devra être révisé tous les six ans. De plus, des stratégies locales peuvent être adoptées pour compléter ce document national.

Le nouvel article L. 321-15 du Code de l'environnement a imposé l'élaboration d'une cartographie afin d'identifier les communes touchées par l'érosion côtière, selon une liste qui sera fixée par décret et qui devra être modifiée tous les neuf ans³⁴. Cette cartographie doit être prise en considération dans l'élaboration des documents d'urbanisme des communes concernées par ce recul du trait de côte et dans les plans de prévention des risques naturels prévisibles³⁵.

Cette problématique doit alors être intégrée dans les documents d'urbanisme des communes concernées. Le PLU doit prévoir dans les documents graphiques une délimitation des « zones exposées au recul de trait de côte à l'horizon de trente ans » et « les zones exposées au recul de trait de côte à un horizon compris entre trente et cent ans³⁶ ». Les PLU des communes qui figurent sur la liste qui doit être instituée doivent être modifiés dans le délai d'un an après la publication de la



D.R.

liste³⁷ via une procédure de révision du PLU³⁸. Le Code de l'urbanisme pourra permettre l'utilisation d'une procédure de révision simplifiée prévue aux articles L. 153-45 à L. 153-48.

Dans les zones dites « exposées à l'horizon de trente ans », l'article 242 de la loi n° 2021-1104 prévoit des restrictions de constructions voire des interdictions. Ainsi, seuls peuvent être autorisés les travaux de réfection et d'adaptation des constructions existantes ; les constructions ou installations nouvelles, ou les extensions des constructions existantes, nécessaires à des services publics ou à des activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau, à condition qu'elles présentent un caractère démontable³⁹.

Est également prévue par l'article 242 de la loi n° 2021-1104 « la démolition de toute construction

nouvelle à compter de la date d'entrée en vigueur du plan local d'urbanisme intégrant les zones mentionnées au même article L. 121-22-2 ou du document d'urbanisme en tenant lieu et celles des extensions de constructions existantes à compter de cette même date, ainsi que la remise en état du terrain, sous la responsabilité et aux frais de leur propriétaire, sont obligatoires lorsque le recul du trait de côte est tel que la sécurité des personnes ne pourra plus être assurée au-delà d'une durée de trois ans⁴⁰. »

Un nouveau droit de préemption est créé par l'article 244 de la loi n° 2021-1104 au profit des communes figurant sur la liste réglementaire précédemment évoquée ou de l'EPCI compétent en matière d'urbanisme⁴¹. Il s'agit d'un « droit de préemption pour l'adaptation des territoires au recul du trait de côte » dont les acquisitions visent à prévenir les

34) Loi n° 2021-1104, art. 239.

35) Loi n° 2021-1104, art. 240.

36) Code de l'urbanisme, article L. 121-22-2.

37) Code de l'urbanisme, article L. 121-22-3.

38) Code de l'urbanisme, article L. 121-22-3.

39) Code de l'urbanisme, article L. 121-22-4.

40) Code de l'urbanisme, article L. 121-22-5.

41) Code de l'urbanisme, article L. 219-1.

conséquences du recul du trait de côte⁴². Il s'applique d'office dans les zones exposées au recul du trait de côte à l'horizon de trente ans mais peut être mis en œuvre, sur délibération de la commune ou de l'EPCI, dans les zones exposées au recul de trait de côte à un horizon entre 30 et 100 ans. Ce droit de préemption peut être exercé sur les immeubles et cessions de droits prévus aux articles L. 219-2, L. 219-3 et L. 219-4 du Code de l'urbanisme. Ce même article précise les immeubles, transferts et biens sur lesquels ne porte pas le droit de préemption. Ce droit de préemption s'exercera selon les modalités prévues par le Code de l'urbanisme relatives à tout droit de préemption, rappelées aux articles L. 219-6 à L. 219-13 du Code de l'urbanisme.

Les friches industrielles

La loi n° 2021-1104 met en avant, à juste titre, la mise en valeur de certaines zones, parmi lesquelles les friches industrielles. Le Code de l'urbanisme prévoit désormais, à son article L. 111-6, une définition de ces espaces en considérant comme friche « *tout bien ou droit immobilier, bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans un aménagement ou des travaux préalables*⁴³ ». La loi a mis en place un dispositif expérimental pour une durée de trois ans. Ce dispositif prévoit la délivrance par le préfet d'un certificat de projet à la demande du porteur d'un projet prévu entièrement sur une zone

de friche. Ce certificat précise les régimes, décisions, procédures et délais applicables. Si le certificat de projet fait mention d'une autorisation d'urbanisme, la demande faite à ce titre sera instruite au regard des dispositions d'urbanisme à la date de la délivrance du certificat⁴⁴. Un décret du Conseil d'État doit en fixer les modalités d'application.

La protection des écosystèmes

L'article 227 de la loi n°2021-1104 crée une obligation pour l'État d'élaborer et de mettre en œuvre une « *stratégie nationale des aires protégées* » prévue à l'article L. 110-4 du Code de l'environnement. Elle a pour objectif de « *couvrir, par un réseau cohérent d'aires protégées en métropole et en outre-mer, sur terre et en mer, au moins 30 % de l'ensemble du territoire national et des espaces maritimes sous souveraineté ou juridiction française* ». Cette nouvelle obligation s'inscrit dans le prolongement de l'article 23 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009, dite loi Grenelle, qui fixe un objectif de mise en œuvre d'une « *stratégie nationale de création d'aire protégée terrestre identifiant les lacunes du réseau actuel afin de placer sous protection forte, d'ici dix ans, 2 % au moins du territoire terrestre métropolitain* ».

En guise de conclusion, on peut dire sans difficulté que la lutte contre l'artificialisation des sols, telle que révisée par la loi Climat et Résilience, contient un objectif évidemment très ambitieux et évidemment nécessaire. Mais

on peut donc se demander si l'objectif ZAN d'ici 2050 reste réaliste au regard des enjeux de logements et du développement économique. La loi se base sur trois leviers afin de décliner toutes les mesures pour atteindre les objectifs posés : la densification ; l'utilisation des espaces vacants ; la désartificialisation et la renaturation. Il faudra surtout attendre la publication des décrets d'application prévus pour de nombreuses modalités afin de pouvoir apprécier totalement la portée de la loi.

On peut néanmoins remarquer l'utilité de cette loi en ce qu'elle précède les ambitions européennes. En effet, comme on le sait, la Commission européenne a élaboré une stratégie des sols en décembre 2021 avec pour objectif de se doter d'une législation spéciale dans ce secteur d'ici 2023. Parmi les actions prévues par la Commission figure celle de « *fournir une définition de la notion d'artificialisation de terres dans la loi sur la santé des sols et envisager des options pour le suivi et le compte rendu des progrès accomplis dans la réalisation des objectifs de non-artificialisation de terres* ». Ainsi, les dispositions apportées par la loi n° 2021-1104 qui interviennent, par nature, en amont, placent la France dans une logique d'initiative, et seront sûrement amenées à évoluer dans les prochaines années afin de se conformer face à l'évolution probable du droit européen (voir dans ce même numéro l'article intitulé *Protection des sols : où en est le droit européen ?*, p.4).

2022-8171

42) Code de l'urbanisme, article L. 219-1.

43) Loi n° 2021-1104, art. 222.

44) Loi n° 2021-1104, art. 212.

L'infernale saga des pesticides



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Si le sujet n'était pas si grave, il pourrait presque faire l'objet d'une saga estivale télévisée divertissante. Que de rebondissements au fil des épisodes avec ces fameux pesticides, et notamment, l'un des plus tristement célèbres, le glyphosate.

Le très controversé glyphosate

Tout commence il y a quelques années, lorsqu'éclate un scandale concernant le glyphosate, herbicide à l'origine exclusivement produit par l'entreprise Monsanto. Les « Monsanto papers », documents internes à l'entreprise, avaient alors permis d'apporter la preuve que dès le milieu des années 90, l'entreprise était en possession d'études internes gardées secrètes, prouvant le danger du glyphosate. Et depuis, la question de la commercialisation et de l'utilisation des pesticides fait couler beaucoup d'encre. Mais force est de constater qu'elle tend régulièrement à opposer monde agricole et associations de protection d'environnement, consommateurs ou riverains des épandages, alors qu'en réalité cette rivalité n'a aucun sens. Car face à la toxicité de ces produits, tout le monde est concerné.



Pesticides et conséquences sanitaires

Il est bien évident que les agriculteurs sont les premiers touchés par les effets des pesticides, et les premiers à payer les conséquences d'autorisations délivrées en dépit de la toxicité des produits qu'ils épandent, qu'ils respirent et qu'ils manipulent au quotidien. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que face à la déconcertante réalité de multiplication de maladies et de cancers chez les agriculteurs, le législateur a dû intervenir en créant un fonds d'indemnisation des victimes professionnelles des pesticides¹ par le biais de la loi de financement de la Sécurité sociale de 2020. Il était temps, car le sujet du développement de maladies particulières

chez les agriculteurs n'est évidemment pas nouveau et ne tend pas à s'améliorer. À titre d'illustration, dernièrement, le ministre de l'Agriculture a annoncé que le cancer de la prostate sera prochainement reconnu comme maladie professionnelle en agriculture, en lien avec l'exposition aux pesticides. Fort bien. Mais qu'en est-il des non-professionnels ? Qu'en est-il des riverains se situant à côté des épandages ou des enfants jouant à proximité des surfaces traitées et qui, eux, contrairement aux professionnels, ne sont pas protégés par des vêtements ou des équipements adaptés ? Rien n'est fait pour eux. Pourtant, ils risquent de développer les mêmes maladies, et elles sont nombreuses.

Une étude de 2021 de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm),

1) <https://fonds-indemnisation-pesticides.fr>

établissement public à caractère scientifique et technologique français spécialisé dans la recherche médicale, intitulée « Pesticides et effets sur la santé », fait jour sur les risques sanitaires liés aux pesticides et concernant tout particulièrement le glyphosate, l'étude indique que : « *Le glyphosate et son métabolite l'AMPA sont des contaminants retrouvés dans les produits alimentaires, des produits agricoles bruts ou des produits transformés* ». Le constat est posé. L'étude se poursuit en évoquant un certain nombre de risques sanitaires potentiellement associés à l'exposition professionnelle ou environnementale au glyphosate dont le lymphome non-hodgkinien. Le rapport se réfère à plusieurs méta-analyses, l'une par le consortium AHS qui fait apparaître une élévation statistiquement significative du risque, deux autres méta-analyses de 2016 et 2019 (p. 812 du rapport). Plusieurs autres pathologies sont listées et notamment lymphome de Hodgkin, les cancers de la vessie, certaines pathologies respiratoires comme l'asthme, la maladie de parkinson, des troubles anxiodépressifs, l'hyperthyroïdie. Selon l'étude, le glyphosate a également un effet épigénétique pour des valeurs inférieures à la NOAEL (non observable adverse effect level ou dose sans effet toxique observable) sur une dose d'exposition courte. Il faut ajouter des effets neurotoxiques. Le rapport indique que « *de nombreuses études mettent en évidence des dommages génotoxiques, s'ils ne sont pas réparés sans erreur par les cellules, peuvent conduire à l'apparition de mutations et déclencher ainsi un processus de cancérogenèse* ». Et pour démontrer que cela touche évidemment les personnes exposées autres que les professionnels, il ressort du document de l'Inserm que quelques études témoins mettent également en évidence des anomalies de la grossesse et des maladies chez les enfants nés de parents applicateurs de glyphosate. Il s'agit d'études américaines qui mettent en évidence un risque

augmenté de survenue de troubles du spectre autistique chez les enfants, notamment avec une exposition prénatale à certains pesticides. Malgré tout, et c'est ce qui est le plus incroyable, les pesticides sont toujours sur le marché : les agriculteurs continuent à s'intoxiquer et les personnes vivant à proximité des surfaces traitées également. Le 9 décembre 2019, l'ANSES a retiré du marché 36 produits à base de glyphosate : c'est bien la preuve que le sujet est grave. Mais qu'en est-il des autres pesticides ? Ils continuent à être utilisés... Pourtant, ironie du sort, la publication d'un décret d'application de la loi de financement de la Sécurité sociale relatif au fonds d'indemnisation des victimes professionnelles des pesticides, a été l'occasion d'un communiqué de presse dans lequel le gouvernement affirme avoir engagé « *une démarche volontariste de réduction de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques* ». On ne voit pas trop en quoi...

L'utilisation de tels produits reste encore bien trop importante et surtout pas assez encadrée. Est-il d'ailleurs utile, à ce sujet, de rappeler que loin des grandes annonces gouvernementales et face à la carence de l'État, le Conseil d'État a dû intervenir par une décision de justice en date du 26 juillet 2021², enjoignant à l'État de prendre des mesures afin de réglementer l'épandage des pesticides en fixant des distances de sécurité suffisantes pour les produits classés comme suspectés d'être cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction. L'État avait six mois pour agir sur ce point. Il ne l'a pas fait : les personnes se trouvant à proximité de zones d'épandage ne sont donc pas protégées. On a du mal à s'expliquer une telle absence de réglementation, alors même que l'on connaît désormais les risques pour la santé de chacun liés aux pesticides. N'avons-nous rien appris de l'histoire et scandale du chlordécone aux Antilles ? Car en effet, nous n'en sommes pas au premier scandale du genre.

L'ombre du scandale du chlordécone

Le chlordécone, qui fut aspergé de 1972 à 1993 sur les cultures de bananes en Guadeloupe et Martinique, est non seulement toxique pour l'homme, mais a de surcroît entraîné une pollution durable des eaux et des sols. Triste parallèle avec le glyphosate, depuis décembre 2021, les cancers de la prostate liés à l'exposition au chlordécone sont reconnus au titre de la maladie professionnelle. Mais qu'en est-il d'autres pathologies, des femmes ou des enfants exposés ? Il va bien falloir indemniser toutes les victimes de ce scandale sanitaire, puisque les effets toxiques du chlordécone sont connus depuis de nombreuses années, et qu'il a tout de même fait l'objet de dérogations pour être maintenu sur le marché. Les Antillais en ont payé et en payent encore le prix fort.

Passé quasiment inaperçu, un décret publié fin 2021 prévoit une aide exceptionnelle en soutien au secteur de la petite pêche, afin de compenser de manière temporaire les pertes de revenus dues à la pollution des eaux marines par le chlordécone, aussi bien en Guadeloupe qu'en Martinique.

La santé a un prix et les carences et fautes de l'État qui a continué à autoriser le chlordécone ont donc un coût.

En finir avec les autorisations de mise sur le marché des pesticides

Le vrai sujet n'est pas d'opposer agriculteurs et consommateurs ou voisins des épandages. Le vrai sujet, ce sont les autorisations de mise sur le marché de produits toxiques extrêmement dangereux pour l'environnement et pour la santé. Le vrai sujet est celui

2) CE, 26 juillet 2021, Collectif des maires anti-pesticides et autres, n° 437815.

de la lenteur voire de la carence des autorités et des États à prendre leurs responsabilités.

Or, si on s'en tient à la réglementation européenne, le règlement n°1107/2009 du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques prévoit : « *Le présent règlement a pour objet de garantir un niveau élevé de protection de la santé humaine et animale et de l'environnement, et dans le même temps de préserver la compétitivité de l'agriculture communautaire. Il convient d'accorder une attention particulière à la protection des groupes vulnérables de la population, notamment les femmes enceintes, les nourrissons et les enfants. Le principe de précaution devrait être appliqué et le présent règlement devrait assurer que l'industrie démontre que les substances ou produits fabriqués ou mis sur le marché n'ont aucun effet nocif sur la santé humaine ou animale ni aucun effet inacceptable sur l'environnement.* » On est bien loin de la démonstration par l'industrie d'absence d'effets nocifs sur la santé humaine ou animale... On est exactement à l'opposé. Et d'ailleurs, on connaît tellement les effets toxiques des pesticides sur l'environnement et sur la santé qu'on en n'est même plus au stade du principe de précaution. Les autorisations de mise sur le marché ne devraient plus être délivrées. Le vrai problème, c'est donc bien de continuer à autoriser ce type de produit dont on ne saurait aujourd'hui contester les effets néfastes pour l'environnement, mais aussi pour la santé de l'homme, plutôt que d'accompagner l'agriculture et les agriculteurs dans une transition qui apparaît de plus en plus pressante et impérative. Et il existe des solutions.



Les solutions alternatives à l'utilisation des pesticides

Il existe différentes méthodes alternatives aux pesticides, et notamment le biocontrôle, l'agriculture raisonnée ou encore l'agriculture biologique. Sur ce plan d'ailleurs, le gouvernement indique que 200 millions d'euros sont dédiés chaque année à la conversion en agriculture biologique, et que ce montant a été porté à 250 millions depuis 2020. Il indique également que depuis 2021, des moyens complémentaires ont été mis en place afin d'aider les agriculteurs souhaitant investir dans des matériels de substitution, permettant de faire évoluer les techniques agricoles³.

En revanche, ce qu'omet de dire le gouvernement, c'est que les alternatives proposées en France, et notamment l'agriculture bio telle qu'elle existe aujourd'hui, n'ont pas été co-construites avec le monde agricole, et surtout ne fonctionnent pas ! Le bio traverse des heures difficiles parce que le bio coûte plus cher : c'est une réalité de marché qui n'est pas prise en compte. Tous les foyers ne peuvent pas se permettre de manger bio. Face à ce constat, force est

de constater que les communes, elles, jouent le jeu, en proposant de plus en plus de nourriture bio aux enfants. Bon nombre de collectivités n'ont donc pas attendu la loi EGAlim, loi pour « *l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous* », entrée en vigueur le 1^{er} janvier dernier, pour introduire davantage de produits sains et durables dans les menus des enfants.

Bio ou pas, l'agriculture va devoir entamer une mutation profonde pour garantir des productions et une alimentation saine, et permettre aux agriculteurs de vivre décemment de leurs exploitations, tout en garantissant la santé de chacun. Un vaste programme que l'État et l'Europe devront accompagner. Il est là, le vrai sujet. La saga des pesticides n'est donc pas encore achevée, mais quel sera le final ? Saurons-nous tirer les conséquences des scandales sanitaires passés ou sommes-nous en train de vivre le prochain scandale sanitaire pour l'État français ? Le dernier épisode reste à écrire, mais une chose est certaine, les responsables devront indemniser les victimes et assumer les conséquences de leurs négligences.

2022-8169

3) <https://www.gouvernement.fr/les-actions-du-gouvernement/agriculture/reduire-l-utilisation-des-produits-phytosanitaires-et>

Alimentation saine et durable dans les cantines scolaires : les apports de la loi Climat et Résilience



**Théophile Bégel,
Avocat collaborateur,
Huglo Lepage Avocats**

Réprésentant plus de 1,1 milliard de repas par an, les cantines scolaires sont un lieu privilégié pour sensibiliser les enfants aux enjeux de l'alimentation puisqu'environ 75 % des 12,9 millions d'élèves scolarisés mangent au moins une fois par semaine à la cantine, et 60 % y mangent au moins quatre fois par semaine¹.

Depuis l'inscription de l'objectif visant à inclure dans les menus de restauration destinés aux enfants de produits durables et de qualité d'ici 2022 et l'instauration d'une expérimentation visant à proposer un menu végétarien hebdomadaire dans les cantines scolaires dans la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (dite « loi EGalim »), la question de l'approvisionnement en produits locaux et durables des cantines scolaires n'a cessé de prendre une part grandissante dans les débats visant à assurer une transition de notre économie vers un modèle plus sobre en carbone, comme en témoigne notamment la rédaction d'une proposition spécifique à ce sujet par la Convention citoyenne pour le climat.

Si le vote de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi Climat et Résilience) a été l'occasion de

renforcer le dispositif amorcé par la Loi EGalim, par l'introduction dans le Code rural et de la pêche maritime de règles nouvelles visant à intensifier le recours à des produits locaux et durables, les dispositions votées ne sont toutefois pas allées aussi loin que ce que de nombreux observateurs espéraient.

Le dispositif en place depuis la Loi EGalim

Dès la loi EGalim du 30 octobre 2018, le législateur est venu intégrer un certain nombre de dispositions intéressent la question de l'alimentation des enfants dans les cantines scolaires, dont il conviendra ici de rappeler les deux principales avancées.

En premier lieu, l'article 24 de la loi prévoyait la création d'un nouvel article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime disposant qu'au 1^{er} janvier 2022, les repas servis dans les restaurants collectifs dont les personnes morales de droit public ont la charge devront comprendre au moins 50 % de produits durables ou de labels de qualité avec un minimum de 20 % de produits bio. La liste des produits concernés est relativement longue, puisqu'elle inclut les produits des fermes en conversion à l'agriculture biologique, les labels rouges, les AOP, les IGP, les spécialités traditionnelles garanties, les écolabels,

les mentions valorisantes « montagne », « fermier », « produit de la ferme », « produit de montagne », « produits de pays » en outre-mer ainsi que la mention « issus d'une exploitation en haute valeur environnementale ». Un décret n° 2019-351 du 23 avril 2019 relatif à la composition des repas servis dans les restaurants collectifs en application de l'article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime est venu préciser cette liste.

De manière concrète et pour vérifier le respect de ces dispositions, il convient de prendre en compte les dépenses allouées à l'acquisition des denrées entrant dans la composition des repas sur une année civile et de s'assurer que sur la totalité des dépenses, 50 % entrent dans l'une des huit catégories précitées, étant précisé que la part de produits issus de l'agriculture biologique ne peut être inférieure à 20 % de ces mêmes dépenses annuelles.

Dans une enquête « Panorama de la restauration scolaire après la loi EGalim » en date de décembre 2020, l'Association des Maires de France (AMF) soulignait les difficultés liées à la préparation de la mise en œuvre d'une telle mesure, en relevant la « grande incertitude » autour de la question du respect possible des seuils d'approvisionnement précités au cours de l'année 2022, pour « près de la moitié des collectivités, en particulier de moins de 10 000 habitants ». Selon

¹ <https://agriculture.gouv.fr/la-cantine-pour-apprendre-bien-manger>

l'AMF « seules 36 % des collectivités » penseraient en effet pouvoir respecter les seuils fixés à l'article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime, quand 82 % d'entre elles faisaient part de difficultés pour favoriser la mise en place de cette mesure, concernant en particulier la question du financement. L'enquête de l'Association des Maires de France relevait par ailleurs que les autres difficultés différaient selon les strates de population : « si les contraintes logistiques et le manque d'information sur les offres locales sont davantage rencontrées par les communes de moins de 10 000 habitants et les intercommunalités, l'insuffisance de l'offre de produits bio à l'échelle locale, les contraintes des marchés publics et l'incapacité des producteurs locaux à répondre aux cahiers des charges sont davantage relevées à mesure que s'élève la strate de population ».

En second lieu, l'article 24 de la loi EGalim prévoyait, à titre expérimental et pour une durée de deux ans, l'obligation pour les gestionnaires, publics ou privés, des services de restauration collective scolaire de proposer, au moins une fois par semaine, un menu végétarien (article L. 230-5-6 du Code rural et de la pêche maritime). Mise en place à compter du 1^{er} novembre 2019, cette expérimentation avait pour objet de remplacer les plats de viande ou de poisson, en permettant de composer les menus d'autres aliments d'origine animale (laitages, œufs) ou végétale (céréales, légumineuses)². Le second alinéa de l'article L. 230-5-6 du Code rural et de la pêche maritime prévoyait en outre que cette expérimentation devait faire l'objet



d'une évaluation « notamment de son impact sur le gaspillage alimentaire, sur les taux de fréquentation et sur le coût des repas », dont les résultats devaient être transmis au Parlement au plus tard six mois avant son terme.

En mars 2021, le rapport n° 20068 intitulé « Évaluation de l'expérimentation du menu végétarien hebdomadaire en restauration collective scolaire » transmis au Parlement par le ministère de l'Agriculture faisait le constat d'une expérience plutôt encourageante. Relevant les difficultés initiales de mise en place de l'expérimentation (opinion défavorable d'une partie de la population, impréparation de nombreux opérateurs dû à la rapidité avec laquelle est entrée en vigueur l'expérimentation³, manque de formation et de matériel, ou encore difficultés liées à l'approvisionnement⁴...), le rapport souligne néanmoins une mise en place favorisée par une acceptation des adolescents liée en particulier à l'émergence d'une conscience environnementale et climatique dans

cette classe d'âge, sans doute plus marquée chez les filles⁵. Malgré l'absence de chiffres officiels rendant compte avec précision du taux de réalisation de l'expérimentation, le rapport soulignait que les éléments fournis par diverses associations⁶ permettaient de considérer que la mesure, mieux acceptée avec le temps, était assez largement mise en œuvre en 2020-2021 sur le territoire national en estimant que « dans 63 % des collectivités, 71 % des enfants [bénéficiaient] d'un repas végétarien hebdomadaire ».

L'un des facteurs prédominants dans la méfiance d'une telle modification du régime alimentaire proposé en milieu scolaire (émanant en particulier des parents d'élèves) résidant dans la crainte de risques nutritionnels liés à la diminution des quantités de protéines animales offertes, l'Agence Nationale Sécurité Sanitaire Alimentaire Nationale (ANSES) était saisie fin 2019 d'une demande d'avis par la Direction générale de la Santé et la Direction

2) L'article L. 230-5-6 du Code rural et de la pêche maritime prévoyant en effet explicitement que « ce menu peut être composé de protéines animales ou végétales ».

3) Le Rapport indique à ce titre que si de nombreuses villes de grande et moyenne taille proposaient déjà des menus végétariens, 55 % des municipalités ne proposaient aucune offre avant l'entrée en vigueur de cette expérimentation.

4) Le rapport souligne sur ce point que la production française de légumineuses est déficitaire et non compétitive, surtout parmi les productions sous signe de qualité ou issues de circuits courts, et qu'elle est confrontée à des difficultés techniques (ravageurs et maladies spécifiques, manque de ressources génétiques, besoin d'eau...), là où le premier producteur mondial, le Canada, a développé un modèle de production intensif et peu durable.

5) Le rapport soulignait ainsi sur ce point : « La conscience environnementale et climatique des adolescents (collégiens, lycéens, et peut-être, plus encore lycéennes) est grandissante, comme leur sensibilité à l'égard de thèmes comme le bien-être animal. À cet égard, même si le végétarisme peut encore être présenté comme un marqueur social des milieux les plus aisés, le souci d'épargner la ressource, la sensibilité à la souffrance animale et la perception de l'effet favorable d'une diminution des émissions de gaz à effet de serre sont-ils de plus en plus largement partagés ».

6) Selon des sources aussi variées que l'AMF, Greenpeace ou Un plus bio.

Générale de l'Alimentation. L'ANSES était ainsi saisie de deux questions tendant à définir, d'une part, l'impact de l'introduction de menus sans viande ni poisson sur les apports nutritionnels d'un enfant scolarisé en école primaire, et d'autre part, l'existence de fréquences hebdomadaires recommandées (maximales ou minimales) pour les plats végétariens. En réponse à la première question, l'ANSES indiquait qu'un menu végétarien hebdomadaire en restauration scolaire pouvait contribuer à la couverture de l'ensemble des besoins nutritionnels des enfants, à la condition qu'il soit équilibré et que l'offre végétarienne prenne mieux en compte l'intérêt des apports en légumineuses et en céréales complètes. Après avoir comparé des compositions de menus végétariens et non végétariens proposés dans les cantines scolaires d'une part, et simulé l'évolution des apports nutritionnels suite à l'introduction de menus végétariens d'autre part, l'ANSES a répondu à la seconde question en indiquant que l'augmentation du nombre de menus sans viande ni poisson ne modifiait pas l'équilibre nutritionnel des enfants, et qu'il n'apparaissait, dès lors, pas pertinent de proposer une fréquence hebdomadaire maximale des menus végétariens.

Les apports de la Loi Climat et Résilience

La question du renforcement des dispositions votées à l'occasion de la loi EGalim constituait l'un des principaux sujets ayant précédé les débats parlementaires de la loi Climat et Résilience, et ce dès la mise en place de la Convention citoyenne pour le climat qui, regrettant le lent développement de cette politique publique, recommandait d'« *engager vraiment la*

restauration collective vers des pratiques plus vertueuses, en se donnant les moyens de mettre en œuvre la loi EGalim, en la renforçant et en l'étendant » en adoptant une recommandation spécifique⁷.

Afin de la rendre plus ambitieuse et qu'elle s'inscrive pleinement dans l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre dus à l'alimentation, la Convention citoyenne pour le climat recommandait donc notamment de mettre en place une prime à l'investissement pour les établissements leur permettant de s'équiper en matériel, de former les personnels, de mener des campagnes de sensibilisation afin d'atteindre les objectifs de la loi EGalim (proposition SN1.1.1), mettre en place un bonus de 10 cts par repas pour les petites cantines bio et locales (moins de 200 repas par jour) pour les aider à absorber le surcoût les trois premières années de leur transition (proposition SN1.1.2), et encourager la réflexion pour réécrire l'arrêté du 30 septembre 2011 relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis en restauration scolaire (proposition SN1.1.5). Pour renforcer le suivi de l'évolution du dispositif, il était par ailleurs proposé de créer un « observatoire de la restauration collective » ayant pour objectif de partager les bonnes pratiques et de suivre l'atteinte des objectifs de la loi EGalim (proposition SN 1.1.3), et mettre en place un organisme de contrôle pour assurer la bonne mise en œuvre de la loi EGalim (proposition SN1.1.4). Enfin, la Convention citoyenne pour le climat proposait de passer à l'instauration d'un choix végétarien quotidien dans la restauration collective publique à partir de 2022 y compris dans la restauration collective à menu unique (proposition SN1.1.6), et de prévoir, à partir de 2025, l'obligation de proposer deux menus végétariens par semaine en milieu scolaire. L'article 252 de la Loi Climat et Résilience est venu modifier l'article L. 230-5-6 du

Code rural et de la pêche maritime qui prévoit désormais que « *les gestionnaires, publics et privés, des services de restauration collective scolaire proposent, au moins une fois par semaine, un menu végétarien* ». L'article précise que « *le menu peut être composé de protéines animales ou végétales et respecte, lorsqu'elles s'appliquent, les règles relatives à la qualité nutritionnelle des repas prévues à l'article L. 230-5* ». Il est par ailleurs indiqué que « *les gestionnaires veillent à privilégier des approvisionnements en produits agricoles et en denrées alimentaires répondant à des exigences en matière de qualité ou de préservation de l'environnement* ».

Ainsi, ce qui n'était encore qu'une expérimentation au titre par la loi EGalim est devenue une règle générale depuis le 25 août 2021 dernier, date d'entrée en vigueur de la loi Climat et Résilience. Ce faisant, le législateur s'est toutefois montré moins ambitieux que ce que proposait la Convention citoyenne pour le climat, en refusant de retenir un objectif de « deux repas végétariens » hebdomadaires à compter de 2025. Le Parlement s'est ainsi très certainement inspiré de la recommandation du rapport d'évaluation qui lui a été remis par le ministère de l'Agriculture qui soulignait que « *si l'accueil plutôt favorable réservé au menu hebdomadaire dans la restauration scolaire, considéré isolément, permet d'envisager sa pérennisation avec une certaine confiance, il serait imprudent de ne pas entendre les mises en garde exprimées par élus et gestionnaires, quant au risque de trop charger la barque en augmentant à nouveau la part du végétal dans les menus, comme certaines organisations en font déjà la demande* ».

Le second apport de la nouvelle loi Climat et Résilience réside dans l'ajout d'un II. à l'article L. 230-5-6 du Code rural et de la

⁷ Rappelant que la loi EGalim constituait « *une bonne intention* », les membres de la Convention citoyenne pour le climat regrettaient en effet que celle-ci soit insuffisamment mise en œuvre à cause de l'insuffisance des moyens.

pêche maritime, aux termes duquel il est prévu que « sous réserve des conditions fixées par voie réglementaire destinées à garantir l'équilibre nutritionnel des repas servis et du respect d'exigences adaptées aux besoins des usagers, notamment à l'âge des enfants pour la restauration scolaire, et à titre expérimental, les collectivités territoriales volontaires proposent quotidiennement le choix d'un menu végétarien dans les services de restauration collective dont elles ont la charge⁸ ». En n'ouvrant cette mesure qu'aux collectivités territoriales « volontaires », le législateur est là encore allé moins loin que ce que proposait la Convention citoyenne pour le climat, qui souhaitait permettre l'offre d'un choix végétarien quotidien dans la restauration collective publique à partir de 2022 à titre obligatoire et non sur la base du volontariat.

Enfin, l'article 257 de la loi Climat et Résilience est venu compléter la liste des huit catégories de produits durables ou de labels qui doivent compter pour au moins 50 % des dépenses des collectivités concernées depuis le 1^{er} janvier 2022 au titre de l'article L. 230-5-1 du Code rural et de la pêche maritime, en prévoyant que constituent également de tels produits ceux « dont l'acquisition a été fondée, principalement, sur les performances en matière de protection de l'environnement et de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, dans le respect des règles du Code de la commande publique » (L. 230-5-1-1^{bis} du Code rural et de la pêche maritime), et ceux « issus du commerce équitable défini à l'article 60 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises » (L. 230-5-1-3^{bis} du code rural et de la pêche maritime).

Afin de permettre aux petites communes de s'équiper (matériel de stockage de fruits et légumes frais bruts, équipements



pour transformer une grande quantité de légumes, équipements performants pour l'épluchage, récipients en inox, matériel de cuisine et de conservation des aliments...), et de former leur personnel afin d'être en mesure de proposer des repas répondant à ces nouvelles obligations, l'État a en outre dernièrement mis en place une aide à l'investissement de 50 millions d'euros, accessible jusqu'au 30 juin 2022. Une telle mesure vise ainsi à permettre aux cantines scolaires des écoles publiques primaires (y compris les maternelles) de mettre plus facilement en place des circuits d'approvisionnement en produits locaux de qualité pour les enfants tout en développant l'approvisionnement en produits locaux, de qualité et durable, notamment ceux issus de l'agriculture biologique. Cette aide permettra de financer, au choix des collectivités concernées, un investissement matériel (outils et machines permettant de cuisiner des produits frais, lutte contre le gaspillage alimentaire, substitution des contenants en plastique, information des usagers...), mais également immatériel (logiciels de suivi, réalisation de supports de communication...), ou encore des prestations intellectuelles

(accompagnement, bureau d'études, audits, formation des personnels...).

L'atteinte de notre objectif de neutralité carbone au milieu du siècle pourra difficilement faire l'économie d'une modification durable de nos habitudes alimentaires, un rapport de l'ADEME intitulé « L'empreinte énergétique et carbone de l'alimentation en France » en date de janvier 2019 relevant en effet que « les émissions de gaz à effet de serre issues de l'alimentation des ménages en France s'élèvent à 163 Mt d'eqCO₂, soit 24 % de l'empreinte carbone des ménages en France au regard de l'empreinte carbone totale ». À ce titre, et dans la mesure où la consommation de viande et de lait mobilise plus de 80 % de la surface agricole utile en France nécessaire à la totalité de notre alimentation et que 22 % de notre empreinte carbone de notre alimentation est liée aux émissions induites par le transport de marchandises⁹, il apparaît par conséquent essentiel que les politiques publiques intensifient la mise à disposition dans les cantines scolaires de produits végétariens, issus de circuits courts et non transformés.

2022-8176

8) De même, l'enquête publiée par l'AMF en décembre 2020 auprès des 28 800 communes disposant d'un établissement scolaire public (écoles primaires) révélait que 78 % d'entre elles demeuraient hostiles à une pérennisation de la mesure du repas végétarien hebdomadaire.

9) L'empreinte énergétique et carbone de l'alimentation en France, ADEME, janvier 2019.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

MERCREDI 18 MAI 2022 – N° 20

JOURNAL OFFICIEL D'ANNONCES LÉGALES, D'INFORMATIONS GÉNÉRALES,
JURIDIQUES, JUDICIAIRES ET TECHNIQUES DEPUIS 1898

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS ☎ 01 47 03 10 10

www.JSS.FR – 1,50 € – I.S.S.N. : 2491-1897

NUMÉRO THÉMATIQUE

LES MERS ET LES OCÉANS AU CŒUR DES TRANSITIONS

Numéro conçu et rédigé par le Cabinet Huglo Lepage Avocats


**La mer, patrimoine
commun en danger - p.4**

**Le nouveau cadre
juridique face au recul
du trait de côte - p.18**

**Le droit face au développement
des énergies marines
renouvelables - p.29**



**Confiez au JSS
vos annonces et
formalités légales**

 WWW.JSS.FR

 01 47 03 10 10  CONTACT@JSS.FR

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr
annonces@jss.fr

formalites@jss.fr
redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : hebdomadaire (mercredi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi
Journal imprimé sur papier recyclé – Certification PEFC

Vente au numéro : 1,50 € TTC
Abonnement annuel bi-média : 52 € TTC
Abonnement annuel numérique : 29 € TTC

Copyright 2022 :

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

ANNONCES LÉGALES

Par arrêté des préfets des départements concernés, le **Journal Spécial des Sociétés** est habilité à publier les annonces judiciaires légales dans les départements de **Paris (75)** du 30 décembre 2021, des **Yvelines (78)** du 28 décembre 2021, de l'**Essonne (91)** du 13 décembre 2021 des **Hauts-de-Seine (92)** du 16 décembre 2021, de la **Seine-Saint-Denis (93)** du 22 décembre 2021, du **Val-de-Marne (94)** du 31 décembre 2021, du **Val-d'Oise (95)** du 24 décembre 2021.

Les annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce publiées dans notre journal, sont automatiquement mises en ligne sur www.actulegales.fr.

Les prix sont fixés par l'Arrêté du 19 novembre 2021.

La direction décline toute responsabilité quant à la teneur des annonces légales.

TARIFS HT DES PUBLICITÉS AU CARACTÈRE

• Paris, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, et Val-de-Marne : 0,237 euros
• Yvelines, Essonne et Val-d'Oise : 0,226 euros

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES CONSTITUTIONS :

• EURL : 121 € • SNC : 214 €
• SAS : 193 € • SC : 216 €
• SARL : 144 € • SA : 387 €
• SCI : 185 € • SASU : 138 €

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES DISSOLUTIONS :

• Dissolution : 149 €
• Clôture : 108 €

SOMMAIRE

MER ET ENVIRONNEMENT

- ▶ La mer, patrimoine commun en danger 4
- ▶ Les aires marines protégées, un outil de préservation efficace de la biodiversité marine ? 13
- ▶ Du nouveau plus que nécessaire pour le droit de la mer 16
- ▶ Le nouveau cadre juridique face au recul du trait de côte 18
- ▶ Les transitions : un nouvel horizon pour les ports et les navires 23
- ▶ Le droit face au développement des énergies marines renouvelables 29

ÎLE-DE-FRANCE

- ▶ Rendez-vous en juin pour faire la course dans le canal Saint-Martin ! 32
- ▶ « Espace naturel sensible », le parc de Fontenay-le-Vicomte sera inauguré en juin 32
- ▶ Des cours de plongée avec les Océanautes du Val-de-Marne 33
- ▶ Fêtez la nature jusqu'au 22 mai ! 34
- ▶ Une exposition au plus près de la Seine au château de la Roche-Guyon 35
- ▶ Bagneux face à la justice pour son arrêté anti-pesticides 36
- ▶ De nouvelles portes pour l'écluse de Méricourt 36

AGENDA

33

ANNONCES LÉGALES

- ▶ Paris (75) _____ 37
- ▶ Yvelines (78) _____ 48 ▶ Seine-Saint-Denis (93) _____ 57
- ▶ Essonne (91) _____ 50 ▶ Val-de-Marne (94) _____ 59
- ▶ Hauts-de-Seine (92) _____ 51 ▶ Val-d'Oise (95) _____ 61

Ce nouveau numéro du *JSS* est consacré aux évolutions que connaissent aujourd'hui les mers et les océans, en lien avec les transitions écologiques et le dérèglement climatique.

Les liens entre les océans et l'environnement ne sont pas nouveaux. Le droit de la mer a en effet été fortement affecté par les grandes pollutions marines liées aux hydrocarbures : Torrey Canyon, Olympic Bravery, Amoco Cadiz, Erika, Prestige, pour ne parler que des accidents qui ont affecté nos côtes et celles de nos voisins Atlantiques.

La question des pollutions marines, des pollutions chimiques et des pollutions au plastique reste évidemment et malheureusement un sujet pleinement d'actualité. L'existence d'un nouveau continent constitué de plastique est devenue un symbole des pollutions contemporaines. Toutefois, la mer est avant tout un espace fondamental pour la survie de l'humanité. Tout d'abord, et bien sûr, par la biodiversité et l'activité

de pêche qui est un élément majeur de la vie économique de nombreux pays. À ce titre, la création et le développement des aires marines protégées est indispensable même si elle n'est pas suffisante.

Ensuite et surtout, la mer joue, dans la question climatique, un rôle central. En effet, les océans sont aujourd'hui le plus grand puits de carbone dont dispose l'humanité, et les pollutions ainsi que le dérèglement climatique, déjà intervenus, entraînant des conséquences sur la capacité des océans à stocker le carbone. C'est un sujet majeur, et les États doivent intervenir pour faire au mieux à ce sujet. C'est dans ce contexte qu'évolue le droit international de la mer, avec un projet de nouvelle convention.

Les liens entre la mer et le climat ne s'arrêtent pas là. Sur un plan négatif tout d'abord, le dérèglement climatique a d'ores et déjà des conséquences considérables sur les côtes, et notamment les nôtres. Il convient en effet de rappeler que la France dispose de la deuxième façade maritime du monde avec nos outre-mer, et que cette situation nous expose particulièrement.

De manière plus positive ensuite, le trafic maritime est beaucoup moins émetteur de gaz à effet de serre que le trafic terrestre. Pour autant, les émissions de gaz à effet de serre du trafic maritime sont proches des 3 % et avaient, jusqu'à présent, obtenu d'être exclues des quotas d'émission. Ce ne sera plus le cas à l'avenir, et c'est la raison pour laquelle les ports et les navires essaient dès maintenant de s'adapter à la transition écologique, tant en adaptant les carburants qu'en transformant les installations portuaires. Parallèlement, les énergies marines, par définition renouvelables, se développent à telle enseigne que certaines îles ont aujourd'hui atteint leur autonomie énergétique grâce à l'une des sept catégories d'énergies marines.

D'autres sujets auraient naturellement pu être traités, tant les domaines d'interaction entre la mer et l'environnement sont nombreux. Nous espérons que les sujets retenus intéresseront nos lecteurs.



*Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice,
Cabinet Huglo Lepage Avocats*

2022-8451



La mer, patrimoine commun en danger



Margaux Berthelard,
Juriste documentaliste,
Cabinet Huglo Lepage Avocats



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

« *L'eau fait partie du patrimoine commun de la Nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général.* » C'est ce qu'affirme l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, qui ajoute que « *les écosystèmes aquatiques et les écosystèmes marins constituent des éléments essentiels du patrimoine de la Nation* ».

Les océans sont donc indéniablement « *des espaces contestés et des biens communs en danger* ». C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le ministre des Affaires étrangères, Jean-Yves Le Drian, lors du « *One Ocean Summit* », qui s'est tenu à Brest du 9 au 11 février derniers, réunissant une quarantaine de chefs d'État et de gouvernement.

À cette occasion, les différents participants ont fait part de leur détermination à préserver les océans en contribuant aux « *Engagements de Brest pour l'Océan* », aux côtés du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies, de la directrice générale de l'UNESCO et du secrétaire général de l'Organisation maritime internationale.

Si la question de la pollution de l'eau n'est malheureusement pas nouvelle, qu'il s'agisse de la pollution de puits, de retenues d'eau, de rivières ou de la mer, et que ces pollutions soient chimiques, du fait de métaux lourds ou du plastique, il n'en demeure pas moins qu'elle reste actuelle, et qu'elle alerte plus que jamais.

La pollution chimique de la mer : 50 ans de pollutions

Comme le souligne un rapport d'avril 2021 sur les polluants aquatiques dans les océans et les pêcheries, « *les polluants chimiques ont un impact sur les chaînes alimentaires océaniques et aquatiques depuis des décennies et les conséquences s'aggravent. La littérature scientifique documente la pollution d'origine humaine dans les écosystèmes aquatiques depuis les années 1970. Selon les estimations jusqu'à 80 % de la pollution chimique marine provient de la terre ferme et la situation s'aggrave. La gestion des sources ponctuelle de polluants n'a pas réussi à protéger les écosystèmes aquatiques contre les sources diffuses partout dans le monde. L'aquaculture atteint également ses limites en raison de l'impact des polluants, l'intensification entraînant déjà une détérioration dans certaines zones et les contaminants¹.* »

Le mercure

À titre d'illustration, le mercure, qui pollue largement mers et océans, provient essentiellement des rejets de l'industrie (exploitation minière, combustion de déchets...) et se retrouve, dans le milieu aquatique, essentiellement sous la forme de méthylmercure, contaminant certains poissons, principalement la dorade, l'espadon, le marlin, le grenadier, le bar, le requin et le thon.

Et Lars-Eric Heimbürger-Boavida, chercheur CNRS à l'Institut méditerranéen d'océanologie à Aix-Marseille-Université, d'en conclure que « *Nous sommes tous exposés au mercure lorsque nous consommons du poisson, qui est pourtant une bonne source de protéines et d'acides gras (...)* C'est une réelle préoccupation de santé publique ! »

Sur le plan international, la Convention de Minamata sur le mercure (2013) a pour objectif « *non seulement d'améliorer la santé des populations dans le monde entier, mais aussi d'accélérer le passage à une économie plus juste et plus verte. Les populations peuvent bénéficier de technologies qui offrent des solutions performantes et plus sûres leur permettant de bâtir un avenir stable et durable.* » Dès lors, elle vise à « *protéger la santé humaine et l'environnement contre les émissions et rejets anthropiques de mercure et de composés du mercure* ».

Sur le plan européen, le règlement du 17 mai 2017 relatif au mercure rappelle bien quant à lui que « *(...) le mercure est une substance très toxique qui représente une menace majeure à l'échelle mondiale pour la santé humaine, notamment sous la forme de méthylmercure présent dans le poisson et les fruits de mer, les écosystèmes et la faune et la flore sauvages. En raison de la nature transfrontière de la pollution due au mercure, 40 % à 80 % des dépôts totaux de mercure dans l'Union proviennent de l'extérieur de ses frontières. Une action est dès lors justifiée à l'échelon local, régional, national et international².* » Partant, ce règlement a notamment pour vocation de fixer les mesures et conditions applicables à l'utilisation, au stockage et au commerce du mercure, des

1) Matt Landos, Marianna Lloyd Smith et Joanna Immig, « Polluants aquatiques dans les océans et les pêcheries », avril 2021.

2) Règlement (UE) 2017/852 du parlement européen et du conseil du 17 mai 2017 relatif au mercure et abrogeant le règlement (CE) n° 1102/2008.

composés du mercure et des mélanges à base de mercure, ainsi qu'à la fabrication, à l'utilisation et au commerce des produits contenant du mercure ajouté et à la gestion des déchets de mercure afin de garantir un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement contre les émissions et rejets anthropiques de mercure et de composés du mercure.

Au-delà de la pollution au mercure, force est de constater que l'agriculture intensive et les produits ménagers détergents sont également des sources de pollution maritime à part entière, qui ne peuvent qu'inviter ardemment à repenser les modes de consommation.

L'agriculture intensive, facteur indéniable de pollution de l'eau et de la mer

L'agriculture intensive est en effet une des causes majeures de pollution de la mer, essentiellement (mais pas uniquement) du fait des nitrates ou des pesticides.

Les nitrates

Sur le plan européen, et depuis le 12 décembre 1991, la directive dite « nitrates³ » est venue organiser la protection des eaux contre la pollution par les nitrates sur les milieux naturels, fixant deux objectifs principaux qui sont la réduction de la pollution des eaux par les nitrates et la prévention de l'extension des zones de pollution. Sur ce fondement, les États membres doivent notamment :

- désigner des zones vulnérables ;
- établir des programmes d'actions obligatoires pour ces zones et en assurer un suivi effectif ;
- effectuer un suivi de la concentration de nitrates dans les eaux douces et les eaux de surface au sein de stations de prélèvement ;
- établir, tous les quatre ans, un rapport circonstancié sur la mise en œuvre de la directive ;



• accompagner les agriculteurs en leur donnant accès à des formations et à des informations, en leur proposant un guide des bonnes pratiques.

La Commission européenne fournit un rapport tous les quatre ans sur la base des informations nationales qu'elle reçoit ; le dernier rapport date de 2018.

Dans ce document, au titre de l'introduction, la Commission rappelait notamment que : « (...) La directive sur les nitrates contribue à remédier au phénomène des flux d'azote et de phosphore dans la biosphère et les océans, qui a été défini par la communauté scientifique comme constituant l'une des neuf limites planétaires. En outre, les flux de ces éléments nutritifs conjugués à la perte de biodiversité sont deux limites planétaires qui ont déjà été franchies. »

L'enjeu est donc majeur. Partant, les États membres doivent notamment désigner des zones vulnérables. Et sur ce point, le dernier rapport relève notamment que la France n'a pas joué le jeu et qu'une procédure d'infraction a été engagée contre la France et contre sept autres pays.

La Commission conclut notamment que « Les données sur les concentrations de nitrates montrent que la qualité des eaux douces et souterraines s'est légèrement améliorée en 2012-2015 par rapport à la période de référence précédente (2008-2011). Dans le même temps, la situation

varie au sein du territoire de l'Union : pour certains États membres, les programmes d'action donnent de bons résultats et pour d'autres, des mesures supplémentaires sont nécessaires. Globalement et malgré certaines avancées, la surcharge en éléments nutritifs d'origine agricole représente encore l'une des pressions les plus importantes sur le milieu aquatique. Il convient d'y remédier afin d'atteindre le bon statut écologique des eaux, tel qu'établi par la directive-cadre sur l'eau. Tout comme pour la période de référence précédente, aucune conclusion ne peut être tirée quant à l'évolution de l'état trophique en raison du manque de données et des différences dans les méthodologies appliquées par les États membres pour évaluer l'eutrophisation. La Commission estime que l'utilisation d'une méthodologie commune pour évaluer l'eutrophisation serait nécessaire pour une application plus harmonisée de la législation sur l'eau. Il est toutefois possible de conclure que les problèmes de l'eutrophisation subsistent dans de nombreuses régions, notamment dans la mer Baltique », lieu de pêche incontournable, donnant lieu depuis plusieurs années à des réductions de pêche en vue de la reconstitution des stocks de poissons.

3) Directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles.

En droit interne, et non sans peine, la directive « nitrates » a été transposée en droit français. En 2012, la France a été condamnée une première fois pour mauvaise transposition de la directive. Comme indiqué plus haut, une autre procédure d'infraction a été diligentée contre la France. Décidemment, la France n'a pas toujours été un bon élève quand il s'agit de la protection de l'eau et des nitrates.

Pourtant, la question est malheureusement bien connue sur notre territoire, et notamment en Bretagne, qui reste la région de France la plus concernée par la problématique des nitrates, avec notamment 100 % de sa surface classée en zone vulnérable et huit baies particulièrement affectées par les algues vertes. D'après des informations publiques, communiquées par le préfet de la Région Bretagne, 90 % des nitrates recensés dans les « baies algues vertes » étaient d'origine agricole.

Ces données expliquent très certainement le rapport extrêmement critique rendu l'été dernier par la Cour des comptes sur le phénomène des algues vertes en Bretagne, allant jusqu'à pointer un impact « limité » de la politique menée par les acteurs publics pour lutter contre leur prolifération.

Et la Cour des comptes d'en conclure notamment que « *l'évaluation de la politique publique de lutte contre la prolifération des algues vertes montre combien cette politique, axée sur la prévention des fuites d'azote d'origine agricole, a besoin de temps et de constance dans les actions menées. Or, les plans déployés depuis dix ans ont trop souvent manqué d'une telle continuité. Il est donc nécessaire de tout faire pour donner de la stabilité et de la visibilité aux exploitants agricoles ainsi qu'aux élus locaux et aux techniciens des maîtres d'ouvrage des baies, pour ne pas les démobiliser et tirer pleinement parti de leurs efforts sur le terrain. La réussite de cette politique*

dépend de cette mobilisation des acteurs, mais elle requiert de la part des responsables publics une action forte et déterminée pour mettre en œuvre les recommandations et les pistes d'action identifiées au terme de cette évaluation⁴. »

Pourtant, face à la dégradation de la qualité des eaux et à la prolifération d'algues vertes, tristement célèbres depuis le décès d'un employé de la société Nicol Environnement qui, le jour de son décès, avait transporté plusieurs dizaines de tonnes d'algues vertes, et depuis que le tribunal administratif de Rennes a sanctionné l'État français pour ses carences dans la prévention et la lutte contre les algues vertes, le condamnant notamment à verser 556 509 euros à Saint-Brieuc Armor Agglomération, le même tribunal, se prononçant par une décision en date du 4 juin 2021, a laissé quatre mois au préfet de Bretagne pour prendre de nouvelles mesures réglementaires. C'est dans ce contexte qu'a été pris, le 18 novembre dernier (soit au-delà du délai de quatre mois laissé par le tribunal), un arrêté modificatif de l'arrêté du 2 août 2018 établissant le programme d'actions régional en vue de la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole.

Pour ce qui est de la Bretagne, le plan de lutte contre les algues vertes (PLAV) 2022-2027 est en préparation, et le 7^e programme d'action régional « nitrates » (PAR7) mené par le préfet est en cours et couvrira la période 2022-2026. C'est dans ces conditions qu'une concertation s'est déroulée du 27 octobre au 10 décembre dernier, sous l'égide d'une garante désignée par la Commission nationale du débat public. Autant dire que ce 7^e programme est extrêmement attendu, *a fortiori* eu égard au rapport accablant dressé par la Cour des comptes sur le sujet l'été dernier.

Sur le plan national, le programme d'actions national (PAN) nitrates est également en cours : il aurait été finalisé par le

gouvernement et la prochaine étape devrait alors être la consultation du public.

Aussi et d'une manière générale, les pouvoirs publics français ont encore du travail pour mener une action cohérente et efficace en matière de pollution de l'eau (et de la mer) par les nitrates.

Les pesticides

La question des pesticides, et particulièrement du glyphosate, fait l'objet de bien des débats depuis ces dernières années, aussi bien sur terre qu'en mer, et aussi bien en France qu'à l'échelle européenne et même mondiale.

En droit interne, la loi du 6 février 2014, modifiée par une loi du 22 juillet 2015 prévoyait, à compter du 1^{er} janvier 2017, l'interdiction de l'usage des produits phytosanitaires par les personnes publiques (État, collectivités territoriales...), puis par les particuliers, à compter du 1^{er} janvier 2019.

Toutefois, la réglementation demeurait incomplète en ce qu'elle n'interdisait pas l'utilisation de ces pesticides à d'autres catégories de personnes comme les entreprises de gestion des espaces verts qui continuent à utiliser des pesticides (traitement des cours et jardins de copropriétés, voies ferrées ...). Concernant les agriculteurs, la réglementation demeurait lacunaire en ce qu'elle ne prévoyait pas de distances de sécurité suffisantes entre les zones d'épandages et les populations voisines, et que lorsque le gouvernement français s'est enfin décidé à prévoir des distances (ridicules) de sécurité, aucun contrôle ni aucune sanction n'étaient prévus. Autant dire qu'une mesure sans contrôle ni sanction n'en est évidemment pas une.

Désormais, un arrêté du 15 janvier 2021, qui s'appliquera au 1^{er} juillet prochain, pose des mesures de protection des personnes lors de l'utilisation de produits phytopharmaceutiques dans les propriétés privées, les lieux fréquentés par le public et dans les lieux à usage collectif. L'utilisation

⁴ Rapport de la Cour des comptes et de la Chambre régionale des comptes, « Évaluation de la politique publique de lutte contre la prolifération des algues vertes en Bretagne (2010-2019) », juillet 2021.

des pesticides sera désormais interdite dans de nombreux endroits jusqu'à maintenant oubliés par la réglementation, et notamment les propriétés privées à usage d'habitation, y compris leurs espaces extérieurs et leurs espaces d'agrément, les hôtels et les auberges collectives, les parcs d'attraction, ou encore les aérodromes, à l'exception des zones sur lesquelles le traitement est nécessaire pour des motifs de sécurité aéronautique ou de sûreté aéroportuaire (on ne perçoit pas ici en quoi un autre mode de traitement de ces zones ne pourrait pas être utilisé...).

Et si l'on peine à réglementer la question de l'utilisation des pesticides, notamment par les agriculteurs, la cacophonie est tout à fait similaire sur l'épineuse question de l'autorisation de mise sur le marché de tels produits.

En effet, si les autorités françaises s'entêtent à autoriser la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques dont la dangerosité justifiait pourtant de mener en amont différentes études actuellement inexistantes, le juge administratif s'est quant à lui emparé du problème. Malgré tout et à la lumière du principe de précaution, en 2019, le juge administratif a annulé les autorisations de mise sur le marché français des produits phytopharmaceutiques « *Transform* » et « *Closer* » en prenant le soin de rappeler la jurisprudence européenne en matière d'application du principe de précaution⁵. Car en effet, dès qu'il demeure un doute sur la toxicité d'un produit, alors le principe de précaution commande d'en suspendre *a minima* l'utilisation et l'autorisation de mise sur le marché.

Sauf que pour ce qui concerne les pesticides, en réalité, nous ne sommes plus sur le terrain du doute. La toxicité et ses effets néfastes sur l'environnement et sur la santé sont avérés.

Une étude de 2021 réalisée par l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM), établissement public à caractère scientifique et technologique français spécialisé dans la recherche



médicale, intitulée « *Pesticides et effets sur la santé* », affirme : « *Le glyphosate et son métabolite l'AMPA sont des contaminants retrouvés dans les produits alimentaires, des produits agricoles bruts ou des produits transformés.* » Cette étude ne manque pas de relever les risques sanitaires potentiellement associés à l'exposition professionnelle ou environnementale au glyphosate dont le lymphome non-hodgkinien ou le lymphome de Hodgkin, les dommages génotoxiques, les pathologies respiratoires, l'augmentation du risque d'hypothyroïdie retenue chez les hommes applicateurs de pesticides, et bien d'autres. Pour autant, les réglementations ne sont pas suffisantes et les modes de consommation, justifiant une agriculture intensive, doivent urgemment être repensés, pour préserver certes l'environnement et les ressources, mais également pour assurer un droit à la santé pour tous.

Or, terre et mer sont polluées de ces substances dont on peine à se défaire. Car nous le savons depuis longtemps, « (...) du fait de l'emploi généralisé des pesticides, la plupart des populations humaines sont exposées de façon chronique à de faibles concentrations de ces substances par l'intermédiaire des

aliments et de l'eau⁶. » Mais se pose alors plusieurs questions, et notamment : *quid* de la contamination de la pêche par ces pesticides, ou encore *quid* de la qualité des eaux de baignade ? Il semble évident que sur ce point, la réglementation doit évoluer et que des surveillances de la qualité des eaux de mer et de baignade doivent être organisées.

Pollution et produits ménagers

L'agriculture intensive n'est pas la seule source de pollution maritime. L'utilisation de produits ménagers (chimiques) est également une source de pollution des mers et océans. Il arrive parfois, à la mer, d'apercevoir à la surface de l'eau une mousse de couleur marron, ressemblant à de l'écume, mais étant tout à fait autre chose : il s'agirait d'une substance contenant des tensioactifs, des agents dégraissants qui proviendraient des produits ménagers.

Plus précisément, et d'après l'ADEME, la moitié des phosphates rejetés dans les eaux françaises proviennent des produits d'entretien, favorisant la prolifération d'algues, réelle menace pour la biodiversité aquatique.

5) TA Nice, 29 novembre 2019, n° 1704687, 1704689, 1705145 et 1705146, Association Générations Futures et autres.

6) Les pesticides dans les milieux marins tropicaux : tableau de la situation, F.P. Carvalho et R.J. Hance, AIEA BULLETIN, 2/1993.

C'est dans ce contexte de développement des produits ménagers et de leur impact sur l'environnement au sens large, et dans la mer en particulier, qu'un ensemble de dispositions ont été prises au niveau européen et notamment le règlement (UE) n° 259/2012 relatif à l'utilisation de phosphates et d'autres composés du phosphore dans les détergents textiles et les détergents pour lave-vaisselle, le règlement (UE) n° 528/2012 relatif aux produits biocides, ou encore la directive 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits.

Cependant, la réglementation n'est pas encore suffisante, et surtout, comme pour les pesticides, la question est celle de l'autorisation de mise sur le marché de tels produits. En France, et selon les chiffres du ministère de la Transition écologique, les Français achètent plus d'un milliard de produits ménagers par an. Un chiffre d'autant plus hallucinant que les consommateurs ne savent même pas réellement ce qu'ils achètent, ni le degré de toxicité des produits manipulés et rejetés dans l'eau ou dans l'air.

Nul doute que l'utilisation des produits d'entretien est à encadrer encore davantage afin d'en limiter l'impact dans l'air et dans la mer, et que les méthodes d'entretien sont à repenser urgemment.

La pollution marine aux hydrocarbures : le fléau des marées noires

Les effets d'une pollution aux hydrocarbures sur le milieu marin sont à la fois physiques (étouffement des habitats et engluements) et toxiques (contamination chimique). Même si la gravité de la contamination est soumise à des variables (types d'hydrocarbures concernés, météo, lieu), la faune et la flore en sont indéniablement affectées.

Une distinction est à opérer selon qu'il s'agit d'une pollution aux hydrocarbures lourds,

dont les conséquences avant tout physiques entraînent un étouffement des organismes, ou d'une pollution aux hydrocarbures légers, pouvant également être toxiques pour les écosystèmes⁷.

Ce sont chaque année près de 350 000 tonnes d'hydrocarbures qui sont déversés dans les mers, en plus d'1,5 million de tonnes de produits pétroliers⁸. Nous avons tous en tête des photos de plages polluées d'huile noire et d'animaux marins échoués. De même, les noms « Amoco Cadiz », « Torrey Canyon » ou encore « Erika », pour ne citer qu'eux, nous sont familiers. Ils correspondent effectivement à des affaires environnementales de pollutions marines aux hydrocarbures particulièrement complexes qui ont permis un renforcement du droit de l'environnement aux fins de réprimer efficacement ces atteintes.

L'affaire de l'Amoco Cadiz renvoie à la marée noire la plus importante connue par la Bretagne⁹. L'échouage du navire pétrolier libérien sur les côtes bretonnes a eu lieu le 16 mars 1978. La marée noire qui en a résulté a touché près de 400 kilomètres de côtes. À l'époque de l'affaire, il n'existait que la Convention de 1969 relative à la responsabilité civile pour les hydrocarbures. En outre, les voies judiciaires envisageables à l'époque n'offraient pas d'opportunité satisfaisante. Cette affaire a donné lieu à deux procès à Chicago, l'un en 1978, l'autre en 1992. Elle a marqué une grande victoire pour le droit de l'environnement, puisqu'elle a été la seule à aboutir et a institué la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux poursuivis pour des infractions environnementales.

Le déversement et la pollution par hydrocarbures sont sanctionnés par des normes internationales, européennes, nationales et régionales. Le droit pénal réprimant la pollution par hydrocarbures s'est développé au gré des catastrophes pétrolières. D'ailleurs, la pollution par hydrocarbures a été la première à faire l'objet d'une réglementation internationale prévoyant des sanctions pénales. Le droit national

réprime aussi bien le rejet intentionnel que non-intentionnel d'hydrocarbures en mer. Diverses conventions, sans qu'il soit possible de les lister de façon exhaustive¹⁰, prévoient en outre les mesures pouvant être prises en cas d'atteinte :

- la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures de 1969 permet aux États parties de prendre toute mesure nécessaire pour prévenir, atténuer, ou éliminer les dangers graves de pollution par hydrocarbures ;
- la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (Marpol) de 1973 vise toute pollution causée par les navires, que cela provienne de produits chimiques, d'hydrocarbures ou de déchets, prévoyant entre autres une réduction significative des quantités d'hydrocarbures pouvant être rejetées à la mer par des navires et allant jusqu'à interdire les rejets dans certaines zones ;
- la Convention de Barcelone pour la protection de la Méditerranée de 1976 prévoit un mécanisme de coopération entre États pour réduire les dommages résultant d'une pollution en Méditerranée ;
- la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, dite convention de Montego Bay de 1982 confirme l'engagement des États à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires.

Il convient également d'évoquer les trois « Paquets Erika » des 21 mars 2000, 6 décembre 2000 et 23 avril 2009, qui sont la conséquence directe de la catastrophe de l'Erika survenue le 12 décembre 1999. Le navire-citerne Erika battant pavillon maltais s'est échoué au sud de la pointe de Penmarch en Bretagne en raison d'une défaillance de sa structure, ce qui a occasionné une pollution marine dont la société Total a été reconnue coupable¹¹. Cette affaire a également été l'occasion de reconnaître le préjudice écologique, et donc aboutir à un changement

7) Les effets des pollutions aux hydrocarbures sur l'environnement marin, EuroSorb, 27 août 2018.

8) La pollution des océans, sur www.conservation-nature.fr

9) Nos batailles pour l'environnement, 50 procès, 50 ans de combats, Corinne Lepage et Christian Huglo, Actes Sud, 2021.

10) Pollution marine par hydrocarbures, fasc. 1148, Henri R. Najjar, 3 juillet 2018.

11) CA de Paris, 30 mars 2010, 08/02278 – Cour de cassation, chambre criminelle, 25 septembre 2012, Commune de Batz-sur-Mer et autres contre Total, 10-82 938.

de la loi civile. Ces paquets ont créé une Agence européenne pour la sécurité maritime afin d'aider la Commission à élaborer une législation européenne relative à la sécurité maritime et la prévention de la pollution. À la suite du naufrage de l'Erika, des juridictions spécialisées ont été créées pour connaître des infractions en matière de pollution générée par des rejets de navires.

Le Code de l'environnement a, une première fois, été mis à jour par la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires. L'objectif était évidemment de sanctionner les infractions à la Convention Marpol. Cette loi a été abrogée, et depuis lors, la loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances est venue compléter le Code de l'environnement.

Ainsi, la pollution des mers et des océans aux hydrocarbures est encadrée et réprimée par un arsenal de normes juridiques. Et le sujet concerne d'autant plus la France, qui, en plus de disposer de centaines de kilomètres de littoral, est une ouverture clé sur la Méditerranée. Chaque jour, des centaines de milliers de navires se croisent sur cette mer historique, qui demeure aujourd'hui une des voies maritimes les plus fréquentées du monde.

Créé le 11 décembre 1976, le Centre régional de lutte contre la pollution par les hydrocarbures (ROCC), devenu le Centre régional Méditerranéen pour l'intervention d'urgence contre la pollution marine accidentelle (REMPEC) depuis 1989, ne cesse de fonctionner. D'ailleurs, une Stratégie régionale pour la prévention et la lutte contre la pollution marine provenant des navires (2016-2021) a été adoptée en 2015. À titre d'illustration, si, comme nous l'avons vu plus avant, les rejets d'exploitation en mer par les navires sont réglementés, essentiellement en vertu de la Convention Marpol, de nombreux navires procèdent encore à des rejets illicites. Ils



© Stocnie / LESIK OLEKSANDR

doivent être poursuivis et sanctionnés. Avec l'adoption du Protocole Prévention et situations critiques en 2002, le REMPEC s'ingénie à développer des systèmes de surveillance et de contrôle de la pollution marine dans la région. Il est bien évident que le fléau de la pollution maritime aux hydrocarbures ne sera significativement réduit que si les contrôles de rejets illicites se multiplient, que la technologie relative aux moyens de contrôle avance, et si des sanctions extrêmement dissuasives sont prévues (et appliquées).

La pollution plastique maritime : vers la multiplication des continents plastiques

La pollution plastique de nos océans est un véritable fléau d'une incroyable ampleur. Chaque année, ce sont environ 8 millions de tonnes de plastiques qui sont rejetées dans les eaux terrestres avant d'arriver, pour la grande majorité, dans les mers et les océans. Ce chiffre, révélé par la Fondation Ellen MacArthur, correspond à l'équivalent d'un camion poubelle déchargé en mer toutes les minutes¹².

WWF a publié un rapport le 8 février 2022 relatif à l'impact de la pollution plastique en mer dans lequel elle affirme : « Cette contamination atteint toutes les parties des océans, de la surface aux grands fonds marins, des pôles aux côtes des îles les plus isolées, du plus petit plancton à la plus grosse baleine¹³. »

Les plastiques à usage unique, interdits au sein de l'Union européenne par une directive en application depuis le 3 juillet 2021, représentent à eux seuls entre 60 et 95 % de la pollution marine¹⁴. Ces plastiques se dégradent ensuite lentement jusqu'à devenir des « nanoplastiques ». Par conséquent, même si plus aucun plastique n'arrivait dorénavant dans l'océan, la quantité de nanoplastiques continuerait à augmenter, et serait multipliée par deux d'ici à 2050. Or, loin de ce scénario « idéal », WWF prévoit que les déchets plastiques dans l'océan devraient être multipliés par quatre !

En outre, il convient de mettre un terme à une idée reçue : aucun plastique n'est parfaitement biodégradable. Le plastique reste dans l'océan pendant des centaines d'années. D'ici à 2040, le poids des déchets plastiques rejetés dans la mer sera équivalent au poids de 3 millions de baleines bleues, soit 600 millions de tonnes. Ainsi,

12) Voir Contre le plastique en mer, sur www.gouvernement.fr

13) Impacts of plastic pollution in the oceans on marine species, biodiversity and ecosystems, WWF, 8 février 2022.

14) *Reporterre*, Les océans étouffent sous le plastique, par Gaspard d'Allens, 9 février 2022.

les plastiques supplantent peu à peu les poissons dans les océans.

Afin d'agir contre cette pollution, le Parlement européen a adopté une résolution le 24 mars 2021 dans laquelle il appelle à adopter des mesures drastiques.

Les députés européens soulignent que les microplastiques et les nanoplastiques sont une menace tant pour la biodiversité que pour la santé humaine et le secteur de la pêche. Ils proposent différentes mesures, dont l'accélération du développement de l'économie circulaire, l'optimisation du recyclage des déchets marins et la suppression des emballages en polystyrène expansé.

Il s'agira de lutter contre le phénomène des « engins fantômes » perdus ou abandonnés en mer grâce à une cartographie. Il faut développer des navires de pêche respectueux de l'environnement. Il est également nécessaire que les États membres adoptent la directive sur le marquage des engins de pêche de l'ONU. Le principe pollueur-payeur verra son application renforcée par la responsabilité élargie des producteurs : les coûts de collecte des filets perdus dans les océans seront supportés par les fabricants et non par les pêcheurs. Enfin, les députés européens appellent à améliorer la recherche scientifique autour des répercussions des déchets marins sur les écosystèmes.

Ainsi, nul ne peut fermer les yeux sur les conséquences désastreuses de cette accumulation de plastiques dans nos mers et nos océans. Cette pollution, en plus d'être responsable de la destruction des écosystèmes marins, a des conséquences sur la santé humaine car nous sommes également amenés à ingérer du plastique. Enfin, la pollution plastique représente un coût considérable, tant pour les collectivités qui ont la charge de nettoyer les plages, que pour le secteur de la pêche, fortement affecté lui aussi.

Les impacts sur la biodiversité et les écosystèmes marins

Environ 18 tonnes de plastique sont déversées chaque minute dans les mers et les océans. À l'heure actuelle, cela a déjà porté atteinte à près de 88 % des espèces marines¹⁵. De nombreuses photos ont circulé dans les médias pour nous alerter sur les conséquences de cette pollution plastique sur la faune marine. Le citoyen a donc pu voir, entre autres, des tortues avec des cotons-tiges dans le nez ou des baleines avec l'estomac rempli de plastique, et s'en émouvoir.

Aujourd'hui, nul ne peut dire qu'il ignore totalement l'impact direct des rejets plastiques sur la biodiversité : les étouffements, les gyres océaniques, les vagues de déchets arrivant sur les plages, ou encore les captures d'animaux marins dans les filets échoués au fond de l'eau. Ces captures par enchevêtrement ont été enregistrées chez plus de 270 espèces, tant des mammifères, que des oiseaux, des poissons ou encore des reptiles.

D'où que proviennent ces déchets, ils polluent les écosystèmes côtiers, comme les mangroves, les récifs coralliens et les herbiers, avant d'être emmenés au large. Selon les estimations, seul 1 % des déchets plastiques reste à la surface de l'eau. Les autres coulent et s'attaquent aux fonds marins. Ces déchets sont facilement déplacés par les courants océaniques, les marées et les vents, et ils se retrouvent partout : dans les sédiments, les colonnes d'eau et à la surface de l'eau.

Toutes les espèces sur Terre ont vu leur environnement naturel modifié par nos déchets, de la banquise Arctique à la fosse des Mariannes. Géographiquement, aucune zone ne semble avoir été totalement épargnée. La Méditerranée est par ailleurs tellement confrontée à cette pollution qu'elle a atteint ses limites de quantité absorbable. Qu'advient-il alors des déchets non absorbés ? Ils finissent, pour beaucoup,

par être ingérés par les animaux. De nombreux tests scientifiques ont été réalisés à ce sujet. En 2021, sur 555 espèces testées, 386 avaient ingéré du plastique ! Les experts estiment que près de 90 % des oiseaux marins et 52 % des tortues, sans compter les poissons, seraient touchés. Cette ingestion de plastique peut évidemment bloquer le système digestif et provoquer la mort, mais également impacter la reproduction de la faune aquatique. Des études ont été réalisées au sujet des mollusques filtrant l'eau de mer pour se nourrir, et ont établi que l'ingestion de plastique pouvait causer de grandes modifications biologiques de l'animal. Ainsi, les capacités reproductives sont elles aussi affectées.

Ces déchets peuvent aussi être des vecteurs pour le développement des espèces marines envahissantes, ce qui affecte considérablement les écosystèmes. Les fragments de plastiques permettent à certaines espèces de s'accrocher pour être transportées au large. Elles prennent ensuite la place des espèces déjà présentes et se reproduisent. Or, tout écosystème est fragile et l'introduction d'une nouvelle espèce présente un risque de déséquilibre et d'impact sur la faune marine. Cela a par exemple été observé avec une sorte d'araignée d'eau qui s'est reproduite à l'aide des déchets plastiques présents en surface.

Selon une étude¹⁶, une augmentation de la quantité de plastique en surface entraînerait inmanquablement une explosion du nombre de ces araignées. Or, celles-ci se nourrissent d'œufs de poissons et de phytoplanctons. Par conséquent, comme le résume Eirik Lindebjerg¹⁷, responsable du dossier plastique chez WWF, « nous atteignons un point de saturation pour les écosystèmes marins qui fait peser une menace non seulement sur des espèces données, mais affecte tout l'écosystème. (...) Ce que nous montrons dans ce rapport c'est qu'il y a une limite à la pollution que peuvent absorber nos écosystèmes. »

15) *Ibid.*

16) Étude Goldstein et collaborateurs, 2012, *Biology letters*.

17) Pour le WWF, il faut s'attaquer d'urgence à la pollution plastique marine, *France Info*, 8 février 2022.

Mais la biodiversité marine n'est pas la seule victime de la pollution plastique, la santé humaine n'est pas épargnée.

Les impacts sur la santé humaine : nous mangeons ce que nous polluons

D'après une étude réalisée par l'université australienne de Newcastle¹⁸, un être humain ingérerait jusqu'à 5 grammes de plastique par semaine, ce qui correspond à la quantité de plastique contenue dans une carte bancaire ! Ce rapport explicite les voies par lesquelles ce plastique pénètre notre organisme : par l'air que nous respirons, les aliments que nous mangeons et l'eau que nous buvons.

L'être humain est une victime de la pollution aux microplastiques, qui sont des particules de moins de 5 mm de diamètre. Les microplastiques primaires sont des plastiques libérés directement dans l'environnement sous la forme d'infimes particules. *A contrario*, les microplastiques secondaires proviennent de la dégradation des déchets plastiques plus imposants.

Ces microplastiques se trouvent partout. Différentes études mettent en évidence une liste de boissons et d'aliments contenant des particules de plastique : les fruits de mer, le sel, la bière et l'eau sont concernés. La contamination de l'organisme s'opère prioritairement par l'eau potable car du plastique se trouve dans toutes les eaux (du robinet ou en bouteille, souterraine ou de surface). Toutefois, toutes les régions du monde ne sont pas touchées à la même échelle par la contamination des eaux : l'eau américaine contient deux fois plus de particules plastiques que l'eau européenne¹⁹. Les fruits de mer représentent quant à eux jusqu'à 0,5 gramme de plastique par semaine. Concernant notre alimentation, WWF révèle qu'un cinquième des sardines en conserve et un tiers des cabillauds issus de la mer du Nord contiendraient des microplastiques. Les microplastiques se trouvent aussi dans l'air que nous respirons, bien que cela soit presque



négligeable en comparaison de ce que nous ingérons dans le cadre de notre alimentation. Toutefois, l'exposition aux microplastiques présents dans l'air varie en fonction du mode de vie et de la qualité de l'air local. Des microplastiques ont été trouvés par les scientifiques au sommet des Pyrénées et dans le sud de la France ; peu d'espaces échappent donc aux microplastiques²⁰.

Les effets de l'ingestion de microplastiques sur la santé humaine ne sont pas encore connus avec précision, mais de nombreuses études sont consacrées à ce sujet. Cependant, nous savons déjà que l'inhalation de microplastiques peut inflammer les voies respiratoires. En outre, des tests réalisés *in vitro* ont démontré que cela présentait des risques pour les poumons, le cerveau et le foie²¹.

La présence des additifs et des pigments dans les résidus plastiques favoriserait le développement de cancers et aurait un impact sur la fertilité²². En outre, comme l'explique le rapport de WWF et de l'université de Newcastle, « *les microplastiques en suspension dans l'air peuvent également transporter des polluants provenant du milieu environnant. En milieu urbain, ils peuvent transporter des HAP (molécules présentes dans le charbon et le goudron) et des métaux* ».

Par conséquent, si l'on ne connaît pas encore avec exactitudes les risques que ces ingestions et inhalation de plastiques représenteront pour la santé humaine, différentes études laissent à penser que cela n'est pas anodin et constituera dans les années à venir un véritable problème de santé publique.

Last but not least, la pollution marine occasionne des coûts très importants, tant pour les collectivités chargées de nettoyer les plages que pour le secteur de la pêche.

Les impacts sur l'économie

Dans beaucoup de situations, la prévention s'avère bien moins coûteuse que la réparation. La pollution plastique ne fait évidemment pas exception à la règle. Nettoyer les océans est une opération extrêmement coûteuse et délicate. Il serait bien moins cher d'agir en amont pour éviter un tel déversement de déchets dans la mer. Il conviendrait d'agir en développant les infrastructures de gestion de déchets car ce ne sont pas moins de 87 % des déchets mal gérés qui se retrouvent ensuite dans la nature.

18) WWF avec l'université de Newcastle, De la nature aux humains : jusqu'où iront les plastiques ? Revue des études existantes sur l'ingestion de plastique par les humains, 2019.

19) Mary Kosuth, Sherri A. Mason, Elizabeth V. Wattenberg, Anthropogenic contamination of tap water, beer, and sea salt, 2018 (<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0194970>). Résultats basés sur 159 échantillons contenant des microplastiques d'une taille > 100 µm.

20) S. Allen et al, Atmospheric transport and deposition of microplastics in a remote mountain catchment, Nature Geoscience, 2019.

21) GESAMP. Sources, fate and effects of microplastics in the marine environment: part two of a global assessment. Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection, 2015.

22) Melzer, David, et al, Association of urinary bisphenol a concentration with heart disease : evidence from NHANES 2003/06, PLoS one 5.1, 2010.

Le coût de la pollution marine provoquée par les plastiques sur les écosystèmes, le tourisme et la pêche est évalué au minimum à 13 milliards de dollars chaque année selon l'ONU. Tout d'abord, cette pollution représente un coût écosystémique important. Des études ont souligné que la dégradation des écosystèmes marins par la pollution plastique représenterait un coût de 3 100 milliards de dollars. À titre de comparaison, le coût environnemental associé aux émissions de CO₂ représente environ 171 milliards de dollars²³.

Ensuite, les finances des collectivités locales pâtissent largement de cette pollution. Le coût du nettoyage des incivilités sur les plages est conséquent et pèse lourdement sur le budget local toute l'année²⁴. Frédéric Gerbier, directeur général des services de la commune de Valras-Plage, souligne que le nettoyage des plages de la commune, autrefois assuré par un service rattaché à la préfecture maritime, avec des engins départementaux, est désormais pris en charge par la commune en régie. Cela occasionne des coûts de carburants et de paiements des salaires des saisonniers qui s'en occupent, sans compter les coûts d'amortissement du matériel. À Saint-Jean de Luz se dresse le même constat : le nettoyage des 2 300 m² de plages nécessite d'importantes dépenses de personnels et de matériels, notamment pour financer l'utilisation des bateaux permettant de récupérer les déchets en mer. Que le nettoyage soit assuré en régie par la collectivité ou délégué à une entreprise privée, cela engendre des surcoûts considérables.

C'est pourquoi, en plus d'évidentes préoccupations écologiques, une charte d'engagement intitulée « Plages sans déchet plastique, pour des communes littorales éco-exemplaires » a été publiée par le ministère de la Transition écologique pour diminuer ces coûts. Constituée en



15 points, elle s'inscrit dans le cadre du projet zéro plastique pour 2025²⁵. René Heuzet, fondateur d'Un Océan de vie, affirme : « C'est une très bonne chose d'avoir mis en place cette charte. Cela montre une prise de conscience de la part des élus, et c'est déjà un bout de chemin parcouru. Il faut maintenant voir jusqu'où on peut aller. » Le texte charte se décompose en trois parties : l'une consacrée à la sensibilisation du public, une autre consacrée à la prévention, et une dernière consacrée au ramassage « raisonné » grâce à l'aide des citoyens. Les villes et communes signataires de cette charte bénéficieront du label « plage sans plastique ». Toutefois, il s'agit évidemment d'une charte non contraignante, ce qui en limite nécessairement la portée.

Le secteur de la pêche est également affecté : ce dernier perdrait entre 1 et 5 % de ses revenus à cause de la pollution des mers²⁶. En effet, les pêcheurs remontent régulièrement, en plus du poisson, bon nombre de déchets plastiques dans leurs filets de pêches. Cela a nécessairement un impact sur leur activité.

La Méditerranée est encore une fois un bon exemple de ce que la pollution peut faire à ce secteur. En effet, 80 % de la pêche

provient de la pêche artisanale effectuée le long des côtes. Or, la pollution, en plus d'autres facteurs, entraîne une forte raréfaction des ressources en poisson.

Par conséquent, comme l'exprime parfaitement Pierre Cannet, Directeur du plaidoyer du WWF France : « La pollution plastique est en train d'étouffer nos océans. Ce sont 600 000 tonnes de déchets déversés chaque année en Méditerranée ! Et chaque kilo de plastique nous coûte aujourd'hui 10 fois plus cher à gérer qu'à fabriquer. Face à ce coût caché du plastique, il est urgent d'enrayer cette crise de la pollution plastique, pour la nature et pour la société. Or cette crise est encore hors des écrans radars de gouvernance²⁷. »

Pour lutter contre ce fléau aux conséquences multiples, il faut mettre en place des politiques systémiques à échelle mondiale. Les réformes législatives isolées de chaque pays ne sont, semble-t-il, pas assez efficaces ; une action globale doit être pensée à échelle planétaire pour enrayer le phénomène et nettoyer nos mers et océans.

2022-8462

23) Les coûts environnementaux des plastiques dépassent largement leur valeur marchande, selon le WWF, Philippe Collet, Actu-environnement, 8 septembre 2021.

24) Sur la plage, la lourde facture des incivilités, Pascale Tessier, La Gazette des communes, 29 septembre 2021.

25) Des plages sans plastique, c'est possible ? Juliette de Guyenro, Géo, 13 août 2019.

26) Contre les déchets en mer, l'ancienne navigatrice Catherine Chabaud mobilise le Parlement européen, Ouest-France, 25 mars 2021.

27) Dans un nouveau rapport, le WWF révèle que le coût réel du plastique est 10 fois plus élevé que son coût de production, www.wwf.fr 6 septembre 2021.

Les aires marines protégées, un outil de préservation efficace de la biodiversité marine ?



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Les eurodéputés ont écarté, le 3 mai 2022, la proposition d'interdire le chalutage de fond dans les aires marines protégées de l'Union européenne.

Cette technique de pêche est controversée. Elle est d'une part non sélective sur les espèces pêchées, et d'autre part dommageable pour les herbiers et autres habitats marins, comme le précise l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER). En toile de fond, c'est donc la question d'assurer une protection renforcée dans les aires marines protégées de l'Union européenne, au détriment d'une technique de pêche, qui se posait.

Une aire marine protégée (« AMP ») est un espace délimité en mer qui répond à des objectifs de protection de la nature à long terme. Y interdire une pratique de pêche pour des raisons de préservation de la biodiversité marine apparaissait donc légitime.

La proposition en question semblait au surplus parfaitement s'inscrire dans la stratégie biodiversité lancée en 2020 par la Commission européenne. L'Union européenne s'est notamment donné pour ambition de protéger 30 % des terres et des mers d'ici 2030 ; dont un tiers de façon renforcée afin d'enrayer le déclin des espèces. Cet objectif est aussi mondial, et il n'est bien sûr pas nouveau. Il résulte des engagements pris en application de la Convention sur la diversité biologique adoptée lors du Sommet de la Terre à Rio de Janeiro le 5 juin 1992. La stratégie adoptée par les États parties en 2010 à Aichi visait ainsi notamment à « Améliorer l'état de la biodiversité en sauvegardant les

écosystèmes, les espèces et la diversité génétique. » À cette fin, les parties se sont fixé cet objectif : « D'ici à 2020, au moins 17 % des zones terrestres et d'eaux intérieures et 10 % des zones marines et côtières, y compris les zones qui sont particulièrement importantes pour la diversité biologique et les services fournis par les écosystèmes, sont conservées au moyen de réseaux écologiquement représentatifs et bien reliés d'aires protégées gérées efficacement et équitablement et d'autres mesures de conservation efficaces par zone, et intégrées dans l'ensemble du paysage terrestre et marin » (objectif numéro 11 d'Aichi).

Le rejet de cette proposition d'interdiction du chalutage de fond en AMP par le Parlement européen met en évidence l'ambivalence de ces zones : préserver la biodiversité marine et les activités économiques dont elles sont le siège. Se pose dès lors la question de leur efficacité pour la protection et la préservation de la biodiversité.

L'honnêteté intellectuelle impose de souligner que le Parlement européen a, le même jour, entériné le principe d'interdire les activités extractives industrielles dans les aires marines protégées. Néanmoins, il reste que la conclusion de la Cour des comptes européenne dans son rapport de novembre 2020 est toujours d'actualité : les aires marines protégées offrent une protection étendue de la biodiversité mais superficielle (Cour des comptes européennes, rapport spécial 26/2020 du 26 novembre 2020). Les négociations sur le projet de Convention sur la protection de la biodiversité en haute-mer sont à ce titre cruciales.

Une protection étendue du milieu marin

L'AMP, un outil universel de préservation de la biodiversité

Les aires marines protégées trouvent leur origine aussi bien dans les traités internationaux que dans les réglementations nationales. Cet outil est ainsi utilisé par de nombreux États.

Il serait fastidieux d'entreprendre un inventaire à la Prévert des différents types d'AMP existants de par le monde. Cependant, l'exemple de la France est éclairant sur la diversité que recouvre cette notion. Celle-ci dispose en effet du deuxième espace maritime mondial derrière celui des États-Unis. Ce patrimoine marin exceptionnel s'étend sur 10 millions de km² et se répartit sur tous les océans à l'exception de l'Arctique. Il inclut notamment des récifs coralliens et des atolls. 10 % de la diversité mondiale des espèces marines est présente en outre-mer. Cette étendue géographique se traduit par un large éventail d'AMP.

L'article L. 334-1 du Code de l'environnement liste les différentes catégories d'AMP en France et dans les zones sous juridiction française. Il y en a onze dont dix qui correspondent à des zonages purement nationaux ou européens :

- les parcs nationaux comportant une partie maritime ;
- les réserves naturelles comportant une partie maritime ;
- les arrêtés de biotope comportant une partie maritime ;
- les parcs naturels marins ;

- les sites Natura 2000 comportant une partie maritime ;
- les parties maritimes du domaine appartenant au Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres ;
- les zones de conservation halieutique ;
- les parcs naturels régionaux comportant une partie maritime ;
- les réserves nationales de chasse et de faune sauvage ;
- les aires marines protégées prévues par les Codes de l'environnement de la Polynésie française, des provinces de Nouvelle Calédonie et de Wallis et Futuna.

Une dernière catégorie recouvre toutes les aires désignées en application d'instruments internationaux :

- les biens inscrits sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO (Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972) ;
- les réserves de biosphère (Résolution de l'UNESCO du 14 novembre 1995) ;
- les zones humides d'importance internationale (Convention Ramsar du 2 février 1971) ;
- pour la Méditerranée : les aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne (Convention de Barcelone du 10 juin 1995) ;
- pour l'océan Atlantique du Nord-Est : les zones marines protégées de la convention de Sintra du 23 juillet 1998 ;
- pour l'océan Atlantique région des Caraïbes : les zones spécialement protégées en application de la convention de Carthage du 24 mars 1983 ;
- pour l'océan indien : les zones spécialement protégées de la convention de Nairobi du 21 juin 1985 ;
- pour l'Antarctique : les zones spécialement protégées par le traité de Madrid du 4 octobre 1991 ;
- pour le Pacifique Sud : les zones protégées par la Convention d'Apia du 12 juin 1976.

Les AMP peuvent ainsi n'être applicables qu'au milieu marin ou plus généralement à tout type de milieu naturel.

En juillet 2019, 23,5 % des eaux françaises étaient couvertes par au moins une AMP. 546 aires marines protégées avaient été créées en métropole et outre-mer dans un objectif de mettre en place un véritable réseau

d'aires marines protégées afin d'obtenir un effet de protection et de gestion, à l'échelle des éco-régions et pas seulement au niveau local (Stratégie nationale de création et de gestion des aires marines protégées, Synthèse, septembre 2015). L'objectif fixé par la stratégie nationale pour la Création et la gestion des aires marines protégées étaient ainsi atteint.

Le plan d'action pour 2021-2023 de la stratégie nationale pour les aires protégées 2030 vise une couverture par AMP de 30 % des espaces maritimes et l'instauration d'une protection renforcée pour 10 % de ces zones. 1 million de km² de zones marines seraient ainsi protégés par la réglementation française en 2023. On voit ainsi que les AMP offrent une protection géographiquement étendue. Se pose maintenant la question de la consistance de cette protection.

L'AMP, un outil qui peut permettre une protection renforcée du milieu marin

Aux termes de la Stratégie nationale de création et de gestion des aires marines protégées, chaque type d'AMP a un régime qui lui est propre et répond à une ou plusieurs des finalités suivantes :

- le bon état des espèces et habitats à statut, patrimoniaux ou méritant de l'être ;
- le bon état des espèces et habitats hors statut ;
- le rendu de fonctions écologiques clefs (frayères, nurseries, productivité, repos, alimentation, migration) ;
- le bon état des eaux marines ;
- l'exploitation durable des ressources ;
- le développement durable des usages, ;
- le maintien du patrimoine maritime culturel ;
- la valeur ajoutée (sociale, économique, scientifique, éducative).

Par exemple, les zones de conservation halieutique ont pour finalité l'exploitation durable de la ressource. Il s'agit ainsi d'un outil destiné aux cas de dégradation d'une ressource dont l'exploitation présente une incidence certaine et qu'il faut restaurer afin de rétablir les prélèvements.

Les AMP n'ont ainsi pas pour unique objet de

préserver la biodiversité marine. Néanmoins, certaines d'entre elles permettent d'instaurer une protection renforcée en y restreignant fortement les activités humaines. C'est le cas des cœurs de parcs nationaux ou des réserves naturelles.

La création d'une réserve naturelle nationale peut ainsi soustraire certains espaces à toute intervention artificielle susceptible de les dégrader dans l'objectif d'assurer la préservation d'espèces ou d'habitats en voie de disparition et de les reconstituer (articles L. 332-1 et suivants du Code de l'environnement). Il est notamment possible d'y créer des zones de protection renforcée où sont interdites de nombreuses activités humaines allant de la pêche aux activités touristiques, comme l'escalade ou même la marche à pied.

La jurisprudence a en outre considéré que pouvaient être classées en réserve naturelle nationale non seulement les parties du territoire au sein desquelles la conservation des espèces ou du milieu naturel revêt une importance particulière, mais également les zones qui contribuent directement à la sauvegarde de ces parties du territoire, « en particulier lorsqu'elles en constituent, d'une point de vue écologique, une extension nécessaire ou qu'elles jouent un rôle de transition entre la zone riche en biodiversité et le reste du territoire » (CE., 3 juin 2020, Association Amis du banc d'Arguin du bassin d'Arcachon, req. n° 414018). Cette protection de la biodiversité peut ainsi s'étendre à l'écosystème « indirect » d'espèces en situation critique.

Par ailleurs, cette protection resterait lettre morte si elle n'était pas assortie de contrôle et de sanctions. Le non-respect de la réglementation applicable à la zone protégée expose ainsi les contrevenants à des sanctions et à l'obligation de réparer le préjudice écologique causé (voir notamment : tribunal correctionnel de Marseille, 6 mars 2020, n° 1833000441).

Enfin, un mécanisme économique pourrait également venir renforcer la préservation du milieu marin dans ces zones. La loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ouvre en effet la possibilité d'attribuer des crédits carbone au titre du label « Bas-Carbone » pour des projets en faveur des AMP.

Il reste que les AMP sont insuffisantes pour assurer la nécessaire protection de la biodiversité marine.

Une protection superficielle de la biodiversité marine

Un outil de protection aux limites certaines

Au regard de l'objectif de protection de la nature à long terme, les AMP présentent plusieurs limites qui amènent à conclure à une protection insuffisante.

Tout d'abord, intrinsèquement, l'objet même d'une AMP n'est pas nécessairement la préservation et la protection de la biodiversité. Celle-ci doit le plus souvent se conjuguer avec d'autres intérêts qui induisent une pression, souvent forte, sur l'écosystème marin. C'est le cas évidemment de la pêche qui puise dans les ressources et peut endommager les fonds marins. Il s'agit d'une première limite à une protection effective de la biodiversité.

Ensuite, si en théorie il est possible d'instaurer une protection forte de la nature dans certaines AMP, en pratique, la réalité est malheureusement moins effective.

L'accès aux espaces protégés est en règle générale libre et gratuit, aussi, le financement de la gestion des AMP provient majoritairement de crédits de l'État et de collectivités. Or, l'administration en charge de la gestion des AMP n'échappe pas au manque de moyens qui touche plus généralement les services en charge d'assurer le respect des règles destinées à protéger l'environnement. Quelques chiffres permettent d'illustrer le propos, l'effectif des inspecteurs de l'environnement tourne autour de 1 200 personnes, celui de la Police nationale et de la Gendarmerie s'élève lui à plus de 250 000 personnes. Malheureusement, sans contrôle, il est matériellement très délicat de faire respecter les règles applicables au sein des AMP. C'est la seconde limite à une protection effective de la biodiversité marine. Valoriser les services rendus par les AMP, comme l'envisage le plan d'actions 2021-2023 de la stratégie nationale pour les aires protégées 2030, serait à n'en pas douter une amélioration.



Il faut également souligner que plusieurs types d'AMP peuvent se superposer sur un même territoire, comme par exemple un parc naturel marin et des réserves naturelles. La cohérence des actions menées au sein de ces différentes zones est primordiale sans pour autant aller de soi en présence d'acteurs gestionnaires différents. Il s'agit d'une autre limite à l'efficacité des AMP.

On relèvera enfin que ces AMP sont en fait des parties fragmentées d'un ensemble écologique bien plus vaste. La préservation effective de la biodiversité marine passe ainsi par l'application d'un régime de protection qui s'étend à la haute-mer.

De la nécessité d'un instrument international juridiquement contraignant pour préserver la biodiversité marine en haute-mer

La haute-mer, aussi appelée « eaux internationales », représente plus de la moitié de la surface planétaire et 64 % des océans. Elle connecte de nombreuses AMP. Elle est pourtant encore une zone de non droit.

La convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 se limite ainsi, à son endroit, à définir des règles régissant l'exploitation des sols et sous-sols marins. Il faut souligner que si elle impose aux États parties une obligation de préserver et de protéger le milieu marin, celle-ci est bien trop générale pour être utilement

invoquée. Il ne peut, par exemple, y être institué d'AMP.

C'est pour combler ce vide juridique qu'une proposition a été adoptée en 2015 à l'Assemblée générale de l'ONU d'élaborer un instrument juridique contraignant portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité en haute-mer, dans les zones marines situées au-delà des juridictions nationales.

Ces négociations portaient sur les quatre thématiques suivantes :

- la gestion et le partage des ressources génétiques marines ;
- la création d'outils de gestion et notamment d'AMP ;
- la réalisation d'études d'impact sur l'environnement pour les activités qui y seront exercées comme par exemple la pose de câbles sous-marins ;
- le renforcement des capacités et le transfert de technologies marines.

La création d'AMP en haute-mer aurait pour objet d'écartier dans leur périmètre le principe de liberté de navigation. Cette thématique met en exergue deux conceptions qui s'opposent dans les instances de négociations : celle de la liberté de navigation et celle de la consécration d'un patrimoine commun de l'humanité.

Les enjeux de souveraineté et économiques sont majeurs, ce qui explique que la quatrième session de négociations ne se soit pas achevée le 18 mars 2022 par un accord. Un nouveau round de négociations est néanmoins prévu pour l'été 2022. Espérons qu'il aboutisse à un accord ambitieux indispensable.

2022-8472

Du nouveau plus que nécessaire pour le droit de la mer



**Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Docteur en droit**

La question de la pollution des mers, notamment par les plastiques, l'acidification des océans, la capacité de résilience des océans, la nécessité de mettre fin à la surpêche illégale et la protection des États insulaires constituent des objectifs reliés à l'accélération du réchauffement climatique. Ils font tous l'objet d'un résumé technique dit de la première et de la deuxième évaluation mondiale intégrée du milieu marin, et conduisent les Nations unies à relancer des objectifs de développement durable pour 2030¹.

Aussi, la révision, ou plutôt la mise à jour de la grande Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, dite Convention de Montego bay (en abrégé CNUDM), s'imposait – ce qui a été entrepris sur décision de l'Assemblée générale du 24 décembre 2017.

Cette Convention régit principalement certains éléments des espaces marins tels que la mer territoriale, la zone économique exclusive (soit 350 miles marins, c'est-à-dire environ 370 kilomètres) et le plateau continental.

Ce texte de base définit les principes généraux de la navigation, de l'exploitation des ressources de la mer, des ressources du sous-sol, du sol et du sous-sol marin, conformément aux objectifs que les États souhaitaient leur voir assigner à une époque où la question de la protection de l'environnement n'était pas prééminente.

Le traité ne visait pas totalement la pêche ni l'industrie minière, car ces deux activités relèvent d'organisations internationales particulières.

Pour la haute mer, il s'agit des organisations régionales de pêche au sein desquelles les Nations s'accordent sur le stock de poissons à prélever. En ce qui concerne l'exploitation des ressources minérales, celles-ci relèvent de l'autorité internationale des fonds marins.

La situation a bien changé, et de ce fait, la rénovation de la Convention est aujourd'hui assez avancée. Les négociations qui viennent de se terminer, le 5 avril dernier, ont pour objet la mise au point d'un traité pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine par un système de protection.

L'intérêt des négociations est double et porte sur trois thèmes essentiels, à savoir l'établissement des énergies marines protégées, l'accès aux ressources génétiques marines où est traitée également la question du transfert des techniques des pays développés vers les pays qui le sont moins. Le troisième thème porte sur l'introduction des mécanismes juridiques permettant de développer des études d'impact sur l'environnement pour la réalisation d'installations telles que la pose de câbles, de forages et les énergies renouvelables.

D'autre part, le futur traité devrait, pour permettre de pérenniser les réformes, organiser la création d'organismes adéquats importants, une conférence

des parties et un organe scientifique et technique, à statut permanent.

Dans les discussions, ont également été abordées les questions cruciales de la protection de la pollution de la mer par les déchets plastiques.

Les trois thèmes principaux de la révision de la Convention de Montego Bay

La question des aires marines protégées, qui devraient pouvoir couvrir environ 30 % de la surface des océans, permettrait de constituer des zones particulières excluant la liberté de navigation et ayant pour vocation de préserver un lieu permettant de reconstituer les ressources marines, car seulement 7 % de l'océan mondial est actuellement protégé.

Le deuxième thème abordé dans la négociation est consacré à l'action aux ressources génétiques marines, notamment leur partage, leurs avantages ainsi que le renforcement de leurs capacités et les transferts de technologies demandés par les pays en développement. Selon les observateurs, la question du partage des ressources génétiques est un sujet controversé.

Le troisième thème, qui vise au développement de l'obligation des études d'impact environnemental, est sans doute l'un des plus opérationnels et des plus importants. La question qui peut se poser est celle de savoir si effectivement, ces

1) www.un.org/ga/search/viewdoc.asp?symbol=A/70/112 ; <https://www.un.org/regularprocess/sites/www.un.org.regularprocess/files/2011859fwoaiioliweb.pdf>

études d'impact pourront prendre en charge non seulement les effets et les perspectives de compensation, éléments constitutifs classiques de l'étude d'impact, mais surtout si elles ne devraient pas se focaliser ou s'inspirer au moins sur ce qu'apportent les études d'impact climatique qui s'intéressent non pas aux effets directs d'un projet mais également aux effets indirects.

Les discussions portent sur les questions relatives aux études d'impact et à la détermination d'un contrôle par un organisme scientifique établi par le traité. C'est là que se trouve le point le plus intéressant des réformes puisque le traité devra réunir une conférence des parties au cours de l'année 2022 dont les décisions devraient être prises en priorité comme pour le système organisé par convention sur le climat et devra entraîner un mécanisme de surveillance et de conformité des engagements pris par les États.

La création d'un organisme scientifique et technique permettrait la délivrance de conseils en matière de transfert de la technologie marine et jouerait un rôle dans la mise en œuvre des accords allant de la surveillance à la formulation des recommandations sur les outils de gestion.

Enfin, un mécanisme d'échange d'informations devrait être créé pour permettre le suivi et la protection des ressources, et surtout un mécanisme de traçage des ressources génétiques des zones situées au-delà de la juridiction nationale.

Les éléments fondamentaux de la négociation internationale sur les déchets plastiques en mer

À la question de la protection des mers contre les plastiques qui est



un véritable fléau, comme on le sait, celle-ci relève de la responsabilité du plan national des Nations unies pour l'environnement auquel a été confié le soin d'élaborer des lignes directrices sur l'utilisation et la production des plastiques.

Rappelons sommairement que la pollution des déchets plastiques en mer représente 60 % de la pollution de déchets solides et empoisonne les poissons et animaux marins.

L'ensemble des prévisions du PNUE devrait permettre d'établir les prémices d'un instrument juridique international contraignant.

Une première réunion du Comité de Négociation est prévue en 2022 au Sénégal.

Les négociations doivent porter tout d'abord, ce qui est parfaitement logique, sur les mécanismes à mettre en œuvre pour parvenir à terme à une réduction de la pollution plastique.

Outre la mise en place classique de reportings et d'instruments d'évaluations de la mise en œuvre du traité, la résolution souhaite faire de la connaissance scientifique et socio-économique de la pollution plastique un élément central de celui-ci².

Ce qui paraît intéressant aujourd'hui dans la mise en perspective de ce sujet, c'est la possibilité de relier ce thème de travail à d'autres réunions internationales, notamment la COP 27 qui devrait être organisée en novembre 2022 en Égypte, qui concerne la question du changement climatique, comme la 15^e réunion de la Conférence des parties COP 15 de la Convention sur la biodiversité qui devrait se tenir en Chine et permettre de revenir sur la question des aires marines protégées pour en renforcer l'objectif.

Comme le relève le professeur Philippe Delebecque³, les travaux à venir ne seront pas forcément consensuels, on s'en doute, et cela compte tenu des controverses existantes entre les pays comme la France, favorable à l'idée d'ériger la haute mer en patrimoine commun de la Communauté internationale et entre des États comme ceux des États-Unis, de la Russie et du Japon, qui défendent systématiquement la liberté de navigation de la haute mer et la liberté d'exploitation des ressources.

Le sujet est donc déjà sur la table. Il était temps. Il est plus que crucial lorsque l'on lit les derniers rapports du GIEC.

2022-8452

2) Gazette du droit de l'environnement n° 15, 28 mars 2022, p. 13 et s.
3) Energie, Environnement, Infrastructure n° 5, mai 2019.

Le nouveau cadre juridique face au recul du trait de côte



Pauline Maurus,
Avocate,
Huglo Lepage Avocats

Le recul du trait de côte représente le déplacement vers l'intérieur des terres de la limite entre le domaine marin et le domaine continental. Généralement, il est la conséquence d'une perte de matériaux sous l'effet de l'érosion marine, érosion naturelle induite par les forces marines, ou d'une érosion générée ou accélérée par l'homme. Il s'agit d'un phénomène progressif pouvant et devant être anticipé. Il se traduit généralement par une cinétique lente ou modérée, mais peut toutefois être brutalement accéléré en cas de succession d'épisodes tempétueux. Le recul du trait de côte fait l'objet d'un cadre juridique renouvelé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets dite « loi Climat et Résilience » et ses suites. La loi Climat et Résilience comporte ainsi un chapitre visant à « adapter les territoires aux effets du dérèglement climatique », au titre duquel elle fixe un cadre et des leviers pour permettre aux territoires littoraux d'anticiper et de faire face au phénomène du recul du trait de côte (articles 236 à 250).

La loi Climat et Résilience

La loi Climat et Résilience fixe un ensemble de mesures visant à connaître et partager l'information relative à l'érosion côtière, mais également à planifier durablement l'adaptation des territoires littoraux soumis au recul du trait de côte



et prévoir des règles de constructibilité appropriées, et enfin à mobiliser les outils d'aménagement et de maîtrise foncière.

L'état des risques naturels

La loi Climat et Résilience étend la liste des zones dans lesquelles l'acquéreur ou le locataire doit recevoir une information sur l'état des risques par le vendeur ou le bailleur (art. L. 125-5 du Code de l'environnement). Ainsi, les acquéreurs ou locataires de biens immobiliers situés dans des zones couvertes par un plan de prévention des risques technologiques, par un plan de prévention des risques miniers ou par un plan de prévention des risques naturels prévisibles, prescrit ou approuvé, dans des zones de sismicité ou

dans des zones à potentiel radon définies par voie réglementaire ou dans une zone susceptible d'être atteinte par le recul du trait de côte, sont informés par le vendeur ou le bailleur de l'existence de ces risques.

Toute annonce, quel que soit son support de diffusion, relative à la vente ou la location d'un bien immobilier devant faire l'objet d'un état des risques comprend une mention précisant le moyen d'accéder aux informations concernant le bien.

Faute de fourniture de l'état des risques dans le cas d'une vente, le point de départ du délai de rétractation de dix jours est reporté au lendemain de sa notification à l'acquéreur. En cas de non-respect de ces obligations, l'acquéreur ou le locataire peut poursuivre la résolution du contrat ou demander au juge une diminution du prix.

Les stratégies nationales et locales de gestion du trait de côte

La stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte élaborée en 2012 et actualisée en 2017 met l'accent sur la mise en œuvre de solutions durables pour préserver le littoral et assurer la sécurité des personnes et des biens. La déclinaison de ces stratégies au niveau local est un outil indispensable pour diffuser la connaissance, mettre en place les mesures de prévention et engager un travail de concertation avec l'ensemble des acteurs à une échelle géographique pertinente.

La loi Climat et Résilience prévoit que la stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte est définie dans un document qui constitue le cadre de référence pour la protection du milieu et la gestion intégrée et concertée des activités au regard de l'évolution du trait de côte à l'échelle d'une cellule hydro-sédimentaire et du risque qui en résulte (art. L. 321-13A du Code de l'environnement). Elle est élaborée par l'État en concertation avec les collectivités territoriales, le Conseil national de la mer et des littoraux, la communauté scientifique, les acteurs socio-économiques et les associations de protection de l'environnement concernés, puis révisée tous les six ans. Ce document s'impose au schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET), et au schéma d'aménagement régional (SAR) valant schéma de mise en valeur de la mer (SMVM), qui peut fixer des objectifs de moyen et long terme en matière de gestion du trait de côte en cohérence avec les orientations de la stratégie nationale de gestion intégrée du trait de côte (art. L. 321-14 du Code de l'environnement).

En outre, des stratégies locales de gestion intégrée du trait de côte peuvent être élaborées par les collectivités territoriales ou leurs groupements compétents en matière de défense contre les inondations et contre la mer (art. L. 321-16 du Code de l'environnement). Cette stratégie locale doit s'articuler avec la stratégie locale de gestion

des risques d'inondation, s'il en existe une. Enfin, une convention détermine les moyens techniques et financiers mobilisés par l'État et les collectivités territoriales afin d'accompagner les actions de gestion du trait de côte, tels que : construction, adaptation ou maintien en l'état d'ouvrages de défense contre la mer, dispositifs de suivi de l'évolution du recul du trait de côte, élaboration d'une carte locale d'exposition au recul du trait de côte et opérations d'aménagement liées au recul du trait de côte.

L'identification des communes exposées à l'érosion côtière

Selon la loi Climat et Résilience, les communes dont l'action en matière d'urbanisme et la politique d'aménagement doivent être adaptées aux phénomènes hydrosédimentaires entraînant l'érosion du littoral sont identifiées dans une liste fixée par décret (art. L. 321-15 du Code de l'environnement).

Cette liste est élaborée en tenant compte de la particulière vulnérabilité de leur territoire au recul du trait de côte, déterminée en fonction de l'état des connaissances scientifiques résultant notamment de l'indicateur national de l'érosion littorale et de la connaissance des biens et activités exposés à ce phénomène. Cette liste est établie après consultation des conseils municipaux des communes qu'il est envisagé d'y faire figurer et avis du Conseil national de la mer et des littoraux et du comité national du trait de côte. Elle est révisée au moins tous les neuf ans. Elle peut à tout moment être complétée à la demande d'une commune souhaitant adapter son action en matière d'urbanisme et sa politique d'aménagement sous réserve de l'avis favorable de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) compétent en matière d'urbanisme ou, à défaut, de l'EPCI à fiscalité propre dont elle est membre.

Les communes figurant sur la liste se trouvent alors soumises aux dispositions spécifiques du Code de l'urbanisme relatives

à l'exposition au recul du trait de côte et à l'adaptation des documents d'urbanisme (paragraphe 3 de la sous-section 3 de la section 1 du chapitre 1^{er} du titre II du livre 1^{er} du Code de l'urbanisme, articles L. 121-22-1 à L.121-22-12).

Le décret n° 2022-750 du 29 avril 2022 établit la liste des communes dont l'action en matière d'urbanisme et la politique d'aménagement doivent être adaptées aux phénomènes hydrosédimentaires entraînant l'érosion du littoral.

L'adaptation des documents d'urbanisme

La loi Climat et Résilience introduit plusieurs dispositions, relatives à l'exposition au recul du trait de côte et à l'adaptation consécutive des documents d'urbanisme, spécifiquement applicables aux communes figurant sur la liste des communes exposées à l'érosion côtière :

- a) Les communes figurant sur la liste, dont le territoire n'est pas couvert par un plan de prévention des risques littoraux (PPRL) prescrit ou approuvé comportant des dispositions relatives au recul du trait de côte, doivent établir une carte locale d'exposition de leur territoire au recul du trait de côte. Les communes couvertes par un PPRL peuvent également établir une telle carte. Cette obligation incombe à l'EPIC compétent en matière de PLU le cas échéant (art. L. 121-22-1 du Code de l'urbanisme).
- b) Les communes figurant sur la liste doivent prescrire l'élaboration d'un PLU ou engager l'élaboration d'une carte communale lorsqu'elles ne sont pas couvertes par aucun de ces documents d'urbanisme. Elles ne peuvent demeurer dans le document d'urbanisme. Pour les communes non couvertes par un PPRL, la procédure d'élaboration du plan local d'urbanisme ou de la carte communale est engagée au plus tard un an après la publication de la liste.
- c) Le document graphique du règlement du PLU ou du document en tenant lieu, ou la carte communale, doit délimiter, sur le territoire

des communes figurant sur la liste, d'une part, la zone exposée au recul du trait de côte à l'horizon de trente ans et, d'autre part, la zone exposée au recul du trait de côte à un horizon compris entre 30 et 100 ans (art. L.121-22-2 et L. 121-22-6 du Code de l'urbanisme). La loi fixe également les procédures et délais à respecter pour intégrer ces zones.

d) Dans les communes figurant sur la liste, le schéma d'aménagement régional (SAR) comprend les orientations permettant d'adapter les territoires au recul du trait de côte. Il peut identifier des secteurs visant à accueillir des installations et des constructions pour des projets de relocalisation qui se situent en dehors de la bande littorale définie à l'article L. 121-45 du Code de l'urbanisme, des zones délimitées en application de l'article L. 121-22-2 du Code de l'urbanisme et des espaces remarquables du littoral.

e) Dans les communes figurant sur la liste, lorsque la projection du recul du trait de côte à l'horizon de 30 ans le justifie, le PLU ou le document en tenant lieu ou la carte communale, porte la largeur de la bande littorale interdisant l'urbanisation à plus de 100 mètres (art. L. 121-19 du Code de l'urbanisme).

f) Dans les communes des départements et régions d'outre-mer figurant sur la liste, lorsque la projection du recul du trait de côte à l'horizon de 30 ans le justifie, le PLU ou le document en tenant lieu, porte la largeur de la bande littorale au-delà de la limite supérieure de la réserve domaniale, lorsque celle-ci a été instituée et, à défaut de délimitation, à plus de 81,20 mètres (dite « des 50 pas géométriques ») à compter de la limite haute du rivage (art. L. 121-45 du Code de l'urbanisme).

g) Le contenu du document d'orientation et d'objectifs du schéma de cohérence territoriale (SCOT) est complété ; il prévoit également les orientations de gestion des milieux aquatiques, de prévention des risques naturels liés à la mer et d'adaptation des territoires au recul du trait de côte. Il peut identifier des secteurs propices à l'accueil d'ouvrages de défense contre la mer pour protéger des secteurs habités denses ou des équipements d'intérêt général ou publics. Il peut également identifier des secteurs visant à accueillir des installations

et des constructions pour des projets de relocalisation (art. L. 141-13 du Code de l'urbanisme).

h) Lorsque le territoire du PLU intercommunal comprend au moins une commune figurant sur la liste, les orientations générales du projet d'aménagement et de développement durables (PADD) doivent prendre en compte l'adaptation des espaces agricoles, naturels et forestiers, des activités humaines et des espaces urbanisés exposés à ce recul (art. L. 151-5 du Code de l'urbanisme).

i) Dans les zones exposées au recul du trait de côte, les orientations d'aménagement et de programmation (OAP) peuvent également définir les actions et les opérations, ainsi que leur échéancier prévisionnel, nécessaires pour réorganiser le territoire au regard de la disparition progressive des aménagements, des équipements, des constructions et des installations (art. L. 151-7 du Code de l'urbanisme).

j) Le règlement du PLU peut prévoir des emplacements réservés à la relocalisation d'équipements, de constructions et d'installations exposés au recul du trait de côte (art. L. 151-41 du Code de l'urbanisme).

L'interdiction ou les restrictions de construction dans les zones exposées au recul du trait de côte

Deux types de zones sont à distinguer :

a) Dans les espaces urbanisés des zones exposées au recul du trait de côte à l'horizon de 30 ans, sous réserve de ne pas augmenter la capacité d'habitation des constructions, seuls peuvent être autorisés : les travaux de réfection et d'adaptation des constructions existantes ; les constructions ou installations nouvelles nécessaires à des services publics ou à des activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau, à condition qu'elles présentent un caractère démontable ; les extensions des constructions existantes à condition qu'elles présentent un caractère démontable.

Dans les espaces non urbanisés de ces zones, seules peuvent être autorisées les

constructions ou installations nécessaires à des services publics ou à des activités économiques exigeant la proximité immédiate de l'eau, à condition qu'elles présentent un caractère démontable.

b) Dans les zones exposées au recul du trait de côte à un horizon compris entre 30 ans et 100 ans, la démolition de toute construction nouvelle et celle des extensions de constructions existantes, ainsi que la remise en état du terrain, sous la responsabilité et aux frais de leur propriétaire, sont obligatoires lorsque le recul du trait de côte est tel que la sécurité des personnes ne pourra plus être assurée au-delà d'une durée de trois ans. L'obligation de démolition et de remise en état est ordonnée par arrêté du maire. Lorsque le projet requiert la délivrance d'un permis de construire, d'un permis d'aménager ou d'une décision de non-opposition à déclaration préalable, leur mise en œuvre est subordonnée, à la consignation entre les mains de la Caisse des Dépôts et Consignations d'une somme, correspondant au coût prévisionnel de la démolition et de la remise en état, dont le montant est fixé par l'autorisation d'urbanisme.

Nonobstant toutes dispositions contraires, les titulaires de droits réels ou de baux de toute nature portant sur des constructions créées ou aménagées ne peuvent prétendre à aucune indemnité de la part de l'autorité qui a fait procéder à la démolition et à la remise en état. À peine de nullité, toute promesse de vente, tout contrat de vente ou de location ou tout contrat constitutif de droits réels portant sur des constructions concernées doit les mentionner.

La création d'un nouveau droit de préemption

La loi Climat et Résilience instaure un nouveau droit de préemptions dans les communes figurant sur la liste des communes exposées à l'érosion côtière, pour l'adaptation des territoires au recul du trait de côte (art. L. 219-1 et suivants

du Code de l'urbanisme). Ce droit de préemption est institué au bénéfice de la commune ou de l'EPCI dont elle est membre, lorsque celui-ci est compétent. Les acquisitions de terrains réalisées en application de ce nouveau droit de préemption sont destinées à prévenir les conséquences du recul du trait de côte. Ce droit de préemption s'applique dans l'intégralité des zones exposées au recul du trait de côte à l'horizon de 30 ans. La commune ou l'EPCI compétent peut également instaurer ce droit de préemption, par délibération, sur tout ou partie des zones exposées au recul du trait de côte à un horizon compris entre trente et 100 ans.

La loi précise les opérations soumises ou non soumises au droit de préemption. À l'intérieur des zones de préemption définies en application du présent article, les droits de préemption définis aux articles L. 211-1 (droit de préemption urbain), L. 212-2 (droit de préemption dans les zones d'aménagement différé), ainsi qu'à l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme pour les aliénations à titre onéreux de terrains (droit de préemption sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux), ne s'appliquent pas.

L'ordonnance relative aux outils d'aménagement et d'intervention foncière

Pour compléter cette architecture législative, la loi Climat et Résilience a également habilité le gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois, différentes mesures en vue de permettre la relocalisation des biens exposés. En effet, le recul du trait de côte impose la recomposition des territoires concernés, et notamment la relocalisation progressive de l'habitat et des activités affectés par l'érosion. Pour ce faire, il est nécessaire de mobiliser et de renforcer les outils d'aménagement et d'intervention foncière. Il s'agit notamment de faciliter la maîtrise foncière des terrains directement exposés



au retrait du trait de côte par des collectivités ou d'autres acteurs publics ou parapublics, capables d'accompagner la recomposition des secteurs menacés et de conduire des opérations d'ensemble en associant étroitement les collectivités territoriales et leurs groupements concernés.

À ce titre, l'ordonnance n° 2022-489 du 6 avril 2022 relative à l'aménagement durable des territoires littoraux exposés au recul du trait de côte comporte un certain nombre de dispositions.

Des dispositions relatives à l'adaptation des outils d'aménagement foncier et de maîtrise foncière, ainsi que la définition d'une méthode d'évaluation des biens exposés au recul du trait de côte

Pour sécuriser, encadrer et mobiliser pleinement les outils de maîtrise foncière publique, l'ordonnance définit une méthode d'évaluation des biens les plus exposés, à horizon de trente ans. Cette méthode s'appliquera dans le cadre de la procédure du nouveau droit de préemption pour l'adaptation des territoires au recul du trait de côte (Art. L. 219-7. du Code

de l'urbanisme), mais également à l'occasion de la détermination des indemnités en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (art. L. 322-6 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique). La valeur d'un bien immobilier sera en priorité déterminée par comparaison, au regard des références locales entre biens de même qualification et situés dans la même zone d'exposition à l'érosion (zéro à 30 ans). À défaut de pouvoir disposer de telles références, une décote proportionnelle à la durée de vie résiduelle estimée pourra être appliquée à la valeur du bien estimée hors zone d'exposition au recul du trait de côte.

L'ordonnance apporte également certaines précisions essentielles permettant de consolider le cadre du droit de préemption créé par la loi Climat et Résilience, notamment assez classiquement pour les conséquences éventuelles en cas d'annulation de la décision de préemption (art. L. 219-11-1 du Code de l'urbanisme).

Enfin, l'ordonnance complète le dispositif des réserves foncières prévu au Code de l'urbanisme, en indiquant explicitement qu'il peut être mobilisé pour prévenir les conséquences du recul du trait de côte (Art. L. 221-1 et s. du Code de l'urbanisme).

La création d'un nouveau bail de longue durée d'adaptation au changement climatique (BRACC)

L'ordonnance crée un nouveau « *bail réel d'adaptation à l'érosion côtière* », par lequel l'État, une commune ou un groupement de communes, un établissement public y ayant vocation ou le concessionnaire d'une opération d'aménagement, consent à un preneur des droits réels immobiliers en vue d'occuper lui-même ou de louer, exploiter, réaliser des installations, des constructions ou des aménagements (art. L. 321-18 à L. 321-31 du Code de l'environnement).

Le BRACC peut être conclu dans les zones exposées au recul du trait de côte, pour une durée entre 12 et 99 ans, déterminée au regard des échéances de l'opération d'aménagement si elles sont connues, et surtout de l'espérance de durée de vie du terrain d'assiette, compte tenu des évolutions prévisibles du trait de côte.

Cet outil comprend un mécanisme de résiliation anticipée, en fonction de l'évolution de l'érosion et déclenché par une décision d'une autorité publique compétente, pour faire cesser notamment la mise à disposition des biens concernés si la sécurité des personnes et des biens ne peut plus être assurée.

Afin de prendre en compte les conditions d'acquisition du bien et de pouvoir financer les opérations de renaturation à terme, qui reviennent en principe au bailleur, le preneur s'acquitte d'un prix à la signature du bail et, le cas échéant, d'une redevance pendant sa durée.

À l'instar des autres baux réels de longue durée existants, le BRACC est cessible. Cependant, pour assurer la réalisation de l'objectif d'aménagement durable de ces territoires face au recul du trait de côte, et considérant les conditions d'acquisition et de mise à disposition des biens concernés, il est prévu un encadrement des prix de cession. Un tel mécanisme permet de prévenir des situations où les droits réels seraient cédés à une valeur disproportionnée au regard de la durée résiduelle de vie du bien.



L'ordonnance prévoit en outre une mesure d'articulation du BRACC avec l'obligation de démolition et de remise en état pour les nouvelles constructions dans les zones exposées au recul du trait de côte à un horizon compris entre 30 et 100.

Des dérogations limitées et encadrées à la loi Littoral lorsqu'elles sont nécessaires à la mise en œuvre d'un projet de relocalisation durable des constructions situées dans les zones d'exposition au recul du trait de côte

Dans l'objectif de lever certains obstacles liés à l'application de la loi Littoral et pour faciliter la mise en œuvre des opérations de relocalisation des installations et constructions menacées par le phénomène d'érosion, l'ordonnance ouvre la possibilité aux communes incluses dans le régime spécifique au recul du trait de côte créé par la loi Climat et Résilience et engagées dans une démarche de projet partenarial d'aménagement (PPA) de déroger à titre subsidiaire à certaines règles, notamment à l'obligation de construire en continuité de l'urbanisation existante, lorsque ces dispositions

empêchent la mise en œuvre d'une opération de relocalisation de biens ou d'activités menacés dans des espaces plus éloignés du rivage, moins soumis à l'aléa du recul du trait de côte (art. L. 312-8 et s. du Code de l'urbanisme).

Ces possibilités de dérogations sont strictement encadrées et limitées, ainsi que l'exige l'habilitation du législateur.

Des mesures d'adaptation en outre-mer, en particulier pour la zone littorale des 50 pas

S'agissant de l'articulation du régime spécifique au recul du trait de côte avec la zone des 50 pas géométriques dans les départements d'outre-mer, l'ordonnance prévoit une mesure pour la méthode d'évaluation des biens dans le cadre du processus de régularisation des occupations sans titre en Guadeloupe, en Martinique et à Mayotte, et une disposition permettant de rendre plus clair et explicite le régime juridique applicable dans les espaces non urbanisés de la zone exposée au recul du trait de côte à un horizon compris entre 30 et 100 ans des communes d'outre-mer exposées au recul du trait de côte.

2022-8469

Les transitions : un nouvel horizon pour les ports et les navires



Corinne Lepage,
Ancienne ministre de l'Environnement,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats

La question des ports et des navires est un sujet de nature environnementale depuis de longues années, mais elle est aujourd'hui au cœur de la transition énergétique et économique.

Longtemps, les liens entre environnement et ports ont été marqués par les questions de pollution, particulièrement de pollution aux hydrocarbures, mais la question du dragage des boues a aussi empoisonné les relations entre les ports et les communes voisines du littoral qui se voyaient impactées par les épandages – alors que la plupart des ports d'Europe du Nord maintenaient des systèmes de traitement parfaitement opérationnels. Ces sujets sont en voie d'amélioration.

Celui de la transition énergétique, et plus généralement de la contribution du transport maritime (et fluvial) et donc des ports, devient essentiel.

Si le transport maritime représente près de 3 % des émissions de gaz à effet de serre au niveau international, et s'il a pu obtenir jusqu'à maintenant une dispense dans le cadre communautaire de la soumission aux quotas, l'amélioration que constitue le transport par navires par rapport aux transports par camion est indiscutable. On rappellera que pour transporter 5 000 tonnes de marchandises, il faut 250 camions, 125 wagons ou un seul convoi fluvial.

Le transport fluvial génère donc deux fois moins d'émissions de CO₂ par tonne de kilomètre de transport routier, et il représente des coûts indirects cinq fois moindres que ceux du transport routier.

Il n'en demeure pas moins que, dans le même temps, la transformation des ports doit intégrer une contribution beaucoup plus importante à l'effort collectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

Les ports jouent un rôle économique extrêmement important. Les grands ports maritimes sont des établissements publics de l'État qui frètent plus de 80 % du trafic maritime de marchandises.

Il existe sept grands ports en métropole ; quatre sont dans les territoires d'Outre-mer et un port d'intérêt national relève de l'État à Saint-Pierre-et-Miquelon. Il existe 500 ports décentralisés, et 66 ports de commerce maritimes ont traité en 2015 quelque 350 millions de frets et 32 millions de passagers.

Les activités portuaires sont très nombreuses et incluent évidemment le commerce avec une part très importante des hydrocarbures, qui représente par exemple 60 % du trafic total du port de Marseille.

Le trafic conteneurisé de marchandises se développe beaucoup. Le Havre est le premier port français, et les ports de Rouen et de La Rochelle sont très importants pour l'importation des productions de céréales, mais également de vins et de spiritueux.

Les ports de commerce jouent un rôle important dans le transport de passagers puisque 32 millions de passagers transitent chaque année par les ports français, avec une augmentation considérable – bien que ralentie du fait du Covid 19 – du secteur de la croisière qui a augmenté de 70 % en dix ans.

Les ports français disposent également de réserves foncières très importantes, d'où le développement de nombreuses activités industrielles qui aujourd'hui se transforment du fait de la transition. Cela se voit avec l'installation de nouveaux types d'activités comme la production de batteries, notamment à Dunkerque.

En outre, une partie de la production d'électricité est réalisée dans les ports ; les terminaux méthaniers maillent le territoire.

Les ports ont aussi une importante activité logistique puisque, à titre d'exemple, le port du Havre dispose de 200 hectares de parcs logistiques et 435 000 m² d'entrepôts. Le port de Marseille-Fos développe deux zones logistiques principales.

Enfin, les ports maritimes sont gestionnaires d'un vaste domaine soumis à la préservation de l'environnement avec des démarches assez exemplaires comme celle du port de Dunkerque, mais aussi la gestion à laquelle les ports participent comme la Réserve Naturelle Nationale de l'Estuaire de la Seine à laquelle participent le Havre et Rouen.

La première étape de la législation et de la réglementation a été marquée des dispositions propres à la prise en compte des questions environnementales dans la gestion des ports en général, et par la lutte contre les pollutions et les risques d'accident, notamment d'hydrocarbures.

Aujourd'hui, l'intégration des ports et de la navigation maritime dans les politiques de lutte contre le dérèglement climatique et de la transition écologique est une réalité.

La prise en compte des pollutions et nuisances dans le droit commun des ports et le renforcement de la sécurité maritime

La prise en compte de l'environnement dans le droit commun des ports

La réglementation communautaire comme la législation nationale ont intégré la question des pollutions et nuisances liées au port dans l'application des règles générales relatives à ces installations.

La législation communautaire

L'exploitation portuaire, qui ne figurait pas dans la directive service du 10 décembre 2006, dispose désormais d'un règlement qui lui est propre : le règlement n° 217/352 du 15 février 2017 établissant le cadre pour la fourniture des services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports.

L'occupation du domaine public dans les ports est susceptible d'être soumise à la directive du 26 mars 2014, et de nombreuses activités portuaires sont concernées par diverses dispositions du droit de l'Union européenne, qu'il s'agisse du droit de la concurrence ou du droit de l'environnement.

De nombreuses décisions de la Cour de justice sont intervenues pour des litiges relatifs aux questions portuaires. C'est notamment le cas d'un arrêt de la Cour de justice du 14 juillet 1971 qui limite l'existence d'un service d'intérêt économique général à une entreprise gestionnaire d'un port jouissant de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée et entretenant à cet effet des rapports étroits avec les pouvoirs publics.

Le droit national

Dans le droit national, le service public portuaire inclut à la fois la sécurité des biens et des personnes, et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port (CE, 4 octobre 2004, SARL CHT, p. 278).

De manière générale, la totalité du droit de l'environnement est aujourd'hui évidemment applicable au domaine des ports. Cela signifie que les règles relatives à la protection du littoral s'appliquent même si l'intérêt économique que présentent les ports justifie des atteintes « tolérables » aux sites littoraux (Conseil d'État, 6 janvier 1999, n° 161 403).

Toutefois, pour les ports à gestion décentralisée, et en l'absence de schéma de mise en valeur de la mer, les dispositions applicables sont celles des articles R. 53 13-62 et suivants du Code des transports et de l'article L. 214-3 du Code de l'environnement aux termes duquel : « *Sont soumis à autorisation de l'autorité administrative, les installations, ouvrages, travaux et activités susceptibles de présenter des dangers pour la santé et la sécurité publique, de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou la diversité du milieu aquatique* » (Conseil d'État 14 novembre 2003 n° 228 477).

Les extensions, en particulier de port de plaisance, qui interviennent dans les espaces proches du rivage sont soumises à la loi du 3 janvier 1986 (Conseil d'État, 10 mai 1996 n° 147 199). Par ailleurs, les travaux eux-mêmes sont soumis aux dispositions du droit de l'environnement, qu'il s'agisse des études d'impact, de la loi sur l'eau, des espèces protégées ou des dispositions relatives au permis de construire.

Plusieurs décisions de condamnation pour pollution sont intervenues, qu'il s'agisse de l'insuffisance d'un dragage portuaire par une commune qui engage sa responsabilité (cour administrative d'appel de Douai, 24 septembre 2019, n° 17 DA

01 797), de pollution par hydrocarbures de port conduisant à l'obligation faite aux pollueurs de rembourser au port les frais engagés pour remédier à la pollution (cour administrative d'appel de Lyon, 13 juin 1990, n° 89 LY00 426) de l'application de la contravention de grande voirie à la pollution du domaine public portuaire (Conseil d'État, 1^{er} juillet 1983, requête 43 193) par exemple.

Le renforcement de la sécurité maritime

C'est essentiellement dans le cadre de la sécurité maritime, entendue comme la protection contre les accidents et la lutte contre les pollutions par hydrocarbures, que la législation s'est particulièrement développée.

Le droit communautaire

À la suite de la catastrophe de l'Erika et de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, l'arsenal européen s'est considérablement renforcé grâce aux législations intitulées paquets Erika I, Erika II et Erika III.

Le paquet Erika I a renforcé le contrôle de l'État du port puisque, si dans le cadre de la directive 95/21 CE, 25 % des navires devaient faire l'objet d'un contrôle, ce sont désormais 100 % dans le cadre de la directive 2001/106 CE. Une politique de bannissement des navires figurant sur une liste noire et le remplacement de tous les pétroliers à simple coque avait également été mis en place.

Le paquet Erika II a permis à l'Union européenne de se doter d'un système communautaire de suivi de contrôle d'information du trafic. Une agence de sécurité maritime européenne a été créée pour contrôler et évaluer l'efficacité de la législation communautaire.

Enfin, le paquet Erika III a renforcé le suivi des navires à distance et fixé des règles pour les ports refuge.

Depuis 2000, il existe une base de données internationale Equasis qui rassemble l'ensemble des informations relatives à la sécurité et la qualité de plus de 100 000 navires marchands.

Le droit national

La répression des pollutions marines accidentelles a été renforcée par la loi relative à la responsabilité environnementale de 2008. L'arrêt du 25 septembre 2012 de la Cour de cassation concernant l'affaire Erika a permis de reconnaître le préjudice écologique, désormais inscrit dans l'article 4 de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité. Dans un document consacré aux 20 ans de l'Erika, le ministère de l'Écologie fait état des mesures prises en France, notamment le dispositif Polmar, mis en place au moment de l'Amoco-Cadiz.

Force est de constater que la situation s'est considérablement améliorée, puisque depuis le Prestige, les côtes françaises n'ont pas eu à subir de pollution de mer par hydrocarbures à la suite d'un accident de pétroliers.

Aujourd'hui cependant, la question de l'environnement et des ports est envisagée sous un nouvel angle. Il y a en effet une nécessité de développer les ports et le transport maritime pour le fret afin de réduire notre facture énergétique, sans pour autant augmenter notre empreinte carbone.

Les ports comme élément stratégique majeur de la transition énergétique

La nouvelle stratégie française

Ce n'est pas un hasard si le document intitulé « *Stratégie nationale portuaire : pour un réseau de ports au cœur des*



chaines logistiques, du développement économique et des transitions écologique et numérique » présente les ports comme des acteurs de la relance économique et de la transition écologique. Cette stratégie précise : « *elle doit s'intégrer dans le cadre de la transition écologique des activités industrielles et logistiques qu'ils accueillent sur leur domaine. Les ports intégrateurs d'activités multiples, constituent des lieux privilégiés d'accélération de la transition écologique des territoires en développant notamment des solutions d'avitaillement en carburants alternatifs aux navires et bateaux, des modèles d'économie circulaire et d'écologie industrielle, des projets de transition énergétique des zones industrialo-portuaires ou encore l'acheminement des marchandises par les voies ferroviaires et fluviales* ».

Si l'objectif est une économie décarbonée des transports à l'horizon en 2050, il convient de rappeler que 50 % des trafics totaux des grands ports maritimes sont constitués à ce jour d'hydrocarbures et de charbon.

La stratégie française propose donc la transformation des ports en ports entrepreneurs capables de répondre à la demande de leurs clients et de développer un savoir-faire permettant de co-investir en investisseur avisé, dans certains cas aux côtés de partenaires privés, en remontant la chaîne de valeur tout en maîtrisant les risques.

Les ambitions de la stratégie française visent à porter à 80 % la part du fret à destination et en provenance de la France manutentionnée dans les ports français à horizon 2050, et à doubler le nombre d'emplois directs et induits.

Elle se propose également d'accroître de 30 % la part des modes de transport massifiés dans les préacheminements et post-acheminements portuaires à horizon en 2030, et de contribuer à l'atteinte des objectifs de neutralité carbone des transports à l'horizon 2050 par les autorités portuaires dans le cadre d'un plan de transition écologique. Enfin, elle envisage d'assurer la fluidification du passage portuaire.

Il est également prévu la création d'un écolabel sur les flux logistiques et portuaires permettant de valoriser l'ensemble des chaînes logistiques vertueuses qui utilisent les ports français, ce qui est une première.

Chaque autorité portuaire devra déterminer une trajectoire de transition écologique dans le but de neutralité carbone des transports à l'horizon 2050.

Cette trajectoire doit comporter des fournitures d'offres d'avitaillement en carburants alternatifs pour les navires, des services de branchement électrique des navires à quai, des solutions de production d'hydrogène pour les besoins

de l'écosystème industriel portuaire et des petits navires et bateaux.

L'accélération de la transition numérique est également un impératif sur lequel on n'insistera pas dans le cadre du présent document.

Les ports sont donc conçus comme des accélérateurs de la transition écologique avec une série d'objectifs stratégiques :

- assurer une production et une fourniture multi-énergies propre pour offrir un approvisionnement en carburants alternatifs aux navires dans le cadre d'un schéma national ;
- valoriser les chaînes logistiques vertueuses transitant par les ports français ;
- attirer les entreprises innovantes dans le domaine de la transition écologique dans les zones industrialo-portuaires pour développer l'économie circulaire ainsi que l'approche de l'écologie industrielle au sein des places portuaires ;
- assurer une meilleure protection de la biodiversité ;
- renforcer les mesures d'atténuation et d'adaptation au changement climatique des ports.

Ainsi, pour 2025, les plans de transition écologique portuaire des grands ports maritimes devront être élaborés en incluant une feuille de route pour le déploiement de carburants alternatifs. Un éco label devra être créé.

Le renforcement des ports maritimes

L'apparition des grands ports maritimes

Les réformes portuaires ont été nombreuses depuis 1990 :

- réforme de la manutention en 1992 : Transfert aux collectivités territoriales des ports non autonomes de métropole entre 2004 et 2007 ;
 - réforme portée par la loi n° 2008-860 du 4 juillet 2008 qui avait pour objectifs de recentrer les sept ports autonomes, rebaptisés « *grands ports maritimes* » sur la gestion des infrastructures et la promotion de la place portuaire ;
 - extension aux ports d'outre-mer en 2012 ;
 - la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République avec le transfert possible des ports départementaux aux collectivités ;
 - la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue modifiant la gouvernance des grands ports maritimes ;
 - ordonnance du 19 mai 2021 modifiant le Code des transports avec la création des établissements publics de l'État appelés « *Grands ports maritimes* » et la définition des compétences et des moyens relatifs à ces grands ports (article L. 5312-1 à L. 5312-18 du Code des transports).
- S'agissant des grands ports maritimes,

le nouvel article L. 5312-2, tel qu'il résulte de l'article 12 de l'ordonnance du 19 mai 2021, donne comme mission aux grands ports maritimes de veiller à l'intégration des enjeux du développement durable dans le respect des règles de la concurrence, avec un certain nombre de missions concernant les axes maritimes, la police, la sûreté et la sécurité, la valorisation du domaine, la gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels, la construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, la promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés, l'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire, les actions concourant à la promotion générale du port ou de l'ensemble portuaire.

C'est dans ce contexte qu'est également intervenu le décret du 19 mai 2021 relatif à la fusion du port autonome de Paris et des grands ports maritimes du Havre et de Rouen en un établissement public unique intitulé HAROPA, grand port fluvio-maritime de l'axe Seine.

Désormais, ce sont les dispositions plus matérielles qu'institutionnelles qui définissent les différentes catégories de ports, grands ports maritimes et ports décentralisés.

LES RÉFORMES PORTUAIRES DEPUIS 1990



La multimodalité dans les ports

La question de la multimodalité dans les ports est devenue également une question très importante. En effet, la route pèse aujourd'hui 90 % des flux, d'où l'idée de lier le développement du ferroviaire et du fluvial, avec particulièrement des propositions nouvelles formulées par HAROPA. Les transports massifiés représentent aujourd'hui 15 % de la part modale, dont 5 % pour le ferroviaire et 10% pour le fluvial, avec un objectif à terme de 20 % des transports massifiés.

Le port de Sète s'est positionné sur les autoroutes ferroviaires avec la mise en place d'une ligne régulière pour les remorques, avec 80 000 remorques par an et demain 100 000 remorques. L'axe Seine HAROPA affiche l'objectif d'une synergie écologique économique et opérationnelle sur l'axe Seine.

Une décision du Conseil et du Parlement européen n° 884/2004 modifiant une décision précédente inscrit dans le droit communautaire le concept d'autoroute de la mer, définie comme un réseau visant « à concentrer les flux de fret maritimes à vocation logistique de manière à améliorer les liaisons maritimes existantes qui sont viables, régulières et fréquentes pour le transport de marchandises entre États membres ou en établir de nouvelles afin de réduire la congestion routière et/ou améliorer la desserte des États et des régions périphériques et insulaires ».

Ce réseau se compose des équipements et infrastructures concernant au moins deux ports situés dans deux États membres différents, les équipements comprennent au moins, dans un État membre, des équipements portuaires, des systèmes électroniques de gestion logistique, des procédures de sécurités de sûreté administratives et douanières ainsi que des infrastructures d'axes terrestres et maritimes directs.



Les efforts pour réduire l'empreinte écologique des ports et des navires

Le règlement taxonomie et les ports

Il convient de souligner que dans le cadre de la taxonomie européenne, et plus précisément du règlement délégué du 6 juin 2021, la question des ports maritimes et du transport maritime est directement abordée. Elle l'est à la fois dans le cadre des politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et des politiques d'adaptation au dérèglement climatique.

Dans le cadre de la contribution substantielle à l'atténuation du changement climatique, les transports maritimes et côtiers de fret, les navires nécessaires aux opérations portuaires et aux activités auxiliaires figurent dans le point 6.10 de l'annexe 1.

Ainsi, l'achat, le frètement, l'exploitation de navires conçus et équipés pour le transport de fret ou pour le transport combiné de fret et de passagers en mer et zones côtières peuvent être concernés, de même que les navires nécessaires aux opérations portuaires et aux activités auxiliaires comme les remorqueurs, les bateaux d'amarrage, les navires pilotes, les navires de sauvetage et les bateaux brise-glace.

Pour pouvoir bénéficier de financements grâce au classement dans la catégorie d'activité durable, il faut que l'activité satisfasse au moins un des critères suivants :

- zéro émission directe de CO₂ ;
- jusqu'au 31 décembre 2025, lorsqu'il n'est pas possible sur le plan technologique et économique de respecter ce critère d'émission nulle, les navires hybrides ou bi-modes tirent au moins 25 % de leur énergie de carburants à zéro émission directe de CO₂.
- Enfin, jusqu'au 31 décembre 2025, lorsqu'il n'est pas possible de respecter le critère d'émission nulle, la valeur de l'indice nominal de rendement énergétique du navire doit être inférieure de 10 % aux exigences applicables au 1^{er} avril 2022, si les navires peuvent être alimentés au moyen de carburants à zéro émission directe ou de carburant provenant de sources renouvelables.

De surcroît, des mesures spécifiques doivent être mises en place pour gérer les déchets du navire, en particulier en ce qui concerne leur fin de vie et le recyclage de batteries.

S'agissant du critère tenant à la prévention du contrôle de la pollution, la réduction des émissions d'oxyde de soufre et de particules doit être telle que la teneur en soufre du carburant ne dépasse pas 0,5 % en masse

et même 0,1 % en masse dans la zone de contrôle des émissions désignée en mer du Nord et en mer Baltique.

Pour les dioxydes d'azote, les navires doivent satisfaire à la règle 13 de l'article VI de la convention MARPOL et aux prescriptions relatives aux Nox qui s'appliquent aux navires construits après 2011. Ceux construits après 2016 doivent respecter les prescriptions relatives aux moteurs plus strictes réduisant les émissions de NOx lorsqu'ils sont exploités dans des zones de contrôle de ces émissions. La toxicité des peintures antisalissures et des produits biocides doit être réduite au minimum.

Enfin, s'agissant de la protection de la biodiversité, les rejets d'eaux de ballast sont évités et des mesures sont prises pour empêcher l'introduction d'espèces non indigènes ; le bruit et les vibrations sont limités et l'activité ne doit pas empêcher de parvenir à un bon état écologique au sens de la directive 2008/56/CE.

Le réaménagement et la remise à niveau de navires pour le transport de fret ou de passagers en mer ou en eaux côtières peut également bénéficier du même classement, à la condition que l'activité de réaménagement réduise d'au moins 10 % la consommation de carburants.

Les règles relatives à l'économie circulaire, à la prévention de la pollution, et à la protection de la biodiversité sont identiques.

Toutefois, un financement peut également intervenir dans le cadre de la contribution à l'adaptation du changement climatique.

S'agissant en effet du transport maritime et côtier de passagers, l'activité économique doit avoir mis en œuvre des solutions physiques et non physiques pour réduire substantiellement les risques climatiques physiques les plus significatifs, importants pour l'activité.

Cela signifie que l'évaluation a été faite selon une méthodologie précisée par le point 611 de l'annexe 2 de l'acte délégué du 6 juin 2021 et que l'évaluation des risques et de la vulnérabilité au climat est proportionnée à l'ampleur de l'activité envisagée.

En outre, ces mesures ne doivent pas avoir d'incidence négative sur le niveau de

résilience aux risques climatiques physiques d'autres populations, de la nature et du patrimoine.

Elles doivent privilégier des solutions fondées sur la nature, être compatibles avec les stratégies et plans d'adaptation menés aux niveaux local, régional ou national, être suivies et mesurées au moyen d'indicateurs et enfin, ne doivent pas causer un préjudice important aux autres objectifs environnementaux.

Ainsi, le monde de la mer peut-il prétendre à bénéficier de financements très importants dès lors qu'il s'intègre dans cette politique.

Les carburants alternatifs

Un certain nombre de mesures sont envisagées ou déjà prises pour réduire l'empreinte écologique des ports et des navires.

Il s'agit tout d'abord de l'électrification des quais qui doivent permettre de réduire la pollution de l'air. Un bateau de croisière représente l'équivalent de la consommation électrique d'une ville de 10 à 15 000 habitants. En 2017, les bateaux croisières en escale au Havre ont émis 75 % de dioxyde d'azote de la circulation automobile de la ville. L'électrification est donc destinée à mettre à disposition des branchements de navires de croisière au Havre comme c'est déjà le cas à Marseille depuis 2017 pour les ferries à destination de la Corse.

Par ailleurs, la question du verdissement des navires est également un sujet extrêmement important. Une solution immédiate et des solutions à plus long terme sont envisagées.

S'agissant des solutions à court terme, c'est le recours à des carburants plus propres qui est privilégié. Déjà, depuis le 1^{er} janvier 2020, tous les armateurs doivent avoir réduit la teneur en soufre du carburant qui est passée de 3,5 à 0,5 %. Il s'agit donc d'un nouveau fioul qui est plus coûteux. Mais il ne s'agit que d'une étape, la prochaine étant celle de la baisse du CO₂ à la tonne de marchandises transportée qui doit être de 40 % en 2030.

Une première solution consiste à l'utilisation du GNL (gaz naturel liquéfié) plus cher que

le Diesel mais moins émetteur de gaz à effet de serre.

S'agissant des bateaux de plaisance, l'électrification est devenue une obligation en 2021 pour tous les bateaux de loisir, mais pas pour les professionnels. Cela se traduit donc par des moteurs électriques et un parc de batteries conséquent, ainsi que par la mise en place de bornes pour les recharges.

Des solutions plus originales sont envisagées pour le futur.

Tout d'abord, celle d'utiliser l'eau de mer comme carburant. Il s'agit d'utiliser le procédé appelé « *conversion catalytique inversée* » qui pourrait bien entendu réduire considérablement la pollution des navires.

La seconde voie est celle de l'électrification des navires même. Les ingénieurs travaillent aujourd'hui sur deux types de motorisations : 100 % électriques ou bien hybrides, plus adaptés bien entendu aux grandes vitesses et aux longues distances. D'ores et déjà, des ferries ont été équipés de packs de batteries permettant une technologie hybride avec du diesel qui peut prendre la relève en cas de difficulté.

En Scandinavie, des portes conteneurs transportant des produits chimiques et des engrais pourraient être autonomes à terme. La France est en retard par rapport à la Norvège, à l'Italie ou à la Suisse, mais l'armateur Ponant a commandé le premier brise-glace de croisière à propulsion hybride électrique.

En définitive, ce sujet, qui peut apparaître comme mineur, est en réalité un élément stratégique majeur. La transformation du commerce international et la montée progressive du fret par mer, cabotage et longue distance le rend tout à fait stratégique.

La France a la deuxième surface maritime du monde et par voie de conséquence, ses ports hexagonaux et ultra marins ont un rôle croissant à jouer dès lors qu'ils deviennent des réussites dans le cadre des différentes transitions.

Nous avons ici essayé très succinctement d'aborder la question de la transition écologique, mais la transition numérique est également fondamentale.

Le droit face au développement des énergies marines renouvelables



Arielle Guillaumot,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le sujet s'est invité jusque dans les débats de l'entre-deux-tours de l'élection présidentielle.

Le président désormais réélu, Emmanuel Macron, y a en effet annoncé prôner le développement des énergies en mer, et en particulier de l'éolien en mer, en complément d'une stratégie de revitalisation du secteur nucléaire.

Cette « économie bleue » constitue un potentiel d'énergies presque inépuisable, et ce d'autant que la France dispose du deuxième espace maritime mondial. Elle pourrait donc être un atout de taille pour atteindre l'objectif des 40 % d'énergies renouvelables dans la production d'électricité avant 2030 fixé par la loi Énergie et Climat de 2019.

Pourtant, elle ne représente pour l'instant qu'une très faible fraction du mix renouvelable français. Selon les recherches menées par l'Agence internationale pour les énergies renouvelables (IRENA), la capacité énergétique mondiale des océans pourrait être multipliée par 20 d'ici 2030.

Le terme « énergies marines renouvelables » recouvre des technologies très diverses. L'on pense bien sûr, en premier lieu, à l'éolien en mer dont le développement en France semble s'accélérer, notamment en raison de son efficacité plus importante par rapport à l'éolien terrestre et à son impact paysager moindre. Mais la mer est également le lieu qui peut accueillir des projets photovoltaïques flottants, tels qu'actuellement en



cours de conception dans certains pays européens tels que les Pays-Bas, permettant ainsi d'éviter une artificialisation des sols trop importante. Enfin, des installations utilisant l'énergie des marées, des courants, des vagues ou encore l'énergie thermique de la mer peuvent également représenter des solutions intéressantes, tant le potentiel énergétique de l'océan est grand.

Le développement de ces filières nécessite la mise en œuvre d'innovations technologiques majeures et donc d'investissements massifs afin de généraliser l'emploi de ces installations produisant de l'énergie renouvelable.

Au-delà des aspects technologiques et économiques, les énergies renouvelables en mer présentent naturellement une multitude de problématiques juridiques singulières.

Le présent article ne prétend pas à l'exhaustivité, chaque type d'énergie – chaque type d'installation technique, même – pouvant faire l'objet d'une étude poussée.

Il entend relever les principaux défis juridiques en cours ou à venir dans le cadre du développement des énergies marines renouvelables. Le plus saillant, à l'heure actuelle, constitue sans doute la protection de la biodiversité, l'implantation d'installations d'énergies marines renouvelables pouvant avoir un impact fort. Les porteurs de projets doivent également porter leur attention sur les questions de domanialité publique, et notamment en ce qui concerne le domaine public maritime. Enfin, un regard prospectif nous conduit à envisager des futures problématiques liées au droit maritime international.

Les atteintes à la biodiversité

Loin du sol, les installations d'énergies marines renouvelables ne sont pas moins susceptibles d'impacter fortement la biodiversité. Ainsi, les pales des éoliennes peuvent entraîner une mortalité avicole, tandis que les câbles et autres pylônes de béton s'ancrent sur les fonds marins. Autre exemple, les panneaux photovoltaïques flottants peuvent modifier la température de l'eau.

C'est ainsi que le sujet de la protection de la biodiversité tient une très grande place dès les concertations publiques autour de ces projets, et se poursuit dans le contentieux – contentieux pour lequel, pour rappel, le Conseil d'État est désormais compétent en vertu de l'article L. 311-13 du Code de justice administrative.

C'est en premier lieu autour de la question des espèces protégées que doit se concentrer l'attention des porteurs de projet. Pour rappel, le Code de l'environnement fixe un principe d'interdiction d'atteinte aux espèces protégées, auquel il peut être dérogé grâce à l'obtention d'une dérogation sur le fondement de l'article L. 411-2 du Code de l'environnement. Les projets d'énergies marines renouvelables, aussi loin du rivage soient-ils, ne sont pas exemptés de cette dérogation s'ils sont susceptibles d'entraîner la destruction d'espèces protégées, comme l'a rappelé en 2020 la cour administrative d'appel de Nantes¹.

Pour obtenir une telle dérogation, le projet doit répondre à trois conditions cumulatives, tenant à l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur, à l'absence d'alternative satisfaisante et au maintien des espèces dans un état de conservation favorable. Concernant les projets d'énergies marines renouvelables, la jurisprudence administrative semble

pour l'instant relativement encline à admettre l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur, condition qui cristallise la plupart des contentieux².

En deuxième lieu, la protection des sites classés Natura 2000 renferme également une difficulté d'ordre juridique pour les installations d'énergies marines renouvelables. Si les dispositions encadrant le dispositif de protection Natura 2000 sont moins strictes que celles précitées concernant les espèces protégées, les installations situées au sein ou à proximité d'un tel site doivent évaluer leur impact sur la zone, et ne pas porter atteinte aux objectifs de conservation du site. En cas d'atteinte, une dérogation doit être demandée et peut être délivrée au titre de l'article L. 414-4 VII du Code de l'environnement en présence de raisons impératives d'intérêt public majeur et en l'absence de solutions alternatives. Le juge administratif a très récemment eu l'occasion d'apprécier en détail la validité d'une telle décision dans le cadre d'un projet éolien flottant expérimental en Méditerranée, estimant en l'espèce que les conditions étaient remplies (CAA de Nantes, 5^e chambre, 05/04/2022, 19NT02389).

En troisième lieu, l'implantation d'une installation au sein d'un parc naturel marin pourrait également se révéler problématique. En effet, si cette protection juridique apparaît moins contraignante que celles précédemment citées, elle impose tout de même de recueillir l'avis conforme de l'Office Français de la Biodiversité en vertu de l'article L. 334-5 du Code de l'environnement. Par ailleurs, il n'est pas à exclure que cette protection soit invoquée dans le cadre d'un éventuel contentieux.

Le professeur Bordereaux résume ainsi très justement ce délicat équilibre entre recherche de protection de la

biodiversité et volonté de développement du renouvelable : « *notre vision de la mer (...) ne peut être uniquement pensée, au nom de la lutte contre le changement climatique, comme l'avenir énergétique de l'être humain*³ ».

L'occupation du domaine public maritime

Pour mener à bien un projet d'énergies marines renouvelables, un titre d'occupation du domaine public maritime peut être nécessaire en application de l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

Le domaine public maritime naturel est composé, pour ce qui est de la mer, du sol et du sous-sol de la mer, compris entre la limite haute du rivage, c'est-à-dire celle des plus hautes mers en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles, et la limite, côté large, de la mer territoriale fixée à 12 miles.

L'article L. 2124-1 du Code de la propriété des personnes publiques prévoit que « *Les décisions d'utilisation du domaine public maritime tiennent compte de la vocation des zones concernées et de celles des espaces terrestres avoisinants, ainsi que des impératifs de préservation des sites et paysages du littoral et des ressources biologiques* » et qu'elles « *doivent être compatibles avec les objectifs environnementaux du plan d'action pour le milieu marin prévus aux articles L. 219-9 à L. 219-18 du Code de l'environnement.* »

La délivrance d'une telle autorisation doit donc elle aussi tenir compte de certains impératifs environnementaux, même de façon indirecte. Il n'est donc pas exclu qu'un contentieux à l'encontre des autorisations délivrées au titre de la domanialité publique puisse naître.

Cette situation interroge sur l'opportunité

1) CAA Nantes, 6 oct. 2020, Assoc. Nature et Citoyenneté Crau Camargue Alpilles, n° 18NT02389.

2) V. ainsi par exemple CAA Nantes, 6 oct. 2020, n° 19NT01714, 19NT02501 et 19NT02520, Assoc. Sans offshore à l'horizon et a. ; CAA Nantes, 3 juill. 2020, n° 19NT01583, Assoc. des commerçants de Noirmoutier.

3) « *Eolien offshore en zone Natura 2000 : des projets sous haute surveillance du juge* », Bordereaux L., *La Gazette des communes*, 11 avril 2022.

de développer des projets plus au large au sein de la zone économique exclusive, un espace maritime régi par la Convention des Nations unies pour le droit de la mer du 10 décembre 1982, dite « Convention de Montego Bay ». Cette zone est située au-delà du domaine public maritime, ce qui pourrait permettre de contourner ces difficultés, même si elle augmentera certainement significativement les coûts de raccordement.

Soulignons toutefois que l'avantage de traitement s'arrête là, en particulier en ce qui concerne la taxe éolienne en mer prévue au titre de l'article 1519 B du Code général des impôts (CGI), qui était autrefois uniquement prévue pour les installations situées sur le domaine public maritime, la loi de finances pour 2022 a étendu ce régime aux projets situés au sein de la zone économique exclusive.

Les questions de droit maritime international

Qui dit installations renouvelables en mer, dit emprise importante sur l'espace maritime, quel que soit le type d'installation (éolien, photovoltaïque flottant). Cette emprise peut, outre les problématiques précédemment évoquées, également poser des problèmes en matière de gestion de l'espace et de circulation des navires. En effet, cette activité

est relativement inédite, et surtout particulièrement gourmande en espace.

Des routes maritimes déjà étroites pourront ainsi se retrouver « encombrées » par des projets de parcs très étendus. Ce sont plusieurs milliers de kilomètres carrés d'espace maritime qui seront occupés.

La problématique est particulièrement saillante en ce qui concerne les zones économiques exclusives, qui accueillent déjà de nombreux projets dans plusieurs pays européens. En effet, comme précédemment évoqué, en la matière s'applique la Convention de Montego Bay, qui impose aux États signataires de respecter les rails de navigation. Aucune activité ne doit ainsi entraver la liberté de navigation ou le droit de poser des câbles sous-marins.

Or, on le devine, l'implantation d'installations très consommatrices d'espace maritime présente un risque non négligeable d'entrave à la navigation et de collision avec les navires, restreignant le principe de liberté de navigation posé par la convention de Montego Bay. La construction d'une telle installation représente en effet une appropriation définitive, de facto, de l'espace maritime.

Outre cette entrave significative, l'utilisation de la zone économique exclusive comme terrain d'implantation des installations renouvelables interroge également concernant le sort des zones litigieuses, c'est-à-dire revendiquées par plusieurs pays. L'essor de la filière

et l'innovation technologique, maîtrisée par certains États, pourra donc créer de nouveaux contentieux internationaux.

Par ailleurs, il est également permis de s'interroger sur la grande vulnérabilité de ces projets d'envergure d'énergies renouvelables. En effet, ces installations présentent un caractère inédit dès lors qu'elles déploient une grande capacité d'énergie de production électrique hors du territoire national, et donc très exposée à une attaque potentielle. Les mesures de sécurisation sur ces installations sont naturellement bien moindres que pour toute installation implantée sur le continent. Dès lors, au fur et à mesure que la proportion d'énergie électrique produite de cette manière augmente, le développement de cette filière pourra nécessiter la surveillance des forces armées, afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement énergétique national. Dans un contexte géopolitique particulièrement agité, ces enjeux de droit maritime international ne sauraient être ignorés.

Par rapport à ses voisins européens, la France accuse un certain retard en matière d'énergies marines renouvelables, alors que le potentiel de développement semble immense. Pour garantir l'essor de la filière, il faudra veiller à ne pas s'échouer sur les différents écueils juridiques présentés.

2022-8454



Retrouvez dès maintenant
votre Journal en ligne sur

www.jss.fr

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

MERCREDI 7 DÉCEMBRE 2022 – N° 49

JOURNAL OFFICIEL D'ANNONCES LÉGALES, D'INFORMATIONS GÉNÉRALES,
JURIDIQUES, JUDICIAIRES ET TECHNIQUES DEPUIS 1898

8, RUE SAINT AUGUSTIN – 75002 PARIS ☎ 01 47 03 10 10

www.JSS.FR – 1,50 € – I.S.S.N. : 2491-1897

NUMÉRO THÉMATIQUE

FOCUS SUR LES NOUVELLES OBLIGATIONS ENVIRONNEMENTALES ET SOCIALES DES ENTREPRISES

Dérèglement climatique
et compliance - p.4

Taxonomie, RSE, ESG :
état des lieux - p.12

L'entreprise confrontée
à ses allégations
environnementales - p.20

SOMMAIRE

ENVIRONNEMENT ET ENTREPRISE

- ▶ La question du dérèglement climatique et la compliance 4
- ▶ Taxonomie, CSRD, SFDR : quelles sont les nouvelles obligations pour les entreprises ? 8
- ▶ Taxonomie, RSE, ESG : état des lieux 12
- ▶ RSE, ESG, devoir de vigilance : nouvelle donne 15
- ▶ L'entreprise confrontée à ses allégations environnementales 20
- ▶ La société à mission est-elle l'avenir des sociétés ? 24
- ▶ La place des activités immobilières dans la taxonomie durable 26

Confiez au JSS
vos annonces
et formalités
légales

 WWW.JSS.FR

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
01 47 03 10 10
www.jss.fr

contact@jss.fr
annonces@jss.fr

formalites@jss.fr
redaction@jss.fr

Directrice de la publication : Myriam de Montis
Directeur de la rédaction : Cyrille de Montis
Secrétaire générale de rédaction : Cécile Leseur

Commission paritaire : 0623 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : hebdomadaire (mercredi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi
Journal imprimé sur papier recyclé – Certification PEFC

Vente au numéro : 1,50 € TTC
Abonnement annuel bi-média : 52 € TTC
Abonnement annuel numérique : 29 € TTC

Copyright 2022 :

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

ANNONCES LÉGALES

Par arrêté des préfets des départements concernés, le *Journal Spécial des Sociétés* est habilité à publier les annonces judiciaires légales dans les départements de Paris (75) du 30 décembre 2021, des Yvelines (78) du 28 décembre 2021, de l'Essonne (91) du 13 décembre 2021 des Hauts-de-Seine (92) du 16 décembre 2021, de la Seine-Saint-Denis (93) du 22 décembre 2021, du Val-de-Marne (94) du 31 décembre 2021, du Val-d'Oise (95) du 24 décembre 2021.

Les annonces légales portant sur les sociétés et fonds de commerce publiées dans notre journal, sont automatiquement mises en ligne sur www.actulegales.fr.

Les prix sont fixés par l'Arrêté du 19 novembre 2021.

La direction décline toute responsabilité quant à la teneur des annonces légales.

TARIFS HT DES PUBLICITÉS AU CARACTÈRE

- Paris, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, et Val-de-Marne : 0,237 euros
- Yvelines, Essonne et Val-d'Oise : 0,226 euros

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES CONSTITUTIONS :

- EURL : 121 €
- SAS : 193 €
- SARL : 144 €
- SCI : 185 €
- SNC : 214 €
- SC : 216 €
- SA : 387 €
- SASU : 138 €

TARIFS HT FORFAITAIRES POUR LES DISSOLUTIONS :

- Dissolution : 149 €
- Clôture : 108 €

ÎLE-DE-FRANCE

- 75 Les lauréats des Trophées de l'économie sociale et solidaire récompensés à l'Hôtel de Ville 30
- 92 Quatre communes du 92 certifiées « *Territoire engagé pour la nature* » 31
- 91 Le Trophée Fleur Verte distingue cinq communes œuvrant pour l'environnement 32
- 78 Une plainte déposée après un abattage d'arbres à Septeuil 33
- 93 Pose de la première pierre du bassin de rétention du ru Saint-Baudile 34
- 95 Faune Alfort choisie pour créer le premier centre départemental de soins à la faune sauvage 35
- 94 Aux Trophées du territoire Paris Est Marne et Bois, une entreprise primée pour sa démarche RSE 36

AGENDA

33

ANNONCES LÉGALES

- ▶ Paris (75) _____ 37
- ▶ Yvelines (78) _____49
- ▶ Essonne (91) _____52
- ▶ Hauts-de-Seine (92) _____54
- ▶ Seine-Saint-Denis (93) _____59
- ▶ Val-de-Marne (94) _____61
- ▶ Val-d'Oise (95) _____64

Ce nouveau numéro spécial du *JSS* est consacré à un sujet en réalité très novateur du fait des transformations qui sont en gestation ou déjà intervenues : les entreprises et le monde de la finance face à leurs nouvelles obligations environnementales et sociales. De nouveaux éléments viennent en effet bouleverser les pratiques de ce domaine. Parmi les facteurs en cause, on retrouve l'apparition de nouveaux textes tant au niveau communautaire qu'au niveau national, la mise en place d'une normalisation (avec un combat de titans à l'échelle internationale sur le point de savoir quelle sera la norme dominante), de nouveaux enjeux contentieux, et enfin, et surtout, une pression toujours plus grande liée d'une part aux effets du dérèglement climatique et de la perte de biodiversité, d'autre part des opinions publiques confrontées à des injonctions contradictoires.



Le sujet est extrêmement vaste et brûlant d'actualité puisque le devoir de vigilance fait actuellement l'objet d'âpres débats dont les conséquences en termes de responsabilité, y compris personnelle pour les administrateurs, sont considérables.

Nous n'avons pas l'ambition, dans ce numéro – fût-il abondant –, de faire le tour de toutes les questions posées. Nous avons simplement cherché à faire un point sur les thématiques majeures et à se concentrer sur quelques sujets particulièrement significatifs.

Après avoir rappelé ce qu'il convient d'entendre par compliance dans le domaine qui nous occupe, le lecteur aura l'occasion d'appréhender l'évolution de la taxonomie – ou taxinomie – au niveau communautaire et des nouvelles règles financières (CSRD). Ensuite, il pourra se pencher sur la transformation de la responsabilité sociale et environnementale, ainsi que de la politique « environnement, social et de gouvernance », en particulier au regard des évolutions juridiques que connaît le devoir de vigilance. Pour continuer, bien évidemment, le risque de greenwashing, au cœur des préoccupations des instances de régulation, sera abordé sous différents angles autour du contrôle des allégations environnementales des entreprises. Enfin, le focus sera mis sur deux sujets particuliers liés au thème central, à savoir celui des entreprises à mission qui se développent de manière exponentielle (notre cabinet étant le premier cabinet d'avocats à devenir société à mission), et sur l'application des règles de la taxonomie dans le domaine immobilier.

Sans doute le lecteur n'aura-t-il pas épuisé le sujet, mais nous espérons que cette transformation du monde économique et financier lui devienne claire et accessible, puisqu'il est illusoire d'imaginer que nous puissions atteindre – si ce n'est l'objectif très ambitieux de l'accord de Paris (1,5°C maximum en 2100) – celui de ne pas dépasser les 2°C sans cette transformation. En tout état de cause, les résultats plus que décevants de la COP 27 et les résultats peu encourageants attendus de la COP 15 sur la biodiversité à Montréal engagent plus que jamais les acteurs économiques et financiers, ainsi que la société civile, à agir.

*Corinne Lepage,
Avocate associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats,
Ancienne ministre de l'Environnement*

La question du dérèglement climatique et la compliance



Christian Huglo
Avocat à la Cour, Docteur en droit
Associé et fondateur du cabinet Huglo Lepage Avocats

Quels rapports peuvent-ils exister entre les notions de dérèglement climatique et de compliance ? Pour y voir clair, il faut d'abord en définir les termes.

Définition du dérèglement climatique

Quand on parle de dérèglement climatique, il faut mesurer toute son ampleur mais aussi toute sa complexité. La question climatique n'est pas assimilable à la notion de crise, puisque la crise permet, une fois son évolution réalisée, le retour à une situation dite « normale ». En l'espèce, le dérèglement climatique comme les modifications de la biodiversité vont vers un changement radical sans retour.

La conférence des parties (COP) issue de l'institution de la Convention Climatique de l'ONU de 1992 a fixé des objectifs dont on ne sait en aucune façon s'ils pourront être atteints. Ceci est malheureusement loin d'être probable, notamment pour l'objectif 1,5°C pour 2100 par rapport au seuil d'émissions de 1990. La question climatique étend son effet sur la santé humaine, ce qui risque de remettre en cause les règles actuelles de la vie en société, les droits fondamentaux de la personne humaine, et enfin la notion de dignité humaine, un modèle qui a traversé les 20 derniers siècles. Toutefois, la question ne s'arrête pas là.

Les enjeux de cette crise

L'enjeu de la crise est global et non national, les erreurs faites par une nation déterminée profitent surtout aux autres, ce qui met en cause le principe même de la solidarité internationale. Celui-ci a d'ailleurs été mis à mal ces dernières années à travers l'attaque répétée des grandes institutions internationales, lesquelles sont la voie vers une véritable politique internationale effective. Si le contentieux climatique a fait apparaître par compensation de nouvelles obligations et de nouveaux droits et devoirs pour l'humanité, ils restent en tout cas non transcrits en droit international positif, même si, comme on le verra, le sujet ne manque pas d'importance.

Chacun sait que la difficulté rencontrée pour accomplir la révolution attendue actuellement est considérable, car nous sommes confrontés, comme l'ont relevé d'éminents responsables dont Benjamin Louvet¹, à la fragilisation des horizons. Dans cet article, l'auteur révèle la grande difficulté à mettre en action les efforts en lien à la transition écologique liés par nature au long terme face au calendrier des acteurs de la vie politique et économique ; court terme et long terme sont ici des ennemis déclarés. C'est bien pourquoi l'appel à la notion de compliance, assez abstraite mais récente et issue de ce que l'on appelle la doctrine européenne et la doctrine française, illustrée par les travaux de la professeure Anne-Marie Frison-Roche, est ici plus que précieux.²

Le recours à la compliance

Tout d'abord, on doit aborder le concept de compliance par l'étymologie. Selon le dictionnaire franco-anglais, le terme est traduit par « conformité ». Cependant, ce n'est pas tout à fait cela : lorsque l'on parle de conformité, qu'il s'agisse de conformité à la loi, à la morale, ou à un ordre particulier, cela ne signifie pas grand-chose si l'on ne va pas dans le détail. Une meilleure approche consiste à souligner que le mot est issu de deux mots anglais : « *to comply* » qui signifie « obéir à », « se conformer à », « accéder à » et « *to explain* », c'est-à-dire « expliquer ».

En réalité, la mise en pratique de la compliance exige de dépasser la notion de conformité en laissant le soin à celui qui s'y astreint de mesurer les difficultés qu'il peut rencontrer pour définir et appliquer cette conformité. Il faut aussi qu'il puisse mesurer pourquoi il ne peut pas l'atteindre. On peut illustrer cette difficulté en se référant au droit positif des déchets dans lequel, s'agissant de l'obligation de l'étude d'impact dans le droit du stockage des déchets (régé par le 4^e chapitre du 5^e livre du Code de l'environnement), l'opérateur doit pouvoir expliquer comment il assure la reprise des déchets une fois stockés, mais aussi, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il ne peut pas parvenir à cette fin. Le juge vérifiera si cet objectif de loyauté et de transparence a été bien rempli. C'est ainsi que peut se comprendre la compliance.

1) Sur ce sujet, voir chronique de Benjamin Louvet, « Climat, La tragédie des horizons », journal *Les Échos* mardi 15 novembre 2022, p. 10.

2) Voir notamment les deux ouvrages sous sa direction : *Les outils de la compliance*, Éditions Dalloz 2021, et *Les outils fondamentaux de la compliance*, Éditions Dalloz 2022.

Selon la professeure Isabelle Beineix, la compliance correspond à l'ensemble des processus mis en « œuvre par l'entreprise en interne mais de façon transparente pour prouver que son comportement est conforme aux normes juridiques ou éthiques³ ». Finalement, on parle aussi ici d'obligations extra-financières de l'entreprise, et on jugera certainement que tous les principes tirés du devoir de vigilance et issus de l'ordonnance 399/2017 du 27 mars 2017, qui vise par exemple la pratique ESG (environnement, social et de gouvernance) et les pratiques de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), sont bien là pour remplir ces objectifs de conformité et au-delà, puisque la doctrine de la compliance est assortie à la mise en place d'outils et de méthodes plus larges, et surtout parce qu'elle vise, selon la doctrine, « des buts monumentaux ». Cette notion a pour objectif de se préoccuper des questions environnementales ou par exemple de l'application de la norme ISO 26000, lorsque c'est le cas, mais en y incorporant une dimension humaine. La demande de la compliance est une démarche volontaire qui combine à la fois le maintien des règles de base d'un monde habitable, mais aussi et surtout la protection de la dignité de la personne humaine, qui va beaucoup plus loin que les références généralement utilisées par les techniques de contrôle de mise en conformité ESG ou RSE. En matière d'environnement, l'outil principal de la compliance commence par la définition d'une cartographie des risques⁴, ce qui oblige à construire une obligation générale de prudence⁵. L'obligation générale de prudence est révélée en application d'une réelle obligation de transparence, ainsi que l'a souligné Sabrina Dupouy. En effet, l'attitude générale



de prudence est complétée par une obligation générale d'alarme incombant aux auteurs d'un plan de vigilance, selon un arrêt important de la Cour de cassation du 7 mars 2018⁶. Dans cet arrêt, était en cause une sanction infligée par l'Autorité des marchés financiers pour dissimulation d'une information à des investisseurs alors que ceux-ci prétendaient qu'ils pouvaient la trouver dans la cartographie des risques. La Cour a affirmé que l'entreprise ne devait pas fournir que les données brutes, mais permettre de formuler une alarme sur le futur.

Pour comprendre tout l'intérêt d'une telle jurisprudence, on rappellera que la question des risques environnementaux s'applique lors de la mise en responsabilité de l'entreprise ou même, par exemple, dans une opération de fusion-acquisition⁷, de même que dans les mécanismes d'alerte⁸. Sans aucun doute, l'objectif issu des dispositions législatives sur la vigilance comprennent effectivement l'obligation de cartographier les risques, de soumettre cette cartographie à une procédure d'évaluation ou de réévaluation régulière, à la description des actions d'atténuation, à un mécanisme d'alerte et à un dispositif de suivi

des mesures mises en service, car il s'agit là de l'application des principes de prévention et de réparation mais qui, précisément, grâce au devoir de vigilance exprimé à travers la compliance, vont s'étendre à un champ d'application beaucoup plus grand que celui adopté par la loi du 27 mars 2017 qui concerne essentiellement les entreprises de 5 000 salariés et de 10 000 salariés en France et à l'étranger.

Comblent les vides et déficits du droit de l'environnement et des techniques de contrôle type RSE ou ESG

Il faut partir ici du postulat que le droit de l'environnement est relativement fragile s'agissant surtout du droit interne, et que finalement, les techniques de contrôle type ESG, risques RSE ou devoir de vigilance ne gèrent pas la totalité des risques puisque, comme on l'a déjà montré, leur champ d'application est partiel car lié à la taille de l'entreprise. Sur le premier point, il n'est absolument pas

3) Voir Isabelle Beineix, tribune du journal *Le Monde*, dimanche 23, lundi 25 et mardi 24 mai 2021, p. 30.

4) Voir Marie-Anne Frison-Roche, « *Théorie juridique de la cartographie des risques* », Dalloz 2019 n° 44.

5) Voir Jacques Mestre, « *Compliance* », LRDC 1^{er} mai 2020, n° 181.

6) Voir Cassation 7 mars 2018, n° 1617691, huit-clos cité par Sabrina Dupouy dans l'article intitulé « La compliance est-elle le futur du droit de l'environnement ? », *Revue EEI* 7 juillet 2022, n° 18 précité, p. 2.

7) Voir par exemple, la *Semaine juridique entreprises affaires*, n° 27, 8 juillet 2021, article de Patrice Grenier, p. 5.

8) Voir les spécificités des mécanismes d'alerte dans la conformité au devoir de vigilance, *Cahier du droit de l'entreprise* n° 5, septembre-octobre 2022, p. 41.

douteux que le droit de l'environnement est fragile et en tout cas actuellement volontairement fragilisé. Illustre cette difficulté l'invention du principe de non-régression, dont l'obligation inverse est celle d'amélioration qui n'a jamais été consacrée comme telle. Estimer qu'il existe un principe de non-régression et que ce dernier doit être considéré comme susceptible de devoir recevoir application, implique d'évidence que le droit de l'environnement est en danger permanent de régression.

On a vu clairement apparaître cette volonté dans la loi 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique dite « loi ASAP », car sous couvert de simplification des procédures d'autorisation environnementale, on a réduit le champ d'application du principe de la participation du public ou celui de prévention à travers l'application du droit de l'évaluation environnementale⁹. Il existe de nombreux autres exemples¹⁰. Bref, le droit de l'environnement est vraiment fragile car il est soumis à des aléas politiques, du fait que le principe figure à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement et il n'a régi aucune reconnaissance constitutionnelle¹¹ intégrale aussi forte que celle du Conseil d'État, dans un arrêt récent du 22 septembre 2022 (n° 455658).

Les aléas de la situation internationale, telle que la guerre de l'Ukraine, sont avancés comme éléments susceptibles de réduire l'application du droit de l'environnement. On prendra, à titre d'exemple, le droit des énergies renouvelables à travers le projet de loi

en discussion au Sénat qui a ajouté 70 articles aux 20 articles du projet de loi gouvernemental dans lequel de nombreuses entorses au droit du contentieux environnemental ont été faites, sans doute dans une perspective d'efficacité, mais en tout cas par défaut d'application du principe de participation et de concertation. L'effectivité du droit de l'environnement reste limitée par son caractère non-transfrontière, ce qui vise autant les collectivités publiques que privées.

Pour ce qui est des techniques d'auto-contrôle des entreprises, celles-ci sont, par définition, limitées dans leur champ d'application. Or, une jurisprudence de la Cour de cassation¹² est venue à point pour élargir pratiquement au rang de principe général le devoir de compliance à travers l'application du principe de vigilance. L'affaire soumise aux juges portait sur une question totalement étrangère à l'application du droit de l'environnement. Le gérant d'une société qui avait été évincée avait obtenu des juges du fond satisfaction, mais l'arrêt de la cour d'appel a été cassé parce qu'elle avait simplement écarté au bénéfice du gérant toute faute de gestion sans rechercher s'il n'avait pas commis une telle faute en s'abstenant de mettre en place un système de contrôle permettant de vérifier la régularité des dépenses de l'entreprise qui n'avait fait l'objet d'aucun contrôle. Le commentateur de cet arrêt, le professeur Bruno Dondero, souligne que l'intérêt de la décision de la Cour de cassation est d'édicter une obligation de compliance applicable à toutes les SARL qui représentent plus de 1,5 million de sociétés en France¹³. L'intérêt de cet arrêt est de faire effectivement du

devoir de compliance une obligation large et étendue en dehors du champ d'application défini restrictivement par la loi des techniques de contrôle RSE ESG.

Le devoir de compliance devrait pouvoir être compris comme s'appliquant aux personnes publiques, aux communes, départements, établissements locaux mais aussi aux services publics et établissements publics spécialisés, et pourquoi pas au domaine de l'État sachant que les obligations environnementales et les buts monumentaux liés à la compliance ignorent les frontières entre le droit public et le droit privé. L'intérêt de l'application intégrale et loyale de la compliance se retrouve incontestablement dans la prévention du dommage et l'anticipation des risques.

La compliance anticipatrice des risques et de la responsabilité future des entreprises

D'une part, les décisions de justice ont sanctionné les propres règles que l'entreprise s'est fixées par anticipation. D'autre part, la compliance, on l'a vu, comporte le respect d'une obligation générale liée à la notion de dignité humaine. Sur le second, on citera ici l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe le 29 avril 2021¹⁴. Comme on le sait, il s'agissait, en l'espèce, de la critique soumise au juge fédéral d'une loi environnementale qui était incertaine dans ses perspectives pour permettre que l'objectif 2050 de la neutralité climatique soit atteint. La Cour a en effet critiqué les dispositions prises dans la mesure où elles sacrifiaient purement et

9) Voir sur tous ces sujets, Christian Huglo et autres, le *Moniteur* 1^{er} janvier 2021, p. 34.

10) Voir les chroniques de Philippe Billet, *Revue Énergie, Environnement, Infrastructures* des années 2021 et 2022, en particulier n° 3 2021, Évaluation environnementale, la France dévaluée.

11) Voir arrêt du Conseil constitutionnel sur la loi Climat Résilience.

12) Cour de cassation 13 août 2021, D.2021/825.

13) Voir Cassation commerciale 9 février 2022, n° 2014476, *Jurisdata* n° 2022001856, *La Semaine juridique, entreprises et affaires* du 28 avril 2022, p. 19.

14) Voir commentaire de Corinne Lepage, « La portée universelle de la décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe du 29 avril 2021 », *actuenvironnement.com* et la revue *Énergie, Environnement, Infrastructure*.

simplement les générations futures. Sur le premier point, la décision rendue dans l'affaire Shell par le tribunal de district de La Haye le 26 mai 2021 a attiré l'attention¹⁵. Comme l'a relevé Anne-Marie Frison-Roche, la responsabilité *ex ante*, pilier du droit de la compliance¹⁶, désormais comme dans le jugement Shell sur les entreprises qui se déclarent responsables pour le futur, notamment sous la forme juridique d'entreprises à mission, de même, comme l'illustre le contentieux lancé contre la Société Total visant le plan de vigilance de ce groupe¹⁷.

En réalité, l'intérêt de la compliance est de dépasser les objectifs classiques du droit de l'environnement et de se concentrer sur ce qui doit aujourd'hui s'appliquer, c'est-à-dire la priorité à la prévention et à la précaution. La politique européenne dite du Green Deal a instauré la mise en place par l'Union européenne de fonds considérables qui se sont incarnés dans l'institution de la taxonomie, ce qui invite à ce perfectionnement de la gestion du futur. Le règlement du 4 juin 2020 relatif à la taxonomie a défini six objectifs environnementaux qui peuvent être atteints par les projets envisagés, l'atténuation du changement climatique, l'adaptation au changement climatique, l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines, la transition vers une économie circulaire et la prévention et le contrôle de la pollution. Un investissement, pour être durable, doit être positif, mais ne doit pas nuire aux cinq autres objectifs de celui qui est visé. Ceci unit l'application des garanties minimales s'alignant sur les principes directeurs de l'OCDE et des Nations unies relatives



aux entreprises et aux droits de l'Homme et qu'on appelait « objectif du développement durable ».

Sur le deuxième volet du sujet, si l'on veut effectivement établir une harmonie entre les droits de l'humanité relatifs à la protection de la nature et les droits humains, on pourra effectivement se référer aux principes fondamentaux édictés par la Déclaration des droits de l'humanité qui a été rédigée à la demande du président François Hollande, transmis aux Nations unies et servant aujourd'hui de référence à de nombreuses entités, personnes publiques ou privées, et à l'une des associations les plus importantes siégeant auprès de l'ONU, à savoir, en l'espèce, l'association dite Cités Unies qui regroupe plus de 140 000 villes et représentant plus de 4 milliards d'habitants¹⁸. L'intérêt de cette déclaration est d'unir les droits individuels en se référant à la déclaration de 1948, mais en posant quatre principes fondamentaux,

six droits et six devoirs. S'agissant des principes, il est question des principes de responsabilité et de solidarité intergénérationnelle, de dignité, de continuité de l'existence de l'humanité et de non-discrimination à raison de l'appartenance à une génération.

Les droits de l'humanité concernent le droit à un environnement sain, à un développement du partage du patrimoine et l'accès aux ressources vitales comme à la paix et la sécurité. Les devoirs sont quant à eux le respect des droits de l'humanité, l'obligation d'organiser le progrès scientifique, l'intégration de celui-ci sur le long terme. Le grand intérêt de ce texte est d'exprimer la finalité même des buts monumentaux de la compliance en explicitant son contenu. Finalement, le droit climatique n'est-t-il pas le but monumental de tous les buts monumentaux de la compliance ? Il s'agit là du destin de l'humanité.

2022-9072

15) Voir Corinne Lepage, « Les entreprises peuvent et doivent engager la réduction de leurs émissions de gaz à effet de serre », *Journal Spécial des Sociétés*, samedi 14 août 2021, n° 59 et François-Guy Trébulle, « La responsabilité des entreprises de diminuer leurs émissions de gaz à effet de serre », *Energie, Environnement, Infrastructure*.

16) Rec. Dalloz 2022.

17) Mathilde Hautereau-Boutonnet, « Le risque de procès climatique contre Total, la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance », *revue RDC* 2019 n° 3, p. 95.

18) Sur la DDHU, voir en particulier le commentaire article par article sous la direction de F. Picod, Ch. Huglo, Ed. Bruylant 2018.

Taxonomie, CSRD, SFDR : quelles sont les nouvelles obligations pour les entreprises ?

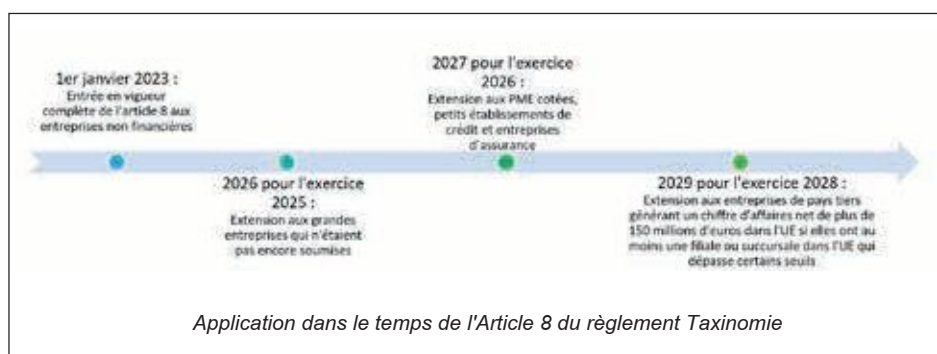


Sylvain Hamanaka,
Avocat,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Le règlement (UE) n° 2020-852 dit « Taxonomie » commence doucement à se faire connaître du monde économique, voire du grand public, notamment depuis l'intégration toujours contestée du nucléaire et du gaz en son sein (voir à ce sujet l'article du *Monde* du 6 juillet 2022, « *Pour le Parlement européen, gaz et nucléaire sont des énergies durables* »). Et pour cause : en déterminant quelles sont les activités économiques pouvant être considérées comme durables – sur le plan environnemental, en attendant une future taxinomie sociale –, cette classification pourrait devenir la boussole nécessaire afin de concrétiser la transition écologique du monde économique.

En effet, ce règlement, loin de se limiter à une approche théorique, propose des outils permettant de cartographier l'économie européenne, avec pour objectif précis de réorienter les flux de capitaux vers des activités économiques existantes ou à venir et déterminées de manière certaine comme durables.

Pour accompagner et rendre concrète sa cartographie, le législateur européen a donc institué un cadre de transparence qui intègre une portion toujours plus grande d'entreprises. Cette transparence est l'objet de plusieurs législations – NFRD puis désormais CSRD, SFDR, Taxonomie – selon



notamment que les entreprises soient issues du secteur financier ou non.

Selon qu'il s'agisse d'une entreprise non financière ou d'une entreprise financière, diverses obligations de reporting lui sont applicables.

Le reporting des entreprises non financières (article 8 du règlement « Taxonomie » et CSRD)

Champ d'application

L'article 8 du règlement « Taxonomie » s'applique à « toute entreprise soumise à l'obligation de publier des informations non financières conformément à l'article 19 bis ou à l'article 29 bis de la directive 2013/34/UE ». Or ces dispositions renvoient aux définitions des grandes entreprises, des entités d'intérêts publics...

Sont aujourd'hui concernés les grandes entreprises ou les grands groupes qui sont cotés, ou bien qui constituent des établissements de crédit ou des entreprises

d'assurances. Ils doivent dépasser les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

- total du bilan : 20 millions d'euros ;
- chiffre d'affaires net : 40 millions d'euros ;
- nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250.

L'entrée en vigueur de l'article 8 a été fixée, pour les entreprises non financières, au 1^{er} janvier 2023.

Toutefois, l'entrée en vigueur prochaine de la directive « *Corporate Sustainability Reporting Directive* » ou « CSRD » aura pour conséquence d'élargir le périmètre des articles 19 bis et 29 bis de la directive 2013/34 et par suite, de l'obligation de reporting de l'article 8 du règlement Taxonomie dès l'exercice 2024.

L'application de la directive CSRD se divisera en quatre étapes :

- aux déclarations en 2025 sur l'exercice 2024 pour les entreprises déjà soumises à la directive sur la publication d'informations non financières ;
- aux déclarations en 2026 sur l'exercice 2025 pour les grandes entreprises qui ne sont pas actuellement soumises à la directive sur

la publication d'informations non financières. Autrement dit, à toutes les entreprises dépassant les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants :

- total du bilan : 20 millions d'euros ;
- chiffre d'affaires net : 40 millions d'euros ;
- nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250 salariés,
- aux déclarations en 2027 sur l'exercice 2026 pour les PME cotées (à l'exception des microentreprises), des petits établissements de crédit non complexes et des entreprises captives d'assurance ;

Autrement dit aux entreprises précitées qui, pour au moins deux d'entre elles, se situent dans les écarts suivants :

- a) total du bilan : entre 4 millions et 20 millions d'euros ;
- b) chiffre d'affaires net : entre 8 millions et 40 millions d'euros ;
- c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : entre 50 et 250 salariés,
- aux déclarations en 2029 sur l'exercice 2028 pour les entreprises de pays tiers générant un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros dans l'UE, si elles ont au moins une filiale ou succursale dans l'UE qui dépasse certains seuils.

À terme, la volonté est de passer de 11 700 entreprises européennes visées actuellement à 49 000 entreprises (représentant 75 % du chiffre d'affaires de toutes les sociétés à responsabilité limitée).

Quelles sont les informations à publier ?

L'article 8 du règlement Taxonomie prévoit la publication :

- de la part du chiffre d'affaires alignée à la Taxonomie ;
- de la part du CAPEX (dépenses d'investissement) alignée à la Taxonomie ;
- de la part de l'OPEX (dépenses d'exploitation) alignée à la Taxonomie.

Les modalités de calcul sont présentées dans l'acte délégué (UE) 2021/2178 de la

Reporting NFRD Caractérisé par une grande flexibilité laissée aux sociétés	Reporting CSRD
Questions d'environnement (ex : incidences de ses activités sur l'environnement ; risques des questions environnementales sur ses performances)	Le degré de résilience du modèle commercial et de la stratégie de l'entreprise en ce qui concerne les risques liés aux questions de durabilité
Questions sociales et de personnel (ex : mise en œuvre OIT, questions de diversité)	Les opportunités que recèlent les questions de durabilité pour l'entreprise
Respect des droits de l'homme (ex : incidences effectives et potentielles de leurs activités sur les détenteurs de droits)	Les plans définis par l'entreprise pour assurer la compatibilité de son modèle commercial et de sa stratégie avec la transition vers une économie durable, avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5°C conformément à l'accord de Paris, avec l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050
Questions de lutte contre la corruption (ex : gestion des questions et des cas de corruption)	Une description des objectifs assortis d'échéances que s'est fixé l'entreprise en matière de durabilité (ex : objectifs absolus de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour 2030 et 2050), une description des progrès accomplis par l'entreprise dans la réalisation de ces objectifs, une déclaration indiquant si les objectifs de l'entreprise liés aux facteurs environnementaux reposent sur des preuves scientifiques concluantes
Des indicateurs clés de performance concernant les activités en question	Une description du rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant les questions de durabilité
À titre facultatif, la Commission européenne a publié des lignes directrices relatives aux informations en rapport avec le climat.	Une description de la procédure de diligence raisonnable mise en œuvre par l'entreprise concernant les questions de durabilité
	Une description des principales incidences négatives, réelles ou potentielles, liées aux propres activités de l'entreprise et à sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement, des mesures prises pour recenser et surveiller ces incidences
	Une description des principaux risques pour l'entreprise qui sont liés aux questions de durabilité, y compris une description des principales dépendances de l'entreprise en la matière
	Des indicateurs concernant les informations à publier visées aux points précédents.

Commission du 6 juillet 2021 qui précise les obligations de l'article 8 du règlement Taxonomie. Complexe, ce reporting a été standardisé pour améliorer la comparabilité entre sociétés.

Outre ces informations figurent naturellement les obligations qui découlent déjà de la Déclaration de performance extra-financière (DPEF).

Cette déclaration va grandement évoluer avec l'entrée en vigueur de la directive CSRD. À titre d'exemple, les entreprises visées devront désormais proposer une stratégie, à leur échelle, de limitation du réchauffement

climatique à 1,5°C conformément à l'accord de Paris, ou encore de conformité avec l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050.

Plus précisément, le tableau ci-contre référence le contenu de la DPEF tel qu'il résulte de la directive (UE) 2014/95 dite « NFRD » en comparaison avec les nouvelles obligations découlant de la CSRD.

La directive CSRD, outre l'élargissement du nombre d'entreprises visées, augmente de manière importante le niveau d'exigence du reporting extra-financier. Ce faisant, accompagné des obligations de l'article 8 du règlement Taxonomie, ce reporting des

entreprises non financières cotées rend également possible la communication aux acteurs financiers des informations nécessaires à leur propre reporting.

Le reporting des entreprises financières (article 8 du règlement « Taxonomie » et règlement SFDR)

Les entreprises financières sont également soumises à des obligations de reporting. S'agissant des obligations découlant de l'article 8 du règlement Taxonomie, l'objectif est à nouveau de montrer la mesure dans laquelle les activités économiques des entreprises financières, comme celles des entreprises non financières, sont alignées sur la Taxonomie.

Quant au but du règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité (« SFDR »), il consiste plus précisément à informer les investisseurs finaux d'une part de l'intégration des risques en matière de durabilité pesant éventuellement sur l'entreprise financée et, par suite, sur la valeur de leur investissement, d'autre part de la prise en compte des incidences négatives en matière de durabilité des activités financées.

Si l'article 8 du règlement Taxonomie s'applique au niveau de l'entité, le règlement SFDR prévoit deux volets : l'un concernant la transparence au niveau de l'entité, l'autre au niveau des produits financiers.

L'application de l'article 8 « Taxonomie » aux entreprises financières

Le champ d'application de ces obligations comprend les entreprises soumises « à l'obligation de publier des informations non financières conformément à l'article 19 bis ou à l'article 29 bis de la directive 2013/34/UE » et qui sont gestionnaires d'actifs,

établissements de crédit, entreprises d'investissement, entreprises d'assurance ou entreprises de réassurance. À nouveau, l'échéancier de la directive CSRD détaillé plus tôt dans l'article s'applique.

À titre liminaire, notons que le chiffre d'affaires, les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation ne sont pas réellement pertinents pour évaluer la durabilité environnementale des activités financières portant sur des prêts, des investissements, une assurance... Aussi, une dichotomie du régime de l'article 8 était nécessaire afin de montrer la mesure dans laquelle leurs activités économiques sont alignées sur la taxinomie.

Ainsi, l'acte délégué (UE) 2021/2178 précité du 6 juillet 2021 se propose de définir des indicateurs clés de performance propres à chaque type d'entreprises :

- la proportion d'investissements alignés pour les gestionnaires d'actifs ;

$$\frac{\text{Investissements dans des activités alignées}}{\text{Total des actifs sous gestion}}$$

- le ratio d'actifs verts dans les activités de prêt, d'investissement et de prise de participation des établissements de crédits ;

$$\frac{\text{Actifs finançant des activités alignées}}{\text{Total des actifs couverts}}$$

- la part d'actifs (pour leur compte propre ou pour le compte de clients) alignés des entreprises d'investissement ;

$$\frac{\text{Actifs alignés avec la taxonomie}}{\text{Total des actifs}}$$

- la politique d'investissement des fonds collectés dans le cadre des activités de souscription des entreprises d'assurance et de réassurance.

$$\frac{\text{Actifs finançant des activités alignées}}{\text{Total des actifs couverts}}$$

Pour une lecture approfondie des modalités de calcul, il est impératif d'étudier l'acte délégué du 6 juillet 2021.

Ces obligations de reporting entrent en vigueur un an après celles applicables aux entreprises non financières, soit le 1^{er} janvier 2024. Ce décalage est logique : il octroie une – seule ! – année au secteur financier pour assimiler les données des entreprises émettrices.

L'application du Règlement SFDR aux acteurs et conseillers financiers

Le règlement SFDR est fondé sur la notion fondamentale de double matérialité.

Le premier pilier de cette double matérialité est constitué des risques en matière de durabilité. Il s'agit du risque de réalisation d'un événement lié aux questions ESG pouvant avoir un impact important sur la valeur de l'investissement.

Le second pilier consiste, de manière réciproque, à identifier les impacts d'un investissement sur les facteurs de durabilité ESG.

Sont visés par le règlement SFDR les acteurs financiers et conseillers financiers, autrement dit :

- les entreprises d'investissement ;
- les établissements de crédit dans leurs activités de conseil en investissement et de gestion de portefeuille ;
- les gérants de FIA, EuSEF, EuVECA et ELTIF ;
- les sociétés de gestion d'OPCVM ;
- les institutions de retraite professionnelles (IRP) et fournisseurs de produits paneuropéens d'épargne retraite (PEPP) et de produits de retraite.

S'agissant tout d'abord du volet entité relatif aux risques en matière de durabilité, il ne comprend que des obligations de niveau 1, autrement dit des obligations comprises dans le règlement SFDR et non déclinées dans l'acte délégué (UE) 2022/1288 du 6 avril 2022.

Les acteurs et conseillers financiers doivent ainsi reporter sur les politiques de rémunération et sur l'intégration de ces risques dans le processus d'investissement.

Le reporting tenant aux incidences négatives des investissements est néanmoins plus subtil. Annuel, il est fondé sur les 64 *principal adverse impacts indicators* (PAI) prévus au niveau 2 par les actes délégués du SFDR et répartis en trois tableaux (T1 pour les enjeux majeurs, T2 pour les enjeux climatiques et environnementaux complémentaires, T3 pour les questions sociales).

Le premier reporting devra être publié en 2023. Il est composé de l'ensemble des indicateurs du T1, auxquels s'ajoutent au moins un indicateur du T2 et au moins un indicateur du T3.

Quant au volet concernant les produits financiers, de manière originale, le législateur européen a souhaité mettre en place un nuancier comprenant trois possibilités de reporting. Ces mécanismes offrent à l'investisseur final une grille de comparaison de l'offre d'investissement distinguant les trois catégories de fonds.

Le premier d'entre eux, prévu à l'article 8 du règlement SFDR, instaure une obligation de reporting lorsqu'un produit financier promeut des caractéristiques environnementales ou sociales.

Cette obligation s'applique *ex ante*, lors de la publication des informations précontractuelles, et *ex post*, annuellement dans un rapport périodique.

Le contenu du reporting est standardisé selon les modèles des annexes II et IV de l'acte délégué du 6 avril 2022.

Le deuxième mécanisme est prévu à l'article 9 du règlement SFDR. S'il est fréquemment évoqué par les acteurs financiers et depuis peu par les médias grand public (voir à ce sujet l'article du *Monde* du 29 novembre 2022, « La grande tromperie des fonds d'investissement "verts" »), le régime juridique précis de l'article 9 demeure encore trop souvent méconnu.

Loin d'être un label – il ne fait pas l'objet d'une certification –, ses règles de transparence s'appliquent dès lors qu'un produit financier a pour objectif l'investissement durable. C'est



le cas lorsque trois conditions sont remplies :

- un investissement dans une activité économique qui contribue à un objectif environnemental ou social ;
- l'investissement ne cause pas de préjudice important à aucun de ces objectifs (DNSH) ;
- les sociétés dans lesquelles l'investissement est réalisé applique des pratiques de bonne gouvernance.

Précisons que l'implémentation de l'article 9 s'est faite en deux phases. La première, niveau 1, n'était fondée que sur le Règlement SFDR à l'exclusion de son acte délégué, du reste publié seulement le 6 avril 2022.

Durant cette première phase, les trois conditions de reporting des fonds dits « article 9 », n'ayant pas fait l'objet de déclinaisons en PAI, étaient relativement accessibles. Aussi, un nombre important de fonds ont été créés dans ce cadre. Très attractifs, la collecte n'a posé aucun problème.

La phase de niveau 2 de la réglementation amène toutefois de nouvelles exigences. Sans se permettre une analyse qui se révélerait trop approfondie, il faut en particulier indiquer que, afin de se conformer à la deuxième condition de DNSH, les PAI devront désormais être nécessairement pris en compte.

Pour certains fonds – notamment ceux qui, selon l'enquête du journal *Le Monde* précitée, investissaient dans des actifs carbo-intensifs

malgré la dénomination « article 9 » –, cette exigence accrue les a obligés à opérer une reclassification.

Ainsi, l'attractivité première de l'article 9 a fait place à une grande prudence de la part des acteurs financiers. Pourtant, implémentés avec pédagogie, ces fonds peuvent répondre aux attentes des épargnants en matière environnementale.

Enfin, la troisième et dernière nuance s'applique aux produits financiers classiques, pour lesquels aucune promotion ou objectif durable n'est décidé. Ces produits financiers de l'article 6 sont tout de même soumis à un reporting *ex ante*, tenant cependant uniquement aux risques en matière de durabilité pouvant impacter la valeur de l'investissement.

Ce court aperçu d'une réglementation, en réalité bien plus subtile, a pour objet principal d'aider tout patron à déterminer si sa société est soumise à l'une de ces nouvelles obligations européennes. Si cela est accompli, il nous semble opportun de souligner à nouveau l'immense enjeu de pédagogie qu'elle implique, tant auprès des particuliers investisseurs finaux, qu'auprès des acteurs du secteur. En tout état de cause, il est certain que cette réglementation révolutionne le monde des affaires au nom d'une transparence bien nécessaire si celui-ci désire effectivement opérer sa transition écologique.

2022-9081

Taxonomie, RSE, ESG : état des lieux



Corinne Lepage
Avocate à la Cour, Docteur en droit,
Associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats

Le sujet de la taxonomie a déjà été abordé dans de précédents numéros du JSS. Il nous a toutefois paru nécessaire d'y revenir car les temps s'y prêtent.

Les engagements pris par les entreprises pour s'adapter au dérèglement climatique et réduire leur empreinte et la montée en puissance des questions relatives à la biodiversité sont venus transformer profondément l'appréhension que les entreprises pouvaient avoir de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), longtemps considérée comme un instrument de marketing et aujourd'hui devenue un outil stratégique majeur. De plus, les possibilités d'alignement sur la taxonomie et de caractérisation d'un investissement comme étant durable sont évidemment centrales pour se voir accorder des financements. Ceux-ci s'obtiennent non seulement par la voie des fonds publics, mais également par celle des fonds privés, les établissements financiers et d'investissement étant de plus en plus interpellés sur leur choix d'investissement et désormais contraints, dans le cadre du reporting extra-financier, de justifier de leurs orientations.

Nous avons dépassé le stade de la crise, et même celui de la transition. En effet, une crise implique un retour à la situation *ex ante*. C'est dans ces conditions qu'on a permis parler de la crise du Covid-19, qui a pu, espérons-le de manière permanente,

permettre un retour à une situation dite « normale ». Or, le dérèglement climatique et la sixième extinction des espèces déjà bien engagée ne permettront jamais un retour à la situation antérieure. Il n'y a donc pas de crise. Il ne s'agit d'ailleurs pas davantage d'une transition. En effet, la transition implique de connaître le point de départ et le point d'arrivée, or nous ne connaissons pas le point d'arrivée. Nous espérons une neutralité carbone en 2050 pour permettre ensuite une régression et des émissions négatives. Cependant, même si ce but était atteint, quelle serait alors la vie sur terre ? Quel serait l'état du vivant non humain ? Par ailleurs, le terme de transition implique d'avoir le temps de se transformer, or nous ne l'avons pas. C'est donc dans une grande transformation que nous sommes engagés, et celle-ci implique des bouleversements sur tous les plans, y compris bien entendu sur les plans politiques et économiques.

Il n'est donc pas surprenant que l'économie et la finance se soient emparés de cette problématique, dont le coût est astronomique. Il y a 15 ans de cela, Lord Stern avait d'ailleurs déjà chiffré l'avantage économique de la lutte active contre le dérèglement climatique par rapport aux politiques de non-intervention. On chiffre aujourd'hui en centaines de milliards annuels les coûts de la lutte contre le dérèglement climatique, ceux-ci étant en plus à ajouter aux coûts de l'adaptation au changement climatique.

Il ne faut donc pas s'étonner de la place croissante prise par le sujet de la taxonomie d'une part, et la transformation du rôle des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) et de la RSE de l'autre.

Six objectifs pour un investissement durable

La politique européenne articulée autour du Green Deal fixe des objectifs très ambitieux en matière de lutte contre le dérèglement climatique, avec un objectif de réduction de 55 % des émissions de gaz à effet de serre en 2030 par rapport à 1990, ce qui représente globalement quatre fois l'effort qui a été fait au cours de ces dernières années. Parallèlement, des fonds considérables ont été mobilisés tant par la Banque centrale européenne que par les institutions communautaires pour financer les transitions écologiques et digitales. Leur montant s'élève à la somme astronomique de 1 750 milliards d'euros. S'est alors immédiatement posée la question de la définition des investissements durables qui pourraient bénéficier de ces fonds, d'où la mise en place de ce que l'on appelle la taxonomie, aussi connue sous le nom de taxinomie. Le règlement du 4 juin 2021 (2020/852) définit six objectifs environnementaux qui peuvent être atteints par les projets envisagés :

- l'atténuation du changement climatique ;
- l'adaptation au changement climatique ;
- l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines ;
- la transition vers une économie circulaire ;
- la prévention et le contrôle de la pollution ;
- la protection et la restauration de la biodiversité des écosystèmes.

Toutefois, il ne suffit pas à un investisseur de se donner l'un de ces objectifs pour être durable : encore faut-il qu'il ne nuise pas à l'un des cinq autres objectifs. Ce principe, dit DNSH (« *Do No Significant Harm* »), tend à envahir plus largement le droit européen.

Enfin, un autre critère doit être satisfait : l'application des garanties minimales, c'est-à-dire un alignement sur les principes directeurs de l'OCDE et des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ce critère vise le respect des droits humains, la lutte contre la corruption, la fiscalité et une concurrence loyale.

En dehors des activités qui entrent directement dans le champ de la taxonomie, deux autres catégories d'activités ont été définies :

- les activités de transition, c'est-à-dire celles pour lesquelles il n'existe pas de solution de remplacement sobre en carbone réalisable sur le plan technologique et économique, lorsque celles-ci favorisent la transition vers une économie neutre pour le climat compatible avec l'objectif de 2°C.
- les activités habilitantes, qui sont des activités manufacturières de produits nécessaires au développement d'activités qui, elles, sont durables.

Deux actes délégués, correspondant aux deux premiers objectifs de la taxonomie, ont été publiés le 9 décembre 2021 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Ce règlement délégué précise, type d'activité par type d'activité, les conditions dans lesquelles les critères



techniques sont considérés comme réunis pour permettre l'alignement avec la taxonomie. Cet acte délégué a été complété par l'acte délégué sur le nucléaire et le gaz du 2 février 2022. Les quatre autres règlements délégués correspondant aux quatre critères environnementaux suivants devraient sortir avant la fin de l'année.

Si le projet de taxonomie sociale, qui est quasiment prêt, ne verra probablement pas le jour avant la fin de la présente mandature, c'est un document intéressant qui peut d'ores et déjà servir de base à la réflexion sur l'élaboration de la partie sociale des rapports RSE et ESG.

Parallèlement à ces textes de nature économique, un certain nombre de textes de nature financière sont venus assurer une cohérence entre le règlement taxonomie et l'activité financière. Un premier règlement « *Sustainable Finance Disclosure Regulation* » du 27 novembre 2019 (2019/2088) concerne la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur financier. Le même jour, un second règlement dit « *Benchmark* » (2019/2089) a été adopté. Celui-ci concerne les indices de référence pour la transition climatique de l'Union, l'accord

de Paris et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence.

Le règlement « *Sustainable Finance Disclosure Regulation* » (SFDR) du 10 mars 2021 fixe des règles applicables au secteur financier. Il a cependant été remplacé par la directive « *Corporate Sustainability Reporting Directive* » (CSRD), votée au parlement européen le 15 novembre et qui étend très largement le champ des entreprises concernées cotées et non cotées, afin de publier une déclaration de performances extra-financière et de préparer un reporting de durabilité selon des normes que le Groupe consultatif européen sur l'information financière (EFRAG) est en train de finaliser. De son côté, le document ISO, défini comme une approche commune avec un haut niveau d'ambition pour accompagner les entreprises vers la neutralité le plus rapidement possible – et au plus tard en 2050 –, propose, dans le cadre du scénario net zéro, un référentiel. Il faut également signaler l'initiative « *SBT net zéro* ». Tous ces référentiels, qui sont au libre choix des entreprises, ne sont pas équivalents, mais reposent néanmoins sur une base

commune. Ils ne sont évidemment pas sans conséquences sur les informations communiquées par les entreprises dans le cadre de leur RSE ou de leur ESG. En effet, même s'il s'agit de procédures volontaires, « *les entreprises qui contreviendraient à l'ensemble de ces règles tout en se disant engagées dans une trajectoire nette zéro pourraient être accusées de greenwashing et pourraient faire l'objet de procédures judiciaires* », selon un expert du domaine.

À cela s'ajoutent bien sûr les obligations. Si l'information financière donnée tant par les investisseurs, les banques et les assurances que par les entreprises elles-mêmes qui répondent désormais à des obligations comptables rigoureuses, un reporting allégé d'indicateurs spécifiques est prévu pour 2022 et 2023. En revanche, un reporting complet est exigé à partir de 2024 sur l'exercice 2023. Le but affiché est l'accroissement de la transparence en matière de durabilité, tant au niveau des acteurs financiers que des produits, en faisant entrer en particulier la transparence sur les risques dans les processus d'investissement et sur les incidences négatives en matière de durabilité.

Les évolutions à attendre

L'objectif est assez clair : il s'agit de transformer aussi rapidement que possible le système économique et financier pour permettre d'atteindre les objectifs de l'accord de Paris. On soulignera qu'à côté de l'objectif climatique très clairement affiché, l'objectif biodiversité vient prendre une part de plus en plus importante. En effet, non seulement la destruction du vivant entraîne des conséquences en cascade et une perte massive des services écosystémiques, mais les

puits de carbone que constituent les forêts, les sols, les mangroves et les zones humides doivent aussi être à tout prix sauvegardés et renforcés. C'est la raison pour laquelle un projet de règlement communautaire actuellement en discussion et présenté en juillet 2022 donne un nouvel objectif de protection de 30 % des zones naturelles d'ici 2030 et des objectifs milieu par milieu, qui se retrouveront bien évidemment dans l'application des règles de la taxonomie.

Ces transformations profondes ont des incidences à la fois sur le plan du fonctionnement des entreprises et sur le plan de la responsabilité des entreprises et des organismes financiers.

Les nouvelles obligations comptables qui concernent les entreprises de plus de 250 salariés vont naturellement avoir des incidences en cascade. Il en est de même pour l'alignement avec les règles de la taxonomie, qui va être un déclencheur d'obtention de subventions publiques, et à terme d'obtention de financements privés. L'évaluation des impacts en termes de climat et de biodiversité des investissements, et plus généralement des activités, devient un sujet central pour les entreprises, de telle sorte que les questions de RSE et d'ESG ne sont plus des sujets accessoires mais bien des options stratégiques traitées au plus haut niveau des entreprises. Et ce n'est pas un hasard si la lutte contre l'éco-blanchiment ou *greenwashing* est un thème central des textes communautaires comme de toutes les communications des organismes internationaux traitant du sujet. Cette priorité n'est pas seulement destinée à intégrer l'entreprise dans la durabilité, mais également à lui éviter la prise de risque lié à des investissements et/ou des activités exposées à des pertes lourdes en raison de la dépendance aux énergies fossiles ou de l'exposition à des

risques climatiques majeurs. Par ailleurs, le sujet de l'adaptation au dérèglement climatique, une des six thématiques de la taxonomie, prend également de l'ampleur à mesure que les effets du dérèglement climatique se font sentir. Au total, le sujet du climat, et à terme celui de la biodiversité, vont devenir des sujets vitaux, comme l'est aujourd'hui l'énergie, pour de très nombreuses entreprises.

Les *stress tests*, qui sont aujourd'hui utilisés pour apprécier l'exposition aux risques climatiques des établissements financiers mais aussi des très grandes entreprises, tendent à se généraliser. En effet, bien au-delà du risque réputationnel qui est pourtant de plus en plus prégnant, la capacité d'une entreprise à résister dans un monde incertain, c'est-à-dire non seulement à disposer d'une résilience suffisante mais encore à faire la preuve de sa capacité d'adaptation, devient un élément structurant de sa valeur. Or, ce sont précisément les rapports RSE et ESG qui permettent de définir des objectifs et des moyens pour y parvenir. Ceci a le double avantage d'exiger de l'entreprise qu'elle se plie à l'exercice et lui permette de communiquer, et donc de renforcer sa visibilité et sa valeur, à la condition bien entendu que la rigueur soit de mise.

Ainsi, nous assistons à une profonde transformation de notre modèle économique. Il ne faut certes pas être naïf et jouer aux Bisounours, mais si la triche et le *greenwashing* n'ont pas disparu, le risque qu'ils engendrent est de plus en plus considérable, et la possibilité d'accéder à des financements importants, qu'ils soient publics ou privés, sera de plus en plus difficile. Dès lors, à défaut d'une motivation éthique, la motivation économique et financière devient suffisante pour changer de modèle.

2022-9073

RSE, ESG, devoir de vigilance : nouvelle donne



Corinne Lepage
 Avocate à la Cour, Docteure en droit,
 Associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats

La RSE (responsabilité sociétale des entreprises) comme l'ESG (critères environnementaux, sociaux et de gouvernance) ont longtemps été des instruments de communication. À cette époque, la RSE avait essentiellement pour objectif de faire moins mal qu'auparavant. À ce temps du « *less bad* », a succédé le temps du « *best good* », faire le mieux possible. Or cet objectif est stratégique pour l'entreprise, ce qui explique que la conception même de la RSE ait très généralement quitté les services de la communication pour intégrer le cœur stratégique de l'entreprise. Le but de la RSE, au-delà bien entendu de la conformité réglementaire, est la réponse aux enjeux de société et aux exigences de la société civile.

Cette évolution intervient alors même que la loi impose un reporting sur les politiques RSE et ESG des grandes entreprises et du secteur financier. Et les contentieux sur le caractère inexact ou indigent de ces politiques commencent à se nouer, y compris pour les plus grands établissements (voir l'article « L'entreprise confrontée à ses allégations environnementales »).

À ceci s'ajoute le fait que le lien entre le devoir de vigilance et les obligations climatiques des entreprises s'impose de plus en plus dans le paysage juridique. Dans le cadre de ce qu'il convient d'appeler aujourd'hui la justice climatique, la responsabilité des entreprises particulièrement émettrices de gaz à effet de serre comme celle des



entreprises pétrolières est aujourd'hui engagée dans de nombreuses procédures dans le monde. Elle peut l'être au niveau des engagements pris par l'entreprise dans le cadre des accords de Paris s'ils sont jugés insuffisants ; elle peut l'être également à l'occasion d'un investissement particulier considéré comme climaticide. Des actions très médiatiques concernent aujourd'hui la société Total en France sur ces deux volets.

Toutefois, la responsabilité d'entreprises ayant historiquement contribué à la cause du dérèglement climatique peut également être engagée. Un rapport a évalué la part de responsabilité des plus grands pollueurs dans le monde. Ainsi, en Allemagne, une entreprise énergétique a été assignée par un paysan sud-américain, privé de son champ du fait du changement

climatique. Le juge allemand a admis la recevabilité de l'action pour finalement la rejeter.

Le contentieux climatique, qui avait trouvé son origine dans les actions en carence et en responsabilité contre les États (affaires *Urgenda* aux Pays-Bas, *Grande-Synthe* en France, arrêt de la cour de Karlsruhe contre la loi climatique allemande) se développe très activement, aujourd'hui contre le monde économique et probablement demain contre le monde financier.

Ce qui se produit aujourd'hui pour le climat va d'ailleurs s'étendre très vite à la biodiversité, mais aussi à la santé environnementale. Ainsi, la question environnementale, mais aussi sociale entre de plain-pied dans la stratégie des entreprises. La RSE occupe aujourd'hui une place croissante dans les opérations de fusion-acquisition

(voir à ce sujet l'article « *L'importance croissante de la RSE dans les opérations de fusion-acquisition et de financement* » de Benoît Gomel, Alexandre Chazot et Laurent Hepp, paru dans *Option Finance*, le 18 juin 2021).

La transformation profonde est en marche malgré les réticences qui restent considérables, ainsi qu'on peut en juger au vu des débats qui entourent le projet de directive sur le devoir de vigilance. Mis en perspective avec la taxonomie, le règlement CSRD, les contrôles – mêmes s'ils sont encore légers – des politiques RSE et ESG, et enfin le devoir de vigilance créent un environnement tout à fait nouveau qui vient conforter le changement de paradigme que beaucoup d'entreprises ont désormais engagé en ce qui concerne leur RSE. C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier le projet de texte sur le devoir de vigilance actuellement débattu au niveau européen.

La transformation du devoir de vigilance et le projet de directive

C'est la loi du 27 mars 2017 codifiée aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce qui a institué un devoir de vigilance des grandes entreprises en matière de responsabilité sociale et environnementale. Il s'agit de publier un plan de vigilance dans le rapport annuel de la société. Celui-ci vise à assurer de l'absence d'incidence lourde des activités à l'égard des droits humains, des libertés fondamentales, de la santé et de la sécurité des personnes et de l'environnement.

On se réfère aux conséquences contentieuses du greenwashing de ces plans de vigilance dans l'article ci-dessous. Ce qu'il faut retenir de la loi

Sapin, c'est le dispositif qui consiste en une mise en demeure préalable suivie d'une injonction, ainsi que de la compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris pour juger des actions relatives au devoir de vigilance, et ce après le vote de la loi du 22 décembre 2021 créant un nouvel article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire. Sept procédures seraient aujourd'hui en cours, dont cinq au stade de l'assignation (article précité).

La question de l'effectivité de cette loi a pu se poser, notamment en raison du refus du Conseil constitutionnel de maintenir une amende civile en cas d'infraction (voir sur ce point « *Le régime des sanctions associées au devoir de vigilance des grandes entreprises, la loi du 27 mars 2017 et au-delà* », de Pierre-Louis Périn et Frédéric Flatrès, dans la revue *Droit des sociétés* de novembre 2022).

La faute peut résulter précisément de l'absence d'un plan de vigilance ou d'un plan non conforme aux objectifs de la loi. Le débat porte sur l'étendue de la faute et, bien entendu, l'étendue du préjudice. Au-delà du risque contentieux, le risque de réputation est considérable. Rapporté aux éléments qui précèdent concernant la RSE et ESG, il est facile de constater une transformation de fond du sujet, et ce d'autant plus que le devoir de vigilance est de nature à évoluer en raison de la préparation d'une directive communautaire propre à ce sujet.

Le Parlement européen et le Conseil sont actuellement saisis d'un projet de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Ce projet vise à établir des règles concernant les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement en ce qui

concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie et a fixé les règles de responsabilité en cas de manquement aux obligations susmentionnées.

Sont concernées en moyenne les entreprises de plus de 500 salariés avec un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au niveau mondial, ainsi que les entreprises de plus de 250 salariés en moyenne avec un chiffre d'affaires de 40 millions d'euros au niveau mondial pour lesquelles des états financiers annuels ont été établis, à condition qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires aient été réalisés dans un certain nombre de secteurs : textile, agriculture, fabrication de produits alimentaires et exploitation de ressources minérales.

Le texte a toutefois été profondément amendé à la baisse par le Conseil. En particulier, le monde de la finance a été exclu de la sphère du texte, et la responsabilité des administrateurs a été supprimée. Cependant, la navette n'est pas terminée entre le Conseil et le Parlement. Il faudra nécessairement trouver une solution médiane.

Une notion nouvelle : les principales incidences négatives (PAI)

L'article 4 définit le devoir de vigilance comme le respect des obligations définies aux articles 5 à 11, à savoir l'intégration du devoir de vigilance dans les politiques des entreprises (description de l'approche de l'entreprise, code de conduite, description des procédures mises en place).

Il s'agit de recenser les incidences négatives, réelles ou potentielles, sur les droits de l'homme et sur l'environnement découlant des activités de l'entreprise, des filiales et de la chaîne de valeur.

Cela induit en outre de prévenir et d'atténuer les incidences négatives potentielles, de mettre un terme aux incidences négatives réelles et d'en atténuer l'ampleur, conformément aux articles 7 et 8. Cela peut concerner des garanties contractuelles, des investissements, des soutiens ciblés à une PME. En d'autres termes, c'est le fait de ne pas nouer de nouvelles relations ou d'étendre des relations existantes avec un partenaire qui est à l'origine d'incidences négatives potentielles. Le projet directive introduit une notion nouvelle qui est celle des PAI, directement inspirée du DNSH (= ne pas créer de dommages graves) de la taxonomie européenne.

Les PAI ou « principales incidences négatives » sont définies comme étant « *des effets négatifs importants ou susceptibles d'être importants sur les facteurs de durabilité qui sont causés, aggravés par ou directement liés aux décisions d'investissement ou aux conseils fournis par l'entité juridique* ». Il s'agit donc des conséquences négatives des décisions d'investissement sur l'environnement, le social ou la gouvernance, et donc l'ESG. Parmi ces indicateurs, 14 sont applicables aux entreprises, deux sont spécifiques aux actifs souverains et supranationaux, et deux autres sont spécifiques aux agents immobiliers.

Les 14 indicateurs obligatoires relatifs aux impacts sur les facteurs de durabilité sont les suivants :

- émissions de gaz à effet de serre : émissions de GES, empreinte carbone, intensité des émissions de GES des entreprises investies ;



- exposition à des entreprises opérant dans le secteur des combustibles fossiles ;

- part de la consommation et la production d'énergies non renouvelables ;

- intensité de la consommation d'énergie par secteurs à fort impact climatique ;

- activités ayant un impact négatif sur le secteur à fort impact climatique ;

- consommation d'eau, déchets, ratio de déchets dangereux ;

- violation des principes du pacte mondial des Nations unies et des principes directeurs de l'OCDE ;

- absence de processus et de mécanisme de contrôle de la conformité aux principes du pacte mondial des Nations unies ou principes directeurs de l'OCDE ;

- écart de rémunérations non ajusté entre les sexes ;

- mixité au sein des conseils d'administration ;

- exposition à des armes controversées.

Pour les actifs souverains et supranationaux, les deux indicateurs sont l'intensité des gaz à effet de serre et les pays d'investissement soumis à des violations sociales.

En ce qui concerne les actifs immobiliers, il s'agit de l'exposition aux

énergies fossiles par le biais d'actifs immobiliers et l'exposition à des actifs immobiliers à faible performance énergétique.

Zoom sur les autres mesures prévues par la directive

Il s'agit en outre d'établir et de maintenir une procédure relative aux plaintes, conformément à l'article 9 qui ouvre la possibilité à des personnes victimes, à des syndicats représentant des travailleurs, et aux organisations de la société civile active dans les domaines liés à la chaîne de valeur concernée, de déposer des plaintes.

Il est également nécessaire de contrôler l'efficacité des politiques et des mesures de vigilances. Cela conduit à l'utilisation d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs réalisés annuellement et chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire que de nouveaux risques significatifs peuvent survenir.

La directive prévoit également des clauses contractuelles de type clauses volontaires, lignes directrices et mesures d'accompagnement.

L'article 15, pour sa part, dirige un plan de lutte contre le changement climatique

en lien avec les 1,5°C de l'accord de Paris. Ce plan détermine notamment « sur la base des informations raisonnablement à la disposition de l'entreprise, dans quelle mesure le changement climatique représente un risque pour les activités de l'entreprise ou a une incidence sur celle-ci ».

La directive prévoit des autorités de contrôle dans chaque État, définit le pouvoir et les ressources nécessaires pour ces autorités, qui pourront ouvrir des enquêtes de leur propre chef ou à la suite de rapports étayés, et effectuer des inspections.

De plus, l'article 19 prévoit la possibilité pour les personnes physiques et morales de présenter des rapports étayés faisant état de leurs préoccupations à toute autorité de contrôle lorsqu'elles ont des raisons de penser qu'une entreprise ne se conforme pas aux dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive.

Des exonérations de responsabilité dans certains cas

Comme le notent Bernard Cazeneuve et Pierre Sellal dans un article publié le 25 novembre 2022 (*Dalloz actualité*), la proposition de directive apporte des précisions utiles destinées à pallier les difficultés rencontrées dans le cadre de la mise en œuvre du dispositif français : « La proposition de directive offre davantage de sécurité juridique en ce qu'elle précise la nature des actions de préventions et d'atténuation des risques qui pourraient être déployées par les entreprises et prévoit de surcroît une cause d'exonération de

responsabilité pour les entreprises. Cette exonération de responsabilité trouve à s'appliquer dès lors que les entreprises sont en mesure de démontrer qu'elles ont inséré des garanties contractuelles suffisantes obligeant leurs partenaires commerciaux à respecter leur code de conduite ou leur plan de vigilance, et qu'elles ont également réalisé des audits suffisants, pour s'assurer que ces garanties seront respectées. »

Somme toute, ces auteurs craignent-ils le caractère trop vaste de la notion d'incidence négative, l'étendue de la chaîne de valeur, ainsi que la possibilité d'engager la responsabilité des administrateurs de l'entreprise assujettie.

En effet, l'article 22, qui concerne la responsabilité civile, dispose que les États membres veillent à ce que les entreprises soient tenues responsables des dommages occasionnés si elles n'ont pas respecté leurs obligations et si, à la suite du manquement, l'incidence négative qui aurait dû être recensée, évitée, atténuée ou supprimée ou réduite, s'est produite et a entraîné des dommages.

Il n'y a pas, en revanche, de responsabilité si l'entreprise a pris les mesures prévues aux articles 7 et 8, c'est-à-dire qu'elles ont, de manière raisonnable, pris les mesures contractuelles nécessaires pour éviter le risque.

Par ailleurs, il est précisé que la responsabilité civile d'une entreprise pour les dommages découlant de la présente disposition est sans préjudice de la responsabilité de ses filiales et sans préjudice des règles de l'Union ou des règles nationales en matière de responsabilité civile ayant trait aux incidences négatives sur les

droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement.

L'article 25, pour sa part, définit un devoir de sollicitude des administrateurs qui, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, doivent tenir compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme. Les dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement au devoir des administrateurs doivent s'appliquer dans ce cas.

Ces mêmes administrateurs doivent mettre en place et superviser les mesures de vigilance, en particulier en matière de politique, et donc de RSE et d'ESG, et doivent prendre les mesures pour adapter la stratégie entreprise pour tenir compte des incidences négatives réelles ou potentielles recensées, conformément à l'article 6 et à toute mesure prise en vertu des articles 7 à 9.

L'autorité des marchés financiers a, de son côté, présenté un document faisant l'analyse des principales dispositions du projet RTS en soulignant que si la transparence et la publication d'informations sur la prise en compte des risques ESG est une nouveauté du règlement, la Commission considère à l'inverse que conformément aux directives existantes, ces risques devaient déjà être pris en compte dans la politique de gestion des risques et le processus d'investissement des sociétés de gestion.

Cette discussion autour de devoirs de vigilance et en particulier de la prise en compte du risque climatique

rejoint bien évidemment les réflexions qui avaient été engagées à la suite de l'intervention du jugement Shell par le tribunal de La Haye en juin 2021 (voir sur ce point notre article paru au JSS n°59 du 14 août 2021). En effet, dans cette décision abondamment commentée, le tribunal de La Haye avait condamné la Société Shell à réduire de 45 % ses émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030, et ce en conformité avec l'objectif de 1,5°C des accords de Paris. Même si cette décision est frappée d'appel, il est clair qu'elle a constitué un coup de semonce particulièrement puissant.

À l'heure où ces lignes sont écrites, le texte définitif n'est pas connu. Toutefois, il aura bien entendu des conséquences considérables sur toutes les entreprises européennes et sur le secteur de la finance.

La RSE, un élément central de la stratégie de l'entreprise

En conclusion, la stratégie RSE de l'entreprise, sous quelque forme qu'on l'aborde, devient un élément central de la stratégie de l'entreprise elle-même.

Il s'agit de transformer aussi rapidement que possible le système économique et financier pour permettre d'atteindre les objectifs des accords de Paris. On soulignera qu'à l'objectif climatique très clairement affiché, l'objectif biodiversité vient prendre une part de plus en plus considérable. En effet, non seulement la destruction du vivant entraîne des conséquences en cascade et une perte massive des services écosystémiques, mais encore les puits de carbone que constituent les forêts, les sols, les mangroves, les zones humides doivent être à tout prix sauvegardés et renforcés. C'est la raison pour laquelle un projet de règlement communautaire



actuellement en discussion et présenté en juillet 2022 donne un nouvel objectif de protection de 30 % des zones naturelles d'ici 2030 et des objectifs milieu par milieu, qui bien évidemment se retrouveront dans l'application des règles de la taxonomie.

Ces transformations profondes ont des incidences à la fois sur le plan du fonctionnement des entreprises et sur le plan de la responsabilité des entreprises et des organismes financiers.

Les nouvelles obligations comptables qui concernent les entreprises de plus de 250 salariés vont naturellement avoir des incidences en cascade, de même que l'alignement avec les règles de la taxonomie va être un déclencheur d'obtention de subventions publiques et à terme d'obtention de financements privés. L'évaluation des impacts en termes de climat et de biodiversité des investissements et plus généralement des activités devient un sujet central pour les entreprises, de telle sorte que les questions de RSE et d'ESG ne sont plus des sujets accessoires, mais bien des options stratégiques traitées au plus haut niveau des

entreprises. Et ce n'est pas un hasard si la lutte contre l'éco-blanchiment ou greenwashing est un thème central des textes communautaires comme toutes les communications des organismes internationaux traitant du sujet. Cette priorité n'est pas seulement destinée à intégrer l'entreprise dans la durabilité, mais également de lui éviter la prise de risque liée à des investissements et/ou des activités exposées à des pertes lourdes en raison de la dépendance aux fossiles ou de l'exposition à des risques climatiques majeurs. Par ailleurs, le sujet de l'adaptation au dérèglement climatique, une des six thématiques de la taxonomie, prend également de l'ampleur à mesure que les effets du dérèglement climatique se font sentir. Au total, le sujet du climat, et, à terme, celui de la biodiversité, vont devenir des sujets vitaux, comme l'est aujourd'hui l'énergie, pour de très nombreuses entreprises.

Si l'attitude de l'entreprise et des investisseurs évolue, c'est aussi en raison de leur exposition à des risques de mise en cause de leur responsabilité.

2022-9083

L'entreprise confrontée à ses allégations environnementales



Corinne Lepage
Avocate à la Cour, Docteure en droit,
Associée fondatrice du cabinet Huglo Lepage Avocats

Le sujet de l'entreprise confrontée à ses allégations environnementales peut paraître anecdotique, il est pourtant au cœur de nombreuses problématiques et surtout d'un risque majeur de mise en cause de la responsabilité de l'entreprise voire de ses dirigeants à des niveaux extrêmement différents. C'est un sujet très large, puisqu'il traite des allégations environnementales concernant les produits pour aller jusqu'au contrôle des politiques RSE (Responsabilité sociétale des entreprises) et ESG (Critères environnementaux, sociaux et de gouvernance) des entreprises, y compris dans le cadre de la nouvelle réglementation communautaire (CSRD, pour *Corporate Sustainability Reporting Directive*) qui se met en place progressivement. Mais du produit à la politique puis à la stratégie de l'entreprise, les problématiques de fond demeurent les mêmes : ne pas succomber à l'écoblanchiment. Il s'agit non seulement d'une question éthique, mais également d'une question de responsabilité et, au niveau de la politique RSE et ESG de l'entreprise, d'une question stratégique qui peut se révéler vitale.

L'application du droit de la consommation et de la publicité mensongère aux allégations environnementales

Le premier niveau est celui concernant les produits, et, de manière plus large, l'application du droit de la consommation et de la publicité mensongère aux allégations environnementales. Ce domaine est probablement le plus ancien, et la jurisprudence s'est appuyée à l'origine sur les dispositions du Code général de la consommation issues de la directive 2005/29CE sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005, et plus précisément sur l'article 121-1 du Code de la consommation. Par un arrêt en date du 6 octobre 2009 (08-87.757), la Cour de cassation a condamné une entreprise pour avoir fait usage de mentions trompeuses à propos d'un désherbant prétendument respectueux de l'environnement. La loi Climat et Résilience est allée au-delà en renvoyant la définition donnée par l'article L. 121-1 du Code de la consommation aux dispositions de l'article L. 121-2 qui définit les pratiques commerciales trompeuses en faisant référence à :

« b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir [...] ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, notamment son impact environnemental [...] ; e) La portée des engagements de l'annonceur, notamment en matière environnementale, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services. »

L'article L. 132-2 du même code a été modifié pour accroître les sanctions pécuniaires, les portant à deux ans de prison et 300 000 euros d'amende. Les pratiques commerciales trompeuses reposant sur des allégations environnementales peuvent aussi être punies par une amende proportionnée aux avantages tirés du délit, qui peut aller jusqu'à 80 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit (voir sur ce point l'article d'Elodie Valette et de Laura Cann, « *Le greenwashing à l'épreuve des pratiques commerciales trompeuses* », dans *La semaine juridique* du 26 septembre 2022 n° 38).

Cette répression de la publicité mensongère doit être également rapprochée de l'obligation d'information sur l'impact environnemental des

produits (article 7 de la loi Climat et Résilience du 22 août 2021), codifiée à l'article L. 229-64 du Code de l'environnement, qui impose la communication d'une nouvelle information synthétique sur l'impact environnemental des biens et des services. Ce texte transcrit à l'article 7 du règlement 2017/1369 sur l'étiquetage énergétique de l'Union européenne ne porte en réalité pas sur les impacts environnementaux en général, mais concerne principalement l'électroménager et les véhicules automobiles.

Le Code de l'environnement précise en son article L. 229-64 III que « *pour la mise à disposition d'autres informations ou mentions obligatoires, un renvoi clair et lisible vers un support distinct aisément accessible par les consommateurs* » est possible.

De plus, depuis février 2022, certains autres secteurs que sont le textile, l'habillement, les produits alimentaires et les produits électroniques expérimentent un étiquetage environnemental. Il va de soi que les années qui viennent auront à préciser les insuffisances voire les inexactitudes dans ce type d'affichage.

Au titre des allégations environnementales, figurent également les nouvelles dispositions de l'article L. 229-68 du Code de l'environnement qui interdit d'alléguer la neutralité carbone d'un produit ou d'un service dans une publicité. Cette interdiction s'explique par la difficulté de définir ce qu'il faut entendre par neutralité carbone.

Toutefois, l'allégation de neutralité carbone d'un produit ou d'un service peut être possible si



l'annonceur rend aisément disponible au public un certain nombre de précisions :

- un bilan d'émission de gaz à effet de serre du produit ou du service en question ;
- une démarche grâce à laquelle ses émissions sont prioritairement évitées puis réduites et enfin compensées ;
- les modalités de compensations des émissions de gaz à effet de serre résiduelles respectant les standards définis par décret.

L'article L. 229-61 du Code de l'environnement interdit pour sa part les publicités liées aux énergies fossiles mais non pas liées aux produits utilisant les énergies fossiles, ce qui priverait les annonceurs de la plupart de leur recette actuelle. Enfin, le code prévoit que les acteurs de la publicité doivent prendre des engagements volontaires dont le contrôle sera assuré par l'ex-CSA (désormais Arcom) et l'ARPP et que devra être présenté un rapport annuel sur ce sujet devant le Parlement et le Conseil économique social et environnemental.

Ainsi, une forme de réglementation d'ensemble des allégations environnementales sur les produits et services (à l'exclusion des services et produits financiers sur lesquelles on reviendra ci-dessous) se met en place pour encadrer la communication que les entreprises sont à même de faire sur leurs produits. Il va de soi que la conformité à la réglementation sur la publicité a pour objectif de contraindre les entreprises à vérifier leurs allégations, à contrôler leurs émissions de CO₂ et à s'inscrire dans la logique d'une économie décarbonée. Toutefois, force est de constater que, pour le moment, l'essentiel de cette réglementation concerne les questions climatiques à l'exclusion des questions de biodiversité et de santé environnementale.

Écoblanchiment et greenwashing de produits présentés comme durables

Indépendamment des précisions qui sont apportées ci-après (voir l'article consacré aux produits

financiers et à la CSRD), la question de l'écoblanchiment sur les produits financiers présentés comme durables est une question permanente qui se lit en filigrane de la réglementation européenne comme de la réglementation française. Le sujet n'est pas tout à fait nouveau, puisque les produits financiers présentés comme durables existent déjà depuis un certain nombre d'années, mais le renforcement de la réglementation change considérablement la donne.

Le règlement délégué du 6 avril 2022 assorti de cinq annexes, qui vient compléter le règlement SFDR (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*), va se voir lui-même remplacer par le règlement CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) tout juste adopté. Tous reposent sur des principes communs.

De nombreuses règles techniques, dites RTS, fixent les normes, le contenu et la présentation de l'information avec l'émergence d'un principe nouveau du droit communautaire – mais qui devrait faire tache d'huile – qui est le principe DNSH, ou « *ne pas causer de dommage important à des objectifs environnementaux* », dans le cadre du règlement taxonomie.

Le contenu, les méthodologies, les indicateurs de durabilité, les impacts négatifs sur la durabilité, le contenu et la présentation de l'information en relation avec la promotion caractéristique environnementale ou sociale et les objectifs d'investissements durables doivent apparaître dans les documents précontractuels,

sur les sites web et dans les rapports périodiques des acteurs de marchés qui souhaitent vendre des produits financiers considérés comme durables.

L'information diffère selon que les produits répondent aux caractéristiques dites de l'article 8 du règlement SFDR, c'est-à-dire qui présentent des caractéristiques environnementales et/ou sociales, et les produits dits « article 9 », qui sont les produits poursuivant un investissement durable au sens strict du terme.

Il faut distinguer deux périodes. La première est la période actuelle, qui est intermédiaire, puisque le règlement ne sera réellement en vigueur qu'à partir des exercices 2023-2024, c'est-à-dire pour les productions de documents 2024-2025. En revanche, pour la période antérieure, à savoir 2022-2023, les informations ne sont encore que partielles, ce que regrettait Robert Ophèle, auditionné par la Commission des Finances en janvier 2022 (voir sur ce point l'article « *Le risque de greenwashing inquiète les régulateurs à l'heure de la commercialisation des produits financier estampillés durables* » de Jean-Marc Moulin, dans la *Revue de droit bancaire et financiers* de juillet-août 2022).

Cependant, au-delà de ces produits, les obligations extra-financières des entreprises de la finance, de l'investissement, de l'assurance mais aussi les grandes entreprises, demeurent avec les obligations en termes de productions comptables extra-financières.

Pour tous ces cas de figure, aux risques juridiques qui existent déjà dès lors qu'il y a une présentation comptable ou extra-comptable, viennent s'ajouter les risques juridiques liés à des présentations jugées fallacieuses des avantages attendus en matière environnementale de tel ou tel produit financier.

La contestation des plans de vigilance et des politiques RSE et ESG, fondée sur le greenwashing

La question de l'utilisation du sigle « ESG » et de son contrôle contentieux est assez nouvelle. Ainsi, deux enquêtes sont actuellement en cours en Allemagne et aux États-Unis contre la Société WES, deuxième gestionnaire d'actifs coté en Europe, pour avoir prétendu que la moitié de ses actifs sous gestion étaient en cours ESG. La banque américaine BNY Mellon a été sanctionnée pour avoir affirmé dans sa documentation que ses fonds durables avaient été analysés sous l'angle des critères ESG. Et très récemment, Goldman Sachs Asset Management a été condamnée par le gendarme de la bourse américaine à une amende de 4 millions de dollars pour avoir intégré des sociétés dans des portefeuilles estampillés ESG sans les avoir évalués au préalable.

D'une manière générale, les différents organismes, qu'il s'agisse de l'ESMA (Autorité européenne des marchés

financiers), de la SEC (Securities and Exchange Commission), ou même de l'AMF (Autorité des marchés financiers), font de la crainte du greenwashing une priorité. Du reste, les agences de supervision financière européenne lancent des appels à l'ensemble des parties prenantes pour qu'elles témoignent des pratiques de greenwashing qu'elles pourraient avoir repéré.

L'ESMA classe le risque de greenwashing au rang de ses priorités dans ce domaine (voir à ce titre l'« *ESMA Sustainable Finances Roadmap* »). Elle propose, en lien avec toutes les autorités compétentes nationales, de travailler sur une approche commune de l'écoblanchiment avec une analyse critique des pratiques. La SEC, pour sa part, a diffusé un document afin de promouvoir une cohérence et

une fiabilité dans l'utilisation des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance.

Il est plus que probable que dans les mois qui viennent et, a fortiori, dans les années qui viennent, des contestations sur le contenu de l'ESG ou du greenwashing précisément, se développent.

Ceci est du reste à rapprocher des nombreuses actions qui sont menées dans le monde, dans le cadre de la justice climatique, à l'encontre des entreprises coupables, selon les porteurs de demandes, d'écoblanchiment ou greenwashing.

C'est dans cette logique que se situe la contestation menée par un consortium d'associations contre la Société Total Energies sur le contenu du plan de vigilance qui, selon elle, ne préviendrait pas les risques identifiés dans la cartographie des risques et

ne préviendrait pas les atteintes graves à l'environnement, notamment la filiale de Total et ses sous-traitants dans la conduite de projets en Ouganda.

Nous ne sommes qu'au début d'un mouvement qui est appelé à se développer massivement. En effet, au fur et à mesure que les règles se mettent en place pour encadrer les allégations environnementales, quelle qu'en soit la nature, et que celles-ci permettent *a contrario* aux entreprises soit de remplir les obligations, soit de communiquer, le contrôle des informations se renforce. Rapproché de la transformation qui est engagée en ce qui concerne les politiques RSE, ESG et le devoir de vigilance, on ne peut guère douter que ce sujet donnera lieu dans les mois et les années qui viennent à bien des controverses.

2022-9077



La société à mission est-elle l'avenir des sociétés ?



Madeleine Babès
Avocate,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Initiée par la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi PACTE, et plus précisément par son article 176, la société à mission est un nouveau modèle de société, dotée d'une raison d'être, motivée par d'autres considérations que la seule recherche de profits. En réalité, l'émergence des sociétés à mission s'inscrit dans un contexte antérieur et bien plus large, tendant à repenser le modèle économique même des sociétés, déjà initié quelques années auparavant avec la loi sur l'économie sociale et solidaire¹, dont l'article premier pose les bases de cette nouvelle économie, se définissant comme un « *mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine* ». Ce mode d'entreprendre nécessite que le but poursuivi par l'entreprise soit autre que le seul partage des bénéfices. Par ailleurs, la gouvernance au sein de la société doit être démocratique, transparente, et la gestion doit être « *conforme aux principes suivants : a) les bénéfices sont majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ; b) Les réserves obligatoires constituées, impartageables, ne peuvent pas être distribuées (...)* ».

Zoom sur la raison d'être

En 2016, 60 % des Français pensaient qu'une entreprise était plus utile que l'État, et 51 % des français estimaient que « *son rôle est d'abord d'être utile à la société dans son ensemble, avant ses clients (34 %), ses collaborateurs (12 %) ou ses actionnaires (3 %)*² ». C'est dire le nouveau rôle souhaité pour l'entreprise. Avec les sociétés à mission, un cap est encore franchi puisque désormais, bénéfiques et intérêt collectif devront se concilier. Et la grande spécificité de l'entreprise à mission, c'est sa fameuse raison d'être. Mais de quoi s'agit-il concrètement ?

Aux termes de l'article 1835 du Code civil, les statuts de l'entreprise « (...) *peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ». Aussi ces sociétés évoluent-elles au gré d'objectifs sociaux et/ou environnementaux, inscrits dans leurs statuts.

Elles répondent à une volonté affirmée de faire évoluer le modèle des sociétés commerciales, afin de le faire coïncider avec les évolutions et les impératifs de la société civile.

En d'autres termes, il s'agit d'inscrire les sociétés commerciales dans leur temps et de faire évoluer les mentalités. Alors tout naturellement, la transition n'est pas aisée.

Malgré tout, la France compte aujourd'hui 889 sociétés à mission recensées³ par l'observatoire des sociétés à mission, qui est la plateforme de référence des sociétés à mission en France.

Les 889 sociétés seront prochainement rejointes par d'autres sociétés dites « en chemin ». Si le modèle a donc déjà séduit de nombreux chefs d'entreprises, la formule reste encore récente, et certains tâtonnent encore en pratique quant aux obligations concrètes que recouvre la société à mission et quant aux modalités de contrôle des engagements, rappelons-le, inscrits dans les statuts de l'entreprise, ce qui n'est évidemment pas sans incidence.

Il ressort de la lettre de l'article L. 210-10 du Code de commerce qu'« *une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission* » lorsque plusieurs conditions cumulatives sont remplies. Tout d'abord, les statuts doivent comporter une raison d'être qui témoigne de la volonté de l'entreprise de s'inscrire dans un autre but que celui d'uniquement faire du profit, une réelle

1) Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

2) <https://www.ifop.com/publication/entretien-du-mois-plus-lentreprise-est-percue-comme-utile-meilleure-est-sa-reputation/>

3) <https://www.observatoiredessocietesamission.com>.

mission dont les modalités de suivi sont prévues dans les statuts. Ensuite, et en déclinaison de cette raison d'être, les statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux, dont l'exécution est vérifiée par un organisme tiers indépendant.

Pour autant, cela n'a pas vocation à faire de toutes les sociétés des sociétés à mission. Avant même le vote de la loi PACTE, dans un avis consultatif en date du 19 juin 2018, le Conseil d'État a bien relevé que l'inscription d' « *une raison d'être* » dans les statuts d'une entreprise constitue une simple faculté, mais qu'en revanche, il doit être considéré que pour les entreprises qui auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer. En d'autres termes, toutes les entreprises ne sont pas obligées d'inscrire dans leurs statuts une raison d'être (et de devenir une société à mission), mais a contrario, l'inscription d'une raison d'être au sein des statuts oblige l'entreprise à la respecter, et à conduire son activité de manière conforme à cette raison d'être.

De nécessaires contrôles

Évidemment, de telles prescriptions sans contrôles n'auraient pas de sens. En premier lieu, au sein de l'entreprise, il est établi un comité de mission distinct des organes sociaux, chargé de suivre le respect de la mission découlant des statuts. Ce comité comportant au moins un salarié présente annuellement un rapport. Précisons toutefois que si la société emploie moins de 50 salariés permanents, alors un référent de mission peut se substituer au comité



de mission. En deuxième lieu, la vérification des sociétés à mission, effectuée tous les deux ans, est notamment encadrée par un décret du 2 janvier 2020⁴ et par l'article R. 210-21 du Code de commerce. Ce contrôle est un réel audit, effectué par un organisme tiers indépendant, qui se fait communiquer toutes pièces utiles à son contrôle et qui, se déplaçant sur site, peut être amené à auditionner les salariés ou certains membres de l'entreprise.

Que se passe-t-il alors si le contrôle opéré par l'OTI révèle que l'entreprise n'a pas atteint ses objectifs ? Naturellement, des observations quant à cette carence seront consignées par l'OTI avec, probablement, une clause de revoyure. Mais gardons à l'esprit que l'engagement étant inscrit dans les statuts, il oblige l'entreprise qui l'a pris. Partant, une procédure peut être engagée auprès du président du tribunal de commerce territorialement compétent, pour demander le retrait de la qualité de société à mission. Il pourra alors ordonner au représentant légal de la société de supprimer la mention

« société à mission » de tous les actes, documents ou supports de l'entreprise, afin de ne plus communiquer de façon trompeuse sur des engagements qu'elle n'honore pas.

Un engagement partagé

C'est donc une vraie responsabilité d'être une société à mission, mais c'est aussi donner un sens à son activité. Et il faut bien évidemment insister sur le fait que devenir ou être une société à mission doit être un engagement partagé par tous au sein de l'entreprise, chacun ayant vocation à enrichir la mission et à le mettre en œuvre au quotidien.

La société à mission n'est pas, en soi, l'avenir des sociétés, dans le sens où il existera toujours des sociétés commerciales dont le seul et unique but sera la recherche de profit, mais en tout cas, il est certain que la société à mission est une société d'avenir, résolument ancrée dans son époque et tournée vers les autres.

2022-9088

4) Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission.

La place des activités immobilières dans la taxonomie durable



Raphaëlle Jeannel,
Avocate au barreau de Paris,
Cabinet Huglo Lepage Avocats



Pauline Maurus,
Avocate au barreau de Paris,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

La taxonomie « verte » ou « durable » européenne¹, établie en juin 2020, a pour objectif d'assurer la mise à disposition de produits financiers poursuivant des objectifs de durabilité environnementale afin de réorienter l'investissement privé vers des activités durables. L'un des premiers textes en précisant l'application² est entré en vigueur en juin 2021, et porte notamment sur le secteur du bâtiment. L'immobilier est ainsi identifié comme l'un des secteurs fléchés pour les investissements durables. Cette incitation à investir dans le secteur immobilier n'est évidemment pas dénuée de conditions qui doivent être strictement appréciées. Le déclassement, fin novembre 2022, par plusieurs gestionnaires d'actifs européens, notamment immobiliers, d'une bonne partie des fonds qu'ils avaient déclarés comme étant « durables » illustre parfaitement l'enjeu d'une appréhension rigoureuse de cette taxonomie européenne. Ce déclassement traduit ainsi une prudence croissante, et bienvenue, face au greenwashing. Le greenwashing a en effet été identifié par la Commission européenne comme l'un des principaux obstacles sur la voie de la transition

écologique, conduisant à une économie moins verte. Il donne une fausse impression de l'impact ou des avantages environnementaux d'un produit, et induit ainsi en erreur les acteurs du marché. Pour les mêmes raisons, il empêche également les entreprises qui font l'effort de rendre leurs produits et leurs activités écologiques d'accéder à l'avantage dont elles devraient bénéficier en conséquence. C'est la raison pour laquelle le Green Deal européen a entériné le principe selon lequel des « allégations vertes », comme par exemple la durabilité d'un produit, doivent être justifiées par une méthodologie standard évaluant leur impact sur l'environnement. Il en va naturellement ainsi des investissements financiers « durables », et notamment des investissements dans l'immobilier, et c'est la taxonomie qui en pose les principes.

Les fondamentaux de la taxonomie durable/verte

La taxonomie européenne s'inscrit dans les politiques de transition énergétique, économique et écologique de l'Union européenne. Elle en est, quelque part, le fer de lance dans la mesure où elle

visé à orienter les flux financiers dans les investissements permettant de financer ces transitions tout en maintenant des règles efficaces en matière de concurrence. Les principes de la taxonomie ont été fixés par un règlement européen, dit « règlement taxonomie » en date du 18 juin 2020. Le choix de cet instrument juridique, applicable directement dans chaque État membre, permet de disposer d'un corps de règles identique et commun pour tous dans l'Union européenne.

En premier lieu, pour pouvoir recevoir la qualification de durable, une activité doit, d'une part, contribuer substantiellement à l'un des objectifs environnementaux définis par le règlement et, d'autre part, ne pas nuire aux autres.

Les objectifs environnementaux auxquels une activité doit contribuer sont au nombre de six, il s'agit des objectifs suivants :

- l'atténuation du changement climatique ;
- l'adaptation au changement climatique ;
- l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines ;
- la transition vers une économie circulaire ;
- la prévention du contrôle de la pollution ;
- la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes.

1) Règlement 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.

2) Règlement délégué (UE) 2021/2139 de la Commission du 4 juin 2021 définit les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions une activité économique peut être considérée comme contribuant substantiellement à l'atténuation du changement climatique ou à l'adaptation à celui-ci et si cette activité économique ne cause de préjudice important à aucun des autres objectifs environnementaux.

Le règlement précise la notion de contribution substantielle à ces objectifs pour chacun d'entre eux. Par exemple, pour ce qui est de l'atténuation du changement climatique, on entend par contribution substantielle une action qui « *contribue substantiellement à stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique, [...] en évitant ou en réduisant les émissions de gaz à effet de serre ou en améliorant l'absorption de gaz à effet de serre, y compris par des innovations en matière de processus ou de produit*³ ». Figure notamment parmi les contributions éligibles, l'amélioration de l'efficacité énergétique.

En second lieu, l'activité doit s'aligner sur les principes directeurs de l'OCDE et les principes directeurs des Nations unies relatives aux entreprises aux droits de l'homme.

En troisième lieu, elle doit répondre aux critères d'examen technique fixés par des actes complémentaires au règlement taxonomie. Nous reviendrons ci-après sur l'un d'entre eux qui porte sur les objectifs d'atténuation et d'adaptation au changement climatique, et qui comporte des critères d'examen technique pour les bâtiments.

Enfin, il faut signaler que deux autres catégories d'activités peuvent recevoir la qualification de durables (à des conditions restrictives compte tenu de leur caractère intrinsèquement non durable) :

- les activités de transition qui sont celles pour lesquelles il n'existe pas de solution de remplacement sobre en carbone réalisable sur le plan technologique et économique mais qui favorisent la



transition vers une économie neutre pour le climat ;

- les activités habilitantes qui sont en substance les activités manufacturières de produits nécessaires au développement d'activités qui, elles, sont durables.

L'intégration du secteur immobilier dans la taxonomie durable

Le Règlement délégué (UE) 2021/2139 de la Commission du 4 juin 2021 définit les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions une activité économique peut être considérée comme contribuant substantiellement à l'atténuation du changement climatique ou à l'adaptation à celui-ci, et si cette activité économique ne cause de préjudice important à aucun des autres objectifs environnementaux (utilisation durable et protection des ressources hydrauliques et marine ; transition vers une économie circulaire ; prévention et contrôle de la pollution ; protection et rétablissement

de la biodiversité et des écosystèmes). Le Règlement 2021/2139 se concentre en premier lieu sur les activités et les secteurs économiques qui présentent le plus grand potentiel au regard de l'adaptation au changement climatique. Par conséquent, le choix de ces activités et secteurs économiques repose sur leur poids dans les émissions totales de gaz à effet de serre, ainsi que sur les éléments montrant qu'ils peuvent contribuer à éviter, réduire ou absorber les émissions de gaz à effet de serre, ou bien permettre à d'autres activités de les éviter, de les réduire, de les absorber ou de les stocker de manière pérenne.

À ce titre, la construction et les activités immobilières figurent parmi les activités et secteurs économiques qui présentent le plus grand potentiel. En effet, les bâtiments, tous secteurs confondus, représentent 40 % de la consommation totale d'énergie et 36 % des émissions carbonées dans l'Union européenne, et peuvent donc jouer un rôle important dans l'atténuation du changement climatique.

La taxonomie durable intègre ainsi dans son champ d'application les activités immobilières suivantes :

3) Article 12 du règlement 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.

- la construction de nouveaux bâtiments (codes NACE F41.1, F41.2, F43). Il s'agit des activités de promotion immobilière pour la construction de bâtiments résidentiels et non résidentiels en réunissant les moyens financiers, techniques et humains nécessaires à la réalisation de projets immobiliers destinés ultérieurement à la vente ainsi que la construction de bâtiments résidentiels ou non résidentiels, complets, réalisés pour compte propre en vue d'une vente ultérieure, ou pour le compte de tiers ;
- la rénovation de bâtiments existants (codes NACE F41, F43). Il s'agit des activités de construction et les travaux de génie civil ou leur préparation ;
- l'installation, la maintenance et la réparation d'équipements favorisant l'efficacité énergétique (codes NACE F42, F43, M71, C16, C17, C22, C23, C25, C27, C28, S95.21, S95.22 et C33.12). Il s'agit de mesures de rénovation individuelles consistant en l'installation, la maintenance ou la réparation d'équipements favorisant l'efficacité énergétique ;
- l'installation, la maintenance et la réparation de stations de recharge pour véhicules électriques à l'intérieur de bâtiments et dans des parcs de stationnement annexés à des bâtiments (codes NACE F42, F43, M71, C16, C17, C22, C23, C25, C27 ou C28) ;
- l'installation, la maintenance et la réparation d'instruments et de dispositifs de mesure, de régulation et de contrôle de la performance énergétique des bâtiments (codes NACE F42, F43, M71, et C16, C17, C22, C23, C25, C27, C28) ;
- l'installation, la maintenance et la réparation de technologies liées aux énergies renouvelables sur site (codes NACE F42, F43, M71, C16, C17, C22, C23, C25, C27 ou C28) ;
- l'acquisition et la propriété des bâtiments (codes NACE L68). Il s'agit des activités d'achat d'immobilier et d'exercice de la propriété de cet immobilier.

Les critères d'examen technique dans le secteur immobilier

Le Règlement 2021/2139 définit les critères d'examen technique permettant de qualifier les activités immobilières au titre de la taxonomie durable, autrement dit les critères permettant de déterminer si une activité immobilière est considérée comme durable sur le plan environnemental.

Il en résulte que la conformité d'une activité économique au regard de la taxonomie durable nécessite un audit dédié et autonome. En effet, le respect de la réglementation interne (en matière de performance énergétique, de carbone, d'environnement) est insuffisant pour établir la conformité au regard de la taxonomie durable, même si elles se recouvrent pour une grande part.

S'agissant de la contribution des activités immobilière à l'atténuation au changement climatique, ces critères sont notamment fondés sur l'incidence potentielle de ces activités sur la performance énergétique des bâtiments et sur les émissions de gaz à effet de serre et le carbone intrinsèque qui y sont liés.

Les critères d'examen pour la construction de bâtiments neufs

Selon le Règlement 2021/2139, contribue substantiellement à l'atténuation du changement climatique, la construction de bâtiments neufs pour lesquels :

- la demande d'énergie primaire, qui définit la performance énergétique du bâtiment résultant de la construction, est inférieure d'au moins 10 % au seuil

établi pour les exigences relatives aux bâtiments dont la consommation d'énergie est quasi nulle dans les mesures nationales destinées à mettre en œuvre la directive 2010/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments. La performance énergétique est certifiée par un certificat de performance énergétique ;

- pour les bâtiments d'une superficie supérieure à 5 000 m², après achèvement, le bâtiment résultant de la construction est soumis à des essais d'étanchéité à l'air et d'intégrité thermique, et tout écart par rapport aux niveaux de performance établis à l'étape de conception ou défaut dans l'enveloppe du bâtiment est communiqué aux investisseurs et aux clients. À titre d'alternative, lorsque des processus de contrôle de la qualité solides et traçables sont en place au cours du processus de construction, cela est acceptable comme solution de substitution aux essais d'intégrité thermique ;

- pour les bâtiments d'une superficie supérieure à 5 000 m², le potentiel de réchauffement planétaire (PRP) tout au long du cycle de vie du bâtiment résultant de la construction a été calculé pour chaque étape dans le cycle de vie et est communiqué sur demande aux investisseurs et aux clients.

Selon le Règlement 2021/2139, contribue substantiellement à l'adaptation au changement climatique, la construction de bâtiments neufs pour lesquels :

- l'activité économique a mis en œuvre des solutions physiques et non physiques (« solutions d'adaptation ») réduisant de manière substantielle les risques climatiques physiques les plus significatifs qui sont importants pour cette activité ;

- les risques climatiques physiques qui sont importants pour l'activité ont été identifiés au moyen d'une évaluation rigoureuse des risques et de la vulnérabilité liés au climat ;
- l'évaluation des risques et de la vulnérabilité liés au climat est proportionnée à l'ampleur de l'activité et à sa durée escomptée ;
- les projections climatiques et l'évaluation des incidences sont fondées sur les meilleures pratiques et les orientations disponibles et tiennent compte des techniques scientifiques de pointe pour l'analyse de la vulnérabilité et des risques, ainsi que des méthodologies connexes ;
- les solutions d'adaptation mises en œuvre : n'ont pas d'incidence négative sur les efforts d'adaptation ou sur le niveau de résilience aux risques climatiques physiques d'autres populations, de la nature, du patrimoine culturel, des biens et d'autres activités économiques ; privilégient des solutions fondées sur la nature ou s'appuient, dans la mesure du possible, sur des infrastructures bleues ou vertes ; sont compatibles avec les stratégies et plans d'adaptation menés aux niveaux local, sectoriel, régional ou national ; sont suivies et mesurées à l'aune d'indicateurs prédéfinis et des actions correctives sont envisagées lorsque ces indicateurs ne sont pas atteints ; lorsque la solution mise en œuvre est de nature physique et consiste en une activité pour laquelle des critères d'examen technique ont été spécifiés dans la présente annexe, la solution satisfait aux critères d'examen technique applicables à cette activité selon le principe consistant à ne pas causer de préjudice important.

Le Règlement 2021/2139 définit également les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions la construction de bâtiments



neufs peut être considérée comme ne causant pas de préjudice important aux autres objectifs environnementaux.

Les critères d'examen pour l'acquisition et la propriété de bâtiments

Selon le Règlement 2021/2139, contribue substantiellement à l'atténuation du changement climatique, l'acquisition et la détention de bâtiments pour lesquels :

- dans le cas de bâtiments construits avant le 31 décembre 2020 : un certificat de performance énergétique relevant au minimum de la classe A a été délivré. À défaut, le bâtiment fait partie des 15 % du parc immobilier national ou régional les plus performants en matière de consommation d'énergie primaire opérationnelle, ce qui est démontré par des éléments de preuve appropriés, comparant au moins la performance du bien concerné à la performance du parc immobilier national ou régional bâti avant le 31 décembre 2020 et opérant au minimum une distinction entre bâtiments résidentiels et bâtiments non résidentiels ;
- les bâtiments construits après le 31 décembre 2020 : satisfaction des

critères relatifs à la construction de bâtiments neufs qui sont pertinents au moment de l'acquisition ;

- les grands bâtiments non résidentiels (dont la puissance nominale utile des systèmes de chauffage, des systèmes combinés de chauffage et de ventilation de locaux, des systèmes de climatisation ou des systèmes combinés de climatisation et de ventilation est supérieure à 290 kW) sont exploités de manière efficace grâce à la surveillance et l'évaluation de la performance énergétique. Cela peut par exemple être démontré par l'existence d'un contrat de performance énergétique ou d'un système d'automatisation et de contrôle de bâtiments.

Les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions l'acquisition et la détention de bâtiments peut être considérée comme contribuant substantiellement à l'adaptation au changement climatique, sont identiques à la construction neuve. Le Règlement 2021/2139 définit également les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions l'acquisition et la détention de bâtiments peut être considérée comme ne causant pas de préjudice important aux autres objectifs environnementaux.

2022-9085

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 26 septembre 2020 – numéro 58

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

NUMÉRO SPÉCIAL

Accident et risque industriel

Huglo Lepage Avocats



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

RISQUE INDUSTRIEL

De l'utilité de se référer au droit international des risques technologiques	3
Les catastrophes industrielles à l'étranger et leur incidence en France et en Europe.	5
Risques industriels et plans de prévention des risques technologiques	7
Gestion de crise environnementale.	9
De la culture de risque à l'organisation du refus d'information du public	11
Risques industriels et responsabilités administratives	14

AGENDA 13

EMPREINTES D'HISTOIRE

Pourquoi les magistrats de la cour d'appel de Toulouse siègent-ils devant le portrait de Louis XVI ?	18
--	----

ANNONCES LÉGALES 19



© D.R.

Ce n'est pas un hasard si ce numéro spécial consacré au risque industriel est publié à la fin du mois de septembre 2020. En effet, voilà un an, se déroulait un très grave accident industriel à l'usine Lubrizol de Rouen, accident industriel dont les conséquences à moyen et long terme sur le plan sanitaire et environnemental restent encore largement inconnues. Cependant, ce qui est certain, c'est que cet incendie hors du commun ne s'est pas transformé en accident industriel majeur, ce qui était une probabilité non négligeable compte tenu de la proximité de plusieurs usines Seveso seuil haut. Depuis lors, la catastrophe de Beyrouth liée à l'explosion d'un entrepôt de stockage d'ammonitrate, produit fabriqué et stocké également en France, a de nouveau mis sur le devant de la scène, malgré l'omniprésence de la question de la pandémie Covid-19, le sujet du risque industriel.

Il nous a donc paru intéressant – alors que la métropole de Rouen organise une semaine entière consacrée au sujet du monde d'après – de faire un point sur le sujet du risque industriel un an après Lubrizol, pour s'interroger, en particulier, sur la manière dont les conséquences de ce qui s'est passé avaient été tirées (ou non).

Après avoir rappelé les conditions dans lesquelles la question du risque industriel est traitée à l'échelle internationale (1) et les conséquences que de très graves accidents qui s'étaient produits à l'étranger avaient pu avoir sur la législation nationale (2), ce numéro traite de la question des

PPRT (plan de prévention des risques technologiques, qui devraient être l'alpha et l'oméga de la prévention des risques industriels), (3) de la gestion de crise (4), de la réalité de la culture du risque à l'heure où l'information en matière environnementale ne cesse de se réduire (5) et enfin de la réalité dont les organismes de contrôle de l'État fonctionnent, c'est-à-dire de la difficulté de passer du stade du constat d'infraction et de non-respect des règles de sécurité au stade de la contrainte et de la sanction que les préfets ne veulent généralement pas accepter (6).

À l'heure où la question de la réindustrialisation de la France est un sujet majeur, celle de l'acceptabilité du risque industriel se pose sous un angle nouveau et on ne peut qu'être inquiet du manque total de conséquences tirées de la catastrophe de Lubrizol. Non seulement aucun effort n'a été fait en faveur d'une meilleure information sur les risques – et la loi ASAP en discussion a d'ailleurs précisément pour objet de réduire encore le droit à l'information du public – mais encore les projets de modification, sous prétexte de simplification de la législation environnementale, visent à amoindrir encore l'application de la législation des installations classées, et ce à l'inverse des propositions faites par les rapports parlementaires tant de l'Assemblée nationale que du Sénat de renforcer, au contraire, la législation d'une part, l'effectivité des contrôles d'autre part.

*Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats*

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bimensuelle (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2020

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

De l'utilité de se référer au droit international des risques technologiques



Christian Huglo,
Avocat à la Cour, docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats

C'est comme une forme de rituel, chaque catastrophe écologique liée à une activité industrielle entraîne chaque fois, notamment grâce aux commissions d'enquête parlementaires, la révélation d'une inadéquation de nos instruments juridiques et la nécessité de faire une nouvelle loi.

Tel a été le cas à la suite de l'accident AZF qui a entraîné l'édiction d'une nouvelle loi – loi Bachelot – du 30 juillet 2003, de même l'affaire dite de Lubrizol, entraînera certainement une réforme législative, comme l'a révélé la commission d'enquête qui s'est récemment tenue à l'Assemblée nationale.

C'est toujours le même leitmotiv : le manque de moyens en personnel et l'inadéquation à des instruments juridiques. Et quand ces derniers sont mis au point, grâce en grande partie au droit européen et aux directives dites SEVESO (respectivement SEVESO 1, 2 et 3) le droit positif paraît toujours en retard d'une guerre.

Or, il existe des instruments juridiques et des principes fondamentaux en droit international public et en matière des droits de l'homme à l'environnement, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, qui devraient pouvoir servir de référence stable.

C'est pourquoi il nous a paru utile de faire un bref inventaire des leçons issues de ces textes conventionnels ou de la jurisprudence, qui devraient pouvoir servir de guide à l'interprétation et l'évolution du droit interne.

Sur le plan du droit international public, existent deux textes importants et intéressants qui sont généralement méconnus ou oubliés.

Il s'agit, d'une part, de la Convention d'Aarhus, du 25 juillet 1998, sur l'accès à l'information et la participation du public et l'accès à la justice en matière de l'environnement et, d'autre part, la

Convention d'Helsinki, du 17 mars 1992, en vigueur depuis le 19 avril 2000 sur les effets transfrontières des accidents industriels.

La Convention d'Aarhus prescrit et impose la participation du public lorsqu'il s'agit d'autoriser ou non des activités considérées comme comportant un certain risque et énumérées à l'annexe I de ladite Convention. Cette liste vise les activités relevant du secteur énergie, de la production et de la transformation des métaux de l'industrie chimique et liées au pétrole.

Les dispositions relatives à la participation du public (articles 6, 7 et 8 de la Convention) impliquent, pour le public, la possibilité de faire connaître ses observations par écrit lors d'une audition ou au cours d'une enquête publique.

La participation du public s'impose dès le début de la procédure et des délais raisonnables doivent être mis en place pour que le public soit informé et pour qu'il puisse se préparer à une participation effective.

Le résultat de la procédure de participation doit être révélé au public et pris en considération par l'administration au moment où elle prend sa décision.

Le public doit évidemment être informé de la décision prise.

Cette notion de participation du public ne se limite pas à la prise de décision autorisant un projet déterminé, mais elle vise également à l'élaboration de plans et de programmes relatifs à un environnement.

Il est ainsi assez évident que dans un contexte de régression de l'enquête publique et de la tendance à l'administration de ne pas tenir compte des informations transmises par le public, cette Convention ne peut qu'attirer l'attention du juriste et des responsables.

La Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 s'attache à la question du risque des effets transfrontières des accidents industriels.

La Convention ne se limite pas à organiser l'information en cas d'accident industriel transfrontière, comme cela existe pour les Conventions dites de « Vienne » en matière nucléaire du 30 octobre 1986, elle vise surtout et également la prévention des accidents.

La Convention a un champ d'application très vaste, énuméré à l'annexe I de ladite Convention.

Le professeur Jean-Pierre Beurrier indique ici que le champ d'application est extrêmement précis, ainsi écrit-il :

« La présence de 250 tonnes de dioxyde de soufre ou de 200 tonnes de gaz inflammable sur un site industriel exige que l'État se conforme aux prescriptions de ladite Convention. »¹

Les obligations des États consistent à s'obliger à prendre des mesures appropriées pour inviter les exploitants à en réduire le risque d'accident. L'annexe IV de ladite Convention énumère la liste des mesures à prendre à titre préventif et s'attache également à justifier le choix de l'hébergement de ladite activité. Ces mesures à prendre, à titre préventif, sont détaillées aux annexes V et VI.

Celles-ci concernent la préparation des plans d'urgence, soit sur le lieu des activités en question, soit en dehors du site.

Une procédure est mise en place pour l'information et l'aide mutuelle en cas d'accident, ce qui dépasse la simple question de la prévention qui nous intéresse directement.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux incidents industriels doit également attirer l'attention.

On rappellera d'ailleurs que la juridiction de la Cour de Strasbourg s'étend à tous les États membres du Conseil de l'Europe qui va de la Russie jusqu'à la Turquie, soit environ 45 États, ce qui n'est pas négligeable, et ce qui est d'autant plus important, c'est,

1) Voir Jean-Pierre Beurrier, *Droit international de l'environnement*, Édition PEDONE, 2017, page 500, n° 863.

qu'effectivement, les décisions prises doivent être suivies d'effectivité.

S'agissant des questions qui nous intéressent par rapport à la protection contre les risques, la jurisprudence de la Cour vise trois sujets : le principe de prévention, le principe de précaution et l'obligation de la participation du public s'agissant d'activités dangereuses.

Dans tous les cas de figure, ces obligations s'imposent aux personnes publiques et aux personnes privées, mais dans la plupart des cas qui ont été soumis aux juges de Strasbourg le comportement de l'État a été mis en cause.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, dans un célèbre arrêt (grande chambre) du 30 novembre 2004, numéro 48939/99, ÖneriYldiz c. Turquie, qui concernait l'écroulement d'une décharge sur une zone habitée, pour définir cette responsabilité de l'État, il faut prendre en compte un certain nombre de facteurs, à savoir :

- le degré de nocivité des phénomènes liés à telle ou telle activité ;
- la contingence du risque auquel le requérant a été exposé en raison des circonstances dangereuses pour sa vie ;
- le statut des personnes impliquées par l'enchaînement de ces circonstances ;
- et le caractère délibéré ou non des actes ou omissions imputables à ces personnes.

L'obligation de l'État ne se limite pas à l'application du principe de prévention ainsi que celui de précaution, ce qui a été jugé dans l'affaire Tătar c. Roumanie qui concernait une grave pollution des eaux qui a entraîné de sérieux dommages à la santé des habitants, voisins de l'exploitation d'une mine d'or.

Pour la Cour, l'absence de certitudes compte tenu des conséquences scientifiques et techniques du moment, ne sauraient permettre à l'État de retarder à prendre des mesures effectives et proportionnées. Ce qui implique, pour les autorités publiques, l'obligation d'évaluer d'une manière satisfaisante les risques liés à l'activité et la détermination des mesures adéquates, de nature à protéger les droits d'environnement des intéressés, assimilés aux droits à la jouissance d'un environnement sain et protégé (voir CEDH, 27 janvier 2009, requête numéro 65702/01 - Tătar c. Roumanie).

Le droit de la protection contre les risques industriels technologiques s'étend donc de la prévention à la précaution, mais est lié à l'obligation pour l'État d'organiser la participation du public.

La participation du public est pour la Cour européenne une obligation claire et précise. Il s'agit du droit, pour chaque personne concernée, de faire des observations aux autorités publiques, et lorsque les situations sont relativement complexes,

l'obligation pour l'autorité étatique de faire mener des études pour évaluer les effets sur l'environnement [voir CEDH (grande chambre), 8 juillet 2003, requête numéro 36022/97 - Hatton et Autres c. Royaume-Uni et CEDH, 10 août 2004, requête numéro 46117/99 - Taşkin et Autres c. Turquie]

Cette obligation consiste, selon le professeur Jean-François Rennucci (JurisClasseur Europe, fascicule 6527), « en une analyse matérielle du risque contenu dans la décision et, d'autre part, sur l'examen du processus suivi, pour vérifier si les intérêts de l'individu ont été pris en compte ».

Il est évident, ici encore, que les tentations de limiter ou de supprimer l'enquête publique va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg comme à l'encontre des grands principes issus du droit international public et des Conventions ratifiées par la France.

Rappelons ici que l'article 58 de la Constitution rappelle que les traités ont une valeur supérieure à celle de la loi et que de ce fait, si l'on veut sécuriser un projet industriel plus particulièrement dangereux pour l'environnement comme pour les hommes, il faudra tenir compte et intégrer les données de ces Conventions et jurisprudences.

2020-6253



Les catastrophes industrielles à l'étranger et leur incidence en France et en Europe



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La mondialisation, sous son aspect de production assez uniformisé, a au moins un effet positif : lorsqu'un accident se produit quelque part dans le monde, chacun s'interroge sur le point de savoir si l'accident pourrait se produire sur son territoire. La récente catastrophe de Beyrouth en est une illustration, mais les exemples sont malheureusement fréquents depuis les années 70.

L'exemple le plus flagrant est bien entendu celui des accidents nucléaires (lorsqu'ils ont été révélés, ce qui n'était le cas ni de Mayak, ni de Saint-Laurent-Des-Eaux) à savoir TMI, Tchernobyl et Fukushima. S'agissant en particulier de la dernière catastrophe, celle de Fukushima, qui s'était produite dans un pays hautement industrialisé dans lequel la sécurité était considérée comme de niveau au moins équivalent à celle des pays nucléarisés d'Occident, elle a été à l'origine d'un renforcement non négligeable des règles de sécurité et de sûreté en Europe. De nouvelles obligations ont été mises à la charge tant des opérateurs que des autorités de contrôle ; il faut noter qu'en ce qui concerne EDF, près de dix ans après Fukushima, un grand nombre de ces règles ne sont toujours pas appliquées en raison des coûts liés au renforcement de la sûreté. Mais l'accident de Tchernobyl avait déjà conduit à l'élaboration de la première directive sur la sûreté nucléaire (2009/71 du 25 juin 2009) modifiée par la directive 2014/87 du 8 juillet 2014), permettant ainsi au droit communautaire et au principe de la codécision de s'appliquer au domaine nucléaire qui jusque-là n'était réglé que par le traité Euratom, sur lequel le Parlement n'a strictement aucun droit.

Cependant, les catastrophes industrielles ne se limitent malheureusement pas aux accidents nucléaires, qui peuvent avoir des retombées bien au-delà des lieux où ils se produisent et qui, par voie de

conséquence, peuvent mobiliser la société internationale, qui se trouve dès lors directement concernée.

La première illustration est celle du droit européen, dont la directive phare Seveso est directement issue d'une catastrophe industrielle en Italie. La catastrophe de Seveso (rejets de dioxine en 1976 sur la commune de Seveso en Italie) conduira à l'élaboration de la première directive Seveso du 24 juin 1982 ; mais les textes modificatifs seront également inspirés par des accidents industriels produits en Europe. La directive Seveso 2 n° 96/82 du 9 décembre 1996 amendée par la directive 2003/05 du 16 décembre 2003 est intervenue après AZF, la pollution du Danube par des cyanures et une explosion à Eschende aux Pays-Bas en 2000. Puis la directive Seveso 3 du 4 juillet 2012 n°2012/18 a également intégré les accidents industriels qui s'étaient produits en Europe au cours de ces décennies. Dès lors, le droit français a tiré les conséquences des textes communautaires, notamment avec la réglementation concernant les Seveso seuil haut et bas dont il a été beaucoup question à propos de Lubrizol.

La catastrophe de Bhopal, qui s'est produite en 1984, a eu des conséquences importantes en France. Rappelons qu'une usine de la firme américaine Union Carbide produisant des pesticides avait explosé, dégageant 40 tonnes d'isocyanate de méthyle. Un bilan abominable annoncé à 3 500 puis 7 500 et très probablement de 20 000 à 25 000 morts. 3 500 personnes sont décédées immédiatement, les autres dans les premières semaines puis ultérieurement, du fait de leur exposition au gaz. 300 000 personnes ont été blessées et en particulier beaucoup d'entre elles sont devenues aveugles. Une étude de 1999 fait état d'une augmentation de 300 % de la mortalité infantile, d'un taux de malformation 7 fois supérieur à ce qui existe dans le reste du pays, et à la présence de taux de

mercure jusqu'à 6 millions de fois supérieur aux normes. À ce jour, les déchets enfouis dans le sol, sans aucune protection, continuent à se répandre dans les nappes phréatiques, empoisonnant l'eau : 30 personnes meurent encore chaque mois de cette toxicité.

Le procès qui a duré des années s'est traduit par une indemnisation extrêmement modeste de 470 millions de dollars (1,3 milliard de dollars en 2017), sans condamnation des responsables américains (à mettre en parallèle avec les 42 milliards du préjudice que BP a dû payer pour l'explosion de la plateforme Deep Water horizon qui n'a fait que 11 victimes...) L'isocyanate de méthyle, à l'origine de cette catastrophe, contient du phosgène, c'est-à-dire du gaz moutarde. L'irritation des yeux commence à 0,5 ppm, à 2 ppm, ce sont les voies respiratoires supérieures qui sont irritées. Une concentration de 21 ppm est décrite comme insupportable, et les dommages permanents arrivent quand le seuil de 30 ppm est atteint.

Il existait à l'époque, près de Béziers, une autre usine de Union Carbide, la Littorale 4, qui exploitait une usine de fabrication du Temik, le même pesticide que celui produit à Bhopal à partir du MIC, c'est-à-dire de l'isocyanates de méthyle. La catastrophe de Bhopal permettra le vote de la loi sur les enquêtes publiques en 1983 et un décret obligeant les industriels à une déclaration sur les substances chimiques mises en vente et leur toxicité. En revanche, le projet d'instaurer des zones de sécurité autour des établissements industriels qui se traduira finalement par les PPRT sera bloqué par les industriels... jusqu'à AZF. En effet, c'est la loi de 2003 qui instaurera ces plans qui, aujourd'hui, peinent à être mis en œuvre ou bien le sont dans des conditions éminemment contestables. Ainsi, le PPRT de Bristol envisageait un risque d'accident tous les 20 000 ans, et considérait que l'exposition à un risque d'incendie ne concernerait que 14 maisons.

La question du phosgène réapparaîtra à la suite de la catastrophe d'AZF : la SNPE, qui fabriquait sur le site voisin du phosgène, a été alors fermée. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de sites en France aujourd'hui continuent à fabriquer du phosgène (classé substance dangereuse par la législation et ICPE dans la catégorie très toxique (rubrique 1115) dans des zones voisines des habitations...

Enfin, la récente catastrophe de Beyrouth a rappelé les risques liés au stockage de combustibles, en l'espèce du nitrate d'ammonium qui était déjà à l'origine de la catastrophe AZF à Toulouse. 149 morts, 5 000 blessés et une ville largement dévastée. Certes, les conditions particulières à la situation politique libanaise et la très grave crise économique que subit ce pays peuvent expliquer en partie au moins cet accident majeur, mais seule une véritable enquête judiciaire indépendante permettra de faire la lumière sur les conditions de la catastrophe. Il n'en demeure pas moins que le stockage de produits dangereux à l'intérieur des villes, où se concentre une forte densité de population est un problème qui dépasse bien entendu le cas de Beyrouth. Ce composé, dont plus de 20 millions de tonnes sont produites chaque année, est utilisé aux trois quarts pour l'agriculture, et le reste pour des explosifs dans le secteur minier des travaux publics et, malheureusement, pour des attentats. Si ce produit n'est pas directement combustible, mélangé à des combustibles, il produit des accidents effroyables. Même avec des petits stockages, parfois d'à peine 10 tonnes, le risque demeure élevé pour les populations, d'autant que les mesures de sécurité ne sont pas suffisantes.

Cette catastrophe a conduit nombre d'entre nous à se poser deux questions :

- qu'en est-il de la réglementation en France du nitrate d'ammonium ?
- quelles sont les règles applicables aux industries et au stockage dangereux en ville ?

Il est indéniable que la catastrophe d'AZF a conduit à la mise en place de règles strictes, puisque les grands sites de stockage (plus de 2 500 tonnes) sont classés Seveso seuil haut, et 31 sont classés Seveso seuil bas à partir de 350 tonnes. Il y en a 16 en France, dont un à Ambes à proximité de Bordeaux (qui peut stocker 20 000 tonnes, à comparer aux 3 000 tonnes de l'entrepôt du port de Beyrouth), 2 dans la région parisienne notamment, et un près de Saint-Nazaire, à Montoir-de-Bretagne. Cette usine



en particulier, qui fabrique le produit, a fait l'objet de mises en demeure non respectées. Le fait qu'un certain nombre de riverains aient été dotés d'une pièce de confinement ne remplace évidemment pas le respect des règles. De plus, selon l'association Les Amis de la Terre, « le leader mondial des engrais implanté dans les régions de Saint-Nazaire et Bordeaux a fait l'objet de pas moins de neuf mises en demeure depuis 2015 ».

Cela signifie par conséquent, comme on a pu le voir pour Lubrizol, que le fait de classer Seveso seuil haut les stockages les plus importants de nitrate d'ammonium n'est pas suffisant pour assurer effectivement le respect des règles de sécurité.

Toutefois, en-dehors de ces 16 sites Seveso seuil haut et des 31 sites seuil bas, il existe aujourd'hui en tout 180 sites stockant de l'ammonitrate, et certains ports voient passer des quantités énormes, tel que le port de Saint-Malo (40 à 60 000 par an). Même si l'État considère qu'il n'y a jamais plus de 7 500 tonnes de nitrate d'ammonium dans le port en même temps, cela représente néanmoins deux fois le seuil Seveso seuil haut. En-dessous de 250 tonnes, les centres de stockage ne sont pas soumis à la réglementation ICPE, alors que le nitrate d'ammonium est largement utilisé dans le monde agricole, dans des quantités modestes, mais avec des risques indéniables. En effet, même avec 10 tonnes, les conséquences d'une explosion peuvent être tout à fait considérables.

Il serait donc souhaitable, à la lumière du drame de Beyrouth, de renforcer encore la législation, et surtout le contrôle de ce produit. Malheureusement, les projets

gouvernementaux sur l'application de la législation des installations classées aux centres de stockage – malgré le précédent de Normandie logistique, coresponsable avec Lubrizol de l'incendie rouennais, malgré les propositions du rapport sénatorial – vont dans le sens d'un affaiblissement des règles, tournant ainsi délibérément le dos à la nécessité de la protection des populations, et à l'intérêt bien compris des industriels qui voient leur responsabilité pénale engagée, qu'ils aient ou non respecté la réglementation, dès lors qu'il existe des atteintes aux personnes et parfois même aux biens, en tout cas aux ressources.

S'agissant de la question de la présence d'usines dangereuses en ville, le sujet est abordé dans un autre article de la présente revue.

En définitive, il est clair que les accidents industriels graves qui se produisent dans le monde ont une incidence directe et indirecte sur les législations nationales. Directe en ce qui concerne précisément le type de produit ou le type d'usines incriminées, car en règle générale, un changement de législation suit la catastrophe pour essayer d'intégrer le retour d'expérience dans la législation nationale. Indirecte aussi en ce que chaque catastrophe industrielle repose à juste titre sur la question de l'équilibre à trouver entre le développement économique et l'emploi qu'il génère d'une part, les risques sanitaires et environnementaux qu'il fait courir aux populations d'autre part.

Risques industriels et plans de prévention des risques technologiques



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la Cour, of counsel,
Huglo Lepage Avocats

Créés en réaction à l'explosion de l'usine AZF de Toulouse en 2001, les Plans de Prévention des Risques Technologiques (PPRT) ont pour objet de gérer l'exposition aux risques des populations riveraines d'un établissement à fort risque industriel.

Souvent, lors de leur création, ces établissements ne se trouvaient pas à proximité de zones d'habitation. Plusieurs facteurs ont conduit à un rapprochement physique entre d'une part, des établissements présentant intrinsèquement des risques d'explosion, de dégagement d'émanation toxique ou de feu et d'autre part, la population, qu'elle réside à proximité ou qu'elle y travaille. L'extension progressive des villes est un de ces facteurs. Elle a entraîné le grignotage des zones autrefois vierges d'urbanisation autour de ces établissements. L'organisation et le développement de la vie des personnes qui travaillaient et travaillent encore au sein de ces usines en est un autre.

Pour protéger des bassins de population devenus, de fait, exposés à ces risques, et éviter la reproduction à l'avenir de ce type de situation, la loi du 30 juillet 2003 *relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages* organise la maîtrise de l'urbanisation autour des installations à fort risque au travers des PPRT. Elle permet la mise en œuvre de plusieurs types de mesures destinées à protéger les populations (I). Ces mesures reposent sur l'identification des risques générés par les établissements industriels (II).

À ce jour, on décompte 385 PPRT approuvés sur 390 prescrits¹, soit près de 99 %. On pourrait dès lors imaginer le risque industriel maîtrisé. Plus de 18

ans après l'accident technologique de Toulouse, deux ans après l'explosion d'un silo à céréales sur le Port-du-Rhin, un an après l'accident de l'usine Lubrizol à Rouen, quel bilan pour les PPRT ?

I. L'EFFECTIVITÉ RELATIVE DES MESURES DE PROTECTION DES POPULATIONS

Un PPRT permet d'établir un périmètre d'exposition aux risques autour de certains établissements industriels, principalement des sites dits Seveso. Dans ces périmètres, il est possible de limiter l'installation de nouvelles populations et ainsi d'organiser l'avenir ; il peut aussi y être imposé des mesures de prévention et de protection des populations afin de gérer les situations passées.

A. ORGANISER L'AVENIR

Les mesures instaurées par les PPRT pour gérer l'avenir permettent de geler, ou de limiter, l'urbanisation autour des établissements à risques industriels en traduisant dans les plans d'urbanisme les zones de dangers présentés par l'établissement en établissant des limitations du droit de construire.

Peuvent à ce titre être interdites les nouvelles constructions pour éviter l'exposition aux risques de nouvelles populations. Des mesures constructives peuvent également être imposées aux futurs bâtiments afin, par exemple, qu'ils puissent résister à une déflagration d'une certaine intensité, ou qu'ils comportent un local de confinement destiné à abriter les personnes contre une émanation toxique.

B. GÉRER LE PASSÉ

Les mesures destinées à gérer les situations résultant du passé sont réparties en deux types.

Des mesures dites « foncières », qui

trouvent à s'appliquer lorsqu'il existe un risque pour la vie humaine en cas d'accident. Les biens immobiliers existants peuvent, selon la gravité du risque, faire l'objet d'une expropriation ou d'un délaissement. Dans ce dernier cas, le choix du départ est laissé au propriétaire.

Des mesures dites de « protection des populations » qui vont consister principalement en un renforcement du bâti existant à un risque toxique, de surpression ou thermique, lorsque le risque est évalué moins grave.

C. EFFECTIVITÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES PRESCRITES PAR UN PPRT

La charge de la mise en œuvre de ces différentes mesures repose sur le principe de répartition, entre les différentes parties prenantes, de la protection contre ces types de risques.

Les mesures foncières sont la charge de l'État, des collectivités locales concernées et de l'exploitant de l'établissement à l'origine du risque. Elles sont réparties dans le cadre de conventions tripartites. Les mesures de protection des populations sont à la charge des riverains.

Pour les riverains, il est réalisé un diagnostic de vulnérabilité de leur immeuble sur la base duquel il convient ensuite de déterminer les travaux de protection à réaliser face aux fragilités ainsi identifiées. Ces travaux qui, depuis 2015, ne sont à réaliser que sur les logements sont à la charge des propriétaires riverains. Leur réalisation n'est obligatoire que dans la limite de 10 % de la valeur vénale de leur bien ou de 20 000 euros, et 90 % de ces coûts sont pris en charge par les collectivités locales et l'exploitant à l'origine du risque et l'État. Il s'agit cependant, pour une part, d'un remboursement sur factures,

¹ Rapport fait au Sénat au nom de la commission d'enquête chargée d'évaluer l'intervention des services de l'État dans la gestion des conséquences environnementales, sanitaires et économiques de l'incendie de l'usine Lubrizol à Rouen, de recueillir des éléments d'information sur les conditions dans lesquelles les services de l'État contrôlent l'application des règles applicables aux installations classées et prennent en charge les accidents qui y surviennent ainsi que leurs conséquences et de tirer les enseignements sur la prévention des risques technologiques, 2 juin 2020, p. 98.

et, pour une autre part, d'un crédit d'impôt. En février 2020, seules 18 % des mesures foncières avaient été mises en œuvre et 4 % des travaux de renforcement du bâti effectués sur les logements².

Ainsi, près de 18 ans après leur création, seul un très faible pourcentage des mesures de protection des populations a été effectivement appliqué. Leur coût pour les particuliers reste l'un des principaux freins³.

La situation des gens du voyage, dont les aires d'accueil peuvent être impactées par les phénomènes dangereux, n'apparaît pas non plus réglée, dès lors que celles-ci ont pu ne pas être considérées comme des zones d'habitation. Aucune mesure de protection n'est alors prévue en cas d'accident.

La prise en compte du risque auquel sont exposées les entreprises riveraines reste aussi un facteur limitant d'une protection effective. Si depuis 2015 elles ne sont plus tenues de réaliser des travaux sur les immeubles qu'elles occupent et peuvent mettre en place des mesures dites « organisationnelles », il demeure que leurs salariés sont exposés à des risques qu'il leur faut maîtriser. Elles ne disposent toutefois pas, parfois, des compétences ou des moyens nécessaires. Le rapport de la commission d'enquête sur l'accident de Lubrizol recommande à ce titre un soutien financier de l'État ou des industriels à l'origine du risque⁴.

II. LA GESTION DES RISQUES INDUSTRIELS DANS LES ÉTABLISSEMENTS GÉNÉRANT DES PPRT

Les mesures de protection des populations et les mesures foncières sont toutes basées sur une cartographie de l'intensité des risques générés par les établissements industriels déclinée en zones rouges, grises et bleues selon cette intensité.

A. UNE CONNAISSANCE EXHAUSTIVE DES PHÉNOMÈNES DANGEREUX SUSCEPTIBLES DE SE PRODUIRE

Cette cartographie est établie sur la base des accidents technologiques susceptibles de se produire dans l'établissement, que leur origine soit interne à celui-ci (ex. : un départ de feu), ou externe (ex. : la chute d'un avion pour les établissements situés à proximité d'un aéroport).

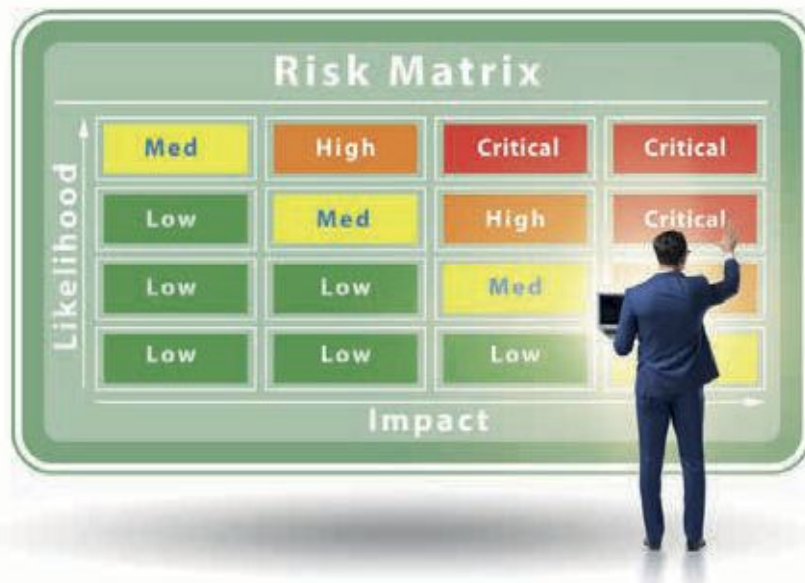
Elle repose donc sur l'identification rigoureuse de ces accidents et de leur zone d'effet. Cette identification se fait sur la base de l'étude de dangers, réalisée par les exploitants industriels

2) Ibid, p. 98.

3) Ibid, p. 99.

4) Ibid, p. 99.

5) Ibid, p. 41.



sur contrôle de l'administration.

L'exhaustivité et l'exactitude de ces documents sont donc cruciales. Très schématiquement, une fois ces risques identifiés, les mesures de maîtrise des risques proposées par l'exploitant sont prises en compte et viennent en principe réduire le périmètre des zones d'effet des accidents potentiels.

B. LA CULTURE DU RISQUE DANS LES ÉTABLISSEMENTS À L'ORIGINE D'UN PPRT

Lors de l'élaboration des PPRT, a été mise en lumière l'appréhension des risques sur les plateformes économiques, sur lesquelles des entreprises à forte culture du risque technologique se développent en synergie.

Une circulaire du 25 juin 2013 *relative au traitement des plateformes industrielles dans le cadre des Plans de Prévention des Risques Technologiques (PPRT)* a établi la doctrine nationale en la matière pour des sites limitativement énumérés. Elle conditionne les extensions, ou les nouvelles implantations, à des engagements juridiques à participer à des opérations de sécurité collective, dont notamment la coordination des moyens de secours et la rédaction de procédures d'urgence coordonnées et transversales. Ces dispositions ont été entérinées par la loi et le règlement en 2019.

La réduction du risque industriel passe, peut-être, par la transposition de certaines de ces dispositions aux sociétés travaillant avec et à proximité d'établissements à l'origine d'un PPRT.

Par ailleurs, dans l'usine Lubrizol, le risque incendie apparaît n'avoir pas été suffisamment anticipé, les avertissements de son assureur sur les défaillances du système incendie semblant ne pas avoir été traités⁵. La prise en compte des recommandations des assureurs sur les sites générant des PPRT pourrait également être de nature à réduire ce risque.

C. LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DU PPRT AUX RISQUES EFFECTIVEMENT GÉNÉRÉS PAR UN ÉTABLISSEMENT

La loi prévoit l'adaptation et la modification des PPRT en cas de changement significatif et pérenne des risques ou de leur évaluation.

Il n'y a pas de doute sur le fait que la notion de changement significatif et pérenne des risques sera débattue lorsque les établissements à l'origine du risque voudront modifier leurs activités.

Cela devrait notamment être le cas en cas de sous-traitance de certaines activités ou de modification des quantités et des types de produits dangereux stockés.

Enfin, bien entendu, si le risque disparaît, le PPRT est abrogé, et c'est déjà fait pour quatre d'entre eux.

Si le risque zéro n'existe évidemment pas, sa réduction en matière industrielle nécessite encore une mise en œuvre effective des PPRT.

© D.R.

2020-6246

Gestion de crise environnementale



Valérie Saintaman,
Avocate à la Cour, of counsel,
Huglo Lepage Avocats



Benoît Denis,
Avocat à la Cour, of counsel,
Huglo Lepage Avocats

La multiplication des catastrophes sanitaires et/ou environnementales, comme celles des faits de pollution dont la presse se fait régulièrement l'écho, démontre, s'il était besoin, l'intérêt pour les industriels de se doter de conseils en gestion de crise.

Définie couramment comme l'ensemble des modes d'organisation permettant de faire face à une catastrophe (accident industriel, explosion, incendie...), la gestion de crise environnementale aura pour objet de parer aux conséquences d'ordre environnemental, sanitaire et, le cas échéant, social et économique direct (perte de ressources productives).

Outre les aspects de communication à proprement parler (I), les conseils juridiques habituels des entrepreneurs concernés – et en premier lieu les avocats – ont tout leur rôle à jouer dans cette phase critique que traverse parfois l'entreprise et qui la conduira à réaliser en urgence un audit de la situation afin de maîtriser les risques (II) avant de remédier à la situation et bénéficier du retour d'expérience (III).

I. COMMUNIQUER EFFICACEMENT

En période de crise, la communication avec l'ensemble des parties prenantes revêt une importance particulière et doit naturellement être abordée dans ses composantes externe et interne.

La communication interne doit tout d'abord favoriser la collecte d'informations fiables permettant de prendre connaissance de l'événement dans tous ses éléments et d'en analyser rapidement les causes et conséquences à court, moyen et long terme. Les enquêtes internes destinées à recueillir ces éléments avant transmission aux autorités de contrôle et au public légitimement avides d'information peuvent toutefois se heurter à la réticence des collaborateurs de l'entreprise qui encourent d'éventuelles sanctions disciplinaires.

Une communication interne efficace pourra ainsi poser en préalable que les intérêts

du collaborateur et ceux de l'entreprise convergent en réalité en ce que les fautes éventuelles du premier engagent en toute hypothèse la responsabilité de la seconde.

Il est donc essentiel que l'employeur assure son collaborateur de son soutien pour l'encourager à concourir à l'enquête interne sans rien omettre des informations qui sont à sa disposition.

Il est tout aussi essentiel que l'entreprise se montre vertueuse dans la recherche des éléments de compréhension du sinistre et fasse preuve de transparence si elle souhaite s'éviter les affres de la dénonciation *a posteriori* par un « lanceur d'alerte ».

Dans le même temps, l'entreprise doit soigner sa communication externe, notamment vis-à-vis de l'administration de contrôle.

Il s'agit là non seulement d'une bonne pratique, mais aussi d'une obligation réglementaire pénalement sanctionnée.

Le Code de l'environnement impose en effet à l'exploitant d'une installation classée de déclarer « *sans délai* » au préfet les incidents ou accidents d'exploitation (article R. 512-69 du Code de l'environnement). Des rapports d'incident/accident doivent ensuite lui être adressés outre tous compléments d'information demandés par l'administration.

Cette obligation d'information n'est cependant pas d'un niveau aussi élevé que celle qui a cours en droit anglo-saxon avec les procédures de Discovery et doit permettre d'assurer la protection du secret des affaires.

Les relations avec la presse permettront enfin d'informer complètement le public sans divulguer d'informations non contextualisées, ni prématurément, et de protéger l'image de marque de l'entreprise.

II. AUDITER ET MAÎTRISER (TOUS) LES RISQUES

Sur le plan factuel, l'entreprise devra immédiatement réaliser un audit de la situation consistant à collecter les données, en faire une première évaluation pour

identifier les causes possibles et risques de sur-accident, apprécier les impacts du sinistre pour mettre en œuvre des actions immédiates.

Outre la mobilisation des compétences internes (services RSE, environnement) qui sont très variables suivant la taille de l'entreprise, son conseil pourra utilement l'orienter vers un bureau d'études qui procèdera à des investigations sur les impacts du sinistre.

Sur le plan juridique, l'exploitant n'ignore pas que tout sinistre est de nature à engager la responsabilité de l'entreprise à différents niveaux (administratif, pénal, civil).

L'audit consistera ainsi à identifier très précisément le cadre réglementaire applicable et s'assurer du respect en particulier du cahier des charges du permis d'exploiter délivré par l'administration, lequel sera cependant susceptible d'être remis en question.

Si la responsabilité pénale est entièrement régie par le caractère personnel, la responsabilité civile connaît de nombreuses hypothèses d'engagement à raison des faits d'autrui.

À titre d'exemple, dans l'hypothèse d'une pollution accidentelle par l'effet de rejets industriels, l'engagement de la responsabilité civile ne concerne en théorie que les rapports entre l'industriel et ses éventuels garants civils, d'une part, et les tiers distincts de l'administration et du ministère public, d'autre part.

En pratique, les parties prenantes pouvant rechercher la responsabilité civile de l'exploitant et des autres responsables civils sont essentiellement les riverains de l'installation et des associations de défense de l'environnement ayant intérêt à agir, voire des concurrents...

Les articles 1240 et suivants du Code civil qui régissent la responsabilité pour faute, même de simple négligence et celle résultant de la garde des choses ou du fait des salariés, trouvent ici leur terrain d'élection.

Outre ces dispositions du droit commun, les dispositions spécifiques issues des articles 1246 à 1252 du Code civil permettent à l'État, à l'Agence française pour la Biodiversité, aux collectivités territoriales et leurs groupements d'exercer l'action en réparation du préjudice écologique.

III. REMÉDIATION ET RETOUR D'EXPÉRIENCE |||||

Après la phase de gestion de l'urgence proprement dite, destinée à maîtriser les risques nés de la crise, viendra celle de la remédiation et du retour d'expérience.

Le Code civil contient aux articles 1246 à 1252 des dispositions spécifiques à la réparation du préjudice écologique, qui s'entend comme une « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».

L'article 1246 du Code civil précise que les personnes contre lesquelles peuvent être dirigées ces actions sont « *toute personne responsable d'un préjudice écologique* ». Cette disposition s'inscrit dans la continuité du principe dit « pollueur-payeur » déjà inscrit à l'article 4 de la Charte de l'environnement (« *toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi* »).

La notion de « *personne responsable d'un préjudice écologique* » visée à l'article 1246 du Code civil est plus large que celle de responsable visée à l'article L. 160-1 du Code de l'environnement, qui s'entend de l'exploitant.

Le Code civil donne la priorité à la réparation en nature (article 1249 du Code civil). Cela étant, cette priorité n'exclut pas le fait que le responsable verse des dommages et intérêts, notamment quand la réparation en nature n'est pas possible. C'est en effet uniquement en cas d'impossibilité de droit ou de fait, voire d'insuffisance des mesures de réparation, que le juge condamne le responsable à une réparation pécuniaire.

On relèvera que l'article 1249 du Code civil prévoit que les dommages et intérêts sont octroyés au demandeur ou s'il ne peut prendre les mesures utiles tendant à la réparation de l'environnement, à l'État.

Le juge peut également intervenir à titre préventif en prescrivant « *les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* » (article 1252 du Code civil).

Tranchant avec les règles de responsabilité civile, l'article 1249 du Code civil impose



au demandeur d'affecter les dommages et intérêts qu'il percevra à un usage non pas librement choisi, mais à la réparation de l'environnement (par une remise en état si elle est possible).

Les conséquences dommageables pour l'environnement étant placées au cœur de la réponse judiciaire à la crise, l'action de l'État comme celle de l'exploitant devra le cas échéant prévoir la réparation des atteintes portées aux milieux.

Le législateur assume en effet explicitement une différence de traitement selon l'importance de l'atteinte environnementale, laquelle constitue ainsi une circonstance aggravante des délits généraux du Code de l'environnement (cf. article L. 173-3 : « *Lorsqu'ils ont porté gravement atteinte à la santé ou la sécurité des personnes ou provoqué une dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau* » ...)

De même, la politique pénale en la matière se caractérise par une gradation de la réponse pénale, dont le climax n'est atteint qu'en cas de pollution avérée ou de comportement gravement répréhensible et commande ainsi une réponse pénale plus forte (cf. circulaire Taubira du 21 avril 2015).

Le recours à des techniciens compétents, capables de qualifier l'atteinte environnementale et de proposer des mesures de remise en état ou de compensation avec pragmatisme sans nécessairement rechercher le retour au *statu quo ante*, revêt là encore une importance cruciale.

Enfin, l'analyse des causes et conséquences de la crise s'achèvera par le nécessaire

retour d'expérience, lequel doit permettre d'améliorer les *process* de l'entreprise de manière continue et raisonnée.

IV. EN CONCLUSION |||||

Les différentes étapes qui viennent d'être brièvement rappelées constituant le cheminement de la gestion de crise, démontrent que les entreprises doivent pleinement jouer leur rôle aux côtés des services de l'État pour y faire face.

Le dialogue entre l'industriel et l'administration de contrôle doit s'établir en toute transparence et en confiance sans craindre que des sanctions excessives ne soient imposées *a posteriori* au plan administratif ou pénal, sauf à encourager les comportements de nature à aggraver les risques engendrés par la crise au détriment de ceux qui en sont les premières victimes.

Ces dernières devront naturellement être justement indemnisées des conséquences dommageables qu'elles auraient subies et le retour d'expérience devra permettre d'abaisser le niveau de risques auxquelles elles seraient exposées et de les en informer complètement afin qu'elles puissent choisir elles-mêmes le cas échéant, de s'en prémunir ou de le fuir.

De telles prédispositions à la transparence, au dialogue et à l'amélioration continue sont seules en mesure de promouvoir l'acceptation des activités industrielles à risque qui ne peuvent plus se permettre de se confronter au mouvement des populations de type NIMBY (*Not In My BackYard*), à l'heure où la réindustrialisation de la France apparaît comme un objectif partagé.

De la culture de risque à l'organisation du refus d'information du public



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

La gestion des risques industriels appelle le développement de ce qu'il est convenu de dénommer la culture du risque. De quoi s'agit-il ? De partager les connaissances sur les risques de telle sorte que les riverains et les collectivités locales puissent être informés et agir en conséquence pour se prémunir en cas d'accident. En effet, si la prévention du risque est l'affaire de l'exploitant et des autorités publiques, la gestion du risque implique de manière indispensable le voisinage, ne serait-ce que pour participer à des exercices réguliers, permettant de mesurer la capacité de répondre à un accident, soit en se confinant, soit en organisant l'évacuation des populations. La gestion du risque peut également imposer des mesures spécifiques dans les habitations les plus proches des installations dangereuses. Or, l'information complète sur les risques d'une obligation constitutionnelle, communautaire et législative est devenue une obligation totalement virtuelle, c'est-à-dire que les riverains des installations à risques comme leurs élus ne disposent plus d'informations précises permettant la connaissance et donc la prévention du risque.

I. LA CULTURE DU RISQUE EST INTÉGRÉE AU SOCLE CONSTITUTIONNEL, COMMUNAUTAIRE ET LÉGISLATIF...

Les directives Seveso 1, 2 et 3, en ce qui concerne les installations les plus dangereuses, et le Code de l'environnement dans son ensemble, ont été conçus pour permettre une bonne information du public, qui peut aller jusqu'à une participation de ce public sur la base des informations qui lui ont été fournies pour obtenir un renforcement de la sécurité. Ainsi, l'article L. 512-12 du Code de l'environnement prévoit-il expressément

que les tiers sont recevables à demander des prescriptions spéciales supplémentaires par rapport à celles qui figurent dans les prescriptions générales s'agissant de l'installation soumise à une simple déclaration. De même, les plans de protection contre les risques technologiques peuvent prescrire des mesures de protection des populations contre les risques encourus (article L. 515-16-2 du Code de l'environnement), lesquelles impliquent des contraintes dans l'utilisation et/ou l'exploitation des constructions, y compris des mesures à prendre par les propriétaires. L'article L. 515-16-2 précise : « pour les biens autres que les logements, l'autorité administrative compétente informe le propriétaire ou gestionnaire ainsi que les responsables des activités qui y sont implantées, du type de risque auxquels leurs biens ou activités sont soumis, ainsi que de la gravité, de la probabilité et de la cinétique de ces risques, afin que ceux-ci, chacun en ce qui le concerne, mettent en œuvre leurs obligations en matière de sécurité des personnes dans le cadre des réglementations qui leur sont applicables ». L'information complète est donc indispensable.

Il va de soi que l'élaboration des plans de protection contre les risques technologiques (PPRT) est soumise à concertation (article L. 515-22) et qu'une commission de suivi du site doit être créée impliquant évidemment l'information sur les risques.

Cette information est garantie tant par la Constitution que par le droit communautaire. Elle doit répondre bien évidemment aux obligations de la charte de l'environnement dont l'article 7 rappelle que « toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi d'accéder aux informations relatives à l'environnement

détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. »

La convention d'Aarhus, qui est intégrée au droit communautaire, fait du droit à l'information en matière d'environnement un droit fondamental. Les conditions de refus de communication sont strictement énumérées à l'article 4, et même lorsque le secret commercial et industriel est invoqué, des informations sur les émissions qui sont perçues pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées. De plus, l'article 5, qui crée une obligation d'information sur l'environnement à la charge des autorités publiques mais également les exploitants, prévoit une communication sous une forme appropriée de l'impact sur l'environnement de leurs activités, de leurs produits ainsi que des informations sur la façon dont l'administration, à tous les échelons, exerce les fonctions publiques qui fournissent les services publics relatifs à l'environnement.

Cette Convention a non seulement été signée et ratifiée par la France, mais a été adoptée par une décision du conseil du 17 février 2005 (2005 - 370/CE), de telle sorte qu'il s'agit également d'une obligation communautaire. S'y ajoutent les obligations parfaitement claires de la directive Seveso, qui exige la description des dangers induits par les substances dangereuses présentes sur le site et la description générale des scénarios d'accident majeur, ainsi que la description générale des barrières de maîtrise des risques.

Enfin, le Code de l'environnement contient de multiples dispositions sur l'information du public. On citera par exemple l'article L. 124-2 dudit code, qui prévoit la communication sur tout ce qui concerne l'état des éléments de

l'environnement de la santé humaine, de la sécurité, des conditions de vie des personnes. L'article L. 124-3 exige la communication automatique des informations relatives à l'environnement détenues par l'État, les collectivités territoriales et toutes les personnes chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement. Dans ces conditions, comment expliquer la rétention d'information tant sur la pollution que sur les conditions de fonctionnement des installations classées à laquelle on assiste ?

II. ... MAIS L'OBLIGATION D'INFORMATION SUR LES RISQUES EST DEVENUE UN PRINCIPE SANS AUCUNE RÉALITÉ

Ce mouvement n'est pas récent, et les industriels cherchaient depuis des années à réduire les obligations de communication auxquelles ils étaient assujettis, qu'il s'agisse de la réalité des risques, des niveaux de pollution de l'air, de l'eau et des sols, ou qu'il s'agisse des rapports de la Drire devenue Dreal.

De multiples exemples concrets pourraient être donnés de la dissimulation des risques dans les PPRT. Ainsi, un exemple significatif peut être tiré du PPRT de Lubrizol à Rouen (plans non communicables pour une grande part), dans lequel le risque d'incendie est évalué à une chance sur 20 000, et où le nombre de maisons concerné par un tel risque est évalué à 14 !

Dans ces conditions, comment justifier le caviardage dans le meilleur des cas, l'absence totale d'information dans les autres, auxquels sont aujourd'hui confrontés les riverains et les élus des installations à risque ?

Le moyen a été trouvé dans des incidents qui se sont produits en 2015, l'un contre un établissement Seveso seuil bas dans l'Isère, et l'autre à propos d'incendie criminel survenu sur deux types d'installations d'hydrocarbures à Berre l'Étang. Tout d'abord, on observera que s'il a fallu plus de deux ans pour sortir cette instruction, c'est qu'il n'y avait pas d'urgence et que le précédent gouvernement avait refusé d'entrer dans cette logique. Il est évident que les criminels ne doivent pas être aidés dans leur tâche et que le lieu précis où sont stockés des produits particulièrement dangereux dans une usine, le lieu où sont installées les caméras de surveillance ou encore les moyens exacts dont dispose l'installation

pour combattre un sinistre peuvent être effectivement cachés. Il s'agit là d'exception, un principe général. La situation actuelle a été inversée, autrement dit, le principe est celui de la dissimulation de toutes les informations concernant les risques, ne restant publiques que ce qui ne peut pas être dissimulé au regard des obligations communautaires de la France. La menace terroriste est donc devenue un prétexte pour permettre l'exposition aux risques des populations sans danger de réactions de leur part.

C'est dans ce contexte que Nicolas Hulot, ministre de l'Écologie de l'époque, et Gérard Collomb, ministre de l'Intérieur, ont signé, le 6 novembre 2017, une instruction « *relative à la mise à disposition de conditions d'accès des informations potentiellement sensibles pouvant faciliter la commission d'actes de malveillance dans les installations classées pour la protection de l'environnement* ».

Tout d'abord, cette instruction soulève un problème juridique de base. Comment une circulaire, par définition sans aucune valeur réglementaire, peut-elle mettre en échec une loi et, *a fortiori*, des dispositions communautaires, internationales et constitutionnelles ?

Même si cette instruction se réfère aux différents textes dont il était question précédemment, même si elle se réfère

aux articles L. 124-4, L. 517-1 du Code de l'environnement ainsi qu'à l'article L. 311-5 du Code des relations entre le public et l'administration, ces dispositions ne permettent en aucune manière la restriction à laquelle il a été procédé. L'article L. 517-1 concerne la Défense nationale, l'article L. 124-4 ou à la loi du 17 juillet 1978 article 6 et plus précisément au 2° d) la sûreté de l'État, la sécurité publique ou la sécurité des personnes. Cependant, il ne peut s'agir que dans ce cas de dispositions spécifiques, dérogatoires au principe général et dont le refus de communication doit dans tous les cas de figure faire l'objet d'un refus motivé.

La circulaire dont il s'agit demande tout d'abord que tous les documents destinés à l'information du public (dossier départemental sur les risques majeurs, dossiers d'informations communaux sur les risques majeurs, fiches d'information du public sur les établissements Seveso seuil haut, plaquettes d'information du public sur la conduite à tenir en cas d'accident majeur, résumé non technique des études d'impact et de danger, comptes rendus des commissions de suivi de site, avis de l'autorité environnementale) soient vérifiés et, le cas échéant, caviardés pour éviter « *toute information sensible* ». Or, tous ces documents ont précisément été conçus pour permettre



une bonne gestion du risque et la diffusion de la culture de risque dans la population.

S'agissant des documents relatifs aux installations classées, tous les documents sont concernés : dossier déposé par les exploitants (étude de danger et d'impact) rapport de l'inspection des installations classées, arrêtés préfectoraux, plans de prévention des risques technologiques, plans particuliers d'intervention, documents portés à la connaissance des commissions de suivi. Les communications ne peuvent être réalisées « *qu'après occultation et disjonction des informations sensibles* », « *en pratique les informations non communicables pourront être regroupées dans une annexe spécifique, une seconde version des documents expurgés des informations sensibles pourra être fournie* ».

En réalité, trois cas de figure, précisés dans les annexes, se présentent. Le premier concerne des informations « on confidentielles » mais qui peuvent être caviardées comme les plans, les substances stockées ainsi que leur quantité maximale, ou la description générale des scénarios d'accident majeur et les barrières de risque. Cela signifie que même les informations non confidentielles ne sont pas communicables *in extenso*. Le deuxième cas de figure est celui des informations qui ne sont pas communicables mais qui peuvent être consultées selon des modalités adaptées et contrôlées. Il est curieux de constater, par exemple, que l'identité des dirigeants fait partie de cette catégorie alors qu'on voit mal les raisons pour lesquelles leur connaissance doit être occultée. Dans cette catégorie figure tout ce qui est important pour la connaissance des risques : cartes, substances, quantité maximale autorisée, description des scénarios d'accidents majeurs, description précise de la barrière des risques, description de l'organisation et des moyens internes de secours, organisation des moyens externes de secours. Ces éléments d'information peuvent être communiqués verbalement mais ne doivent pas être remis, ou, s'ils le sont dans le cas du Coderst, c'est avec des engagements de confidentialité.

Quant à la troisième catégorie, intitulée 2B, rien n'est communicable

ni consultable. Il s'agit toutefois de « *toutes les informations qui porteraient atteinte d'un intérêt protégé pouvant être invoqué* », autrement dit tout, si l'administration en a ainsi décidé. Enfin, pour les riverains, les élus et commissaires-enquêteur, les tiers mandatés par une association de riverains, les professionnels du droit etc., l'accès aux documents relevant uniquement de l'annexe 2A peut être organisé en préfecture dans des conditions contrôlées et sans communication de pièces.

Ce texte déjà extrêmement sévère s'est traduit en réalité par la suppression de toute information précise concernant les risques non seulement pour les riverains, mais également pour les élus, et même pour les services de l'État, comme les pompiers. Dans la réalité, l'État est allé beaucoup plus loin que ce que la circulaire permettait en refusant très largement les communications jusqu'à ce qu'une saisine de la CADA l'y oblige. Cela signifie donc que dans l'immense majorité des cas, aucune culture du risque n'est donc plus possible.

Même les arrêtés préfectoraux sont publiés avec parcimonie, et on arrive à des absurdités qui font que s'agissant par exemple de l'arrêté de redémarrage partiel de Lubrizol, le jugement rendu par le tribunal administratif en référé l'a été sur la base d'informations non communiquées aux parties en raison précisément de l'application de ce texte. Le dossier a fait l'objet d'une admission au Conseil d'État et fera donc l'objet d'un arrêt qui aura tranché de la légalité de cette instruction.

En définitive, à l'heure où le risque industriel lié à des installations dangereuses en ville redevient un sujet après la catastrophe de Beyrouth et un an après Lubrizol, la situation juridique actuelle est parfaitement contre-productive. En effet, la nécessité de réindustrialiser notre pays est une évidence, mais elle ne pourra pas aboutir en dissimulant à des voisins potentiels la réalité des risques à un moment où la défiance est devenue un poison qui se généralise. Il est grand temps de trouver un autre équilibre entre prévention du terrorisme et information du public sans faire du premier de ces termes un prétexte à une augmentation volontairement opaque des risques.

2020-6251

Agenda



INFN ET CHAMBRE DES NOTAIRES DE PARIS

La Nuit du droit - l'évolution de l'image du notariat à travers les médias

1^{er} octobre 2020

Chambre des notaires de Paris
12, avenue Victoria, 75001 Paris

Renseignements : www.infnn.fr/evenements/nuitdudroit

2020-3763

INSTITUT DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

La procédure de partage judiciaire de succession

7 octobre 2020

Espace Grenelle

84, rue de Grenelle, 75007 Paris

Renseignements : institut@institut-dfp.com

<https://www.institut-dfp.com/>

2020-3732

CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT

116^e congrès des Notaires de France

Du 8 au 10 octobre 2020

Palais des congrès de Paris

2, place de la Porte Maillot, 75017 Paris

Renseignements : Anne Henry, 01 46 07 56 37

hot.line.inscription@congresnotaires.fr

www.congresdesnotaires.fr/fr/

2020-3650

RÉUNION DES MUSÉES NATIONAUX GRAND PALAIS

De couleur et d'encre, Chagall et les revues d'art

Du 10 octobre 2020 au 11 janvier 2021

Musée national Marc Chagall

Avenue Docteur Ménard, 06000 Nice

Renseignements : Florence Le Moing, 01 40 13 47 62

florence.le-moing@mngp.fr

www.musee-chagall.fr

2020-3771

SIEC ET CONSEIL NATIONAL DES CENTRES COMMERCIAUX

SIEC, salon du *retail* et de l'immobilier commercial

14 et 15 octobre 2020

Paris Expo

Porte de Versailles, 75015 Paris

Renseignements : 01 53 43 82 60

www.siec-online.com

commercial@siec-online.com

2020-3731

Risques industriels et responsabilités administratives



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Benjamin Huglo,
Avocat à la Cour, docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats



Quand sonne une sirène, il faut rester chez soi (...) Mais qui le sait ?

C'est la question posée par le préfet de Normandie devant la commission d'enquête du Sénat, suite à l'accident survenu sur le site de l'usine Lubrizol à Rouen, le 26 septembre 2019. Une question qui témoigne non seulement du manque d'information de la population quant aux risques industriels, mais qui interroge également quant au rôle des pouvoirs publics s'agissant de la communication à l'égard du public.

Pourtant, de manière incontestable, le développement industriel s'est accompagné du développement des accidents industriels. Et la question n'est pas nouvelle, ni à l'échelle mondiale, ni à l'échelle européenne, et encore moins à l'échelle française.

Déjà en 1794, la poudrerie de Grenelle, près de Paris, explose et tue un millier de personnes. C'est à la suite de cet accident que l'inspection des installations classées verra le jour, et, le 15 octobre 1810, est pris le premier texte de portée générale réglementant les installations sources de nuisances ou de risques.

En 1906, le nord de la France est frappé par la plus grande catastrophe minière d'Europe et la deuxième plus grande catastrophe minière au monde, après celle de Benxi en Chine, survenue près de 40 ans plus tard. C'est la catastrophe de Courrières, près de Lens, qui a fait 1 099 morts.

Des « coup de grisou » dans les mines, jusqu'à l'incendie de Lubrizol à Rouen, en passant par l'explosion de l'usine AZF de Toulouse, l'histoire contemporaine française est marquée par ces accidents industriels.

Le triste premier anniversaire de la catastrophe du site de Lubrizol est l'occasion de s'interroger de nouveau.

La France a donc connu plusieurs accidents industriels. Pour autant, nous en sommes encore à nous interroger sur leur

gestion. Mais qui est responsable ? Qui doit gérer cette crise ? Et surtout les français sont-ils suffisamment informés ? Il en va pourtant de leur sécurité.

Pouvoir de police du préfet ou du maire ? Qui fait quoi et qui est responsable ?

Autant de questions auxquelles il n'est pas aisé de répondre, puisque, déjà, la définition du risque industriel est complexe. À cet effet, la circulaire du 10 mai 2010 (NOR : DEVP1013761C) définit le risque comme étant :

« Combinaison de la probabilité d'un évènement et de ses conséquences » (ISO/CEI 73), « Combinaison de la probabilité d'un dommage et de sa gravité » (ISO/CEI 51),

« 1/ Possibilité de survenance d'un dommage résultant d'une exposition aux effets d'un phénomène dangereux. Dans le contexte propre au risque technologique, le risque est, pour un accident donné, la combinaison de la probabilité d'occurrence d'un évènement redouté / final considéré (incident ou accident) et la gravité de ses conséquences sur des éléments vulnérables

2/ Espérance mathématique de pertes en vies humaines, blessés, dommages aux biens et atteintes à l'activité économique au cours d'une période de référence et dans une région donnée, pour un aléa particulier. Le risque est le produit de l'aléa par la vulnérabilité (ISO/CEI Guide 51).

Le risque peut être décomposé selon les différentes combinaison de ses trois composantes que sont l'intensité, la vulnérabilité et la probabilité (la cinétique n'étant pas indépendante de ces trois paramètres. »

Le risque industriel concerne plus particulièrement certaines installations qui sont repérées dans la nomenclature des installations classées par l'ajout de la lettre « S » devant leur rubrique de classement, exclusivement associée à certains seuils.

En réalité, la notion de « risque industriel » ne

semble pas recevoir de définition en propre, celui-ci étant lié avec la nomenclature ICPE et la lettre « S » en son sein.

La définition communément admise du risque industriel, sans pour autant que n'y soit attaché un fondement légal, pourrait être la suivante : un évènement accidentel, se produisant sur un site industriel, impliquant des produits et/ou des procédés dangereux et entraînant de multiples conséquences, notamment immédiates et graves pour le personnel, les riverains, les biens et l'environnement.

Pour autant, doit-on conclure à un lien évident entre ICPE et risque industriel ? Il semblerait que non.

En effet, indépendamment d'un classement au sein de la nomenclature ICPE, l'article L. 514-4 du Code de l'environnement dispose que :

« Lorsque l'exploitation d'une installation non comprise dans la nomenclature des installations classées présente des dangers ou des inconvénients graves pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1, le préfet, après avis – sauf cas d'urgence – du maire et de la commission départementale consultative compétente, met l'exploitant en demeure de prendre les mesures nécessaires pour faire disparaître les dangers ou les inconvénients dûment constatés. Faute par l'exploitant de se conformer à cette injonction dans le délai imparti, il peut être fait application des mesures prévues à l'article L. 171-8. »

Sur le fondement des dispositions de l'article 26 de la loi du 19 juillet 1976 – reprises par cet article – le Conseil d'État juge que « ces dispositions peuvent trouver à s'appliquer, le cas échéant, à toutes les installations, c'est-à-dire à celles, qui, bien que mentionnées dans la nomenclature, ne sont pas soumises au régime de la déclaration ou de l'autorisation, comme à celles qui ne sont pas mentionnées dans ladite nomenclature » (CE 7 janvier 1983, Société Sogeba, n° 26725).

À notre sens, le régime est alors similaire à celui applicable aux installations répertoriées dans la nomenclature. L'existence de prescriptions et de mesures n'est alors plus dépendante d'un risque industriel (puisque l'installation n'entre pas dans la nomenclature ICPE) mais d'un risque quelconque pour les intérêts protégés par l'article L. 511-1 du Code de l'environnement.

Dès lors, l'autorité détentrice du pouvoir de police est le préfet, et tout comme dans le cadre d'une ICPE, le maire peut agir en cas de péril imminent.

Toutefois, la répartition des compétences entre le préfet et le maire ne rend pas la gestion de crise limpide (I), et ce d'autant que la responsabilité des autorités compétentes en matière de risque industriel n'est quasiment jamais reconnue en pratique (II).

I. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

ENTRE LE PRÉFET ET LE MAIRE

La personne responsable par principe, en matière d'installations classées est l'Etat, pris en la personne du préfet.

En effet, le préfet dispose d'un pouvoir de police administrative spéciale en matière d'ICPE, sur le fondement des dispositions des articles L. 514-4 et suivants du Code de l'environnement, issues de la loi du 16 juillet 1976 relative aux installations classées.

Le maire, quant à lui, ne dispose que de pouvoir limités à la lettre du Code général des collectivités et plus précisément, à son article L. 2212-2, lequel confère au maire « le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure ».

Dès lors, le maire dispose d'un pouvoir de police administrative générale, mais le préfet dispose d'un pouvoir de police spéciale qui prime sur la police générale.

Malgré tout, un maire peut intervenir dans en cas de circonstances locales particulières, ou de péril imminent (CE 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine* ; TA Cergy-Pontoise, 12 juin 2003, *Préfet de Saine-Saint-Denis*, n° 0203231).

Cette situation de péril imminent est reprise à l'article L. 2212-4 du Code général des collectivités territoriales.

Pour l'appréciation de la situation de « péril imminent », trois facteurs sont pris en considération. En premier lieu, il faut qu'il y ait urgence à faire cesser les atteintes. Dès lors, doivent être prises en compte l'importance et l'irréversibilité du risque. Enfin, est étudiée la situation juridique de l'exploitant. Par exemple, de nombreuses mises en demeure vaines et préalables de respecter la réglementation applicable ou les prescriptions particulières qui lui sont imposées conduisent à caractériser une telle situation de péril imminent.

En tout état de cause, d'une part, cette notion de péril imminent est interprétée de façon très restrictive, le juge exigeant « une situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent » (CE 10 octobre 2005, *Commune de Badinières c/ Arme*, n° 259205, Rec. CE, p. 425) et, d'autre part, les mesures prises par le maire sur ce fondement ont une nature seulement provisoire (CAA Bordeaux, 18 mars 2010, *Commune de Betcave-Aguin*).

Ainsi, à titre d'illustration, la pollution atmosphérique causée par le fonctionnement d'une ICPE, si elle « menaçait gravement la santé et la salubrité publique dans l'agglomération » et était à l'origine d'une vive hostilité d'une partie de la population locale, n'était pas constitutive d'un péril imminent (CAA Paris, 29 juin 2004, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, n° 03PA02867).

Cette appréciation du juge administratif peut s'analyser comme une volonté, du moins semble-t-il, d'avoir une réglementation sur les ICPE appliquée de manière uniforme sur l'ensemble du territoire, et non en fonction des opinions publiques locales.

S'agissant de la police des installations classées, la jurisprudence considère, depuis longtemps, que l'exercice par le préfet de ses pouvoirs fait obstacle à ce que le maire adopte des mesures plus restrictives en application de ses pouvoirs de police générale (CE 22 janvier 1965, *Consorts Alix*, n° 56871, Rec. CE, p. 44 ; CE 15 janvier 1986, *Société Pec-Engineering*, n° 47836, Rec. CE, p. 626 ; CE 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine*, n° 218217).

Le préfet serait alors le seul compétent dans la gestion du risque industriel d'une ICPE, et donc le seul responsable.

Mais au-delà de cela, avant même qu'un accident ne survienne, le maire a des capacités d'action, sous un autre angle que celui de son pouvoir de police générale.

Il peut notamment adresser au préfet une mise en demeure, à titre préventif, lorsque l'exploitant ne respecte pas la réglementation qui lui a été imposée (CE 14 décembre 1981, *Commune de Montmorot*, n° 16229). Du reste, s'il ne le fait pas, cette inertie est susceptible de conduire à un partage de responsabilité (CE 13 juillet 2007, *Commune de Taverny*, n° 293210). En effet, il appartient au maire d'attirer l'attention du préfet sur l'intérêt de prendre des mesures complémentaires. Ainsi, dans cette décision *Commune de Taverny*, a été jugé personnellement responsable d'un dommage de pollution le maire qui a omis de porter à la connaissance des services préfectoraux les manquements graves et répétés de la part de la société exploitant l'installation classée et qui s'est abstenu de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il détient de la police spéciale des déchets.

De manière plus concrète, concernant les installations classées, l'État est et demeure la seule personne compétente pour autoriser le fonctionnement d'une installation en assortissant, au besoin, l'autorisation de dispositions techniques particulières, ainsi que pour contrôler ou sanctionner l'exploitant qui ne respecterait pas ses obligations.

En premier lieu, dans les six mois suivant la mise en service de l'installation, cette dernière est soumise à un contrôle aux frais de l'exploitant, par un organisme agréé. Par suite, des contrôles périodiques ont lieu tous les cinq ans maximum.

En deuxième lieu, et sous l'autorité du préfet, l'inspection des installations classées, prévues par le Code de l'environnement, est menée par des agents assermentés de l'État.

Dès lors, l'inspection des installations classées dresse des rapports et exerce des missions de police environnementale auprès des établissements industriels et agricoles, afin de vérifier le respect des réglementations agricoles et d'éviter tout accident industriel.

Si les inspecteurs ont des moyens d'action, il n'en demeure pas moins qu'ils agissent sous l'autorité du préfet. Or, si le préfet décide de ne pas donner suite aux rapports (même alarmants) des inspecteurs des installations classées faisant état de dysfonctionnements graves, alors le risque d'accident persiste. Par ailleurs, en cas d'accident, se pose la question de la responsabilité du préfet qui n'a pas agi alors qu'il a été informé par l'inspection des installations classées de dysfonctionnements.

Les illustrations de ce type sont légion. Dans le dossier de l'ancien incinérateur pollueur de Maincy, recrachant des dioxines 2 200 fois plus que le seuil autorisé, durant quatre années, les rapports des inspecteurs des installations classées ont été accablants mais sans conséquence puisque le préfet concerné n'en a rien fait. Dans l'affaire Lubrizol, il y a eu une trentaine de visites des inspecteurs des installations classées préalablement à la catastrophe : là encore, on ignore l'importance que le préfet a pu leur consacrer, mais les résultats n'ont pas été probants... ce qui n'a pas empêché le préfet d'affirmer que la société Lubrizol devra assumer seule ses responsabilités. Les choses ne nous semblent pas si simples.

Si la responsabilité des préfets (et donc de l'État), n'est que très rarement engagée, on peut raisonnablement se demander pourquoi ; la question reste entière. Mais la vraie question en réalité est celle de savoir pourquoi les préfets concernés n'ont rien fait. Pourquoi les préfets ne semblent accorder que peu d'importance aux rapports des inspecteurs des installations classées alors que ces derniers sont placés sous leur autorité ?

Toujours est-il que la personne compétente et responsable reste donc, par principe, le préfet. Mais *quid* des carences de l'administration, si elle n'est pas diligente et/ou réactive ?

II. LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION : UNE RESPONSABILITÉ PEU DISSUASIVE |||||

Ici encore, si les dispositifs d'engagement de la responsabilité existent, ils sont rarement mis en œuvre, s'agissant tant de l'engagement de la responsabilité du préfet (II.1) que de celle du maire (II.2).

II.1. S'AGISSANT DE L'ÉTAT ET DU PRÉFET

Aux termes de l'article L. 514-7 du Code de l'environnement :

« S'il apparaît qu'une installation classée présente, pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1, des dangers ou des inconvénients qui n'étaient pas connus lors de son autorisation, de son enregistrement ou de sa déclaration, le ministre chargé des installations classées peut ordonner la suspension de son exploitation pendant le délai nécessaire à la mise en œuvre des mesures propres à faire disparaître ces dangers ou inconvénients. Sauf cas d'urgence, la suspension intervient après avis des organes consultatifs compétents et après que l'exploitant a été mis à même

de présenter ses observations. Un décret en Conseil d'État (...), peut ordonner la fermeture ou la suppression de toute installation, figurant ou non à la nomenclature, qui présente pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1, des dangers ou des inconvénients tels que les mesures prévues par le présent titre ne puissent les faire disparaître ».

Sur le fondement de ces dispositions, il est possible de mettre en cause la responsabilité sans faute de l'État (CE 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564).

En effet, et de longue date, le refus d'intervenir peut engager la responsabilité de l'auteur de ce refus (CE 26 novembre 1975, *Sieur Guillebaud*, n°s 90114 et 90159, Rec. CE, T. p. 1078).

La responsabilité de l'État peut également être recherchée en cas de carence fautive (CE 17 décembre 2014, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, n° 367202). Selon cette décision « AZF », « il résulte de ces dispositions [article L. 511-1 et suivants du Code de l'environnement] qu'il appartient à l'État, dans l'exercice de ses pouvoirs de police en matière d'installations classées, d'assurer la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement par les installations soumises à autorisation en application de l'article L. 512-1 du même code et ce, en premier lieu, en assortissant l'autorisation délivrée à l'exploitant de prescriptions encadrant les conditions d'installation et d'exploitation de l'installation qui soient de nature à prévenir les risques susceptibles de survenir ; qu'il lui appartient, ensuite, d'exercer sa mission de contrôle sur cette installation en veillant au respect des prescriptions imposées à l'exploitant et à leur adéquation à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 ; qu'à cet égard, les services en charge de ce contrôle disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par l'article L. 514-5 mentionnés ci-dessus afin de visiter les installations soumises à autorisation ; qu'il leur appartient d'adapter la fréquence et la nature de ses visites à la nature, à la dangerosité et à la taille de ces installations ; qu'il leur revient, enfin, de tenir compte, dans l'exercice de cette mission de contrôle, des indications dont ils disposent sur les facteurs de risques particuliers affectant les installations ou sur d'éventuels manquements commis par l'exploitant. »

La décision est claire.

Il en résulte que pour que pèse une obligation d'édition d'une mesure de

police par l'administration, il faut que la mesure sollicitée soit indispensable pour faire cesser un péril grave, résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public.

La responsabilité de l'État peut ainsi être recherchée en cas de négligence dans la mise en œuvre des pouvoirs de sanction qu'il détient (v. par ex., CAA Bordeaux, 24 juillet 2012, n° 10BX02239) ou bien lorsque le préfet ne prend pas les mesures nécessaires pour faire cesser les troubles résultant d'une installation, alors qu'il a été informé qu'elle fonctionnait au-delà des normes autorisées (CE 5 juillet 2004, *M. X.*, n° 243801).

Dès lors, et de manière très simple, pour qu'une obligation d'édition d'une mesure de police administrative soit constituée, il faut la réunion des trois éléments suivants : la mesure sollicitée doit être indispensable pour faire cesser un péril grave résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour l'ordre public.

Cependant, un suivi régulier de l'installation sera de nature à empêcher de rechercher la responsabilité de l'État (v. par ex. CAA Bordeaux, 21 mai 2007, n° 03BX02106). Il est donc nécessaire de démontrer l'existence d'une faute (v. par ex. CAA Paris, 29 décembre 1992, *Association de défense de la qualité de la vie à Bondy*, Rec. CE, T. p. 1134), puisqu'il s'agit d'un régime de responsabilité pour faute simple (CE 5 juillet 2004, *M. X.*, n° 243801). Ainsi, en présence d'une installation fonctionnant irrégulièrement, l'État commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité s'il refuse de procéder à une mise en demeure afin de régulariser la situation de l'exploitant (CE 15 février 1974, *ministre du Développement industriel et scientifique c/ Arnaud*, Rec. CE, p. 115).

En revanche, lorsque l'autorité préfectorale jouit d'une compétence discrétionnaire, par exemple lorsque le préfet peut infliger des sanctions, l'administration ne commet aucune faute en refusant d'utiliser tel ou tel moyen (CE 26 novembre 1975, *Dugenest*, Rec. CE, T. p. 1079).

Mais à tout principe, ses exceptions.

Au-delà de ce régime de la faute simple, la démonstration d'une faute lourde sera exigée dans les missions présentant des difficultés spécifiques ou mettant en œuvre des opérations exigeant certaines marges d'appréciation de la part des autorités ou relatives à une situation complexe (v. par ex. CAA Marseille, 13 février 2015, *Association syndicale libre de gestion forestière Les Hauts d'Orezza*,

n° 13MA03723 ; CAA Nantes, 10 décembre 2019, *Commune de la Faute-sur-Mer*, n° 18NT02727).

Si l'inventaire des possibilités de sanctions de l'autorité préfectorale en cas de défaut de surveillances existent *in abstracto*, on ne peut que s'interroger sur le très faible nombre de cas où cette responsabilité est réellement mise en cause.

Pourtant, les inspecteurs des installations classées peuvent faire des visites comme ils le souhaitent desdites installations, proposer des mises en demeure, se substituer le cas échéant à l'industriel qui ne s'y défère pas.

Bien souvent, les inspecteurs des installations classées ne sont pas suivis par les préfets. Dans l'affaire de Maincy évoquée supra, durant quatre ans, les rapports des inspecteurs des installations classées ont été accablants, ce sans conséquences. Dans l'affaire Lubrizol, il y a eu une trentaine de visites des inspecteurs des installations classées et il ne s'est rien passé.

Pourquoi ? Pourquoi les préfets n'agissent pas avant que le pire se produise ?

Probablement car il ne s'agit que d'une responsabilité administrative. Ce n'est aucunement dissuasif. La réalité est extrêmement simple : le déroulement de la carrière administrative y est sûrement pour quelque chose. Un préfet reste en place environ trois ans, puis, pour les besoins de sa carrière, quitte son poste. Le temps que le dossier soit instruit par le juge administratif, le préfet n'est évidemment plus en place. Dès lors, seul l'engagement d'une responsabilité personnelle pourrait réellement sensibiliser les préfets à agir en amont et les dissuader de toute inertie. Malheureusement, l'expérience montre que les procédures pénales n'aboutissent pas. L'illustration la plus édifiante est celle de l'affaire de la Faute-sur-mer, suite à la catastrophe de la tempête Xynthia. Bien que la responsabilité administrative de l'État ait été reconnue au même niveau que celle de la commune, aucun engagement de responsabilité personnelle n'a été pris.

Par ailleurs, au-delà de ces constats, on peut penser qu'il n'existe pas de « réflexe » d'engagement systématique sur le terrain de la responsabilité administrative, car le réflexe est de penser avant tout à la responsabilité pénale. En second lieu, il existe sans doute un manque d'informations quant à ces possibilités d'engagement de la responsabilité administrative des préfets, couplé à une politique jurisprudentielle au finale assez légère sur cette question.

En fin de compte, développer les possibilités d'engagement de responsabilité personnelle des préfets en matière de risques industriels, serait un moyen efficace de forcer, en amont, à la plus grande vigilance.

II.2. S'AGISSANT DU MAIRE

Nous l'avons dit, la compétence des maires en matière de risques industriels est très limitée.

Malgré tout, le plan communal de sauvegarde (PCS), instauré par la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, et élaboré par le maire, regroupe l'ensemble des documents de compétence communale contribuant à l'information préventive et à la protection des administrés.

Aux termes de l'article L.731-3 du Code de la sécurité intérieure, le PCS détermine, en fonction des risques connus, les mesures immédiates de sauvegarde et de protection des personnes. Il fixe également l'organisation nécessaire à la diffusion de l'alerte en cas de danger ou d'accident grave et des consignes de sécurité. Enfin, le PCS recense les moyens disponibles et définit la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de soutien de la population.

La loi a rendu le plan communal de sauvegarde obligatoire pour les communes dotées d'un plan de prévention des risques naturels (PPRN) approuvé, ou comprises dans le champ d'application d'un plan particulier d'intervention (PPI).

II.2.2 Par ailleurs, les maires restent compétents pour agir en cas de péril imminent. Dès lors, leur inertie ou carence dans une telle situation sont également de nature à engager leur responsabilité.

Il s'agissait initialement d'une faute lourde (CE 28 octobre 1977, *Commune de Merfy*, Rec. CE, p. 406), mais désormais, il s'agit d'une faute simple (CE 31 août 2009, *Commune de Crégols*, n° 296458, Rec. CE, p. 343 – CAA Marseille, 18 octobre 2010, *SARL Bleu passion et autres*, n° 08MA02140). Mais rappelons-le, le maire n'est pas l'autorité compétente en matière de gestion de risques industriels. Dès lors, et sauf cas de péril imminent ou de circonstances locales particulières, le maire ne peut pas utiliser son pouvoir de police. Il ne peut donc pas être considéré comme responsable d'une situation pour laquelle il ne dispose pas des moyens lui permettant d'agir.

N'oublions pas malgré tout que le maire



est, par définition, l' élu local de terrain. Et sur la question de la gestion du risque industriel, l'efficacité commanderait que les communes soient davantage associées à la gestion de ces risques. Cela nous semble être une première mesure à réfléchir urgemment.

Par ailleurs, le grand oublié de tout ce panel législatif, réglementaire et jurisprudentiel nous semble en réalité être le riverain. Trop peu voire pas informé. « *Quand sonne une sirène, il faut rester chez soi (...)* Mais qui le sait ? » Un constat impensable en 2020, qui témoigne d'ailleurs de la carence de l'État à informer sa population.

Il y a donc là une deuxième mesure à mettre en œuvre de toute urgence : informer et pourquoi pas intégrer le riverain dans la gestion du risque industriel notamment en amont de la survenance d'un accident. C'est ce à quoi doit notamment servir le Dossier Départemental sur les Risques Majeurs (DDRM), prévu par l'article R.125-11 du Code de l'environnement. Dans ce dossier, mis à jour tous les cinq ans, le préfet consigne les informations fondamentales relatives aux risques naturels et technologiques majeurs du département. Mais encore faut-il que les administrés soient informés de l'existence d'un tel document et de ce que cela implique à l'échelle de leur commune.

Pendant que maires et préfets se disputent leurs compétences, sur fond d'appréciation de l'articulation entre pouvoirs de police générale et pouvoirs de police spéciale, les riverains, eux, espèrent ne jamais avoir à connaître un nouvel AZF ou un nouveau Lubrizol.

2020-6255

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 1^{er} décembre 2018 – numéro 86

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Le droit de l'économie circulaire



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

Du recyclage à l'économie circulaire ; de l'économie circulaire à l'économie globale

Nous sommes aujourd'hui à l'aube de la révolution que constitue l'économie circulaire. En effet, partie du concept du « *berceau au berceau* » dans les années 90, l'économie circulaire a commencé comme une nouvelle conception du recyclage pour aller vers la réutilisation. Il s'agissait donc de réfléchir sur les déchets, dont l'amoncellement constituait une perte économique majeure, un problème écologique considérable, une absurdité. La rareté croissante et constatée des matières premières, jointe à la prise de conscience des liens entre déchets et changements climatiques ainsi que la situation alarmante dans les océans, a changé la dimension du problème. L'économie circulaire est progressivement devenue une réalité permettant de répondre, au moins dans certains secteurs, à cette triple réalité. Le droit a suivi, avec les innovations autour de la sortie du statut des déchets, une évolution générale du droit des déchets avec la responsabilité élargie du producteur et une réflexion sur la fiscalité. Dans le même temps, l'écologie industrielle s'est transformée, pour devenir une écologie industrielle et territoriale constituant une des modalités d'application des principes de l'économie circulaire, et le droit de l'énergie et du climat se sont ouverts à la question des déchets et de leur réutilisation. Bien évidemment, les adaptations du droit se

sont révélées indispensables et elles ne sont encore qu'imparfaites.

Dès lors, de très nombreux secteurs économiques sont aujourd'hui concernés, et la question qui se pose aujourd'hui est celle d'une possible généralisation des principes de l'économie circulaire à toute l'économie. Le sujet est d'autant plus intéressant que nous sommes passés au domaine de la transversalité entre les différents secteurs et activités, et que nous avons quitté le monde de l'économie linéaire – extraire-produire-jeter – pour entrer dans celui de la circularité, permettant la réutilisation de la matière première, de manière infinie, si possible. Les conséquences catastrophiques de l'extraction des matières premières, leur rareté croissante face à un monde de plus en plus consumériste, les dégâts tragiques du dérèglement climatique auquel conduit ce système, imposent un changement rapide et majeur. L'économie circulaire est une nécessité sans laquelle il est déraisonnable d'imaginer quelque développement planétaire que ce soit. C'est à ces différents thèmes que s'intéresse ce numéro du *Journal Spécial des Sociétés*.

*Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour*



LE DROIT DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE	
Nos déchets peuvent-ils boucler la boucle de l'économie circulaire ?	2
Fiscalité et économie circulaire selon la FREC	6
Écologie industrielle et territoriale et économie circulaire	8
Économie circulaire et climat	10
L'économie circulaire est-elle généralisable à toute l'économie ?	12
AGENDA	4
BRÈVES	14
ENTREPRISE	
Les indicateurs de l'économie circulaire pour les entreprises	15
INTERVIEW	
Entretien avec Frédéric Fontaine Fondateur et dirigeant de Recytec	16
ÉCOLOGIE	
Pollutec 2018 – Lancement du premier Sommet international pour les villes et territoires engagés dans l'économie circulaire	18
ANNONCES LÉGALES	19
ÎLE-DE-FRANCE	
Économie circulaire en Île-de-France : 18,8 millions d'euros investis depuis 2016	47

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS B 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 0994-3587
Périodicité : bihebdomadaire
Imprimerie : SIEP
Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2018

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Nos déchets peuvent-ils boucler la boucle de l'économie circulaire ?



Raphaëlle Jeannel,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour



Pauline Schaal,
Huglo Lepage Avocats,
Avocate à la Cour

Le concept d'économie circulaire, dont les contours ont émergé au XX^e siècle, peu après la publication du rapport du Club de Rome en 1972 s'intitulant « *The Limits to Growth* », se définit comme « *un système économique d'échange et de production qui, à tous les stades du cycle de vie des produits (biens et services), vise à augmenter l'efficacité de l'utilisation des ressources et à diminuer l'impact sur l'environnement tout en développant le bien-être des individus* » (selon l'ADEME). Ce nouveau concept économique vise à changer de paradigme par rapport à l'économie linéaire et consiste à partager, réutiliser, réparer, rénover et recycler les produits et les matériaux existants le plus longtemps possible, afin qu'ils conservent leur valeur.

L'une des composantes de l'économie circulaire porte sur la valorisation des déchets dans un contexte où le nombre de déchets par habitant ne cesse d'augmenter, et où l'interdiction posée le 1^{er} janvier dernier par la Chine d'importer sur son territoire de nombreux déchets recyclables met notre vieux continent face à l'insuffisance de ses capacités de valorisation de millions de tonnes de déchets qu'il produit.

En 2014, 2,5 milliards de tonnes de déchets ont été produits par les différentes activités économiques (construction, mines et carrières, industrie) et les ménages dans l'Union européenne. En 2016, la quantité de déchets municipaux générés dans l'Union européenne s'élève à 482 kg/habitant, dont 47 % sont recyclés ou compostés. La gestion des déchets varie fortement d'un État membre à un autre : en Allemagne, 66 % des déchets municipaux sont recyclés, contre 42 % en France et seulement 8 % à Malte.

L'enjeu est désormais de produire le plus possible de matières recyclées de qualité, comparables à la matière première, et d'en augmenter la production en diminuant l'impact sur l'environnement. L'objectif est donc de permettre à une matière de vivre plusieurs vies au sein de produits de qualité.

Le paquet « *économie circulaire* », adopté par l'Union européenne le 22 mai 2018, définit des



« *L'objectif est donc de permettre à une matière de vivre plusieurs vies au sein de produits de qualité* ».

objectifs ambitieux et constitue « *la législation en matière de déchets la plus moderne au monde* ».

La directive n° 2018/851 du 30 mai 2018 modifiant la directive cadre déchet de 2008, relève que pour que l'économie devienne réellement circulaire, il est nécessaire de prendre des mesures supplémentaires relatives à la production et à la consommation durables, en mettant l'accent sur l'ensemble du cycle de vie des produits, de manière à préserver les ressources et à « *boucler la boucle* ». La reconnaissance des déchets comme ressources contribue à la transition vers un modèle d'économie circulaire, tout en permettant d'atteindre les objectifs d'une croissance durable, inscrite dans la stratégie Europe 2020.

Dans cette optique, la directive n° 2018/851 fixe des objectifs louables en matière de recyclage. D'ici 2025, au moins 55 % des déchets municipaux (provenant des ménages et des entreprises) devront être recyclés, et l'objectif passera à 60 %

d'ici 2030 puis à 65 % d'ici 2035. En outre, 65 % des matériaux d'emballage devront être recyclés d'ici 2025 et 70 % d'ici 2030. Par ailleurs, la part de déchets municipaux qui pourront être mis en décharge sera limitée à maximum 10 % d'ici 2035.

L'augmentation de la quantité de déchets recyclés ou valorisés dépend notamment des moyens mis en place pour qu'ils perdent leur statut de déchet ou que la matière qui les compose puisse être valorisée, permettant ainsi leur réintroduction dans un processus de production. Les outils de la réglementation déchets sont-ils suffisamment efficaces pour favoriser l'économie circulaire ?

Si la réglementation déchets comporte des outils pour permettre à un déchet d'être réintroduit dans un processus de production ou éviter qu'un produit ne passe par la case déchets (I.), des freins demeurent à l'avènement d'une société de recyclage qui pourraient obérer l'atteinte des objectifs fixés par le paquet économie circulaire (II.).

Agenda



ACADÉMIE DES SCIENCES ET TECHNIQUES COMPTABLES ET FINANCIÈRES

Gouvernance des données personnelles
et analyse d'impact dans le cadre du RGPD
5 décembre 2018

Cabinet Alain Bensoussan Avocats Lexing
Immeuble Cap Etoile

58, boulevard Gouvion-Saint-Cyr 75017 Paris

Renseignements : 01 44 15 60 00

www.lacademie.info

2018-3010

AMITIÉS SAVOYARDES

Conférence Nanotechnologies et Microsystèmes
miniaturisation des objets et maximisation
des controverses

5 décembre 2018

Assemblée nationale

126, rue de l'Université 75007 Paris

Renseignements : Chappuis Pierre, Picchiottino Boris

06 22 99 29 89

amities.savoyardes@gmail.com

2018-3017

UNIVERSITÉ PARIS DESCARTES / ENM / AGS / CEDAG

L'AGS au cœur du traitement
des difficultés des entreprises
5 décembre 2018

Amphithéâtre Janet

Faculté de Droit d'Économie et de Gestion

10, avenue Pierre Larousse 92240 Malakoff

Renseignements : Roussel Philippe

philippe.roussel-galle@paris.descartes.fr

2018-3024

PACTE PME

Programme d'accompagnement de renforcement
et d'accélération des transformations

6/7 décembre 2018

32, rue des Jeûneurs 75002 Paris

Renseignements : Claire Michalet

claire.michalet@pactepme.org

2018-2962

FEMMES DE LOI, FEMMES D'EXCEPTION

Projection du film « RBG » (Ruth Bader Ginsburg)
suivi d'un débat : « La Cour suprême des États-Unis :
juridiction ou lieu de résistance »

10 décembre 2018

France-Amériques

9, avenue Franklin Roosevelt 75008 Paris

manifestations@france-ameriques.org

www.france-ameriques.org/evenements

2018-3027

Le droit de l'économie circulaire

I. LES OUTILS JURIDIQUES AU SERVICE

DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE

Avant que le déchet ne cesse d'être un déchet en application de la procédure de sortie du statut de déchet, il existe des opérations permettant à une substance ou un produit issu d'un processus de production de ne pas constituer un déchet.

Par exemple, l'opération de réemploi permet aux produits ou aux composants qui ne sont pas des déchets d'être utilisés de nouveau pour un usage identique à celui pour lequel ils avaient été conçus. Dans ce cadre, la catégorie du « sous-produit » qui est promis à être réemployé constitue une notion juridique pouvant jouer un rôle important dans le développement de l'économie circulaire. Le sous-produit se définit comme la substance ou l'objet issu d'un processus de production dont le but premier n'est pas la production de cet objet ou de cette substance, dès lors que les conditions cumulatives portant sur le processus de production et sur l'utilisation ultérieure de la matière sont respectées.

Cette opération doit se distinguer des opérations de valorisation ou de recyclage énoncées dans la hiérarchie de gestion des déchets. L'opération de valorisation, qui englobe plusieurs opérations allant du recyclage à la transformation de matériaux, se définit comme « toute opération dont le résultat principal est que des déchets servent à des fins utiles en remplaçant d'autres matières qui auraient été utilisées à une fin particulière, ou que des déchets soient préparés pour être utilisés à cette fin, dans l'usine ou dans l'ensemble de l'économie ».

Le déchet valorisé ou recyclé peut être réintégré dans un processus de production et redevenir un produit, sous réserve de respecter les conditions de sortie du statut de déchet, définies par l'article 6 de la directive cadre déchet du 19 novembre 2008 et transposées à l'article L. 541-4-3 du Code de l'environnement (voir également les articles D. 541-22-4 et suivants du Code de l'environnement).

Hormis la liste des déchets exclus de la directive cadre déchet (article 2), tous les déchets peuvent potentiellement être concernés par la sortie du statut de déchet. Ainsi, tant au niveau de l'Union européenne qu'au niveau national, des critères de sortie du statut de déchet pour certaines catégories de déchets peuvent être définis, tant qu'ils respectent le cadre général et assurent un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé humaine. À titre d'illustration, les règlements européens ont établi les critères permettant de déterminer à quel moment les débris métalliques, le calcin de verre ou les débris de cuivre cessent d'être des déchets. En France, des critères de sortie du statut de déchet ont été définis pour les broyats d'emballages en bois, les déchets gras et huiles alimentaires usagées, ou encore les résidus de la distillation des huiles usagées.

En application de l'article 6 de la directive cadre déchet, modifiée par la directive de 2018, certains déchets cessent d'être des déchets lorsqu'ils ont subi

une opération de valorisation ou de recyclage et s'ils respectent les conditions cumulatives suivantes :

- la substance ou l'objet doit être utilis(e) à des fins spécifiques ;
- il existe un marché ou une demande pour une telle substance ou un tel objet, étant précisé que cette condition a été supprimée depuis la modification de la directive en 2018 ;
- la substance ou l'objet remplit les exigences techniques aux fins spécifiques et respecte la législation et les normes applicables aux produits ;
- l'utilisation de la substance ou de l'objet n'aura pas d'effets globaux nocifs pour l'environnement ou la santé humaine.

La première condition permet de s'assurer que le déchet valorisé ou recyclé fera l'objet d'une nouvelle utilisation et qu'il ne sera pas abandonné. Dans ce cadre, la personne souhaitant bénéficier de la procédure de sortie du statut de déchet devra démontrer qu'il existe un réel marché sur lequel le déchet valorisé ou recyclé a une certaine valeur économique.

La seconde condition implique que le déchet recyclé ou valorisé sera prêt à l'usage sans autre étape de traitement ou de manipulation. C'est la réglementation relative aux produits qui s'appliquera, et l'objet ou la substance qui a cessé d'être un déchet devra être conforme aux standards techniques équivalents à ceux applicables aux matières premières. En d'autres termes, les déchets valorisés/recyclés doivent pouvoir se conformer, tant en matière de qualité, de marquage, de transport, de stockage, de limitation de leurs utilisations et de préconisations d'usage.

Enfin, la dernière condition vise à ce que l'utilisation de l'objet ou la substance qui a cessé d'être un déchet n'aura pas d'effets nocifs pour l'environnement ou la santé humaine. L'évaluation des impacts environnementaux et sanitaires nécessite l'étude de l'impact environnemental et sanitaire induit par le traitement du déchet par rapport à leur élimination et l'évaluation de l'impact environnemental et sanitaire induit par l'utilisation du déchet valorisé par rapport à l'utilisation du produit auquel il se substitue.

Au-delà des conditions générales posées par le droit européen, en droit français, seul un exploitant d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) ou d'une installation loi sur l'eau (IOTA) peut faire sortir un déchet de son statut de déchet. En outre, il existe deux types de procédure de sortie du statut de déchets : la procédure explicite, qui impose à l'exploitant d'adresser un dossier au ministre chargé de l'environnement comprenant les informations permettant d'établir que le déchet satisfait les conditions définies à l'article L. 541-4-3 du Code de l'environnement ; et la procédure implicite, qui permet à un déchet de sortir de son statut par le biais d'un procédé de production, sans que cette interprétation ne puisse s'étendre aux sous-produits.

Les outils développés depuis 2008 dans le cadre de la législation relative aux déchets participent au développement de l'économie circulaire en favorisant leur réintégration dans un processus de production, sous réserve que ceux-ci soient conformes aux différentes réglementations relatives aux produits.

Par ailleurs, des freins persistent pour permettre à nos déchets de boucler la boucle de l'économie circulaire.

II. LES FREINS DEMEURANT À LA MISE EN ŒUVRE D'UNE ÉCONOMIE CIRCULAIRE

Une fois les déchets traités, les matières valorisées sont en concurrence directe avec les matières premières.

Aussi, pour être concurrentielles, ces matières premières secondaires doivent se rapprocher autant que faire se peut de la matière première, aussi bien en termes de qualité que de performance, afin d'obtenir la confiance du producteur de produit et du consommateur, et de répondre aux exigences des réglementations qui trouvent à s'appliquer au produit.

Les réglementations relatives aux déchets et aux produits n'ont pas été conçues à l'origine pour qu'un élément puisse passer de l'un à l'autre, il en résulte une certaine imperméabilité qui peut présenter des obstacles au développement de l'économie circulaire.

La Commission européenne a ainsi identifié quatre difficultés tenant à l'articulation des règles de l'Union européenne relatives aux déchets, aux substances chimiques et aux produits qui peuvent bloquer la réintroduction du déchet dans le processus de production.

Ces réglementations européennes ont été transposées dans le droit des États membres ou y sont directement applicables. Les difficultés identifiées par la Commission dans sa communication en date du 16 janvier 2016 « *concernant la mise en œuvre du paquet "économie circulaire" : solutions possibles pour les questions à l'interface entre les textes législatifs relatifs aux substances chimiques, aux produits et aux déchets* » (COM (2018) 32 final) y sont donc transposables.

La première difficulté identifiée par la Commission tient aux informations relatives à la présence de substances préoccupantes qui ne sont pas facilement accessibles à ceux qui se chargent de la gestion des déchets et de leur préparation en vue de la valorisation.

Les personnes qui prennent en charge les déchets, comme les recycleurs, ne disposent pas d'informations sur la composition des articles devenus déchets en raison, soit de l'inexistence de ces informations, soit parce qu'elles ne sont pas disponibles ou non transmises. Ce manque d'informations peut limiter le recyclage des produits. Ce sera par exemple le cas d'ajout d'encre contenant des huiles minérales à des emballages



papier ou carton qui peuvent se retrouver dans le matériau recyclé à partir de ces emballages.

Il est donc nécessaire que les informations appropriées sur les substances préoccupantes circulent des acteurs de la chaîne d'approvisionnement aux professionnels de la gestion des déchets.

La seconde difficulté tient au fait que les déchets peuvent contenir des substances qui ne sont plus autorisées dans les produits neufs.

La mise sur le marché des substances chimiques peut être autorisée un temps, puis interdite. Des produits contenant de telles substances peuvent donc être mis sur le marché et devenir des déchets contenant une substance devenue interdite. La matière valorisée pourra alors contenir une substance interdite et ne pas pouvoir être utilisée ou interdite de mise sur le marché. Cela a pu être le cas par exemple des produits en plastique contenant des retardateurs de flamme bromés.

La Commission envisage d'élaborer à cet égard « un processus décisionnel spécifique afin de faciliter la prise de décisions concernant la recyclabilité des déchets qui contiennent des substances préoccupantes » (COM (2018) 32 final).

La troisième difficulté réside dans l'absence d'harmonisation totale des règles de l'Union sur la fin du statut de déchet, et dans le flou en résultant qui entoure la manière dont un déchet devient une nouvelle matière, puis un produit.

Ainsi que cela ressort du point I ci-dessus, il est difficile d'établir des critères de sortie du statut de déchet qui seraient applicables à l'ensemble des flux de déchets. Il en résulte notamment une commercialisation de matières valorisées dans des conditions juridiques parfois floues et une impossibilité de tirer de précieuses ressources de certains déchets produits en très petite quantité.

La Commission envisage tout d'abord à cet égard de recenser dans un registre européen l'ensemble

des critères de sortie du statut de déchets et des sous-produits adoptés aux niveaux européen et nationaux, puis de déterminer les flux de déchets pour lesquels une harmonisation devrait être adoptée et de quelle manière.

La quatrième difficulté tient à l'absence de cohérences des règles permettant de déterminer quels déchets et quelles substances chimiques sont dangereux, est ce qui nuit à l'acceptabilité des matières premières secondaires.

La Commission relève à cet égard qu'il « *arrive qu'une même matière, contenant une substance dangereuse, puisse être considérée comme étant dangereuse ou comme étant non dangereuse suivant que cette matière est un déchet ou un produit* ». Cela empêche par conséquent de « *partir du principe que des matières qui réintègrent l'économie à la suite de la valorisation de déchets non dangereux donneront nécessairement des produits non dangereux* ».

Afin de répondre à cette difficulté, la Commission a publié en avril 2018 des « *Recommandations techniques concernant la classification des déchets* » (2018/C 124/01) afin d'adopter une approche commune de la caractérisation et de la classification des déchets.

En conclusion, il existe aujourd'hui des obstacles pour « *boucler la boucle* » de l'économie circulaire, qui tiennent notamment au fait que les réglementations relatives aux produits et aux déchets n'ont pas été pensées, à l'origine, pour permettre le passage du statut de produit au statut de déchet et inversement.

Certains de ces obstacles ont toutefois été identifiés et l'articulation de ces réglementations entre elles apparaît être une priorité aussi bien au niveau national qu'europpéen. De plus, l'input que constitue le refus de la Chine d'importer nombre de nos déchets pourrait bien accélérer le passage de l'Europe vers une économie plus circulaire.

Fiscalité et économie circulaire selon la FREC



Benoît Denis,
Huglo Lepage Avocats,
Avocat à la Cour, of Counsel

L'économie circulaire constitue l'un des outils de la transition écologique permettant d'inciter à la modification des comportements et d'atteindre les objectifs de la France en la matière, qu'ils soient volontaires ou qu'ils lui soient imposés par l'Union européenne. Placée au croisement de l'écologie et de l'économie, l'économie circulaire recèle une tendance naturelle à recourir à l'outil fiscal. La récente Feuille de route du gouvernement en la matière (FREC) n'oublie ainsi pas de mobiliser la fiscalité environnementale en jouant à la fois de l'incitation et de la pénalisation.

I. UN CONTEXTE GLOBAL FAVORABLE À L'UTILISATION DE L'OUTIL FISCAL AU SERVICE DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE

Longtemps cantonnée aux discussions savantes de quelques pionniers considérés au mieux comme vaguement idéalistes, l'économie circulaire, à l'instar de la nécessaire transition énergétique, est devenue l'un des principaux axes des initiatives adoptées aux plus hauts niveaux de décision, dans le but de lutter contre le changement climatique.

Les initiatives et rapports en la matière étant fort nombreux, il ne peut être question de les lister tous, mais on évoquera ici quelques exemples permettant de saisir leur orientation et le contexte dans lequel ils s'insèrent.

A. LE PAQUET SUR L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

On rappellera ainsi que dès 2015, la Commission européenne avait adopté son « paquet sur l'économie circulaire » consistant en un ensemble de mesures destinées à faciliter la transition de l'Europe vers une économie plus durable et profitable.

Issue de ce paquet de mesures, la Commission a publié en janvier 2018 une stratégie sur l'avenir de l'utilisation des plastiques dans l'Union européenne, dont les principaux objectifs consistent à recycler tous les emballages en plastique dans l'UE d'ici à 2030 et à utiliser moins de plastiques à usage unique.

La Commission y rappelait que chaque année, les Européens produisent 25 millions

de tonnes de déchets plastiques, dont seuls moins de 30 % sont collectés en vue de leur recyclage et que « les mesures déjà mises en place dans les États membres, qu'il s'agisse de taxes et de prélèvements ou d'objectifs chiffrés et de restrictions, ont été très efficaces ».

B. LA LOI DE TRANSITION ÉNERGÉTIQUE

La loi de transition énergétique pour la croissance verte de 2015 a fixé des objectifs ambitieux en matière d'économie circulaire : réduire de moitié la mise en décharge d'ici 2025, valoriser 70 % des déchets du BTP d'ici 2020... auxquels s'ajoutait l'objectif du gouvernement de recycler 100 % des plastiques d'ici 2025.

C. LE 4^e RAPPORT DE LA COMMISSION MONDIALE SUR L'ÉCONOMIE ET LE CLIMAT

Le rapport publié le 6 septembre 2018 par la Commission mondiale sur l'économie et le climat¹, démontrant les gains pouvant être tirés de la nouvelle économie, consacre certains de ses développements à la question des déchets et rappelle que les incitations fiscales permettent d'en réduire la production ou d'en accroître le recyclage.

S'agissant du plastique, les auteurs du rapport estiment que les interdictions ponctuelles et la facturation au client peuvent être complétées par la taxation des matières premières (« tax on the feedstock »), voire celle des usages (« fiscal penalties »). Ils rappellent ainsi que la taxe sur les sacs plastiques introduite en 1993 au Danemark ainsi que l'imposition d'une taxe de 15 centimes d'euros en Irlande ont permis de réduire substantiellement leur usage (respectivement quatre sacs plastiques par habitant et une réduction de l'utilisation de 92 %). L'utilisation du bois de construction est également évoquée, et pourrait bénéficier d'exemptions fiscales incitatives. Rappelons que la filière « forêt-bois » est reconnue en France depuis 2013 comme l'une des 34 filières industrielles d'avenir de la « Nouvelle France Industrielle ».

Selon le rapport, les incitations fiscales devraient également être mises en place afin de parvenir à l'objectif zéro carbone et de 100 % d'acier recyclé à l'horizon 2040.

D. LA POSITION DE LA FONDATION ELLEN MACARTHUR

Rappelons enfin que dès 2012, un *think tank* comme Ellen MacArthur Foundation identifiait le rôle fondamental pouvant être joué par la fiscalité pour assurer le passage de l'économie vers un modèle circulaire.

Il n'est guère surprenant que la Feuille de route du gouvernement reprenne, parmi d'autres, cette orientation.

II. LA FEUILLE DE ROUTE ÉCONOMIE CIRCULAIRE (FREC) DU GOUVERNEMENT REPREND À SON COMPTE L'UTILISATION DE L'OUTIL FISCAL

Présentée le 23 avril 2018 par le Premier ministre Édouard Philippe et Brune Poirson, secrétaire d'État auprès du ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire, la Feuille de route économie circulaire rappelle que la transition vers une économie circulaire est un chantier clé de la transition écologique et solidaire et que le modèle linéaire « fabriquer, consommer, jeter » se heurte fatalement à l'épuisement des ressources de la planète.

Au rang des 50 mesures proposées et outre celles relatives à la REP que l'on évoque ici uniquement pour mémoire, la mesure 21 concerne spécifiquement la fiscalité écologique et s'intitule « Adapter la fiscalité pour rendre la valorisation des déchets moins chère que leur élimination ». Les propositions concernent la TVA, la TGAP et la TEOM.

A. AU TITRE DE LA TVA

Le gouvernement propose à ce titre, pour rendre moins coûteuses la prévention et la valorisation des déchets dans le cadre du service public de gestion des déchets, de réduire le taux de TVA à 5,5 % pour la prévention, la collecte séparée, le tri, la valorisation matière des déchets.

Cette réduction couvrira également l'acquisition de sacs biodégradables et compostables

1) *Unlocking the Inclusive Growth Story of the 21st Century*, en ligne : www.newclimateeconomy.report/2018.

conformes aux normes en vigueur, destinés à la collecte séparée des biodéchets et l'acquisition de solutions techniques de compostage de proximité.

Ce faisant, le gouvernement élargit le champ d'application de la TVA réduite, inaugurée en 2006 dans le secteur environnemental, à propos de la fourniture par réseaux d'énergie d'origine renouvelable et complétée en 2013 par celle applicable aux travaux d'amélioration de la qualité énergétique des locaux à usage d'habitation achevés depuis plus de deux ans.

Ainsi que le rappelle le Conseil des prélèvements obligatoires dans un rapport particulier n° 4 relatif à « *La TVA comme instrument de politique économique* »² remis en juin 2015, une nouvelle catégorie de taux réduits de TVA s'affirme : celle répondant à des objectifs environnementaux, via principalement la création, en 2014, du taux de 5,5 % pour les travaux d'amélioration de la qualité énergétique dans les logements (1,8 milliard d'euros en 2015), mesure qui correspond, en réalité, au « *verdissement* » d'une partie du taux réduit général de TVA applicable, avant cette date, à la rénovation des logements.

En réalité, l'examen des taux réduits de TVA montre que certains d'entre eux répondent, à titre principal, à un objectif autre que le soutien économique à un secteur d'activité ou qu'à une logique d'incitation d'internalisation du coût de la pollution (logique pigouvienne).

L'efficacité économique théorique de taux différenciés ne serait ainsi envisageable que dans un nombre limité de cas : comme l'indique le rapport particulier n° 3 relatif à l'incidence économique de la TVA, « *il peut apparaître justifié a priori de taxer moins les biens qui présentent un impact positif sur l'environnement (en France, par exemple les travaux d'amélioration de la performance énergétique réalisés dans des logements sont soumis au taux de TVA 5,5 % tandis que les autres travaux de rénovation sont taxés à 10 %)* ».

Le rapport fait enfin observer que « *les taux réduits ne sont pas l'instrument le plus pertinent pour subventionner un secteur particulier. Ils constituent en outre des instruments coûteux et peu efficaces de la politique de l'emploi. Ainsi, dans la restauration, l'introduction du taux réduit a coûté, par emploi créé, deux à trois fois plus cher que les dispositifs de soutien direct à l'emploi.* »

En conclusion, sur ce point, l'effet bénéfique de la TVA à taux réduit a pu être questionné, mais reste un outil privilégié par le gouvernement.



« [...] Le rôle fondamental pouvant être joué par la fiscalité pour assurer le passage de l'économie vers un modèle circulaire ».

B. AU TITRE DE LA TGAP

Concernant la Taxe générale sur les Activités Polluantes (TGAP), le gouvernement entend « *mener, dans le cadre de la conférence nationale des territoires, une concertation sur le projet d'augmentation des tarifs de la composante "déchets" de la TGAP et ses modalités* ».

Le changement, ce n'est pas tout à fait pour maintenant, puisque, prudemment, est annoncée « *une trajectoire pluriannuelle (...) pour laisser le temps aux acteurs de s'adapter* ».

De fait, les réfractaires au verdissement de la TGAP ne devraient pas manquer, dans la mesure où ladite « *trajectoire* » « *intégrera également un recentrage de l'objectif de la TGAP sur le respect de la hiérarchie de traitement des déchets, en proposant un calendrier d'extinction des tarifs réduits de la TGAP qui sont soit contradictoires avec les objectifs de tri à la source et de valorisation des biodéchets, soit contradictoires avec d'autres composantes de la TGAP ou encore sans lien direct avec l'objet de la taxe* ».

En même temps, par souci de réalisme et de bonne utilisation des incinérateurs qui ornent le territoire de la Gaule de leur beau panache blanc, la FREC prévoit que sera néanmoins conservé « *un tarif spécifique pour l'incinération qui présente une performance énergétique élevée* ».

Ainsi, selon le gouvernement, « *toutes les collectivités qui engagent une vraie démarche en faveur de l'économie circulaire verront leurs charges baisser* ».

Enfin, il est prévu d'exonérer de TGAP « *incinération avec valorisation énergétique* » certains déchets que la réglementation impose d'éliminer et dont le recyclage est par conséquent interdit tels que, par exemple, les déchets d'activités de soins à risques infectieux (DASRI), les déchets contenant des substances polluantes organiques persistantes (POP) et les bois créosotés.

C. AU TITRE DE LA TEOM

On citera également l'objectif 22 de la FREC, qui prévoit d'« *inciter au tri et éviter le gaspillage, faciliter le déploiement de la tarification incitative de la collecte des déchets* », en mettant en place la tarification du service en fonction de la quantité de déchets produits (prix payé selon le nombre de jours où la poubelle pleine a été sortie pour ramassage, obligation de laisser les déchets dans des sacs prépayés, pesage de la poubelle lors de la collecte des déchets, etc.).

Pour l'heure, ces propositions ont reçu de la part des intéressés un accueil mitigé. Néanmoins, les acteurs publics et les entreprises semblent conscients de l'inéluctable évolution, et restent ainsi attentifs à la redéfinition des rôles et des compétences en la matière.

² C. Hérody et G. Tirot, *La taxe sur la valeur ajoutée : la TVA comme instrument de politique économique*, Rapp. particulier n° 4, juin 2015, 105p, en ligne : <https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20151216-rapport-Thirot-Herody-TVA-comme-instrument-politique-eco.pdf>.

Écologie industrielle et territoriale et économie circulaire



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour



Andréa Marti,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

Certains ont pu assimiler écologie industrielle et territoriale et économie circulaire, et l'Histoire peut expliquer cette confusion.

À l'origine, l'écologie industrielle et territoriale (EIT) a précédé l'économie circulaire. Elle a été largement médiatisée en 1989 par deux ingénieurs de la recherche chez General Motors, Frosch et Gallopoulos. Les premières initiatives d'EIT, en particulier à Kalunborg en Suède, remontent à 1990 ; il s'agissait à l'époque de permettre à des entreprises voisines, sur un même site industriel, de faire en sorte que les déchets des unes puissent constituer les produits des autres, à commencer, bien entendu, par la production énergétique.

C'est l'invention de la symbiose industrielle. Très souvent, l'acception d'écologie industrielle est utilisée pour évoquer les questions de valorisation des déchets, de bouclage de flux de matière et d'énergie, de décarbonisation de l'énergie et de dématérialisation de l'économie¹. Mais, d'ores et déjà, l'objectif était celui de sortir de l'économie linéaire pour aller vers une économie en boucle.

Ce principe, imaginé au tournant des années 90, se retrouve dans la certification « *Cradle to cradle*² » consacrée en 2002, qui pose les bases de l'économie circulaire (EC). Le concept C2C distingue deux types de produits :

- des produits écoconçus pour nourrir l'écosystème après usage ;

- des produits conçus pour pouvoir être réutilisés à 100 % dans de nouveaux produits et services.

Cette certification, principalement utilisée aux États-Unis, en Allemagne et aux Pays-Bas, a concerné 2 000 produits manufacturés dans les domaines de la construction, du textile ou des produits pour le corps. L'EC propose donc, dans des contextes institutionnels, de rompre la logique linéaire – extraire, fabriquer, consommer, jeter – afin d'augmenter l'efficacité de l'utilisation des ressources.

Ainsi, deux constructions, aux bases conceptuelles communes, mais aux applications bien distinctes, sont en cours de réalisation.

D'une part, l'écologie industrielle, qui s'est étendue au territoire, au-delà des seules zones industrielles. Elle s'est transformée en écologie industrielle et territoriale (EIT), qui peut s'appliquer aussi bien à une zone industrielle qu'à une agglomération. Ce nouveau concept repose sur le principe selon lequel chacun peut réduire son impact environnemental en optimisant et/ou en valorisant ses flux, qu'il s'agisse de matière ou d'énergie. Aujourd'hui, l'EIT est définie comme une organisation interentreprises par des échanges de flux ou une mutualisation des besoins. Ainsi, conçue au départ pour les équipements industriels, l'écologie industrielle et territoriale progresse pour constituer une logique de développement du territoire dans son ensemble.

D'autre part, le principe s'est institutionnalisé pour fonder l'économie circulaire et s'appliquer non plus seulement à un espace territorial mais aux produits et de manière plus générale au modèle économique. L'EC, après avoir été inscrite à l'agenda de la conférence environnementale de 2012 et 2013, est devenue l'un des objectifs de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte en 2015.

Ainsi, si l'économie circulaire est un modèle, l'écologie industrielle et territoriale est une stratégie de mise en œuvre de ce modèle.

I. LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE L'ÉCOLOGIE INDUSTRIELLE ET TERRITORIALE SUR LE TERRITOIRE FRANÇAIS

La logique de l'écologie industrielle peut s'appliquer à de nombreux usages industriels. La chaleur fatale d'une usine peut devenir l'énergie d'autres entreprises ou des maisons voisines et/ou d'immeubles collectifs. D'une certaine manière, on peut considérer que l'autoconsommation collective en matière énergétique, constitue en fait une nouvelle application de cette logique sur un

territoire à une échelle très réduite. Il s'agit en effet de partager l'énergie produite par les uns pour être consommée par les autres. La production initiale peut être celle d'habitants ou d'entreprises, comme la société Biocoop, qui vient de réaliser un premier projet d'autoconsommation collective.

Il va de soi que les flux de matières sont également concernés, et cette notion renvoie au territoire comme au système de production. Les guides méthodologiques s'intéressent autant aux entreprises qu'aux territoires.

« Ainsi, si l'économie circulaire est un modèle, l'écologie industrielle et territoriale est une stratégie de mise en œuvre de ce modèle ».

Un guide méthodologique de comptabilité des flux de matières dans les régions et des départements a été mis en place, et s'appuie sur la méthodologie développée par Eurostat appliquée au niveau national³. Ce document permet de disposer non seulement d'une méthodologie mais aussi de tableaux permettant d'optimiser les flux de ressources sur le même territoire, de renforcer la compétitivité des entreprises engagées et de maintenir les emplois locaux. De nouveaux partenariats locaux permettent de réaliser des synergies d'optimisation, de mutualisation et de substitution et de s'orienter vers des boucles circulaires.

S'agissant des entreprises, la recherche autour de l'EIT a conduit à créer des référentiels, comme l'évaluation des performances des démarches d'écologie industrielle et territoriales (ELIPSE)⁴ pilotée par OREE, un programme national de synergies interentreprises permettant de mettre en rapport des entreprises. Cette initiative, ayant permis 138 synergies, a conduit à générer 7 millions de ventes additionnelles, à économiser 500 000 euros,

1) Catherine Figuière, Arnel Chebbi, Écologie Industrielle (EI) et Économie circulaire (EC), Concurrentes ou complémentaires ? 32^{es} journées du développement ATM 2016 « Catastrophes, vulnérabilités et résiliences dans les pays en développement », juin 2016, p. 2.

2) Littéralement « du berceau au berceau ».

3) Guide méthodologique, Références, CGDD, Comptabilité des flux de matières dans les régions et les départements, juin 2014.

4) <http://www.referentiel-elipse-eit.org/>.

à éviter plus de 2 000 tonnes de carbone et à réutiliser 25 000 tonnes de déchets.

Localement, des chambres de commerce et d'industrie s'y intéressent, comme celle de Montauban et de Tarn-et-Garonne qui ont développé un outil spécifique, « Act'If », pour susciter les synergies locales.

En novembre 2017, la première réunion du réseau national des EIT a été organisée par le ministère de l'Écologie et l'ADEME, suivie d'une deuxième réunion en mai 2018. Ce réseau, intitulé Synapse, permet de disposer d'une plateforme et d'une cartographie des initiatives.

L'écologie industrielle développe des synergies de substitution, qui permettent de valoriser et d'échanger de la matière et de l'énergie entre les entités et des synergies de mutualisation qui reposent sur des approvisionnements communs, des services communs et des partages d'équipement de ressources. Elle est donc devenue un axe de la feuille de route de l'économie circulaire⁵.

II. LES TRADUCTIONS JURIDIQUES DE L'ÉCOLOGIE INDUSTRIELLE ET TERRITORIALE

Sur le plan de l'aménagement du territoire, l'écologie industrielle s'inscrit dans de nombreux documents dont elle peut devenir une forme de fil directeur.

Pour les régions, les plans climat-énergie-territoriaux devenus PCAET (Plan climat Énergie-air territorial) sont des projets territoriaux de développement durable dont la finalité est la lutte contre le changement climatique et l'adaptation du territoire. Les bilans des émissions de gaz à effet de serre (GES) et leur réduction à l'échelle du territoire régional passent alors par ces synergies. Les SRADDT (anciens SRADET), schémas régionaux d'aménagement et de développement durable territorial sont des documents de planification qui précisent la stratégie régionale et déterminent les objectifs et règles fixés par la région dans plusieurs domaines de l'aménagement du territoire ; ils peuvent également intégrer les principes de l'écologie industrielle avec l'avantage de devoir transcrire les principes dans les documents d'urbanisme locaux (SCOT, PLU, etc.). Des documents plus techniques, comme les PREDEC (Plans de prévention des déchets issus des chantiers), peuvent également être concernés permettant aux logiques d'écologie industrielle d'être insérées. Enfin, les Agendas 21 et les démarches de qualité des zones d'activité des zones industrielles, dont la portée juridique est moindre, sont aussi des techniques qui peuvent être utilisées pour valoriser l'EIT.



Il en va de même au niveau des départements : plans énergie-climat et plans d'élimination des déchets ménagers sont deux instruments très opérationnels car plus près des réalités locales. Quant aux communes et intercommunalités, les plans climat énergie, les Agendas 21, les écoquartiers sont autant de moyens de traduire l'EIT dans des projets précis. Quant à l'Approche environnementale de l'urbanisme (AEU) initiée par l'ADEME, elle permet de concevoir ces projets en prenant en compte les principes et finalités du développement durable.

De nombreux outils et exemples existent et certaines régions, comme la Bourgogne, sont des moteurs à leur développement. La stratégie de développement économique et d'innovation de cette région (2014-2020) intègre les démarches d'EIT et d'ESS pour conforter le potentiel de développement de l'économie de proximité et de valorisation des ressources locales.

La communauté de Vitry en Ille-et-Vilaine a utilisé l'EIT au service d'un projet territorial de développement durable⁶.

Ce type de démarche continue à être utilisé dans le secteur industriel, à la fois dans la conception des zones industrielles et plus largement des éco-parcs, et en matière d'installations classées. Ainsi, le réseau Ecopal a permis de mettre en réseau des entreprises énergétiques sidérurgiques, cimentier et chimiste le flux de briques, de métaux, de laitiers d'aciéries.

Les éco-parcs industriels, au nombre de 250 dans le monde, font désormais l'objet d'un cadre international établi par le groupe

de la Banque mondiale, l'Organisation des Nations unies pour le développement industriel et la société allemande pour la coopération internationale (GIZ)⁷. « Nos trois organisations ont souhaité poser ensemble des jalons pour l'adoption d'une vision commune des parcs éco-industriels, que chaque pays pourra utiliser et adapter en fonction de ses besoins », explique Ceyla Pazarbasioglu, directrice principale du pôle mondial d'expertise en Finance, compétitivité et innovation de la Banque mondiale. Pour bénéficier de ce classement, les éco-parcs industriels doivent respecter quatre catégories d'exigences minimales en matière de gestion environnementales, sociales et économiques.

La Corée est aujourd'hui le pays dans le monde le plus avancé, puisque 1 000 entreprises opérant dans des secteurs extrêmement variés se sont installées avec succès dans le parc industriel Mipo et Onsan à Ulsan, parc qui emploie 100 000 personnes et constitue la capitale industrielle du pays. 520 millions de dollars ont été investis dans l'écologie industrielle au sens le plus large du terme, permettant une économie de 554 millions de dollars, une réduction des émissions de CO₂ de 665 712 tonnes, la réutilisation de 79 357 tonnes d'eau et une économie de 279 761 tonnes d'équivalent pétrole pour leur consommation d'énergie sur la période 2015-2016. Au niveau européen, plus de 200 éco-parcs existent...

La question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir pourquoi la création des nouvelles zones industrielles en France n'est pas subordonnée à l'obligation qu'elle constitue un éco-parc.

5) Ministère de la Transition écologique et solidaire, DGPR, Feuille de route économie circulaire, 50 mesures pour une économie 100 % circulaire, avril 2018, point 46.

6) Guide méthodologique, CGDD, Références, *Écologie industrielle et territoriale : le guide pour agir dans les territoires*, décembre 2014, p. 38.

7) United Nations Industrial Development Organization ; World Bank Group, *An international framework for Eco-industrial parks* december 2017.

Économie circulaire et climat



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

Chacun peut comprendre que l'économie circulaire permet de réutiliser la matière première et de ne pas transformer en déchet ce qui peut être un produit. Mais l'impact considérable que l'économie circulaire a sur le climat est beaucoup moins connu.

I. ÉCONOMIE CIRCULAIRE ET RÉUTILISATION DE LA MATIÈRE PREMIÈRE

L'économie linéaire qui est la nôtre, à savoir « *extraire-produire-jeter* », constitue par définition un système considérablement producteur de carbone et ce, à tous les stades de la vie des produits. En effet, extraire la matière première ne peut se faire sans une utilisation massive de l'énergie, charbon ou fioul et par voie de conséquence, sans émission massive de GES. La production, par définition, fonctionne avec des systèmes plus ou moins énergivores, parfois électriques, mais qui renvoient alors aux modes de production d'électricité. Enfin, le traitement de déchets, qu'il s'agisse des incinérateurs ou des décharges, sont pour les uns, consommateurs d'une grosse puissance énergétique, pour les autres, émetteurs de biogaz. Le passage à une économie circulaire permet d'économiser considérablement, puisque la phase 1 disparaît en totalité, et la phase 3, très largement.

Il n'est donc pas surprenant que la Commission sur l'économie et le climat de l'ONU, dans un rapport publié en septembre 2018¹, propose, parmi les principales mesures à prendre, une économie industrielle circulaire. Cette Commission écrit : « *entre 1970 à 2010, l'extraction mondiale annuelle de matières premières est passée de près de 22 à 70 milliards de tonnes chaque année ; au moins 8 millions de tonnes de plastique s'échappent dans l'océan... Ce défi cependant n'est pas seulement une question sociale ou environnementale, c'est aussi une question*

économique. Aujourd'hui 95 % de la valeur des matériaux d'emballage en plastique (jusqu'à 120 milliards de dollars US par an) est perdue après première utilisation. »

Du reste, en France, les émissions de CO₂ par habitant, selon l'approche de consommation n'ont pas diminué depuis 1990². Une étude réalisée par Eunomia pour Zéro Waste met en lumière les économies de CO₂ à réaliser en matière de gestion de déchets par la prévention et le recyclage. Une étude britannique³ estime à 200 Mt CO₂ le potentiel d'économies grâce à une politique plus volontariste d'économie circulaire permettant de respecter le budget carbone fixé.

Ainsi, le coût carbone rejoint le coût financier lui-même : « *Des politiques qui encouragent une utilisation circulaire et plus efficace des matériaux pourraient renforcer l'activité économique mondiale et réduire les déchets et la pollution. Le passage à une économie circulaire combinée à une efficacité accrue et à l'électrification, pourrait décupler la croissance économique de l'utilisation des matériaux et conduire à la décarbonisation des activités industrielles. La transition vers cette voie de croissance durable et à faible émission de carbone pourrait générer un gain économique direct de 26 billions de dollars américain d'ici 2030 par rapport au maintien du statu quo*⁴ ». Ce constat est partagé par de nombreux pays. Ainsi, la Chine a été le premier pays au monde à adopter, dès 2008, une loi sur l'économie circulaire. Celle-ci fixe des principes généraux, mais plusieurs textes d'application sont sortis : en 2010, sur le financement de l'économie circulaire avec une tarification spécifique de l'eau réutilisée, sur les parcs industriels considérés comme des mines urbaines, sur des fonds d'investissement spécifiques. Puis, en 2013, une généralisation est intervenue avec une stratégie autour de huit axes, et la mise en place d'indicateurs autour des taux de

production, de consommation et de réintégration des ressources ainsi que de traitement des déchets et polluants. Dans l'Ontario, une loi a été votée en 2016 instaurant une économie circulaire fondée sur un objectif Ontario zéro déchet et zéro CO₂ provenant des déchets. En France, enfin, l'objectif fixé pour respecter notre budget carbone passe par une accélération du modèle de l'économie circulaire. Ainsi, le rapport de l'IEC déjà cité évalue à 34 % l'économie susceptible d'être réalisée en GES par rapport à un modèle d'économie linéaire.

II. ÉCONOMIE CIRCULAIRE ET LUTTE CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Cependant l'intérêt de l'économie circulaire dans la lutte contre le dérèglement climatique et l'adaptation aux changements climatiques est bien plus considérable. Ainsi, un rapport du Club de Rome réalisé avec l'Institut de l'économie circulaire et publié en 2015 évalue à 66 % la réduction des émissions de gaz à effet de serre en cumulant un scénario énergies renouvelables (division par de la consommation de combustibles fossiles), un scénario énergétique (une amélioration de 25 % de l'efficacité énergétique par rapport à 2010) et un scénario efficacité matière qui comporte une amélioration de 25 % de l'efficacité matière, le remplacement de 50 % des matières vierges utilisées par des matières recyclées, et un doublement de la durée de vie des biens durables. Ce scénario permet en outre de créer plus de 500 000 emplois additionnels et d'améliorer la balance commerciale de plus de 2,5 % de PIB.

Tout en réduisant les déchets à leur plus simple expression, puisque l'objectif est qu'ils deviennent une matière première secondaire. L'économie circulaire présente un double intérêt économique : économie de matières premières et économie d'énergie. Ainsi, le rapport réalisé

1) Rapport rédigé par une commission de 28 hauts responsables publics et privés dont Lord Stern et intitulé « *débloquer l'histoire de la croissance inclusive au XXI^e siècle : l'accélération de l'action climatique en période d'urgence* ».

2) Voir rapport Institut de l'économie circulaire (IEC) et EY : *l'économie circulaire : une trajectoire clef dans la lutte contre le dérèglement climatique*.

3) Centre for Industrial Energy, Materials and products.

4) Rapport commission économie du climat précité.

par FÉDÉREC⁵ donne quelques chiffres intéressants. En 2014, les filières de recyclage ont permis d'éviter 22,5 millions de tonnes CO₂ (près de 5 % des émissions totales du territoire français). Le recyclage d'une tonne de ferraille permet d'éviter l'équivalent de 57 % des émissions de CO₂ nécessaires à la production d'une tonne d'acier primaire ; cela monte à 94 % pour l'aluminium et 99 % pour le recyclage des textiles.

Ce sont donc de nouvelles filières créatrices d'emplois qui se mettent en place, les investissements dans ces secteurs pouvant être financés par une taxe carbone.

C'est donc toute la transition économique, écologique et énergétique qui se trouve rendue possible par le passage à une économie circulaire, qui est également une économie de fonctionnalité. Les marchés se font désormais sur les services beaucoup plus que sur les produits, ce qui permet d'envisager de mettre un terme à l'obsolescence programmée et de mettre l'accent sur les performances environnementales et sanitaires des produits.

Comme le propose Christian de Perthuis⁶, passer à l'économie circulaire impose de considérer l'environnement non plus comme un stock mais comme un ensemble de fonctions régulatrices nécessaires à la reproduction des ressources. Trois types d'incitations peuvent être envisagés :

- tout d'abord, intégrer le coût de l'ensemble des dommages environnementaux dans les prix via la fiscalité ou des systèmes de quotas favorisant les services au détriment des produits ;
- s'orienter vers l'économie de fonctionnalité ;
- et enfin, développer massivement l'éco-design.

Il va de soi que ces transformations ont des conséquences juridiques importantes, à commencer par la nécessité d'adapter le droit aux besoins de l'économie circulaire et à la liaison qu'il convient de faire entre droit climatique et droit de l'économie circulaire. Ceci consiste, bien entendu, dans une réflexion sur la notion de déchets et l'évolution actuelle de la législation, permettant effectivement de sortir du statut de déchets les éléments qui redeviennent des produits. La qualité et la non nocivité desdits produits sont essentielles et conduits à la question de la responsabilité à l'égard de ces nouveaux produits.

Mais il faut également évoquer la question essentielle des externalités⁷ qui impose de favoriser les circuits de l'économie circulaire, les produits qui en sont issus, la matière première secondaire. Cet encouragement se trouve tout d'abord dans une fiscalité favorable, et dans un système de prix qui



« [...] L'intérêt de l'économie circulaire dans la lutte contre le dérèglement climatique et l'adaptation aux changements climatiques est bien plus considérable ».

fasse que la matière première originelle soit infiniment plus coûteuse que la matière première secondaire, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. Une des raisons de blocage de la filière tient précisément à des prix trop bas de la matière première originelle. À cet égard, outre les réflexions sur la TVA, et en particulier la TVA circulaire⁸, la fixation d'un prix du carbone devrait avoir des effets extrêmement bénéfiques sur l'économie circulaire et permettre ainsi la liaison entre les questions climatiques et ce nouveau modèle économique qui est un véritable changement de paradigme.

Les modèles de comptabilité sont à revoir⁹, dans la mesure où cet instrument est utilisé dans les négociations internationales et ne permet pas de rendre compte des émissions réelles de chaque pays. C'est la raison pour laquelle l'approche consommation utilisée devrait être complétée par une approche territoire.

Les sept piliers de l'économie circulaire appellent tous à des prolongements juridiques :

- tout d'abord, l'approvisionnement, qu'il s'agisse de de l'extraction ou de l'exploitation des achats durables, nécessite une modification des règles d'extraction et d'exploitation (Code minier), mais aussi les modes d'exploitations agricoles et forestiers,

de manière à permettre la mise en place de nouveaux circuits. Ce premier volet appelle également une modification des conditions des marchés publics, pour faire apparaître l'économie circulaire et les modalités de cahier des charges des entreprises privées, pour valoriser les choix en fonction du cycle de vie du produit, et, par voie de conséquence, son impact climatique ;

- l'écologie industrielle et territoriale (voir dans ce numéro l'article consacré à ce sujet p. 8) ;
- l'encouragement fiscal et réglementaire de l'économie de fonctionnalité ;
- la possibilité de développer une consommation responsable grâce à un étiquetage approprié ;
- une réglementation beaucoup plus ferme sur l'obsolescence programmée, un contrôle plus sérieux des publicités encourageant les produits impactant le climat et contraires à l'économie circulaire ;
- un soutien beaucoup plus actif au recyclage et à la réutilisation.

Ainsi, une conception d'ensemble cohérente et de la réglementation qu'elle soit communautaire ou nationale, est indispensable pour que le rôle majeur de l'économie circulaire dans la réorganisation de notre système économique dans la lutte contre le changement climatique puisse pleinement jouer son rôle. Ce travail est devant nous.

5) FÉDÉREC et ADEME, *Évaluation environnementale du recyclage en France selon la méthodologie de l'analyse de cycle de vie*, mai 2017, 175 p.

6) Christian de Perthuis, *Économie circulaire et transition écologique*, *Revue Responsabilité & environnement* n° 76, octobre 2014, p. 23-27.

7) Voir sur ce sujet Corinne Lepage : « *Le coût social en droit public* », Thèse, Université Assas-Paris II, 1982.

8) Voir à cet égard les travaux de la fondation 2019.

9) Voir sur ce point notre article : biodiversité et comptabilités publiques et privées, *JSS* n° 74, p. 16.

L'économie circulaire est-elle généralisable à toute l'économie ?



Madeleine Babes,
Huglo Lepage avocats,
Avocate à la Cour



Chancia Plaine,
Huglo Lepage Avocats,
Juriste

L'économie circulaire constitue un nouveau paradigme, une alternative au modèle économique linéaire actuel, issu de la révolution industrielle. Les grandes crises économiques rencontrées dans les années 1920, 1970 et 2008 ont rendu indispensable la remise en cause de notre système économique, d'où l'irruption de la notion d'économie circulaire¹. Initialement appelé « économie de boucles », ce concept est à l'origine des travaux effectués par Walter R. Stahel et a été rendu public en 1976 dans son rapport intitulé « *The Potential For Substitution Manpower For Energy* » remis à la Commission des communautés européennes.

Le concept de l'économie circulaire invite les divers acteurs à s'adapter aux enjeux environnementaux, sociaux et économiques pour mieux s'inscrire dans un monde en perpétuelle mutation économique². L'économie circulaire vise ainsi à marquer une rupture avec l'économie linéaire, dite de croissance, qui s'est développée sur la consommation des ressources naturelles et la production de déchets. Lors des négociations de l'Accord de Paris en décembre 2015, un nouveau défi s'est manifesté : celui de proposer un nouveau mode de croissance qui serait compatible avec les enjeux environnementaux et sociaux de notre temps. Selon la Fondation Ellen MacArthur, considérée comme une des références en la matière au niveau international, l'économie circulaire est caractérisée par « *les flux de matières (...) de deux types, des matières biologiques, qui ont vocation à retourner à la biosphère, et des matières techniques, qui ont vocation à circuler avec une perte de qualité aussi faible que possible, tour à tour*

entraînant le changement vers une économie alimentée finalement par de l'énergie renouvelable », contrairement à l'économie linéaire qui elle se base sur le principe « *extraire-produire-consommer-jeter* ».

Dès lors, si l'économie circulaire apparaît comme incontournable et devant être généralisée pour économiser l'utilisation des ressources, les optimiser et réduire les impacts (I), elle ne peut à elle seule résoudre tous les défis de la transition écologique économique.

I. L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, NOUVEAU PARADIGME ÉCONOMIQUE EN FRANCE, EN EUROPE ET DANS LE MONDE

L'étude de ce nouveau modèle économique que constitue l'économie circulaire se traduit comme une alternative au modèle actuel issu de l'économie linéaire (A). Ce nouveau paradigme est mis ainsi en exergue par des référentiels qui contribuent à son développement (B) pour qu'il réponde aux défis de notre temps.

A. LES FACTEURS EN DÉFAVEUR DE L'ÉCONOMIE LINÉAIRE

À la demande du Club de Rome, le rapport « *The limit to growth* », paru en 1972, démontra les conséquences dramatiques que peut engendrer une croissance économique exponentielle dans un monde avec des ressources limitées, pour signaler le risque engendré par notre système économique sur l'environnement et les ressources naturelles, ainsi que les signaux alarmistes sur notre environnement et les impacts négatifs sur notre économie. Tout d'abord, les ressources naturelles ne sont pas inépuisables face à la totalité des demandes en ressources naturelles rares que nous utilisons au niveau mondial et qui seraient l'équivalent d'environ une planète et demie (en ressources) chaque

année. Si les pratiques actuelles perdurent, nous consommerons l'équivalent de trois planètes d'ici 2050. De plus, l'augmentation démographique devrait, sans changement radical de paradigme, avoir comme conséquence une croissance d'au moins un tiers de la demande en ressources naturelles dans la prochaine décennie. C'est évidemment impossible, d'où la généralisation progressive du recours à l'économie circulaire, dont la Chine a été un des premiers pays à légaliser l'usage, dès 2008.

La loi de transition énergétique a posé les fondements de l'économie circulaire dans la refonte de l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement en valorisant les déchets ; mais la question des déchets n'est pas la seule à être concernée par l'économie circulaire, même si ceux-ci représentent une perte de valeur et de ressources, car le système reste structuré sur la consommation plutôt que sur l'utilisation durable de ces ressources, système qui entraîne une lourde perte dans la chaîne de production et de consommation. Le modèle économique issu de la révolution industrielle se heurte aujourd'hui à une pression écologique renforcée dans le contexte du changement climatique (voir ci-dessus). Le nouveau modèle d'économie circulaire permet d'instaurer une mutation dans les rapports de la sphère économique, environnementale et sociale.

B. LES RÉFÉRENTIELS EN FAVEUR DE L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE

En France, l'économie circulaire est définie comme « *une organisation d'activités économiques et sociales recourant à des modes de production, de consommation et d'échange fondés sur l'écoconception, la réparation, le réemploi et le recyclage, et visant à diminuer les ressources utilisées ainsi que les dommages causés à l'environnement* »³.

1) bf. Sana, *L'économie circulaire : changement complet de paradigme économique ?* Pour La Solidarité, Notes d'analyse, nov. 2014, 24 p.

2) P. Cappelli, *L'économie circulaire, un modèle alternatif pour sauver le monde*, *La Tribune*, 22 août 2018, en ligne : <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/l-economie-circulaire-un-modele-alternatif-pour-sauver-le-monde-788090.html>.

3) Avis 18 août 2015, NOR : CTNX1518152K : JO, 18 août.

En février 2013, l'Institut de l'économie circulaire⁴ a été créé. En août 2015, « *la loi de transition énergétique pour la croissance verte* » a été adoptée pour renforcer l'indépendance de la France en matière énergétique et permettre la réduction des impacts dus aux changements climatiques. L'économie circulaire est une exigence pour répondre aux enjeux environnementaux, sociaux et économiques. Le Code de l'environnement le reconnaît en l'intégrant aux engagements permettant de contribuer au développement durable (voir C. envir., Art. L. 110-1) et en instituant une hiérarchie de l'utilisation dans les ressources (voir C. envir., Art. L. 110-2).

Le législateur a également prévu, aux termes de l'article 69 de la loi LTECV, que le gouvernement soumette au Parlement, une stratégie nationale de transition vers l'économie circulaire, tous les cinq ans, en précisant un plan de programmation des ressources afférents aux principaux secteurs d'activités économiques. La feuille de route du gouvernement⁵ dévoilée par le ministère de l'Écologie en juillet 2017 s'est inscrite dans le Plan Climat de la France ; l'objectif fixé est de parvenir à 100 % de plastiques recyclés en 2025. L'ensemble des acteurs de la chaîne du recyclage sont ainsi appelés à élaborer des engagements volontaires pour incorporer les matières premières issues du recyclage, et de se fixer des engagements en matière d'éco-conception, de collecte et de recyclage. Le Mouvement des entreprises pour la nouvelle économie (MENE⁶) créé en 2015 a pour objectif d'inscrire le monde économique dans une démarche en faveur de l'économie circulaire qui serait respectueuse de l'environnement et de la santé humaine.

Au niveau européen, la Commission européenne a adopté le 2 décembre 2015 un « *paquet économie circulaire*⁷ » afin d'aider les entreprises européennes et les consommateurs à opérer la transition vers une économie circulaire, en favorisant l'utilisation plus durable des ressources. Ce paquet économie circulaire a récemment été modifié par quatre directives du 30 mai 2018 qui ont remplacé d'anciennes directives (directive-cadre 2008/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets ; directive 1999/31/CE du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets ; directive 94/62/CE du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages ; directive 2000/53/CE du



« Dès lors, la généralisation à toute l'économie du modèle circulaire, reste l'objectif à atteindre, même s'il ne résoudra pas toute la problématique environnementale à lui seul ».

18 septembre 2000 relative aux véhicules hors d'usage (VHU) ; directive 2006/66/CE du 6 septembre 2006 relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs ; directive 2012/19/UE du 4 juillet 2012 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques). Les États membres sont, par ailleurs, appelés à prendre les dispositions législatives nécessaires pour se conformer à la nouvelle politique européenne au plus tard le 5 juillet 2020. De plus, la Commission européenne a conjointement créé avec la Banque européenne d'investissement une plateforme d'aide au financement de l'économie circulaire⁸.

Les progrès sont donc conséquents, mais il convient d'aller beaucoup plus loin pour permettre la généralisation du modèle, tout en ayant à l'esprit qu'il ne s'agit que d'une des politiques majeures permettant de répondre aux défis auxquels nous sommes confrontés.

II. LES OBSTACLES À LA GÉNÉRALISATION DU MODÈLE CIRCULAIRE

L'augmentation du coût des matières premières, l'impact environnemental de la surconsommation et la prolifération des déchets et du gaspillage, sont autant de raisons de repenser en urgence le modèle

économique actuel et les habitudes de consommation. La richesse d'une nation ne se calcule pas uniquement de manière monétaire. En 1776 déjà, Adam Smith indiquait dans son célèbre ouvrage « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* », que la richesse était davantage basée sur la qualité des terres et des ressources (en d'autres termes, la qualité des matières premières) et sur une exploitation responsable (et donc raisonnée).

Or, l'exploitation des ressources à outrance nous a conduits, depuis le 1^{er} août 2018 au jour du dépassement, mondialement connu sous l'appellation : *Earth Overshoot Day*.

Depuis ce jour, l'humanité a dépensé l'ensemble des ressources que la Terre peut régénérer en une année, et vit par conséquent à crédit. Repenser les modes de consommation et les modèles économiques est donc une nécessité absolue.

L'optimisation de l'utilisation des ressources et des produits est une réelle urgence, tant sur le plan environnemental que sur le plan économique. Le modèle économique circulaire n'a alors d'autres buts que de permettre une meilleure utilisation de ces ressources, enrayer le phénomène de surconsommation et favoriser le recyclage des productions.

4) <https://institut-economie-circulaire.fr/>.

5) <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/feuille-route-economie-circulaire-frec>.

6) Voir www.jemene.org

7) Commission européenne, *Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire*, COM (2015) 614 final, 2 déc. 2015, 26 p.

8) Communiqué de presse de la Commission, 26 janv. 2017.

Or, les mesures prises ne sont pas à la hauteur de l'urgence et de l'enjeu. Dans le cadre du plan climat, une feuille de route visant 50 mesures pour une économie 100 % circulaire a été élaborée par le ministère de la Transition écologique et solidaire. Dans ce même contexte, la loi de transition énergétique de 2015 fixe une série d'objectifs quant au tri et au recyclage, comptant notamment sur la valorisation de 65 % des déchets à l'horizon 2025. Mais ces mesures restent insuffisantes, tout comme les mesures d'incitation fiscales, bien trop minimes. De plus, force est de constater que la feuille de route proposée reste évasive sur la question du calendrier de mise en œuvre des mesures, notamment sur la création de nouvelles filières à responsabilité élargie du producteur, et reste lettre morte concernant les déchets plastiques.

La généralisation du modèle se heurte à des limites techniques et comportementales qui ne doivent pas être négligées (A). Si le modèle reste perfectible, il demeure néanmoins ce vers quoi l'économie mondiale doit tendre (B).

A. DES LIMITES D'ORDRE TECHNIQUE ET COMPORTEMENTAL

Les limites techniques sont inhérentes aux produits eux-mêmes : un produit ne peut pas être recyclé à l'infini. À titre d'illustration, le papier, en fonction de sa qualité initiale, ne peut être recyclé que 3 à 6 fois avant d'être trop dégradé. Dès lors, une transformation

globale des modes de consommation ne sera pas pleinement envisageable sans évolutions technologiques.

Sur le plan comportemental, les populations occidentales, habituées à « *acheter-consommer-jeter* », ne sont pas naturellement sensibles à la logique de recyclage et de deuxième vie des produits, parfois perçues de manière négative. C'est un nouveau mode de consommation qui se met alors en place, et ce sont les nouvelles habitudes des consommateurs qui créent le nouveau modèle économique vers lequel on tend, et non l'inverse. Dès lors, la clé du succès d'une économie circulaire est l'attitude du consommateur. C'est donc sur ce consommateur qu'il faut agir : c'est lui qu'il faut sensibiliser et convaincre. Du point de vue de l'entreprise, l'économie circulaire, parfois perçue comme « *une économie au rabais* », pourrait devenir un avantage concurrentiel certain pour les entreprises qui choisiraient ce type de pratiques, devenant un facteur de développement de savoir-faire nouveaux et donc d'emplois.

B. UN MODÈLE ÉCONOMIQUE PERFECTIBLE

L'économie circulaire est un modèle économique vertueux pouvant se substituer à l'économie linéaire que nous connaissons aujourd'hui dans une société hautement mercantile, restant le modèle le plus à même de permettre un

développement économique en adéquation avec les ressources et la préservation de l'environnement. L'économie de fonctionnalité, dite « *économie de l'usage* », consistant à remplacer la vente de biens par la vente de leur usage (en d'autres termes, une relation de location), peut, en ce sens, être associée au modèle circulaire, assurant ainsi une mutualisation des produits et une incitation au recyclage. Si ce modèle économique est surtout répandu dans le commerce interentreprises et le B to B (*business to business*), son extension au grand public pourrait être une option intéressante. Reste que dans ces modèles, la dimension sociale n'est pas appréhendée.

Dès lors, la généralisation à toute l'économie du modèle circulaire, reste l'objectif à atteindre, même s'il ne résoudra pas toute la problématique environnementale à lui seul. Ce modèle doit désormais muter en intégrant davantage une dimension sociale, et la notion de bien-être. En effet, si les facteurs de croissance sont le capital et le travail, le bien-être des hommes est également un facteur clé dans la croissance d'un pays et dans la réussite d'un modèle économique. Car après tout, n'y a-t-il pas de richesse que d'hommes ?

2018-4154

Brèves

28^e SALON POLLUTEC Cinq entreprises récompensées pour leurs actions en faveur de l'environnement

Le 27 novembre dernier, à l'occasion de l'ouverture du 28^e salon Pollutec – salon international des acteurs de l'environnement et de l'énergie au service de la performance économique (à Lyon) –, le ministère de la Transition écologique et solidaire et l'ADEME ont remis les prix « *Entreprise et environnement* » dans cinq catégories. Fnac Darty Participations et Services a été récompensée par le grand prix de « *L'économie circulaire* » ; l'entreprise Jimini's a été distinguée dans la catégorie « *Lutte contre le changement climatique* » ; Alterea Cogedim dans celle de la biodiversité ; la société d'investissements immobiliers Covivio dans la catégorie « *Meilleure déclaration de performance extra-financière volet environnemental* » et Odyssee Environnement dans celle des « *Innovations dans les technologies et modèles économiques* ».

INSTITUT OCÉANOGRAPHIQUE MONACO – FONDATION ALBERT I^{er} Ellen MacArthur distinguée pour son engagement dans l'économie circulaire

Le 12 octobre dernier, au Musée océanographique de Monaco, Ellen MacArthur a reçu la Grande Médaille Albert I^{er} – section Médiation –, récompensant son action en faveur de l'économie circulaire. Cette ancienne navigatrice, désormais présidente de la Fondation Ellen MacArthur, a battu en 2005 le record du monde à la voile en solitaire. Toutefois, consciente des limites du développement linéaire, elle s'est retirée de la compétition pour créer sa propre fondation, et s'est donné pour mission d'accélérer la transition vers l'économie circulaire.

CLIMATE FINANCE DAY 2018 4^e édition

Du 26 au 28 novembre, Paris accueillait la 4^e édition du *Climate Finance Day*. Présent le 26 novembre dernier, Le ministre de l'Économie et des Finances Bruno Le Maire « *souhaite désormais que toutes les sociétés dans lesquelles l'État a une participation mettent en place une stratégie précise de réduction des émissions de CO₂* ». La secrétaire d'État auprès du ministre de la Transition écologique et solidaire, Brune Poirson, est également intervenue, le 28 novembre dernier, et s'est exprimée en ces termes : « *La transition écologique va nécessiter 32 000 milliards de dollars. Cet argent existe. Notre objectif est qu'il soit dirigé de façon massive vers des projets bons pour la planète* » précisait-elle. Rappelant « *l'absolue nécessité d'agir face au changement climatique* », la maire de Paris Anne Hidalgo, souhaite quant à elle que « *les investissements dans la transition écologique soient exclus du calcul de la dette des États européens* ».

ADEME « *Analyse de 10 dispositifs de réemploi-réutilisation d'emballages ménagers en verre* »

« *La loi sur la transition énergétique pour la croissance verte a incité au lancement d'expérimentations afin de développer la consigne, en particulier pour réemploi* » précise l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME). Suite à un appel à candidatures lancé en 2016, l'agence a sélectionné 10 dispositifs de réemploi – réutilisation d'emballages ménagers en verre. Dans l'ensemble, l'étude révèle que ces dispositifs, sous certaines conditions, ont « *un impact moins important sur l'environnement et un coût sur l'ensemble du cycle de vie plus avantageux que les systèmes utilisant un emballage verre à usage unique* ». Toutefois, la multiplicité des modèles de bouteilles et les étiquettes non-adaptées demeurent des freins techniques. Alors que plus de 45 % des emballages ménagers sont en verre, la collecte séparée du verre représenterait plus de 2 millions de tonnes par an.

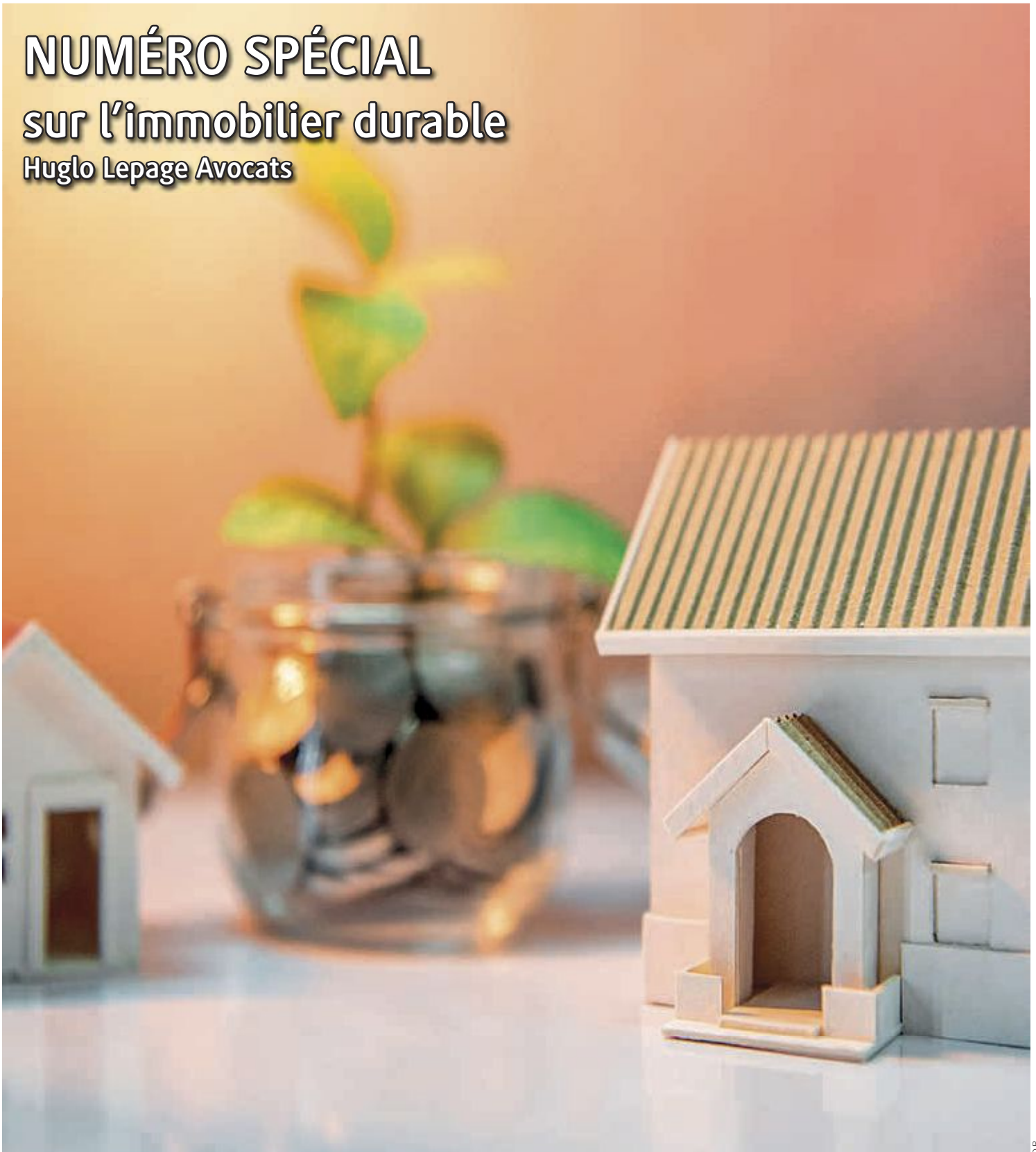
800 000
emplois, en France, seraient concernés
par l'économie circulaire.
Source : Ministère de la Transition
écologique et solidaire

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 20 février 2021 – numéro 14

Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

NUMÉRO SPÉCIAL sur l'immobilier durable Huglo Lepage Avocats



D.R.



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

IMMOBILIER DURABLE

Qu'est-ce que l'immobilier durable et quelles en sont ses traductions juridiques ?	3
Transformation énergétique du bâtiment : quels apports de l'économie circulaire ?	5
Qu'en est-il des déchets issus de la démolition et de la rénovation des bâtiments ?	7
Matériaux biosourcés et réseau TREEES.	9
La végétalisation des bâtiments et des espaces urbains	12
De la déconstruction à la réversibilité : le bâtiment à l'heure de l'économie circulaire	15
Les passoires thermiques au cœur de la rénovation énergétique.	19

AGENDA 4

ÎLE-DE-FRANCE

Plan de relance « rénovation énergétique des bâtiments publics » : le tribunal de Nanterre va être rénové	22
Travaux d'économie d'énergie : le Département vient en aide aux propriétaires modestes	23
Dans le 11 ^e , une résidence récupère la chaleur des ordinateurs pour se chauffer	23
En 2023, une Place de La Défense plus verte	24

ANNONCES LÉGALES 25

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.
Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €
Abonnement annuel papier : 99 €
Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2021
Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Une nouvelle conception des matériaux et des bâtiments

Après la loi Grenelle qui introduit le concept de performance énergétique des bâtiments, c'est la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte qui modifie l'article L. 111-10 du Code de la construction et de l'habitation, en prévoyant qu'un décret en Conseil d'État déterminera les caractéristiques énergétiques et environnementales, ainsi que la performance énergétique environnementale, notamment au regard du stockage de carbone dans les matériaux.

La loi ÉLAN du 23 novembre 2018 modifie à son tour l'article L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation pour introduire le concept de bas carbone avec un texte ainsi rédigé : « *Les performances énergétiques, environnementales et sanitaires des bâtiments et parties de bâtiments neufs s'inscrivent dans une exigence de lutte contre le changement climatique, de sobriété de la consommation des ressources et de préservation de la qualité de l'air intérieur. Elles répondent à des objectifs d'économie d'énergie, de limitation de l'empreinte carbone par le stockage du carbone de l'atmosphère durant la vie du bâtiment de recours à des matériaux issus de ressources renouvelables, d'incorporation de matériaux issus du recyclage, de recours aux énergies renouvelables et d'amélioration de la qualité de l'air intérieur.* »

Ainsi, les liens entre énergie et déchets, matières premières et émissions carbonées, pollution de l'air et matériaux sont-ils établis de telle sorte que la RE 2020 intégrera les doubles critères de performance énergétique et bas carbone.

En réalité, il s'agit d'un changement de nature plus que d'un changement de degré. Le bâtiment est désormais conçu comme un centre de ressources matière devant permettre la réutilisation des matériaux, et les nouveaux bâtiments doivent être conçus dans le but de pouvoir un jour être démolis et leurs matériaux entièrement réutilisés.

L'année 2020 verra deux textes essentiels pour parachever ce changement de nature.

- L'ordonnance du 29 janvier 2020 dite ordonnance ESSOC 2, en créant un titre 7 qui substitue à compter du 1^{er} juillet 2021 à l'article L. 119 du Code de la construction et

de l'habitation des articles L. 171-1 à L. 172-1 qui visent à limiter les consommations d'énergie et de ressources des bâtiments construits et rénovés ainsi que leur impact sur le changement climatique, sur leur cycle de vie afin qu'ils soient les plus faibles possible... Le décret à paraître doit déterminer des résultats minimaux : 1) pour la performance énergétique ; 2) pour la performance environnementale, évaluée notamment au regard des émissions de gaz à effet de serre de la consommation d'eau et de la production de déchets liés à la fabrication des composants des bâtiments, à leur édification, leur entretien, la rénovation ou leur démolition ; mais aussi au regard du recours à des matériaux issus de ressources renouvelables et l'incorporation de matériaux issus du recyclage.

- la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire intégrant l'opération de construction dans cette nouvelle logique qui est celle de l'économie circulaire, que définit l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement, substituant au modèle linéaire de l'économie traditionnelle un modèle circulaire dans lequel les bâtiments et les matériaux de construction s'intègrent dans un cycle complet.

Les articles qui suivent examineront donc successivement le concept d'immobilier durable, la réglementation actuelle sur la gestion des produits, des matériaux et des déchets issus de la démolition ou de la rénovation significative des bâtiments, la question des nouveaux matériaux issus ou non du réemploi et du recyclage, puis la question de la nouvelle conception des bâtiments, et enfin les sujets relatifs à la rénovation thermique des bâtiments, y compris le sujet des passoires thermiques. Deux d'entre eux ont été réalisés avec une architecte et un spécialiste du bâtiment durable, membres du réseau TREEES animé par le cabinet. Ce réseau réunit 24 entreprises et experts de nombreux domaines scientifiques, sanitaires, comptables, financiers, bureaux d'études, ayant pris l'habitude de travailler ensemble, permettant ainsi une approche complète des sujets juridiques.

Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

HL

2021-6794

Qu'est-ce que l'immobilier durable et quelles en sont ses traductions juridiques ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Olivier Mège,
Fondateur de RQR*,
* les opinions exprimées ci-dessous n'engagent
que son auteur à titre personnel

LE CONTEXTE : DE LA MARGINALITÉ

AU « MAINSTREAM »

La notion d'investissement durable et d'investissement socialement responsable est à l'ordre du jour, au niveau national et surtout communautaire. Il n'est donc pas surprenant que le sujet se soit emparé de l'immobilier, même si le bien immeuble est par définition considéré comme étant durable au sens de capable de durer dans le temps. Aujourd'hui toutefois, la notion de durabilité ne se limite pas à la vie du bien dans le temps, mais intègre d'autres critères comme ceux de la soutenabilité des matériaux et moyens ayant permis de produire le bien, la soutenabilité dans le temps des conditions d'entretien et de vie du bien, les conditions de vie des habitants, la participation du bien à l'effort collectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre, ses conditions d'adaptabilité, etc. En un mot, l'immobilier durable a pour ambition de réconcilier des sphères que la modernité a séparées : les sphères économiques, environnementales et sociales.

Si le concept emporte aujourd'hui le consensus dans les consciences, il a cependant besoin pour advenir d'un cadre juridique clair ainsi que d'un système financier incitatif de nature à encourager les initiatives souhaitant dépasser la simple conformité.

Un cadre juridique clair permet notamment la mise hors-jeu des stratégies de « *green washing* ». Nous avons constaté une recrudescence des initiatives de communication « verte » et des obligations de moyens, basées d'abord sur la mise en place de politiques et de procédures internes (charte environnementale, gestion des données, présence d'un responsable RSE, etc.). Les moyens c'est bien, les résultats concrets en termes de performance durable, c'est mieux.

LE CADRE JURIDIQUE

Tout d'abord, un certain nombre des règles par ailleurs abordées dans les articles publiés dans ce numéro s'intègrent dans la philosophie de l'immobilier durable. Qu'il



s'agisse des obligations nouvelles portant sur le réemploi des matériaux de construction, des règles relatives à l'isolation et à la réduction drastique de la consommation énergétique, de l'intégration d'éléments naturels dans la construction et dans la gestion des abords, à commencer par celle des parkings, de la recherche de la qualité sanitaire des bâtiments et de la qualité de vie des habitants, tout ceci participe d'une vision générale qui conçoit l'immeuble comme un élément positif pouvant être mis au service des objectifs devenus universels que sont la lutte contre le dérèglement climatique, la préservation de ce qui reste de biodiversité et la santé environnementale. Autrement dit, les lois successives sur le climat, la biodiversité, l'économie circulaire ont toutes intégré directement ou indirectement le droit de la construction et le droit d'urbanisme.

Un nouveau pas pourrait bien être franchi avec l'application à l'immobilier des nouvelles règles de la taxonomie verte mise en place au niveau de l'Union européenne. Même si ces règles sont

au départ destinées à s'appliquer aux investissements publics et aux investisseurs publics, elles visent en réalité tous les investisseurs dans la mesure où ne peuvent être qualifiés de durables que les investissements qui répondent à un certain nombre de critères examinés ci-dessous. Cela signifie que progressivement les investisseurs ne financeront plus que les projets qui répondront à ces règles, dans la mesure où ils seront eux-mêmes mis dans l'obligation de justifier de la qualité de leurs investissements au regard des règles de la taxonomie.

Comme, de surcroît, les obligations qui pèsent sur les États – à commencer par le nôtre – de respecter leurs engagements climatiques, demain leurs engagements de biodiversité et, en toute hypothèse, de faire de la santé une priorité, nul ne peut douter que par cercles concentriques, progressivement, tous les acteurs économiques ainsi que les collectivités publiques vont respecter ces nouveaux critères.

Agenda



COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Répondre aux questions de la police et des juges : les erreurs à ne pas commettre

2 mars 2021

Webinaire

Renseignements : 01 44 77 82 82

cncservices.formation@cnc.fr

formation.cnc.fr/formation/webinar/1444 2021-3964

AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES

L'immeuble et la transition énergétique

3 mars 2021

Visioconférence

Renseignements : 01 47 66 30 07

ace@avocats-conseils.org

www.avocats-conseils.org 2021-3962

UNIVERSITÉ DE POITIERS, ENM, IS

Le Code de la justice pénale des mineurs.

Regards croisés

26 mars 2021

Faculté de Droit et de Sciences Sociales

Université de Poitiers – Bât. E10

15, rue Sainte Opportune 86000 Poitiers

Renseignements : 05 49 45 42 29

univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations

2021-3940

COUR DE CASSATION, ENM

Le droit pénal de l'environnement :

Droit de l'environnement et action civile

9 avril 2021

Webinaire

www.courdecassation.fr/venements_23/

colloques_4/2021_9654/droit_environnement_action_civile_46354.html

2021-3950

UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN, CORHIS, ACOFIS

La consécration juridique du mot « race »,

quelle utilité pour la lutte contre le racisme ?

28 mai 2021

Université Perpignan Via Domitia Campus

du Moulin à vent – Amphi Y ou amphi 5

54, avenue Paul Alduy 66000 Perpignan

Renseignements : 04 68 66 20 00

www.univ-perp.fr/fr/actualite-recherche 2021-3860

Immobilier durable

Or, quels sont ces critères¹? Pour être durable, une activité économique doit contribuer substantiellement à au moins un des six objectifs environnementaux que sont l'atténuation du changement climatique, l'adaptation au changement climatique, l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines, la transition vers une économie circulaire, la prévention et la réduction de la pollution, et enfin, la protection de la restauration de la biodiversité des écosystèmes. Mais, et c'est probablement l'élément le plus important, l'activité ne doit causer un préjudice important à aucun des objectifs environnementaux précités. Autrement dit, il ne suffit pas d'être positif sur un sujet. Par exemple, s'agissant des bâtiments, à être un bâtiment à énergie positive ; il ne faut pas, dans le même temps, porter atteinte à la biodiversité, par exemple en construisant dans un espace où il existe des espèces protégées, ou utiliser des matériaux qui oublient l'économie circulaire.

Cette nouvelle conception invite à une approche globale des questions environnementales, et non plus à une approche en silo et parcellaire. L'immeuble est un tout, conçu dans la durée, c'est-à-dire en appliquant la méthode ACV aux matériaux qui vont le composer, et sa durabilité est appréciée sur sa durée de vie.

LE SYSTÈME FINANCIER INCITATIF

Les nouvelles réglementations et les perspectives de réglementations futures induisent, chez les investisseurs d'abord et les financeurs ensuite, une tension vers la prise en compte des objectifs de développement durable dans les décisions relatives, cette fois, aux actifs eux-mêmes.

Nombreux sont maintenant ceux qui annoncent des objectifs ambitieux de réduction de consommation énergétique ou de gaz à effet de serre. Certains affichent même l'intention de dépasser ces obligations : l'investissement « à impact » est devenu une stratégie à part entière.

Les investisseurs à impact adoptent une approche qui a pour intention de concilier retour financier et bénéfices pour toutes les parties prenantes : la société et l'environnement. L'intention est tout à fait louable, mais le diable est dans les détails et, surtout, l'enfer est pavé de bonnes intentions : comment définir et mesurer l'impact sans sombrer dans une sorte de dogmatisme naïf qui veut le bien des gens malgré eux ?

La caractéristique distinctive de l'immobilier par rapport aux actifs traditionnels (actions et obligations) est qu'il permet aux investisseurs d'agir très directement sur l'actif dont ils ont le contrôle. Nous proposons donc de définir

l'impact pour l'immobilier comme le gain net de valeur collective résultant de la transformation de l'actif immobilier lui-même et/ou de sa gestion. Pour qu'il y ait impact, il faut qu'il y ait transformation de l'actif et que les effets de celle-ci soient pérennes.

Les stratégies d'impact peuvent actionner deux types de leviers : la réduction des effets négatifs de l'immeuble ou l'accroissement de ses effets positifs.

Les effets négatifs qu'on va chercher à réduire sont par exemple, et sans soucis d'exhaustivité : la contribution au changement climatique, la création d'îlots de chaleur, l'artificialisation des sols et la réduction de biodiversité, la pollution, la consommation d'eau douce, etc.

Les effets positifs recherchés aujourd'hui sont généralement limités aux bénéfices pour les occupants. Les immeubles sont encore pensés comme des entités dont la finalité consiste à tirer parti du tissu urbain et de ses infrastructures.

La dimension contributive de l'immeuble est encore largement ignorée. Or, celle-ci présente des gisements d'impact importants. On peut citer la contribution à la résilience de la communauté alentour : le propriétaire pourrait par exemple consacrer une partie de l'espace à l'entreposage de produits de première nécessité : masques, eau potable, aliments, médicaments, etc., en prévision de crises ou d'événements catastrophiques. Le juridique pourrait intervenir de manière à pérenniser ces usages, de manière à les « sanctuariser ».

Mais comment mesurer la valeur collective ?

Nous proposons une approche basée sur l'intelligence collective, dans laquelle on fait émerger, des parties prenantes elles-mêmes, les facteurs déterminants et l'importance relative de ceux-ci dans la perception de valeur. Cette approche holistique concerne toutes les dimensions de l'immeuble : économiques, sociales et environnementales. Ainsi, toute action de transformation de l'immobilier pourrait être non seulement évaluée, mais aussi orientée vers des trajectoires d'accroissement de la valeur collective, c'est-à-dire vers des stratégies à impact positif. Ces dernières pourraient bénéficier d'une fiscalité ainsi que de conditions de financement avantageuses.

La réglementation constitue un cadre essentiel auquel il « suffit » de se conformer. La stratégie d'impact positif cherche à aller au-delà ; et quand le fanal de la réglementation est derrière soi, la découverte de la valeur collective permet de s'orienter dans la recherche empirique de l'intérêt général, et ainsi d'éviter les chausse-trappes de l'autoritarisme vert.

2021-6795

¹) Pour une vision détaillée du sujet voir le JSS de décembre 2020 page 10 ; voir le règlement du 18 juin 2020 complétant le règlement 2019 / 2088 du 27 novembre 2019.

Transformation énergétique du bâtiment : quels apports de l'économie circulaire ?



Andréa Marti,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Le bâtiment doit aujourd'hui opérer une véritable transformation. En constituant le secteur le plus gros producteur de déchets en France avec 227,5 millions de tonnes¹, et en étant responsable de 44 % de la consommation d'énergie² et 20 % des émissions de gaz à effet de serre³, les modes de construction utilisés jusqu'alors sont devenus inadaptés aux changements climatiques.

Par ces chiffres, le bâtiment montre que les flux de matières et les flux énergétiques sont intrinsèquement liés. Sobriété, utilisation efficace des ressources matières et énergétiques, écoconception... autant de principes issus de l'économie circulaire qui s'appliquent aussi aux enjeux énergétiques.

La loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire récemment adoptée s'inscrit dans la ligne droite de la loi de transition énergétique pour la croissance verte de 2015 et la loi relative à l'énergie et au climat de 2019.

Ces dernières ont notamment porté à 40 % l'objectif de réduction de la consommation d'énergie fossile d'ici 2030 (L. 100-2 du Code de l'énergie), prévu l'arrêt de la production d'électricité à partir du charbon d'ici 2022 (L. 311-5-3 du Code de l'énergie), inscrit l'obligation d'installations de panneaux solaires sur les nouveaux entrepôts et bâtiments commerciaux (L. 111-18-1 du Code de l'énergie), ou encore fixé un objectif de rénovation des passoires énergétiques grâce à un audit énergétique complétant le diagnostic de performance énergétique (DPE) (L. 134-3 et L. 134-3-1 du Code de l'énergie).

Transformer nos bâtiments et nos modes de construction constitue sans aucun doute le meilleur moyen de répondre à l'objectif de la Programmation Pluriannuelle de l'Énergie (PPE) visant à rendre la production d'énergie « plus renouvelable et décentralisée ».

Reste à savoir comment le bâtiment peut constituer un pont entre énergie et économie circulaire.



Si certaines dispositions de la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire couplent à la fois des objectifs d'économie circulaire et des objectifs d'efficacité énergétique favorables à la transformation énergétique du bâtiment, celle-ci ne pourra véritablement se réaliser sans le recours massif à l'autoconsommation collective et aux communautés d'énergie renouvelable.

LES APPORTS DE LA LOI RELATIVE À L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE FAVORABLES AUX ENJEUX ÉNERGÉTIQUES DU BÂTIMENT

DANS UN PREMIER TEMPS, DE NOMBREUX DISPOSITIFS PERMETTENT AUX BÂTIMENTS, NEUFS OU EXISTANTS, DE RÉALISER DES ÉCONOMIES D'ÉNERGIE

Comme l'a souligné l'Institut National de l'Économie Circulaire, la logique de l'économie circulaire impose de prendre en compte « les flux directs, liés à la production et à la consommation directe des ressources sur le territoire national, mais aussi les flux indirects

liés à l'extraction, la transformation, le transport de produits importés puis consommés en France [...]. De plus, "l'énergie grise" liée à la production des produits et des infrastructures est souvent insuffisamment considérée, vis-à-vis des phases de transport et d'utilisation, alors qu'elle est fortement consommatrice d'énergie et donc émettrice de gaz à effet de serre⁴ ».

L'objectif est donc de parvenir, en réduisant la consommation énergétique et en relocalisant la production d'énergie, à une meilleure efficacité énergétique. Cela implique nécessairement pour le secteur du bâtiment d'appliquer les principes de sobriété et d'utilisation plus efficaces des ressources matières et énergétiques.

À cet égard, la loi du 10 février 2020 (art. 24) modifie l'article L. 752-2 du Code de l'éducation relatif aux écoles d'architecture, afin que celles-ci intègrent dans leurs formations des modules sur l'écoconception afin de leur apprendre « à privilégier les matériaux durables, naturels, biosourcés ou recyclables, et à favoriser au

1) Ministère de l'Environnement, Data Lab, Entreprises du BTP : 227,5 millions de tonnes de déchets en 2014, mars 2017.

2) Site Internet du ministère de l'Environnement, Énergie dans les bâtiments, 8 juin 2017.

3) Site Internet du ministère de l'Environnement, Les émissions des gaz à effet de serre du secteur tertiaire, 23 août 2019.

4) INEC, Focus énergie, quels changements pour le secteur suite à l'adoption de la loi anti-gaspillage pour une économie circulaire ? mars 2020.

maximum les économies d'énergie ». Des modules sur l'économie circulaire doivent également être suivis par les fonctionnaires depuis le 1^{er} janvier 2021 (art. 124 de la loi).

Par ailleurs, le dispositif des Certificats d'économies d'énergie (CEE) constitue sans doute l'un des principaux instruments de la politique de maîtrise de la demande énergétique. Il a pour objet de développer les économies d'énergie en France en imposant aux fournisseurs d'énergie et aux distributeurs de carburant de les promouvoir activement auprès de leurs clients particuliers, collectivités et entreprises.

Les travaux réalisés (isolation de combles, des murs, système de management de l'énergie, installation de chaudière individuelle ou collective HPE, etc.) permettent aux bâtiments – publics ou privés, résidentiels, industriels ou tertiaires – de réaliser de nombreuses économies d'énergie.

Accompagné par *MaPrimeRénov'* lancée le 1^{er} janvier 2020 – remplaçant le crédit d'impôt pour la transition énergétique (CITE) et les aides de l'Agence nationale de l'habitat (Anah) – il permet à tous les propriétaires, quels que soient leurs revenus, qu'ils occupent leur logement ou qu'ils le mettent en location, de bénéficier de financements pour réaliser des travaux d'isolation, de chauffage, de ventilation ou d'audit énergétique d'une maison individuelle ou d'un appartement en habitat collectif.

DANS UN SECOND TEMPS, LES DÉCHETS VALORISÉS ÉNERGÉTIQUEMENT POURRAIENT BÉNÉFICIER D'AVANTAGE À LA CONSOMMATION DES BÂTIMENTS

La valorisation énergétique consiste à récupérer et valoriser l'énergie produite lors du traitement des déchets, notamment par combustion ou méthanisation. Elle réduit la dépendance aux énergies fossiles et les coûts liés à leur importation, mais participe aussi à la réduction des émissions de gaz à effets de serre liés à l'extraction de ressources.

L'article 110 de la loi relative à l'économie circulaire a fixé un objectif de valorisation énergétique d'au moins 70 % des déchets ne pouvant faire l'objet d'une valorisation matière d'ici 2025 (L. 541-1 du Code de l'environnement). Par cet objectif, la hiérarchie des modes de traitement des déchets est clairement rappelée, à savoir dans l'ordre : la préparation en vue de la réutilisation, le recyclage, toute autre valorisation dont énergétique, et enfin l'élimination (L. 541-1 du Code de l'environnement).

La valorisation énergétique des déchets correspondait à 11 639 GWh de production thermique renouvelable et de récupération en 2018⁵. Si l'incinération reste le principal mode de production d'énergie à partir des déchets, la formation de combustibles solides de récupération (CSR) et la valorisation énergétique du biogaz sont en plein développement.

L'article 111 de la loi relative à l'économie circulaire met en avant le développement des installations de valorisation énergétique de déchets de bois pour la production de chaleur. À cet égard, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a compté que près de 1 200 000 tonnes de déchets de bois font chaque année l'objet d'un enfouissement alors qu'ils pourraient être valorisés⁶. À ce jour, le bois B (traité par de faibles adjuvants chimiques pour la conservation) est difficilement valorisable énergétiquement et fait l'objet soit d'un enfouissement, soit d'une exportation vers des pays qui, eux, le valorisent énergétiquement. Espérons que ces dispositions permettront leur valorisation en France.

Enfin, l'article 88 de la loi relative à l'économie circulaire oblige les personnes qui produisent ou détiennent plus de cinq tonnes de biodéchets (déchets organiques) de mettre en place un tri à la source et une valorisation biologique ou une collecte sélective de ce type de déchets (L. 541-21-1 du Code de l'environnement). Ces biodéchets font partie le plus souvent l'objet d'une valorisation énergétique grâce à des unités de méthanisation.

Les bâtiments, qu'ils soient producteurs de ces biodéchets ou qu'ils bénéficient de l'énergie produite par ces installations, doivent pouvoir permettre la consommation d'énergie renouvelable (issue de ces déchets). La création de boucles locales énergétiques locales grâce à l'autoconsommation collective et aux communautés d'énergie renouvelable constitue une solution intéressante.

DU BÂTIMENT AUX BÂTIMENTS : LE RECOURS À L'AUTOCONSOMMATION COLLECTIVE ET AUX COMMUNAUTÉS D'ÉNERGIE RENOUVELABLE L'UE A CONSACRÉ UN VÉRITABLE DROIT À L'AUTOCONSOMMATION PAR L'ADOPTION DE LA DIRECTIVE 2018/2001 DU 11 DÉCEMBRE 2018

L'autoconsommation collective se définit comme la possibilité pour un groupe de consommateurs, en s'associant à un ou plusieurs producteurs, de produire eux-mêmes tout ou partie de l'électricité consommée (L. 315-2 du Code de l'énergie).

Concrètement, une telle opération consiste à raccorder par exemple une installation photovoltaïque, une installation de cogénération ou encore une unité de méthanisation sur un réseau privé alimentant un certain nombre de consommateurs finals.

Reliés entre eux, les bâtiments n'interagissent plus individuellement mais collectivement, selon les besoins (résidentiels, industriels, services publics...). L'objectif est de créer de véritables boucles énergétiques locales, c'est-à-dire un « système qui vise à optimiser l'adéquation entre l'offre et la demande énergétique à une échelle territoriale donnée (quartier, aire urbaine, commune, région) et qui tente de valoriser au maximum les apports énergétiques existants (chaleur fatale notamment pour les réintégrer dans cette boucle⁷) ».

La loi relative à l'énergie et au climat de 2019 a permis aux bailleurs sociaux de devenir la personne morale organisatrice des opérations d'autoconsommation collective situées sur leurs bâtiments (L. 315-2-1 du Code de l'énergie).

Ce dispositif a été renforcé par la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat. De nombreux projets d'autoconsommation collective sont aujourd'hui en cours de réalisation.

EN PARALLÈLE, LA DIRECTIVE DU 11 DÉCEMBRE 2018 A ÉGALEMENT CRÉÉ LES COMMUNAUTÉS D'ÉNERGIE RENOUVELABLE

La loi relative à l'énergie et au climat de 2019 est venue transposer ces dispositions (L. 211-3-2 du Code de l'énergie)

La communauté d'énergie renouvelable est une entité juridique autonome autorisée à 1) produire, consommer, stocker et vendre de l'énergie renouvelable, y compris par des contrats d'achat d'électricité renouvelable, 2) partager, au sein de la communauté, l'énergie renouvelable produite par les unités de production détenues par ladite communauté et 3) accéder à tous les marchés de l'énergie pertinents, directement ou par l'intermédiaire d'un agrégateur.

Elle annonce donc le passage d'un système centralisé nucléaire de l'énergie à une décentralisation énergétique gérée à l'échelle locale. Le bâtiment semble ainsi avoir trouvé un système énergétique pérenne, s'appuyant sur les principes de l'économie circulaire.

2021-6796

5) INEC, *Focus énergie, quels changements pour le secteur suite à l'adoption de la loi anti-gaspillage pour une économie circulaire ?*, mars 2020.
6) ADEME, *Évaluation du gisement de déchets Bois et son positionnement dans la filière Bois/Bois Énergie*, avril 2015.
7) IDDRI, Sciences Po, *Working Paper, Fabrique urbaine, n° 08/14, Gouvernance locale de l'énergie, clarification des enjeux et illustration par la planification territoriale*, octobre 2014.

Qu'en est-il des déchets issus de la démolition et de la rénovation des bâtiments ?



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Raphaëlle Jeannel,
Avocate à la Cour, Of counsel,
Huglo Lepage Avocats

Des outils permettant d'accélérer la circularisation de l'économie du secteur du bâtiment sont désormais disponibles ou en passe de l'être.

La loi sur l'économie circulaire introduit ainsi deux innovations considérables s'agissant des déchets issus des chantiers de démolition et de rénovation des bâtiments :

- tout d'abord, l'obligation, pour le maître d'ouvrage de travaux de démolition ou de réhabilitation significative de bâtiments, de réaliser un diagnostic relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets issus de ces opérations prévue à l'article L. 111-10-4 du Code de la construction et de l'habitation, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021 ;

- en second lieu, l'absence de statut de déchet pour les produits et matériaux de construction issus d'un chantier de réhabilitation ou de démolition de bâtiment lorsqu'ils sont destinés au réemploi (article L. 541-4-4 du Code de l'environnement).

Il faut rappeler que la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte avait fixé pour 2020 un objectif de 70 % de taux de réemploi et de recyclage des déchets du bâtiment. Pour tenter d'y parvenir, et dans une démarche d'économie circulaire, un certain nombre d'organismes, entreprises et collectivités ont mis en place une plateforme collaborative, Damoclès, chargée de définir les modalités techniques de gestion des déchets maximisant le recyclage dans le respect des équilibres économiques de chacun.

L'enjeu est de taille : le secteur du bâtiment représente 19 % de la production des déchets du BTP, soit 46 millions de tonnes par an (à comparer aux 30 millions de tonnes de déchets ménagers). 49 % proviennent de la démolition, 38 % de la réhabilitation et 13 % de la construction neuve. Aujourd'hui, le taux global de valorisation des déchets varie de



48 à 64 % et change selon l'activité : 60 à 80 % pour la démolition, seulement 10 à 30 % pour la réhabilitation, 40 à 60 % pour la construction neuve (voir sur ce point ministère de la Transition écologique et solidaire, 28 septembre 2020¹).

Avant même l'intervention de la loi sur l'économie circulaire, la feuille de route sur l'économie circulaire avait formulé trois mesures pour renforcer le tri, le réemploi et la valorisation des déchets de la construction, à savoir faciliter et rendre plus efficace la collecte des déchets du bâtiment afin de lutter contre leur mise en décharge (33), la révision du diagnostic déchets avant démolition et réhabilitation lourde (34), et enfin la rédaction de guides techniques permettant la reconnaissance des performances des matériaux réutilisés ou réemployés (35).

Dans ce contexte, il convient de préciser ce dont on parle lorsqu'il est question ici de réemploi, de réutilisation et de recyclage.

Ces termes sont définis par l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement.

Le terme de réemploi désigne une opération par laquelle les matériaux usagés, qui ne sont pas des déchets, sont utilisés de nouveau pour un usage identique à celui pour lequel ils avaient été conçus.

La réutilisation porte sur des matériaux usagés, des déchets, qui sont utilisés à nouveau.

Enfin, le recyclage s'entend comme toute opération de valorisation par laquelle les déchets, y compris les déchets organiques, sont retraités en substances, matières ou produits aux fins de leur fonction initiale ou à d'autres fins.

LE DIAGNOSTIC RELATIF À LA GESTION DES PRODUITS, MATÉRIEAUX ET DÉCHETS ISSUS DES CHANTIERS DU BÂTIMENT

Le futur article L. 111-10-4 du Code de la construction et de l'habitation dispose : « Lors de travaux de démolition ou de réhabilitation significative de bâtiments, le maître d'ouvrage est tenu de réaliser un diagnostic relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets

1) www.ecologie.gouv.fr/dechets-du-batiment

issus de ces travaux. Ce diagnostic fournit les informations nécessaires relatives aux produits, matériaux et déchets en vue, en priorité de leur réemploi ou, à défaut, de leur valorisation en indiquant les filières de recyclage recommandées et en préconisant les analyses complémentaires permettant de s'assurer du caractère réutilisable de ces produits et matériaux. Il comprend des orientations visant à assurer la traçabilité de ces produits, matériaux et déchets. En cas d'impossibilité de réemploi ou de valorisation, le diagnostic précise les modalités d'élimination des déchets. »

Deux projets de décret d'application de ce texte, tous deux intitulés décret « relatif au diagnostic portant sur la gestion des produits, matériaux et des déchets issus de la démolition ou réhabilitation significative de bâtiments », ont été soumis à consultation publique en novembre et décembre derniers.

Ils précisent que par réhabilitation significative, il faut entendre celle correspondant à la réhabilitation dont le coût total prévisionnel est supérieur à 25 % de la valeur vénale du bâtiment. C'est au maître d'ouvrage que revient l'obligation d'établir le diagnostic : cela signifie que les vendeurs d'immeubles à construire et à rénover doivent réaliser un tel diagnostic chaque fois que l'opération entre dans le champ d'application de cette nouvelle disposition. Ce diagnostic doit être réalisé préalablement au dépôt des demandes d'autorisation lorsque celles-ci sont nécessaires, préalablement à l'acceptation des devis ou à la passation des marchés dans les autres cas.

Ils ajoutent également que le diagnostic doit préciser les précautions à prendre en vue du réemploi ; le texte définit également les modalités de transmission du diagnostic par le maître d'ouvrage à l'ADEME ou à l'organisme chargé par les pouvoirs publics d'assurer le suivi du dispositif.

Un autre dispositif est prévu pour faciliter la valorisation des produits, équipements, matériaux et déchets issus de ces chantiers du bâtiment, à savoir la possibilité de rendre publiques, avec l'accord du maître d'ouvrage, des informations sur la nature et la quantité de ces produits et déchets qui seront générés par le chantier, leur localisation et leur disponibilité. Cette information est cruciale pour boucler la boucle de l'économie circulaire.

S'agissant de la compétence des diagnostiqueurs, ceux-ci doivent avoir la compétence nécessaire en matière de techniques du bâtiment, d'économie de la construction et de gestion des déchets du bâtiment.

Reste toutefois la question épineuse des sanctions. La loi n'en prévoit aucune qui serait directement attachée à un manquement aux dispositions de l'article L. 111-10-4 du Code de la construction et de l'habitation.

L'EXCLUSION DE LA QUALIFICATION DE DÉCHET OU L'ENCOURAGEMENT AU RÉEMPLOI

L'article L. 541-4-4 du Code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire du 10 février 2020, précise que « dans le cadre d'un chantier de réhabilitation ou de démolition de bâtiment, si un tri des matériaux, équipements, produits de construction est effectué par un opérateur qui a la faculté de contrôler les produits et équipements pouvant être réemployés, les produits et équipements destinés au réemploi ne prennent pas le statut de déchet ».

Il va de soi que devra être précisé comment s'acquiert la qualité d'opérateur pouvant contrôler les produits et équipements réemployés, mais on peut imaginer que ces compétences seront proches de celles du diagnostiqueur évoqué ci-dessus. Au-delà, de nombreuses questions de responsabilité peuvent se poser. L'absence de qualification de déchet pour les éléments issus de la réhabilitation ou de la démolition de bâtiment présente évidemment beaucoup d'avantages, au-delà de l'intérêt économique et éthique de s'inscrire dans une économie circulaire. Cependant, les conséquences en termes de responsabilité seront importantes.

Tout d'abord, selon l'origine des matériaux réutilisés, deux cas de figure peuvent être anticipés :

- si les matériaux à réemployer sont apportés par les entreprises, les règles habituelles de responsabilité ne devaient pas changer ;
- en revanche, si le réemploi des éléments provient de l'ouvrage en chantier, les règles de responsabilité pourraient changer. En effet, le régime de responsabilité civile de droit commun traitant/sous-traitant ou même de responsabilité civile maître d'ouvrage/traitant direct n'exige pas la preuve d'une faute et le vice de matériaux n'est en principe pas une cause étrangère². Cependant, la jurisprudence pourrait évoluer avec l'utilisation massifiée de matériaux réemployés et l'obligation qui pourrait être mise à la charge des entreprises d'utiliser des matériaux de réemploi.

De la même manière, l'assurance est interpellée. En effet, s'agissant de matériaux non homologués pour satisfaire des

critères de performance environnementale, l'assurance pourra-t-elle jouer ? Faudra-t-il envisager une déclaration de risque particulière et la déchéance de garantie (article A 243-1,- annexe I et III du Code des assurances) pourra-t-elle être opposée ?

Ces sujets nouveaux sont évidemment particulièrement importants pour que le système puisse effectivement être mis en place.

L'EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ ÉLARGIE DU PRODUCTEUR AUX MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION DU BÂTIMENT

Le principe de responsabilité élargie des producteurs (ci-après « REP ») a été codifié à l'article L. 541-10 du Code de l'environnement. Aux termes de ce texte :

« I. En application du principe de responsabilité élargie du producteur, il peut être fait obligation à toute personne physique ou morale qui élabore, fabrique, manipule, traite, vend ou importe des produits générateurs de déchets ou des éléments et matériaux entrant dans leur fabrication [...] de pourvoir ou de contribuer à la prévention et à la gestion des déchets qui en proviennent [...] ».

L'article 62 de la loi du 10 février 2020 a étendu le périmètre de la REP et réformé son régime avec notamment la mise en place de nouvelles filières dont notamment une, couvrant les produits ou matériaux de construction du secteur du bâtiment destinés aux ménages ou aux professionnels.

Cette filière devra être effective au 1^{er} janvier 2022 et devra permettre que les déchets de construction ou de démolition issus de ces produits soient repris sans frais lorsqu'ils font l'objet d'une collecte séparée et qu'une traçabilité de ces déchets soit assurée afin de pouvoir en assurer la gestion.

De plus, les obligations du producteur relevant d'un régime de REP sont également étendues, puisqu'il ne s'agit plus seulement de pourvoir et contribuer à la prévention et à la gestion des déchets issus de ses produits, mais également d'adopter une démarche d'éco conception de ceux-ci, de favoriser l'allongement de leur durée de vie, de soutenir les réseaux de réemploi, de réutilisation et de réparation, de contribuer à des projets d'aide au développement en matière de collecte et de traitement des déchets et de développer le recyclage issu de ses produits.

2) Voir sur ce point Pascal Dessuet : Le verdissement de notre droit positif et ses incidences en matière de responsabilité d'assurance construction, RDI 2020, page 180.

Matériaux biosourcés et réseau TREEES



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Sonia Cortesse,
Architecte

Par matière biosourcée, il faut entendre une matière issue de la biomasse végétale ou animale pouvant être utilisée comme matière première dans des matériaux de construction, de décoration et de mobilier fixe.

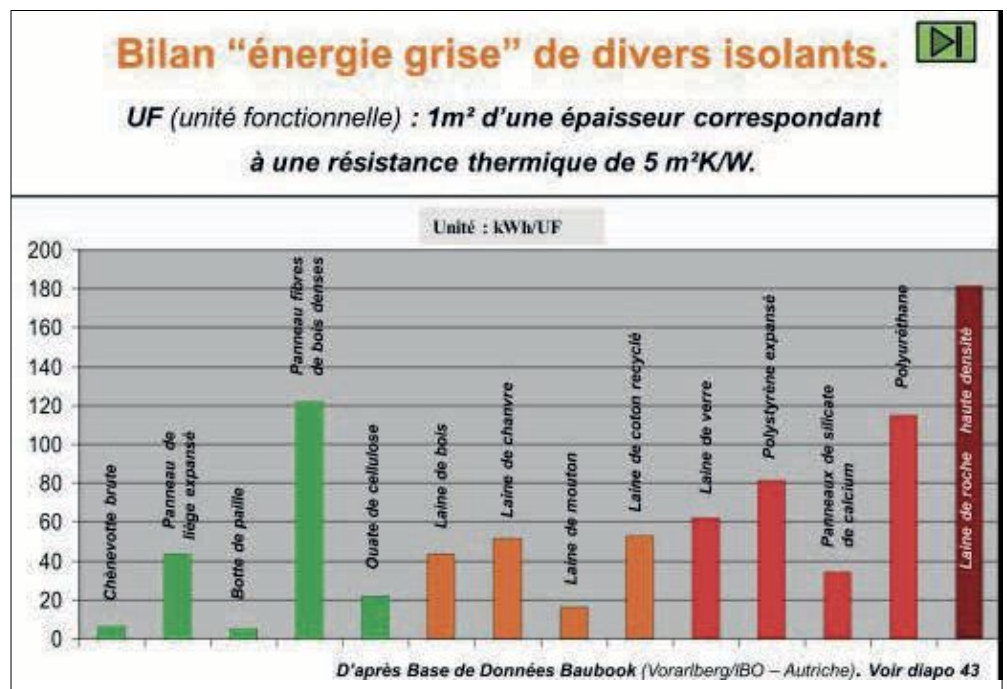
Le recours à des matériaux biosourcés fait partie des solutions qui sont au croisement des sujets d'isolation thermique, de réduction des émissions de gaz à effet de serre (à la fois en raison du caractère renouvelable des matériaux et de leur capacité d'isolation), du respect de la biodiversité, de l'usage de produits locaux.

C'est dire qu'ils représentent un intérêt croissant. Après avoir déterminé ce dont il s'agit et quels sont les intérêts que présentent ces produits sur le plan environnemental et architectural, on tentera de préciser les impacts juridiques du recours à ces produits.

LES PRODUITS BIOSOURCÉS DANS LA CONSTRUCTION

Les matériaux appartenant à la catégorie des produits biosourcés sont essentiellement le bois, mais également la paille (voir encadré), le liège, le chanvre, le lin, la laine de mouton, les plumes de canard, le roseau, l'osier, le miscanthus, le bambou, la ouate de cellulose et les textiles recyclés.

Ils sont de plus en plus utilisés et s'appliquent majoritairement dans le domaine de la structure, de l'isolation thermique et acoustique, mais également par intégration dans le béton léger, en ce qui concerne le chanvre ou le bois, dans la composition



des peintures, des revêtements de sol, des panneaux d'ameublement, etc.

LES INTÉRÊTS PRÉSENTÉS PAR CES PRODUITS

Étymologiquement, les matériaux biosourcés sont issus du vivant, constituent des gisements qui possèdent par nature la faculté de se régénérer, ils sont par essence renouvelables. Ils permettent le stockage du CO₂, en ce qui concerne en particulier le bois, et sont préfabriqués, mis en œuvre à sec donc sans prélèvement d'eau ni rejet dans le milieu naturel ; l'analyse du cycle de vie de ces produits est donc généralement positive.

En moyenne, leur transformation requiert moins d'énergie que les matériaux traditionnels, ce qui signifie qu'ils ont une énergie « grise » très faible. Certaines de ces matières sont des co-produits de l'agriculture encore peu valorisées. Enfin, il s'agit très souvent de matériaux fabriqués localement, ce qui, d'une part, permet le développement économique et social du territoire et, d'autre part, réduit les consommations et pollutions liées au transport. Leur emploi en construction converge avec les enjeux actuels de résilience et de lutte contre le changement climatique. En effet, leurs propriétés de déphasage

Matériaux biosourcés : focus sur la paille

Gisement

Matériau co-produit de l'agriculture disponible partout en France, en abondance. Toutes les céréales confondues en France représentent 10 millions d'hectares. D'après le réseau français de la construction paille, 10 % de la production de paille de blé tendre suffirait pour isoler l'ensemble des logements construits annuellement en France.

Qualité et pérennité

La première maison construite en paille à Montlhéry, a fêté son centenaire l'année dernière. Construite en 1920, la paille est d'origine et intacte.

Règlementation

Les règles professionnelles ont été publiées en 2012, elles concernent la paille de blé.

thermique, leur comportement respirant et hygrométrique, offrent la réponse la plus pertinente aux problématiques de rénovation thermique de l'habitat ancien, et aux problématiques de plus en plus prégnantes du confort d'été.

Le bois, en comparaison du béton, par sa légèreté et sa facilité de fabrication, est un atout pour la surélévation des bâtiments et l'intervention en milieu urbain dense.

La conception architecturale utilisant des matériaux et produits biosourcés implique des compétences d'ingénierie nouvelles et réactualisées de savoir-faire plus anciens. Cette expertise est aussi mobilisée plus en amont dans le processus de conception que dans la construction conventionnelle.

Les biosourcés sont également porteurs d'innovation architecturale, de diversité et de renouvellement de l'esthétique du bâtiment, dû notamment à leurs propriétés techniques, plastiques et sensorielles.

Un autre aspect très intéressant de la construction bois et biosourcée est le ressenti souvent très positif des habitants et usagers de ces bâtiments « vivants » et plus chaleureux.

Ces produits possèdent donc de nombreux atouts et présentent beaucoup d'avantages en comparaison des solutions conventionnelles.

LES CONDITIONS D'EMPLOI DE CES MATERIAUX BIOSOURCÉS

L'utilisation de ces matériaux est encore actuellement peu employée, en raison des exigences légitimes de la réglementation et des délais nécessaires d'adaptation du secteur du bâtiment à leur emploi.

La plupart de ces matériaux ont satisfait aux tests exigés par les organismes de contrôle, notamment leur résistance à l'incendie.

Une massification de l'utilisation des bioressources, en particulier le bois d'œuvre, pourrait menacer les ressources, ou entrer en concurrence avec d'autres logiques écologiques, comme l'humification en agriculture biologique par exemple.

Ces matériaux ont donc vocation à se substituer en partie aux matériaux traditionnels, chaque fois que leur emploi est plus pertinent.

Le développement de l'usage dans la construction des matériaux biosourcés, qui ont vocation à être un élément important de la lutte contre le réchauffement climatique, ne doit pas faire oublier la nécessité de la poursuite des politiques déjà engagées en matière d'urbanisme et de déplacement, et de la prise de conscience collective d'un changement des comportements vers une plus grande sobriété.

LES BASES JURIDIQUES ET LES INTERROGATIONS III

Sur le plan juridique, le recours aux matériaux biosourcés est apparu en 2012, mais a été largement encouragé par la loi sur la transition énergétique et la croissance verte de 2015 et la loi ELAN de 2018.

En effet, le nouvel article L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation, qui fixe des exigences en matière de construction bas-carbone, dispose : « Les performances énergétiques, environnementales et sanitaires des bâtiments et parties de bâtiments neufs s'inscrivent dans une exigence de lutte contre le changement climatique, de sobriété de la consommation des ressources et de préservation de la qualité de l'air intérieur. Elles répondent à des objectifs d'économies d'énergie, de limitation de l'empreinte carbone par le stockage du carbone de l'atmosphère durant la vie du bâtiment, de

recours à des matériaux issus de ressources renouvelables, d'incorporation de matériaux issus du recyclage, de recours aux énergies renouvelables, de confort thermique et d'amélioration de la qualité de l'air intérieur. »

L'ordonnance du 29 janvier 2020, dite « Ordonnance ECOSSOC 2 », refond totalement l'article L. 111-9, qui disparaît et est remplacé par un article L. 171-1 du Code de la construction et de l'habitation, à compter du 1^{er} juillet 2021.

Ce texte est désormais ainsi rédigé : « La construction et la rénovation des bâtiments contribuent à atteindre les objectifs de la politique nationale énergétique fixés à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie. Elle limite les consommations d'énergie et de ressource des bâtiments construits et rénovés ainsi que leur impact sur le changement climatique, sur leur cycle de vie, afin qu'ils soient les plus faibles possible, sans préjudicier au respect des objectifs des qualités sanitaires et au confort thermique. Le respect de ces objectifs tient compte du confort d'usage ainsi que de la qualité sanitaire mentionnée au Titre V. »

Le même article précise, s'agissant des résultats minimaux à atteindre, qu'un décret en Conseil d'État doit fixer les résultats minimaux de performance environnementale évalués notamment « Au regard des émissions de gaz à effet de serre, de la consommation d'eau et à la production de déchets liés à la fabrication des composants des bâtiments, à leur édification, leur entretien, leur rénovation ou leur démolition. »

Ainsi le recours aux matériaux biosourcés fait-il désormais partie des outils recommandés dans le cadre de la lutte contre le dérèglement climatique, la promotion de la biodiversité, l'isolation et la santé.

La construction biosourcée à Paris en quelques exemples :

Plusieurs écoles maternelles et élémentaires, isolées en bottes de paille ont été construites aux portes de Paris depuis 2013, la dernière a été livrée dans le 13^e arrondissement.

Cet été à Paris, des bénévoles ont mis en œuvre une isolation thermique par l'extérieur (ITE) en bottes de paille sur un immeuble de logements sociaux de Paris Habitat.

Zac Paris rive gauche

Une tour en bois de 17 étages en projet.

JO 2024

Le Grand Palais Éphémère au Champ-de-Mars, un bâtiment provisoire de 10 000 m², un chantier emblématique pour le bois et les Jeux en 2024. Soit :

30 % des bâtiments en structure bois ou mixte ;

50 % des surfaces de logements bas en structure tout bois ;

80 à 90 % des bâtiments avec une enveloppe bois.

Volume de bois structurel mis en œuvre : une estimation des opérations au stade PC de 22 000 m³ de bois utilisé.

Notre-Dame de Paris

1 000 chênes vont être sélectionnés dans les forêts domaniales publiques et privées pour la reconstruction de la charpente de Notre-Dame.

Pour autant, l'idée n'est pas tout à fait nouvelle. En effet, c'est un décret du 19 avril 2012 qui a créé le Label « bâtiment biosourcé » et un arrêté du 19 décembre 2012 qui en a fixé les conditions d'attribution.

L'article R. 111-22-3 du Code de la construction et de l'habitation, tel qu'il résulte du décret du 21 août 2019 qui l'a modifié, dispose aujourd'hui : « Les bâtiments nouveaux intégrant un taux minimal de matériaux biosourcés et répondant aux caractéristiques associées à ces matériaux peuvent prétendre à l'obtention d'un label "bâtiment biosourcé". Un arrêté du ministre chargé de la Construction détermine les conditions d'attribution de ce label. »

C'est l'arrêté du 19 décembre 2012 dont il a été question ci-dessus qui reste le texte de référence.

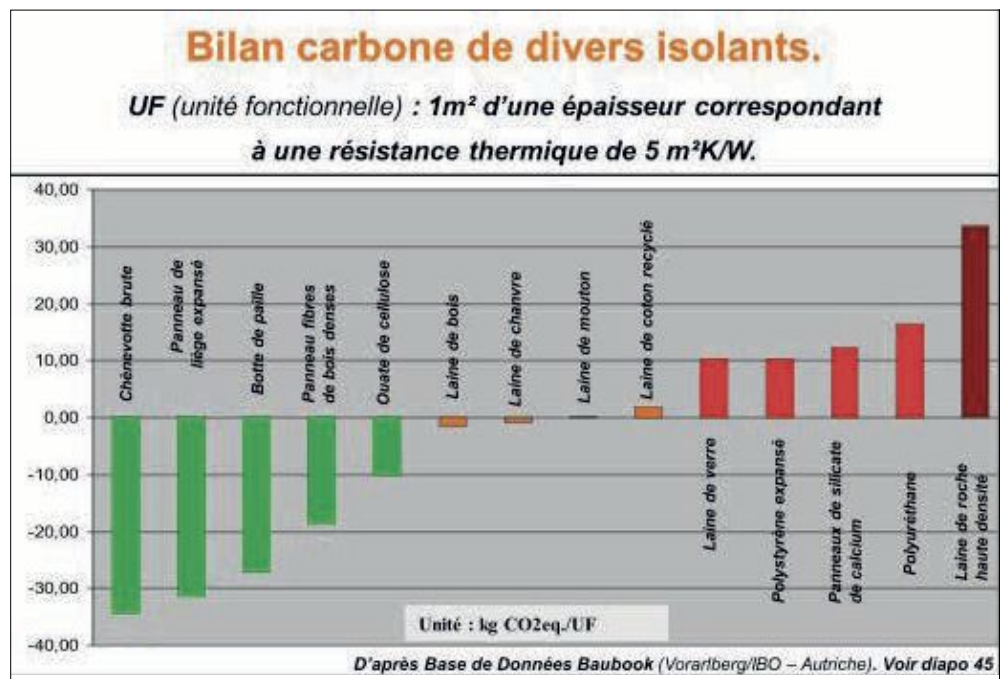
Les dispositions de l'arrêté fixent les conditions dans lesquelles le label biosourcé peut-être délivré, sachant qu'il comporte trois niveaux, le premier, le deuxième et le troisième, en fonction du nombre minimal de produit et/ou de familles biosourcées retenues dans le bâtiment.

Chaque niveau du label requiert un taux minimal d'incorporation de matière biosourcée qui dépend de l'usage principal auquel le bâtiment est destiné. Ce taux est exprimé en kg/m² de surface de plancher et il est fixé dans un tableau annexé à l'arrêté. Pour apprécier la matière biosourcée, les conditions de sa production sont prises en compte et le Label n'est délivré que sur un bâtiment ayant fait l'objet d'une certification qui porte sur la qualité globale du bâtiment, en particulier sur sa performance énergétique et sur l'aptitude à l'usage des produits qui le composent.

Ceci explique que les bâtiments biosourcés soient soumis à des exigences de performances techniques habituelles pour tous les matériaux (mécaniques, thermiques, acoustiques, comportement au feu), mais aussi des exigences propres à leurs spécificités de durabilité.

Les produits, pour pouvoir entrer dans la catégorie de produits biosourcés doivent faire l'objet d'un avis technique délivré par le CSTB, ou d'une certification ACERMI, ou bien d'un agrément technique européen, ou encore de règles professionnelles pour leur mise en œuvre.

Ces documents sont non seulement indispensables pour pouvoir prétendre au label, mais également pour pouvoir permettre l'assurance des constructions qui les utilise. Ils sont financièrement coûteux, cela s'ajoute aux freins décrits plus haut.



Il va de soi que la commande publique est un outil particulièrement privilégié pour encourager le recours aux matériaux biosourcés sans avoir à se mettre en infraction avec les règles de la commande publique et notamment les qualités d'accès des candidats et la transparence de la soumission des offres.

En effet, le Code de la commande publique permet expressément aux acteurs publics de faire de l'objectif de développement durable un critère du choix de la collectivité.

L'article L. 2111-1 du Code de la commande publique dispose en effet que « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. »

De nombreuses techniques existent pour permettre à la collectivité territoriale qui le veut de pouvoir choisir le co-contractant qui aura recours aux matériaux biosourcés.

Tout d'abord, cela peut faire partie directement du critère quant au choix des matériaux à retenir.

L'article R. 111-22-3 du Code de la construction et de l'habitation permet en effet d'intégrer un taux minimal de matériaux biosourcés.

Le cahier des clauses techniques particulières peut également exiger des matériaux biosourcés dans les prestations du marché ou faire référence à un label intégrant les matériaux biosourcés.

La performance environnementale des

matériaux et du bâtiment peut également faire l'objet d'un critère de jugement.

Enfin, la proximité de la production et de la fabrication des matériaux peut également être un critère dans la mesure où elle réduit les déplacements et donc les émissions de gaz à effet de serre.

Tous ces outils permettent donc à la commande publique de promouvoir les matériaux biosourcés.

En conclusion, les matériaux biosourcés, dans leur ensemble, constituent, grâce à leurs nombreuses qualités, une excellente alternative globale aux matériaux et produits de construction conventionnels qui sont consommateurs de ressources fossiles (pétrole pour l'extraction, le transport et la fabrication des isolants minéraux, chimie des polymères), non renouvelables (sable, granulat), énergivores dans leur transformation (cuisson du ciment, de la laine minérale), vecteurs de pollutions environnementales (eau, air, sols) et sanitaires.

L'usage des matériaux du biosourcé rencontre le même type de difficultés sur le plan juridique que tous les produits soumis à label et à des règles spécifiques : contrôle, contestation de la validité du label ou du refus du label. De manière plus large, les qualités attendues des matériaux utilisés auront une importance croissante dans le cadre du contrôle plus général exercé sur l'effectivité de l'isolation ou de l'économie de CO₂.

Il est plus que probable que dans les années à venir, le droit autour des matériaux du biosourcé se développera de manière considérable.

La végétalisation des bâtiments et des espaces urbains



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

Ce sujet qui pouvait paraître anecdotique va prendre une importance croissante dans les années qui viennent. Il est en effet au point de rencontre de la lutte contre le dérèglement climatique, de l'adaptation au dérèglement climatique, de la promotion de la biodiversité et de la qualité de l'air des bâtiments. Le nouvel article L. 111 18-1 du Code de l'urbanisme, sur lequel on reviendra ci-dessous, encourage très précisément la végétalisation des villes et des immeubles.

Après avoir précisé et donné quelques exemples de l'intérêt et de l'application des techniques de végétalisation, pour les bâtiments et pour la ville, il faut tenter de donner un aperçu des conséquences juridiques de cette transformation.

LES BÂTIMENTS VÉGÉTALISÉS

LA VÉGÉTALISATION PEUT CONCERNER LES TOITURES OU LES FAÇADES

La végétalisation des bâtiments peut passer bien entendu par des toitures qui peuvent être intensives (le substrat de terre est supérieur à 30 cm), semi-extensives (il est entre 12 et 30 cm) ou extensives (il est inférieur à 12 cm). Le choix s'effectue en fonction de la surcharge de structure possible pour le bâtiment. En ville, dans l'immense majorité des cas, les toitures extensives sont choisies pour éviter de peser sur les bâtiments. Mais pour répondre aux objectifs de la loi, il faudra, même avec un substrat faible, favoriser le substrat le plus proche du sol naturel. L'usage d'espèces locales et diversifiées essaye de permettre l'implantation à la fois d'herbacées de plantes vivaces et de petits buissons, et, bien entendu, de proscrire les produits phytosanitaires.

La végétalisation des façades est beaucoup plus rare mais devrait se développer à l'avenir, précisément dans le cadre des nouvelles dispositions législatives. Il existe deux grandes techniques : d'une part, les façades végétalisées, d'autre part, les murs végétalisés.

La façade végétalisée consiste à installer des plantes grimpantes directement contre les murs en suivant un certain nombre de guides. Le coût est faible, la technicité l'est également, et ce type d'outils est favorable à la faune locale.

Les murs végétalisés font appel à des techniques plus sophistiquées et plus onéreuses, consistant à intégrer dans le mur des végétaux épiphytes qui sont fixés par différents types de modules. Ces murs donnent des résultats beaucoup plus intéressants en termes d'isolation du bâtiment et de végétalisation, mais ils ont un coût et un entretien importants, les espèces autochtones sont difficilement adaptables et nécessitent l'aspect hivernal est beaucoup moins satisfaisant que celui des plantes grimpantes.

LES AVANTAGES DE LA VÉGÉTALISATION SONT MULTIPLES

La végétalisation des bâtiments permet de retenir l'eau de pluie, d'améliorer l'isolation thermique et phonique de la toiture, d'embellir le bâtiment et de favoriser la biodiversité dans la ville. Il faut rappeler en effet que les plantes protègent les matériaux de la toiture contre les fortes chaleurs, que les racines des plantes entretiennent l'eau et stockent du carbone ; les plantes créent des milieux favorables à l'accueil de la faune et les milieux ainsi créés peuvent contribuer à créer ou renforcer des continuités écologiques.

Les impacts en termes d'isolation sont considérables. La végétalisation permet, sans dépense d'énergie liée à la climatisation, de réduire la température des logements. Les façades végétalisées permettent une réduction des variations de température de 40 % et les murs peuvent limiter la température à 30° contre 60° pour un mur classique. Le toit végétalisé accumule l'eau qui est ensuite réutilisée par les plantes, ce qui permet de lutter contre l'effet d'imperméabilisation des sols. Un toit végétal peut absorber jusqu'à 50 % de la quantité d'eau tombée, réduisant de 5 à 10 % les coûts de traitement des eaux. La végétalisation des bâtiments permet également de réduire la chaleur des villes et ainsi atténuer les îlots de chaleur urbains. Le ministère canadien de l'Environnement a calculé que la présence sur 6 % des toits canadiens de toiture verte abaisserait la température d'environ 1° 5, soit une

réduction de 5 % des climatisations. Les plantes fixent également les poussières et pollens en suspension, réduisant la pollution des villes et augmentant ainsi la biodiversité. La France est assez en retard par rapport à l'Allemagne ; par exemple, 13 millions de m² par an contre 500 000 m² en France.

L'AVENIR DE CETTE TECHNIQUE

L'encouragement à aller dans cette direction résulte également des nouvelles règles concernant la RE 2020. En effet, les nouvelles performances énergétiques environnementales qui constituent la RE 2020 pour la construction des bâtiments d'habitation, de bureaux, ou d'enseignement primaire et secondaire apportent un certain nombre de changements.

Tout d'abord, il est instauré un coefficient d'énergie primaire non renouvelable, point clé de la nouvelle réglementation qui devra être inférieur à une valeur seuil elle-même calculée en modulant une valeur moyenne selon différents paramètres. 55 KWhep (kWh d'énergie primaire) par mètre carré/par an en maison individuelle et 70 KWhep par mètre carré/par an en logements collectifs. Cette RE 2020 dont l'entrée en vigueur est reportée au début de l'année 2022, modifie l'indicateur des besoins bioclimatiques qui existait déjà dans la RT 2012. L'indicateur représente les besoins énergétiques intrinsèques au bâtiment sans chauffage ; il intégrera désormais les besoins en froid pour améliorer le confort d'été. De plus, l'objectif est considérablement renforcé puisqu'il sera réduit de 30 % pour les constructions neuves.

La consommation conventionnelle d'énergie primaire du projet, ou CEP, qui porte sur les consommations de chauffage, de refroidissement, d'éclairage, de production d'eau chaude sanitaire et d'auxiliaire intègre désormais les besoins de froid sous la forme d'un nouvel indicateur exprimé en degrés/heure. L'objectif est de faire en sorte qu'en période de canicule, la température à l'intérieur des locaux reste à un niveau supportable. Le seuil haut maximal sera de 1250°/heure qui correspond à une période de 25 jours durant

laquelle le logement devrait être à 30° le jour et 28° la nuit au maximum. En-dessous d'un seuil de 350° par heure, aucun système de refroidissement actif ne sera accepté.

En second lieu, la RE 2020 valorise le stockage du carbone, à savoir la capacité des matériaux biosourcés à stocker le carbone pendant leur vie biologique et bien évidemment la capacité du bâtiment lui-même à stocker le carbone. Il va de soi que dans ce contexte, le stockage de carbone que permet la végétalisation est extrêmement intéressant, tout comme le fait que plus le nombre de bâtiments végétalisés sera important, mieux s'effectuera la dénaturation et la végétalisation de la ville.

VÉGÉTALISATION ET RENATURATION DES VILLES |||

La végétalisation des bâtiments s'inscrit dans une politique plus large qui vise à renaturer les villes. Un rapport du Conseil économique, Social et Environnemental de 2018 avait proposé un train de mesures destinées à réduire les îlots de chaleur, à mieux gérer les eaux de ruissellement et le bien-être en ville. Un certain nombre de pistes avait été identifié en utilisant les outils que sont le SCOT, le PLU et le PLUI pour introduire une renaturation.

La renaturation est tout d'abord indispensable pour répondre aux phénomènes dits des îlots de chaleur urbains qui désignent la différence de température observée la nuit dans l'air ; entre les villes et les zones rurales environnantes, l'écart peut aller de 2 à 12°C. La structure du bâti et les matériaux utilisés pour la construction influent fortement sur les îlots de chaleur urbains, la place de la végétation et de l'eau sont également déterminants, d'où la nécessité de replanter des arbres et des plantes dans les villes, de reconquérir des sols bétonnés et goudronnés et de laisser une large place aux espaces verts.

Dans cette logique, la question de l'utilisation des interstices urbains, qui représentent aujourd'hui 9,3 % du territoire métropolitain et les deux tiers des sols imperméabilisés, prend tout son intérêt, dans la mesure où il faut à la fois densifier les espaces urbanisés, mais également reconquérir des espaces naturels. Les espaces vides, dents creuses, peuvent avoir une valeur écologique, mais aussi permettre le développement de l'agriculture urbaine, jouer un rôle de lieu de rencontre, de passage et/ou de liaisons entre quartiers, etc. De plus, ce sont des espaces dans lesquels la mutabilité est possible et qui laissent donc la porte ouverte à différents possibles.

L'ADEME en 2017 a dressé un panorama des solutions de renaturation selon trois catégories :



- les solutions vertes et bleues : services écosystémiques et la nature en ville ;
- les solutions grises : les infrastructures urbaines (revêtement mobilier urbain, bâtiments et matériaux) ;
- les solutions douces : gestion et usages de la ville, service mobilité, modes de vie.

Des opérations expérimentales ont été mises en place, à Annecy par exemple, et un appel à projets a été lancé en 2019. Une étude publiée en 2019 (par Jérémy Bernard, Marjorie Musy, Éloïse Marie) a analysé les effets des différentes techniques en termes de refroidissement moyen journalier de l'air. Les trois types de solutions vertes, grises et douces ont été analysés, donnant une prime aux solutions vertes, une végétation haute pouvant aller jusqu'à une baisse de 4°C de la température alors que les toitures végétales permettent une baisse de l'ordre de 2°C.

Les surfaces enherbées ou vertes sont génératrices de fraîcheur pendant la nuit et la végétation-toitures présente des performances qui diminuent lorsque la hauteur des bâtiments croît.

L'utilisation de la végétation est en outre associée à la réduction du bruit en ville, à une meilleure gestion des eaux pluviales, une séquestration de carbone amplifiée par une amélioration de la biodiversité.

D'autres dispositifs sont basés sur l'utilisation de bassins et de rivières. L'effet est positif pour des surfaces d'eau importantes, mais

certaines surfaces de faible taille stockent de la chaleur et deviennent suffisamment chaudes pour réchauffer l'air pendant la nuit au lieu de contribuer à son rafraîchissement. L'infiltration des pluies dans le sol peut maintenir le sol humide, ce qui favorise l'évaporation et donc le rafraîchissement.

S'agissant des solutions grises, certains dispositifs techniques sont basés sur l'humidification des chaussées. Les fontaines et tours de refroidissement sont également utilisées et sont très efficaces puisque le refroidissement moyen journalier engendré par ce type de dispositif est entre 2 et 7°C. Des dispositifs utilisent également la modification de l'albédo des bâtiments, l'intensité du rafraîchissement dépend du type de surface modifiée, de l'orientation des rues, de la morphologie de la ville. Un certain nombre de recherches se fondent sur de nouveaux matériaux : matériaux à changement de phase, les matériaux à rétention d'eau, d'autres expériences sont aujourd'hui tentées comme l'utilisation de chaussées solaires.

Les dispositifs basés sur l'optimisation de la zone de la forme urbaine sont également expérimentés et, bien entendu, les moyens permettant de réduire la consommation d'énergie des bâtiments, les charges anthropiques et les pompes à chaleur rejetées dans l'atmosphère urbaine ont un impact non négligeable sur les températures.

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Comment, juridiquement, le recours à ces nouvelles techniques peut-il se traduire ? Autrement dit, quels sont les outils de traduction de la digitalisation, quel est le degré d'obligation, quelles seraient les sanctions éventuelles et comment ces nouvelles techniques peuvent-elles influencer les questions de responsabilité ? Telles sont quelques-unes des questions que cette transformation dans les méthodes de construction pose.

Le nouvel article L. 111-18-1 du Code de l'urbanisme, tel qu'il résulte de la loi du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, dispose : « dans le respect des objectifs généraux de performance énergétique et environnementale des bâtiments énoncés à l'article L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation, les constructions et installations mentionnées au II du présent article ne peuvent être autorisées que si elles intègrent soit un procédé de production d'énergie renouvelable, soit un système de végétalisation basée sur un mode cultural garantissant un haut degré d'efficacité thermique et d'isolation et favorisant la préservation de la reconquête de la biodiversité, soit tout autre dispositif aboutissant au même résultat et, sur les aires de stationnement associées lorsqu'elles sont prévues par le projet, des revêtements de surface, des aménagements hydrauliques, des dispositifs végétalisés favorisant la perméabilité et l'infiltration des eaux pluviales ou leur évaporation et préservant les fonctions écologiques des sols.

II. les obligations prévues au présent article s'appliquent, lorsqu'elles créent plus de 1 000 m² d'emprise au sol, aux nouvelles constructions soumises à une autorisation d'exploitation commerciale aux 1^o, 2^o, 4^o, 5^o et septièmement de l'article L752-1 du Code de commerce, aux nouvelles constructions de locaux à usage industriel ou artisanal, d'entrepôts, de hangars non ouverts au public faisant l'objet d'une exploitation commerciale ainsi qu'aux nouveaux parcs de stationnement couverts accessibles au public.

III. Les obligations résultant du présent article sont réalisées en toiture du bâtiment ou sur des ombrières surplombant les aires de stationnement sur une surface au moins égale à 30 % de la toiture du bâtiment et des ombrières créées. »

Ce texte précise très clairement les bases de cette nouvelle législation, à savoir l'article L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation, la législation sur la préservation et la reconquête de la biodiversité et les fonctions écologiques des sols.

On rappellera que l'article L. 111-9 du Code de la construction et de l'habitation, tel qu'il résulte de la loi du 23 novembre 2018 dite loi ÉLAN, précise ce qu'il faut entendre par performance environnementale « les performances énergétiques, environnementales et sanitaires des bâtiments et parties de bâtiments neufs qui s'inscrivent dans une exigence de lutte contre le changement climatique, de sobriété de la consommation des ressources et de préservation de la qualité de l'air intérieur. Elles répondent à des objectifs d'économie d'énergie, de limitation de l'empreinte carbone par le stockage de carbone de l'atmosphère durant la vie du bâtiment, de recours à des matériaux issus de ressources renouvelables, d'incorporation de matériaux issus du recyclage, de recours aux énergies renouvelables et d'amélioration de la qualité de l'air intérieur. »

LA PLANIFICATION

Tout ceci doit se penser à l'échelle de la planification urbaine. Dans les années qui viennent, le rafraîchissement intégrera la réflexion des PLU, PLUI et SCOT, mais aussi des règles générales pour les SRADET. Par exemple à Stuttgart, un zonage de la ville a été réalisé pour préserver les espaces de création fraîcheur et pour développer des couloirs de ventilation. La taille et la distribution des bâtiments, leur usage ainsi que les matériaux utilisés sont également pris en compte. L'augmentation de la place des espaces verts dans les villes, la réflexion en termes d'îlot de chaleur, la circulation douce qui peut permettre de renaturer des voies, l'agriculture urbaine sont autant d'éléments nouveaux qui intègrent les objectifs de planification et se traduiront donc dans les documents d'objectifs justifiant les règles de planification et par voie de conséquence très probablement dans des règles précises d'utilisation de l'espace et de construction.

Des villes comme Paris et Grenoble ont déjà prévu dans leur PLU des incitations à la végétalisation des bâtiments, mais il est plus que probable que des règles d'application plus précises pourront voir le jour au niveau national et trouveront des traductions dans les documents de planification pour passer d'un système incitatif à un système contraignant.

SUR LES CONSTRUCTIONS ET LE PERMIS DE CONSTRUIRE

Les constructeurs devront prouver qu'ils respectent ces nouvelles règles de construction et d'habitation dans le cadre des marchés qu'ils seront conduits à passer,

qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, ne serait-ce que pour respecter les nouvelles règles de la RE 2020.

Les liens entre les règles de construction et le permis de construire sont juridiquement parfois délicats, le Code de la construction et de l'habitation étant distinct du Code de l'urbanisme et le principe de l'indépendance des législations continuant à s'appliquer pour le moment en droit public.

Toutefois, ainsi qu'on l'a rappelé au début de cet article, la réglementation de base est inscrite dans le Code de l'urbanisme et devra donc être sanctionnée par le permis de construire, et la formulation retenue par l'article L. 111-18-1 est particulièrement vigoureuse, puisqu'elle interdit la délivrance du permis de construire si les règles fixées, et en ce qui concerne uniquement les bâtiments de plus de 1 000 m², ne sont pas respectées.

D'ores et déjà, quelques jurisprudences sont intervenues à propos de toitures végétalisées, qui doivent être encouragées, au même titre que les procédés permettant d'économiser l'énergie. Ainsi, à propos de refus d'autoriser un permis de construire avec ce type de toiture, la cour d'appel de Lyon a considéré que le permis devait être délivré dans la mesure où les végétaux pouvaient être utilisés sur la totalité de la toiture, et que cet usage devait conformément à l'article L. 116 du Code de l'urbanisme, être autorisé, nonobstant toute autre règle (cf. cour administrative d'appel de Lyon, 2 août 2016, N° 15 Y02 826).

LES CONSÉQUENCES EN TERMES DE RESPONSABILITÉ

Les conséquences en termes de responsabilité peuvent être de nature extrêmement diverse et abondante :

- difficultés avec les pouvoirs publics en cas de non-respect des normes, notamment de température et d'émission de gaz à effet de serre ;
- problème de responsabilité contractuelle entre constructeurs et sous-traitants ;
- problème de responsabilité contractuelle entre propriétaires publics et privés et constructeurs si les normes avancées ne sont pas respectées par le bâtiment au cours de sa vie.

Bien sûr, il est encore beaucoup trop tôt pour pouvoir apprécier l'importance que prendra ce contentieux, mais il est probable qu'il n'ira qu'en se développant dans la ligne de ce que l'on appelle aujourd'hui la justice climatique. En effet, dès lors que la pression s'exerce désormais de manière très forte sur les pouvoirs publics pour atteindre les objectifs qui leur sont fixés, par successives, les obligations vont se répercuter sur les collectivités locales et sur les acteurs privés.

De la déconstruction à la réversibilité : le bâtiment à l'heure de l'économie circulaire



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Arielle Guillaumot,
Élève avocate

« *L'avenir est impossible à prévoir : faisons du parfaitement transformable techniquement et socialement* », pressentait déjà l'architecte belge Lucien Kroll en 2017¹. À l'heure de la double crise sanitaire et écologique que nous traversons actuellement, ses paroles résonnent avec force, et de nouvelles façons de construire, mais également de déconstruire, sont à souhaiter.

Ainsi, tandis que la nécessaire distanciation sociale a fait exploser la pratique du télétravail, augmentant à terme la vacance du parc de bureaux actuel, la demande de logements elle ne cesse de croître, dans un environnement urbain où l'artificialisation des sols atteint ses limites.

Parallèlement, les préoccupations écologiques s'immiscent avec vigueur au sein du secteur de la construction et du bâtiment. Et pour cause : le secteur du BTP est le plus gros producteur de déchets en France, avec à lui seul 227,5 millions de tonnes par an, et le premier émetteur de gaz à effet de serre dans notre pays.

En témoigne par exemple la récente loi n° 2020-105, promulguée le 10 février 2020, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, dite « loi anti-gaspillage », dont les décrets d'applications les plus récents sont parus en décembre 2020. Tant son titre III intitulé « Favoriser le réemploi et la réutilisation ainsi que l'économie de la fonctionnalité et servicielle dans le cadre de la lutte contre le gaspillage » que son titre IV portant sur la responsabilité du producteur ont vocation à transformer durablement le secteur du bâtiment, pour le faire entrer dans l'ère de l'économie circulaire.

Cette notion est apparue dans le Code de l'environnement en 2015 à l'article L. 110-1-1 dudit Code, récemment modifié par la loi précitée, qui indique : « *La transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires et*



à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets. »

Traditionnellement, le bâtiment est construit comme l'objet immuable par excellence, voué à durer, se transmettant de génération en génération et destiné à rester identique le plus longtemps possible, parfois afin de laisser une trace, une empreinte architecturale.

Néanmoins, de nouvelles pratiques de conception architecturale sont désormais progressivement encouragées par la législation, à commencer par la déconstruction. Cette démarche renvoie au démontage d'un bâtiment qui a été pensé dès l'origine pour la dépose

et le tri sélectif des matériaux de construction, afin de permettre leur réemploi. Aux termes de l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement, le réemploi correspond à toute opération par laquelle des substances, matières ou produits qui ne sont pas des déchets sont utilisés de nouveau pour un usage identique à celui pour lequel ils avaient été conçus. Depuis les finitions intérieures jusqu'aux équipements techniques, ou éléments structurels, la plupart des matériaux peuvent être réutilisés. Cela permet donc de donner une nouvelle vie aux objets concernés, sans les transformer en déchets. Le réemploi se distingue en ceci de la réutilisation, dès lors que celle-ci implique une opération de contrôle, de nettoyage ou de réparation en vue de la valorisation par laquelle des substances, matières ou produits qui sont devenus des déchets, sont préparés de manière à être réutilisés.

Le bâtiment peut se penser encore différemment, notamment grâce à la notion de réversibilité du bâtiment, qui n'a pas encore fait

1) Construire réversible, Canal architecture, 16 février 2017 : <https://canal-architecture.com/sites/default/filesystem/files/publications/construire-reversible-555/201704construire-reversible.pdf>.

l'objet d'une définition législative. Elle recouvre la capacité programmée d'un ouvrage neuf à changer radicalement et facilement d'usage ou de destination (bureaux, logements, activités...) grâce à une conception qui minimise, par anticipation, l'ampleur et le coût des adaptations. On parle également de mutabilité. Ainsi, cela permet, d'une part, de réutiliser le bâtiment sans avoir besoin de détruire et, d'autre part, d'anticiper les besoins futurs qui peuvent évoluer au fil des années, tout en rentabilisant la construction en l'exploitant, par exemple, en immeuble de bureaux.

Ces deux pratiques ont donc ceci en commun qu'elles visent avant tout à concevoir, dès l'origine, un bâti qui sera à même de réutiliser l'existant lorsque le besoin qui a procédé à la construction du bâtiment disparaît ou se transforme.

Reste à savoir si l'évolution récente du cadre législatif et réglementaire est suffisante pour métamorphoser définitivement le secteur du BTP.

Alors que la déconstruction et le réemploi des matériaux du bâtiment sont aujourd'hui ancrés dans la législation, la réversibilité des bâtiments demeure une notion marginale qui gagne à être davantage promue.

LA DÉCONSTRUCTION DES BÂTIMENTS : UNE DÉMARCHE DÉSORMAIS FACILITÉE

Grâce à la récente loi « anti-gaspillage », la procédure de réemploi préalable à une déconstruction est mieux encadrée. Le texte a de surcroît créé de nouvelles obligations pour les acheteurs publics visant à favoriser les matériaux issus du réemploi dans le domaine de la construction.

L'ENCADREMENT DE LA PROCÉDURE DE RÉEMPLOI DES MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION

Les dernières évolutions législatives ont permis d'apporter des précisions heureuses sur le cadre dans lequel peut et doit s'effectuer le réemploi des matériaux de construction.

En premier lieu, la récente loi « anti-gaspillage » du 10 février 2020 a réformé le « Diagnostic Déchets », qui devient le « Diagnostic Produits-Matériaux-Déchets ». Intervenant en amont d'une démolition – ou plutôt d'une déconstruction, même si le terme n'a finalement pas été retenu –, ce diagnostic a pour objectif de faciliter le réemploi et la réutilisation des matériaux et déchets.

Applicable aux chantiers de plus de 1 000 m² de surface de plancher, il devra désormais comprendre « les informations nécessaires relatives aux produits, matériaux et déchets en vue, en priorité, de leur réemploi ou, à défaut, de leur valorisation, en indiquant les filières de recyclage recommandées et en

préconisant les analyses complémentaires permettant de s'assurer du caractère réutilisable de ces produits et matériaux » ainsi que des « orientations visant à assurer la traçabilité de ces produits, matériaux et déchets » aux termes du nouvel article L. 111-10-4 du Code de la construction et de l'habitation.

Il sera réalisé, pour le compte du maître d'ouvrage, par des « personnes physiques ou morales présentant des garanties de compétence ». Elles doivent être « dûment assur[e]s et n'avoir aucun lien de nature capitalistique, commerciale ou juridique sur la même opération avec une entreprise pouvant effectuer tout ou partie des travaux de démolition ou réhabilitation, qui soit de nature à porter atteinte à son impartialité et à son indépendance ».

Deux projets de décrets d'application, soumis à la consultation publique jusqu'au 14 décembre 2020 viennent apporter quelques précisions.

Le projet de décret simple précise les compétences des diagnostiqueurs. Ceux-ci devront prouver qu'ils disposent des compétences nécessaires en matière de techniques du bâtiment, d'économie de la construction et de gestion des déchets en fournissant l'une des preuves suivantes : une expérience professionnelle de trois ans dans ce domaine, un diplôme d'une formation minimale de deux ans ou un titre professionnel équivalent, ou la preuve des compétences exigées par un État de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pour une activité de diagnostic similaire.

Toutefois, l'on peut regretter que si le diagnostic est « obligatoire », aucune sanction précise en cas de non-conformité à cette obligation n'a été prévue, ni par le législateur ni par le pouvoir réglementaire.

En second lieu, la loi est venue préciser le statut des matériaux de construction destinés au réemploi.

Antérieurement, en pratique, le statut de déchet constituait un frein aux démarches ultérieures de réemploi des matériaux de construction, car les définitions du déchet, du réemploi et de la réutilisation étant proches, les maîtres d'ouvrage privilégiaient par sécurité le recyclage au réemploi, à défaut d'une procédure certaine permettant aux matériaux réemployables de sortir du statut de déchet.

Désormais, le nouvel article L. 541-4-4 du Code de l'environnement, introduit par la loi « anti-gaspillage » du 10 février 2020, dispose : « Dans le cadre d'un chantier de réhabilitation ou de démolition de bâtiment, si un tri des matériaux, équipements ou produits de construction est effectué par un opérateur

qui a la faculté de contrôler les produits et équipements pouvant être réemployés, les produits et équipements destinés au réemploi ne prennent pas le statut de déchet. » Ainsi, le tri par un opérateur qualifié sur le chantier entraîne pour les matériaux la sortie du statut de déchet et la possibilité du réemploi. Cette règle existait déjà dans la doctrine administrative, mais elle est désormais fixée dans la loi, ce qui apportera davantage de sécurité juridique aux maîtres d'ouvrage.

Le flou demeure cependant sur la qualité de cet opérateur, alors que certains amendements avaient été déposés pendant les travaux parlementaires pour que le tri soit effectué par le diagnostiqueur mentionné ci-dessus, qui serait ainsi intervenu de l'amont à l'aval du processus de tri et dont les compétences et les règles déontologiques sont encadrées ; cette proposition n'a pas été retenue. Aucun décret n'est malheureusement à prévoir pour préciser les contours de cette fonction.

De plus, une interrogation est née chez certains praticiens à la découverte de la création d'un régime de responsabilité élargie des producteurs pour les déchets du bâtiment, qui permettra de reprendre gratuitement les déchets ayant fait l'objet d'une collecte séparée. En effet, si la création de ce régime ne peut qu'être saluée, elle risque en pratique de diminuer l'attractivité du réemploi, qui impose au maître d'ouvrage de déposer les matériaux, de les stocker et de les revendre consécutivement au tri, alors qu'il pourra désormais simplement procéder au tri puis les déposer gratuitement à un point de reprise situé à proximité.

La filière de réemploi doit donc continuer à se développer pour rester attrayante aux yeux des maîtres d'ouvrage. L'augmentation de matériaux réemployés dans la commande publique peut notamment constituer un levier majeur en ce sens.

LA COMMANDE PUBLIQUE À L'ÈRE DU RÉEMPLOI

Un autre coup d'accélérateur a été donné à la déconstruction et au réemploi dans la loi « anti-gaspillage », grâce à la commande publique. En effet, la loi impose désormais la valorisation du réemploi dans les achats publics, ce qui va certainement augmenter la demande pour les matériaux issus de la déconstruction.

D'abord, la loi crée une obligation générale pour les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, de privilégier « les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées » lors de leurs achats publics « dès que cela est possible ».

Pour ce faire, il est prévu que des clauses et des critères en ce sens soient insérés par les acheteurs dans les cahiers des charges. L'expression « *dès que possible* » peut cependant sembler vague et peu contraignante puisqu'aucun moyen d'apprécier l'impossibilité de privilégier les biens issus du réemploi n'est indiqué.

Le texte ne s'arrête pas là et pose un objectif chiffré : en fonction du type de produit, les biens acquis par les services de l'État et par les collectivités territoriales devront être issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrer des matières recyclées dans une proportion fixée par décret allant de 20 à 100 %.

Ensuite, certains secteurs de la commande publique, en particulier dans le domaine du BTP, se doivent de valoriser le réemploi.

Ainsi, dans les achats publics concernant les constructions temporaires, le législateur interdit désormais dans le Code de la commande publique, à l'article L. 2172-5, la discrimination des constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, sous réserve bien sûr que leurs niveaux de qualité et de sécurité soient équivalents. En effet, en pratique, les appels d'offres de constructions modulaires exigeaient souvent la nouveauté des bâtiments commandés, ce qui ne sera à présent plus possible.

De même, en matière de commande publique dans le domaine de la construction ou de la rénovation de bâtiment, l'article L. 228-4 du Code de l'environnement est modifié pour consacrer l'obligation pour les acheteurs de « *veiller au recours à des matériaux de réemploi* ».

Si ces mesures constituent un début encourageant, elles restent concentrées sur certains secteurs et gagnent à être renforcées, en particulier en insérant de nouvelles dispositions dans le Code de la commande publique.

La crise écologique actuelle commande cependant d'aller encore plus loin, et de pouvoir créer un bâtiment qui dès l'origine est conçu pour pouvoir changer de destination, et ce sans détruire ou déconstruire.

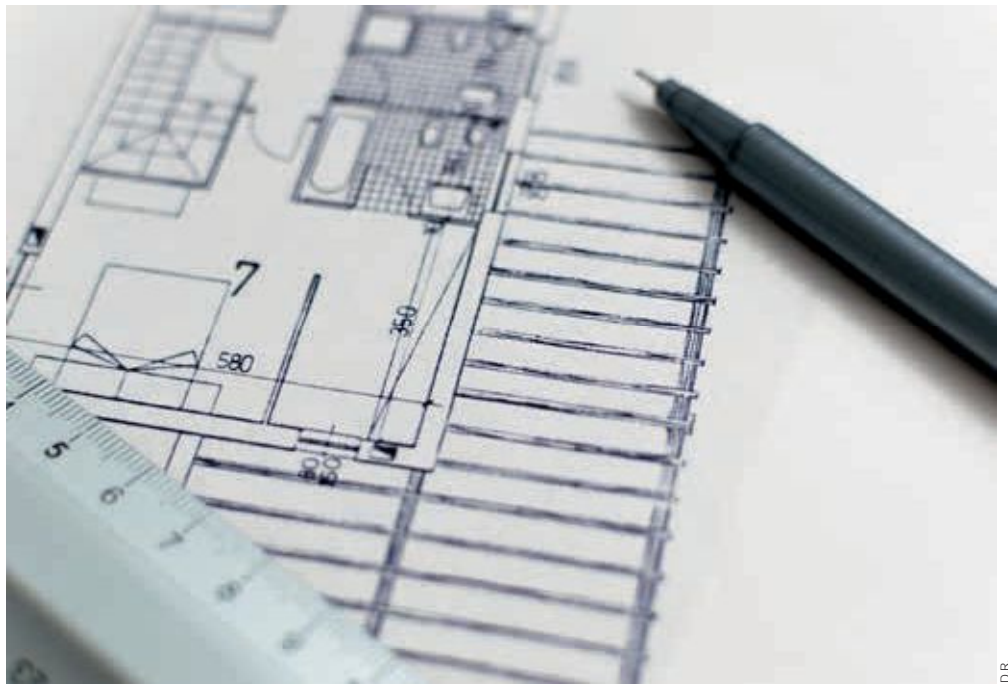
LA RÉVERSIBILITÉ DES BÂTIMENTS :

UN DÉFI À RELEVÉ

Encore absente des textes majeurs portant sur l'économie circulaire, la notion de réversibilité impose de repenser les outils d'urbanisme et de réformer les réglementations techniques.

LA LENTE ÉVOLUTION DES OUTILS D'URBANISME

À l'heure actuelle, peu d'autorisations ou de documents d'urbanisme intègrent la notion de réversibilité.



En ce qui concerne les autorisations d'urbanisme, une innovation intéressante a vu le jour à l'occasion des Jeux olympiques 2024. En l'état actuel du droit, un immeuble réversible aura besoin d'un premier permis de construire autorisant la construction initiale, et un deuxième autorisant le changement de destination et les travaux nécessaires à la mutation du bâtiment.

Créé par la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux olympiques et paralympiques (JO) de 2024 et par le décret n° 2018-512 du 26 juin 2018, le permis à double état vise, au travers d'une décision administrative unique, à autoriser un état provisoire de la construction, nécessaire à la réalisation des Jeux, et un état définitif du projet.

Ainsi, tandis que l'état provisoire de la construction ou de l'aménagement projeté est défini comme étant celui dans lequel il présente toutes les caractéristiques qui permettent son utilisation pour les besoins de l'organisation, de la préparation ou du déroulement des Jeux olympiques, l'état définitif de la construction ou de l'aménagement projeté est défini comme étant celui dans lequel il présente toutes les caractéristiques qui assurent un usage conforme à sa destination ou à son affectation postérieure au déroulement des Jeux, dans le cadre d'un projet urbain durable en lien avec les projets des collectivités territoriales. Une fois le permis délivré, son bénéficiaire disposera de trois ans à compter de la date de cérémonie de clôture des Jeux olympiques pour réaliser le projet définitif.

Cette création législative interroge sur la possibilité de la mise en place d'un véritable

permis « à double destination ». Il faudrait aller encore plus loin, car le permis à double état demeure adapté uniquement aux installations des Jeux olympiques. En effet, pour un immeuble réversible, contrairement aux projets des Jeux, la destination première de l'immeuble est destinée à durer, pour un temps *a priori* indéterminé à l'avance. De plus, il peut être difficile de prévoir avec précision le second usage du bâtiment dès le stade du dépôt de permis.

Une réflexion juridique doit donc impérativement avoir lieu afin de créer des autorisations d'urbanisme adaptées aux bâtiments réversibles.

En ce qui concerne ensuite les documents d'urbanisme, et en particulier des plans locaux d'urbanisme qui encadrent l'utilisation et l'occupation des sols, ceux-ci restreignent plutôt qu'encouragent, pour l'instant, les changements de destination.

Mais l'insertion d'une clause de réversibilité au sein d'un nouveau PLU, ou d'un PLU modifié, est tout à fait possible. Une telle clause permettra de prévoir directement la possibilité d'un changement de destination de l'immeuble existant, au regard de l'évolution des besoins de la commune.

En ce sens, l'article R. 151-37 du Code de l'urbanisme permet déjà depuis 2015 d'imposer une mixité de destinations au sein d'une même construction dans le PLU.

Une évolution des outils d'urbanisme est donc nécessaire pour garantir la sécurité juridique des porteurs de projet souhaitant se lancer dans la construction d'un bâtiment réversible. Le principal écueil demeure cependant la diversité des réglementations techniques en fonction des destinations.

LA NÉCESSAIRE CONVERGENCE DES RÉGLEMENTATIONS TECHNIQUES

L'un des obstacles majeurs à la conception d'un bâtiment réversible est la différence des réglementations techniques entre les divers usages prévus. Par exemple, alors qu'un immeuble destiné aux bureaux doit prévoir une hauteur de plafond de 3,30 mètres, afin de tenir compte des faux plafonds et des faux plafonds, les immeubles destinés à l'habitation comportent traditionnellement une hauteur sous plafond de 2,50 mètres.

Partant, comment concevoir un bâtiment qui concilie ces deux exigences ? Il n'existe en effet pas de réglementation universelle qui permettrait de passer d'un établissement résidentiel à un établissement de bureaux.

L'atelier d'architectes Canal a commencé à réfléchir à la façon de concevoir des bâtiments répondant à plusieurs réglementations en même temps, afin de permettre leur réversibilité². Par exemple, les rez-de-chaussée doivent

être suffisamment hauts pour autoriser les activités économiques (3,5 mètres), mais des ouvertures vitrées doivent être prévues au-delà de 2,6 mètres pour permettre d'autres usages (logements ou bureaux duplex) ; ou encore, l'immeuble doit être construit sur plusieurs niveaux (un seul limitant les types d'usages).

Une telle complexité dans la conception, assortie d'un coût important et d'une insécurité juridique, freine nécessairement les porteurs de projets qui souhaitent construire réversible.

Une évolution notable a cependant déjà eu lieu en ce qui concerne la réglementation incendie. En effet, depuis la loi Élan du 16 octobre 2018, une nouvelle catégorie d'immeubles a été créée : les immeubles de moyenne hauteur (IMH) s'élevant entre 28 et 50 mètres, pour lesquels les règles en matière d'incendie sont identiques, et ce qu'ils accueillent des logements ou des bureaux.

Auparavant, il n'existait qu'une seule catégorie juridique d'immeubles : ceux de grande hauteur

(IGH), qui opéraient une distinction selon qu'ils portaient sur un usage d'habitation ou de bureau et répondaient à des règles différentes. Afin d'encourager à la fois la mixité des usages au sein d'un même immeuble et sa réversibilité, le critère d'usage a été supprimé.

L'on pourrait également imaginer des réglementations techniques spécifiques pour les bâtiments réversibles, mais une telle proposition risque d'ajouter encore une couche de complexité à un domaine qui doit justement s'en défaire.

Pour que le bâtiment réversible se démocratise, l'harmonisation des réglementations techniques doit donc impérativement continuer.

Les premières pierres de la réversibilité ont été posées, la déconstruction semble désormais bien en place. Le mot d'ordre est lancé : pour construire demain, il nous faudra construire autrement.

2021-3800

2) Construire réversible, Canal architecture, 16 février 2017 : <https://canal-architecture.com/sites/default/filesystem/files/publications/construire-reversible-555/201704construirereversible.pdf>.

Sources :

- <https://www.lemoniteur.fr/article/sur-le-chemin-de-la-reversibilite-des-batiments.2012929>
- <https://www.lemoniteur.fr/article/garder-a-l-esprit-la-mutabilite-dans-nos-contrats-michele-raunet-notaire-associee-etude-cheuvreux.2038510>
- <https://lexcity.fr/2019/09/10/feuilleton-reversibilite-des-batiments-ep-02-les-plu-face-a-la-reversibilite-du-bati/>
- <https://www.lemoniteur.fr/article/quel-avenir-pour-le-permis-a-double-etat-apres-les-jo.2075384>
- <https://www.lemoniteur.fr/article/le-permis-a-double-etat-un-outil-juridique-au-service-de-la-reversibilite-des-batiments.2071879>
- <https://lexcity.fr/2019/09/17/feuilleton-reversibilite-des-batiments-ep-03-autoriser-la-reversibilite/>
- <https://www.lemoniteur.fr/article/la-loi-economie-circulaire-va-dans-le-sens-d-un-achat-public-vertueux-mais-manque-d-ambition-francois-guillaud.2075959>
- <https://www.village-justice.com/articles/reemploi-des-materiaux-choses-qui-changent-avec-adoption-loi-relative-economie,33775.html>
- https://www.lepoint.fr/architecture/la-plupart-des-materiaux-de-construction-peuvent-etre-reutilises-03-03-2020-2365558_3383.php
- <http://www.amaudgossement.com/archive/2020/03/20/loi-economie-circulaire-valorisation-du-reemploi-dans-la-co-6221840.html>
- <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/lisse/2021-01-25/acf34c43c7eea3022e5ab055b04db6aa-1.pdf>
- Construire réversible, Canal architecture, 16 février 2017 : <https://canal-architecture.com/sites/default/filesystem/files/publications/construire-reversible-555/201704construirereversible.pdf>.
- <https://www.actu-environnement.com/ae/news/projets-decrets-reforme-diagnostic-dechets-batiment-36565.php4>

Textes :

- <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-36565-projet-decret-conseil-etat-diagnostic-dechets-batiment.pdf>
- <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-36565-projet-decret-simple-diagnostic-dechets-batiment.pdf>

Brèves

ENVIRONNEMENT

Logement neuf : un délai supplémentaire pour les nouvelles normes visant les économies d'énergie

Le gouvernement a accordé six mois de délai supplémentaire pour le respect des nouvelles normes destinées à réduire la consommation d'énergie des logements neufs, a annoncé Emmanuel Wargon au journal *Les Echos*. La RE 2020, prévue au départ pour l'été prochain, entrera finalement en vigueur au 1^{er} janvier 2022, « date à laquelle l'objectif reste un gain de 30 % sur la consommation énergétique des logements neufs comparés à l'actuelle norme RT2012 », a indiqué la ministre déléguée au Logement. De quoi laisser aux professionnels du secteur davantage de temps pour se préparer. La Fédération française du bâtiment avait en effet pointé des objectifs et des délais « irréalistes ». Le nouveau calendrier « décale d'autant les jalons suivants d'évolution des seuils d'émission carbone : tant en logement individuel que collectif, ils sont désormais fixés à 2025, 2028 et 2031 », a ajouté la ministre.

IMMOBILIER

Le gouvernement annonce une réforme du DPE

Le nouveau DPE sera « plus lisible, plus fiable et plus protecteur de l'environnement » : c'est la promesse faite par la ministre du Logement, Emmanuelle Wargon, en début de semaine. En effet, la refonte du diagnostic de performance énergétique, prévue par la loi ELAN (2018), entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021. La méthode de calcul de ce dernier a été unifiée, mettant un terme à la méthode « sur facture » : le DPE s'appuie désormais uniquement sur les caractéristiques physiques du logement et utilise des données d'entrée plus fiables. La nouvelle méthode intègre par ailleurs de nouveaux paramètres qui fourniront une évaluation plus représentative de la performance du bâtiment. Le DPE sera par ailleurs rendu opposable, au même titre que les autres diagnostics du bâtiment, comme ceux relatifs à l'état des installations électriques ou à la présence d'amiante ou de plomb.

ENVIRONNEMENT

Rénovation énergétique : l'ADEME met en garde contre les rénovations partielles

Dans un rapport publié le 25 janvier 2021, l'ADEME analyse les « conditions de réussite nécessaires à la réalisation de rénovations performantes » permettant aux maisons individuelles d'atteindre le niveau de performance « BBC rénovation » (consommation maximale à ne pas dépasser) d'ici 2050. L'étude met notamment en avant que les rénovations partielles, qui consistent à juxtaposer des « gestes de travaux », et le fait de renforcer la performance de chaque élément, ne permettent pas d'atteindre cet objectif. L'ADEME insiste au contraire sur la nécessité de disposer « d'une vision globale du parcours de rénovation par étapes ». Elle pointe l'importance du traitement des interfaces entre postes de travaux « afin de disposer d'une continuité de l'isolation, de la barrière freine-vapeur et de l'étanchéité à l'air » et atteindre, à terme, un niveau BBC rénovation.

SEINE-SAINT-DENIS

JO 2024 : le recours contre le village des médias rejeté

La cour administrative d'appel de Paris a rejeté, au début du mois, le recours déposé par des opposants à la cession d'une partie du parc départemental Georges-Valbon (Seine-Saint-Denis). Ce dernier doit accueillir le village des médias à l'occasion des JO 2024, puis il sera transformé en éco-quartier, comme le rapporte *l'AFP*. Dans son référé déposé le 28 janvier, le Mouvement national de lutte pour l'environnement (MNLE 93), le Collectif pour le Triangle de Gonesse et plusieurs usagers de ce parc réclamaient l'annulation de la cession du terrain par le Conseil départemental du 93, arguant que « ces espaces verts et boisés avec leur biodiversité, leur faune et flore » seraient « détruits et cédés par lots à des bétonneurs et promoteurs ». Le collectif d'associations compte bien déposer un nouveau recours, dirigé cette fois contre l'autorisation environnementale délivrée par le préfet du département.

7 millions

de logements sont aujourd'hui mal isolés en France.

Source : Ministère de la Transition écologique

Les passoires thermiques au cœur de la rénovation énergétique



Christian Huglo,
Avocat à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



Caroline Grenet,
Élève avocate

L'objectif de la loi énergie-climat¹ du 8 novembre 2019 est clair : la France s'engage à atteindre la neutralité carbone en 2050 pour répondre à l'urgence climatique. Pour se donner les moyens de son ambition, le gouvernement a décidé de s'attaquer à la rénovation des bâtiments, et plus précisément de mener une lutte contre les passoires thermiques. Pour rappel, le secteur du bâtiment est responsable de 36 % des émissions de gaz à effet de serre dans l'Union européenne, et de 28 % en France², soit presque un tiers des émissions. La rénovation énergétique des bâtiments constitue donc un enjeu majeur. Celle-ci passe en priorité par la lutte contre les passoires thermiques. Cette expression renvoie aux logements à consommation énergétique excessive, et, par définition, mal isolés. Ces bâtiments sont classés par le biais d'un diagnostic de performance énergétique (DPE). Il s'agit d'un document à contenu réglementé qui renseigne d'une part sur la consommation énergétique du logement *via* l'étiquette énergétique, et d'autre part sur la quantité d'émissions de gaz à effet de serre qu'il engendre, par le biais de l'étiquette climatique. Les passoires thermiques se situent dans les catégories les plus énergivores que sont les catégories F et G. Les logements placés en catégories G, à savoir les plus énergivores, ont une consommation d'au moins 450 kWh d'énergie par m² par an. Les logements de catégories F ont une consommation comprise entre 331 et 450 kWh/m²/an.

4,8 millions de logements seraient aujourd'hui très énergivores, ce qui correspond à 17 % du parc de logements³. On retrouve principalement ces passoires parmi les maisons individuelles et les logements



les plus petits. La part de ces logements varie géographiquement et est plus élevée dans certains départements ruraux et/ou montagneux. Les catégories A et B ne représentent quant à elles que 6,6 % du parc immobilier, ce qui démontre l'ampleur du chantier de rénovation que le gouvernement semble enclin à mener à bien.

La première étape de ce chantier a été encadrée par la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte de 2015⁴, fixait l'objectif d'un parc immobilier dont l'ensemble des bâtiments serait rénové d'ici 2050 en fonction des normes « Bâtiment Basse Consommation ». Le peu d'effectivité donnée à cette mesure a conduit à l'adoption de la loi énergie-climat du 8 novembre 2019⁵. Cette fois-ci, une planification sur plusieurs années a été introduite.

Malgré ces nouvelles mesures, la Convention citoyenne recommandait, six mois après l'adoption de la loi, de renforcer le dispositif prévu, permettant ainsi de douter de sa pleine effectivité.

Si l'ambition affichée par le législateur est louable, elle laisse un goût d'inachevé nécessitant la prise de nouvelles mesures.

LA LOI ÉNERGIE-CLIMAT : UN PREMIER EFFORT SIGNIFICATIF DANS LA LUTTE CONTRE LES PASSOIRES THERMIQUES |||||

Le législateur a eu recours à de multiples outils afin d'atteindre la neutralité carbone. De l'incitation à l'obligation de réaliser des travaux, ces nouvelles mesures étaient indispensables pour tendre vers cet objectif.

1) Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

2) Rapport du Haut Conseil pour le climat – Novembre 2020.

3) Rapport du ministère de la Transition.

4) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

5) Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

L'INCITATION À RÉNOVER

La première incitation prévue par la loi consiste à porter à la connaissance du public les informations relatives à la consommation énergétique du logement. La seconde constitue une mesure financière qui impacte directement le portefeuille des loueurs.

L'incitation à rénover passe en premier lieu par l'obligation d'information. Dès 2022, lorsqu'une passoire thermique sera mise en vente, le DPE sera renforcé et devra être complété par un audit énergétique. La loi ÉLAN du 23 novembre 2018⁶ rendait d'ailleurs ce DPE opposable à partir du janvier 2021, de telle sorte que les locataires ou l'acquéreur puissent s'en prévaloir. L'audit énergétique devra désormais présenter des propositions de travaux permettant d'atteindre soit un très haut niveau de performance énergétique, soit un niveau inférieur à 331 kWh/m²/an. Un ordre de grandeur des coûts associés à ces travaux devra également être mentionné. Enfin, il sera fait état, dans l'audit, des aides publiques destinées aux travaux ainsi que leurs conditions d'attribution.

Toujours à partir de 2022, l'acte de vente ou de location devra stipuler les futures dépenses d'énergies dont l'acquéreur ou le locataire aura la charge. Les contractants seront donc informés dès la formation du contrat. Enfin, les annonces immobilières des logements qualifiés de passoires devront obligatoirement mentionner l'obligation de réaliser des travaux avec pour objectif d'atteindre au minimum la classe E.

Enfin, à partir de 2028, le propriétaire qui souhaitera vendre ou louer son bien, sans avoir réalisé les travaux requis, devra mentionner le non-respect à cette obligation dans les informations et publicités relatives à la vente ou à la location de son logement.

Ces nouvelles mesures d'information sont véritablement les bienvenues. Elles permettront à chacun d'avoir une vision précise sur les caractéristiques énergétiques du logement dans lequel il vit et l'état de celui qu'il souhaite acquérir ou louer. Cette connaissance deviendra probablement déterminante au vu des coûts engendrés par les biens mal isolés et permettra de s'engager en connaissance de cause.

En second lieu, une incitation financière d'importance a été retenue par le législateur : l'interdiction d'augmenter les loyers des passoires thermiques. Plus précisément, dès 2021, il est interdit au propriétaire

d'une passoire d'augmenter le loyer entre deux locations sans l'avoir rénové. Cette mesure forte s'inscrit dans une dynamique encourageante qui pourra avoir un réel impact sur la réalisation de travaux. Elle a fait l'objet de nombreuses discussions au cours de son adoption, le Sénat souhaitait notamment qu'elle ne soit mise en place qu'en 2024. Finalement, un décret du 30 décembre 2020⁷ viendra encadrer cette disposition. Il limitera l'augmentation du loyer en « zone tendue », située dans les grandes métropoles, lorsque la consommation en énergie primaire du logement sera inférieure à 331 kWh/m²/an (étiquettes F ou G).

Il est à noter qu'une contrainte financière n'a pas survécu à l'épreuve des travaux parlementaires. Il s'agit de la mise sous séquestre jusqu'à 5 % du prix de vente d'une passoire thermique afin d'en financer les travaux de rénovation. Le rapporteur de la loi a finalement décidé de ne pas la retenir.

À côté de ces incitations, de véritables obligations ont été introduites.

L'OBLIGATION DE RÉNOVER

Au-delà de l'information et de l'interdiction de hausse des loyers, le législateur a logiquement introduit une obligation de rénover les passoires thermiques. Cette rénovation passera tout d'abord par une définition du critère dit de « décence » afin d'obliger à agir, puis une obligation plus générale sera effective en 2028.

Le critère de « décence » a fait l'objet de nombreuses discussions au cours de l'adoption de la loi énergie-climat. Le Sénat avait en effet voté de justesse une disposition classant les logements étiquetés F et G en classement indécent. Devant la Commission mixte paritaire, les sénateurs avaient finalement reculé, admettant que ce seuil ne représenterait pas la réalité de la décence ou de l'indécence de ces logements. Ce sera finalement un décret qui intégrera un critère de performance. La définition de ce seuil présente une importance considérable, car c'est elle qui contraindra les propriétaires de ne plus louer leurs logements, sauf à réaliser des travaux. Des dérogations pour les copropriétaires ont été maintenues et notamment l'absence de sanction du bailleur s'il peut démontrer qu'il n'a pas pu faire les travaux nécessaires dans les parties communes, du fait des règles de décision au sein des copropriétés.

Le critère de « décence » a finalement été défini par un décret du 11 janvier 2021⁸ : un logement est qualifié d'énergétiquement « décent » lorsque sa consommation exprimée en énergie finale par mètre carré par an est inférieure à 450 kWh/m²/an.

La mesure phare de la loi énergie-climat reste celle de l'obligation de réaliser des travaux d'amélioration de la performance énergétique pour tous les propriétaires d'une passoire thermique à compter de 2028. Ces travaux devront leur permettre d'atteindre au moins la classe E (330 kWh/m²/an), sauf s'il existe des contraintes particulières techniques, architecturales ou financières. Par exception, cette obligation ne s'appliquera à certaines copropriétés qu'à partir de 2033. Comme indiqué précédemment, les actes de vente ou location devront faire état de cette obligation de travaux.

Une dernière phase contraignante a été envisagée, à travers l'introduction de sanctions, pour le non-respect de l'obligation de performance énergétique et donc pour l'absence de travaux. Elles ne seront cependant envisagées par le Parlement qu'en 2023 lors de la programmation quinquennale de l'énergie instaurée par la loi énergie-climat. Ces obligations ont marqué une évolution concrète dans la lutte contre les passoires thermiques. Pourtant, elles s'éloignent des ambitions initiales du gouvernement conduisant, comme souvent en matière d'énergie et d'environnement, à devoir attendre des mesures complémentaires effectives.

UN ENCADREMENT DES PASSOIRES THERMIQUES ENCORE INSUFFISANT

Bien que la loi énergie-climat ait accéléré la lutte contre les passoires thermiques, des lacunes persistent et engendrent de nouvelles propositions à même d'y pallier.

LES LACUNES DE LA LOI ÉNERGIE-CLIMAT

Les députés ont reculé sur de nombreux points au cours du processus d'adoption de la loi, pour finalement aboutir à un résultat en demi-teinte.

Plusieurs amendements avaient été déposés afin d'interdire à la location les passoires non rénovées d'ici à 2025. Cette interdiction devait être accompagnée d'une prise en charge financière des travaux pour les propriétaires dans le besoin prenant la forme d'une avance. Cette interdiction apparaissait dans la loi de transition énergétique et était

6) Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

7) Décret n° 2020-1818 du 30 décembre 2020.

8) Décret n° 2021-19 du 11 janvier 2021.

surtout une promesse de campagne du président Macron. Ce dernier proposait notamment un financement des travaux pour les propriétaires les plus précaires. Finalement, l'amendement en ce sens des députés LREM a été retiré avant son vote. Pourtant, cette interdiction aurait été une réelle impulsion dans la lutte et aurait permis de contraindre concrètement les propriétaires, tout en aidant ceux en difficulté. Écarter cet amendement a conduit à vider de sa substance une partie de la loi.

Concernant le contenu même de la loi, il est regrettable qu'aucune sanction n'ait été fixée. Les sanctions tenant au non-respect de l'obligation de travaux ne seront définies qu'en 2023, dans le cadre de la programmation quinquennale de l'énergie. Comment lutter efficacement contre les passoires thermiques sans qu'aucune sanction ne soit instituée ? Repousser la fixation des sanctions fait disparaître le caractère contraignant qui aurait dû conduire les propriétaires à rénover leur logement. D'autant plus que les sanctions définies en 2023 ne seront très probablement pas effectives immédiatement.

L'absence de définition du seuil de « décence » dans la loi apparaissait regrettable, notamment car le Sénat avait été ambitieux en prévoyant que les logements classés F et G seraient indécents. Heureusement, le décret du 11 janvier 2021 institue ce seuil. À nouveau, la fixation à 450 kWh/m²/an n'apparaît pas ambitieuse. Bien que, fort heureusement, le seuil de 500 kWh/m²/an évoqué ait été écarté, le nouveau seuil ne concerne pas les passoires énergétiques classées F et G. Or, de ce seuil dépend la possibilité de louer le bien et donc l'obligation de réaliser des travaux. Le seuil de 450 kWh/m² /an ne correspond qu'à l'étiquette G. La responsable de projets « *Précarité énergétique* » dans le « *Réseau pour la transition énergétique* » précisait cependant que les professionnels qui accompagnent les ménages en difficulté « *interviennent majoritairement dans les logements dont la consommation se situe autour de 250 kWh/m²/an. Pour que ce décret serve à quelque chose, il doit fixer le seuil au niveau des étiquettes F et G actuelles, et l'abaisser progressivement ensuite* ». Cette constatation révèle le peu d'impact qu'aura le classement en logement indécents des logements classés G. Certes, l'interdiction de louer de tels logements reste opportune, mais un seuil plus ambitieux aurait donné une plus grande effectivité à la loi.



Enfin, l'absence d'aide financière dans la loi énergie-climat apparaît être une dernière lacune de taille. Beaucoup de passoires énergétiques appartiennent à des propriétaires en difficulté financière. Si la loi énergie-climat écarte de l'obligation de travaux de rénovation le coût des travaux manifestement disproportionné par rapport à la valeur du bien, aucune mesure financière incitative n'est prévue.

DE NOUVELLES PROPOSITIONS

Pour pallier les lacunes de la loi énergie-climat, une prime a été instituée par la loi de finances pour 2020⁹ et de nouvelles avancées ont été proposées par la Convention citoyenne.

Le crédit d'impôt pour la transition énergétique a été remplacé par une prime (MaPrimeRénov') le 1^{er} janvier 2020. Elle est accessible à tous les propriétaires depuis le 1^{er} octobre 2020 et son montant est forfaitaire, en fonction des revenus du foyer et du gain écologique permis par les travaux. Il existe également un bonus de sortie de passoire (lorsque les travaux permettent de sortir le logement de cet état). Cette incitation devrait constituer la clé de voûte d'une rénovation efficace et ne peut être qu'accueillie à bras ouverts.

Surtout, la Convention citoyenne pour le climat s'est emparée de la problématique des passoires thermiques, malgré l'existence de la loi énergie-climat, afin de renforcer le dispositif en place. Cette volonté démontre l'insuffisance de notre législation actuelle. Concrètement, les citoyens désignés ont repris les ambitions de la loi en allant plus loin.

C'est ainsi qu'ils proposaient, dès 2021, l'interdiction générale d'augmenter les loyers. À partir de 2028, une interdiction générale

de mettre en location une passoire et la possibilité pour le locataire de quitter les lieux et de demander le remboursement de la caution sans préavis, ou encore la possibilité de négocier une modification du bail. Les sanctions envisagées par la Convention climat tiennent à un malus sur la taxe foncière en cas de non-respect des obligations de rénovations. La valeur locative cadastrale des propriétés serait ainsi majorée. Cette mesure entrerait en vigueur le 1^{er} janvier 2028. Concernant les passoires directement, la convention prévoit qu'un logement doit satisfaire une consommation énergétique inférieure à 331 kWh/m²/an. Elle propose plus généralement une obligation de rénovation globale des bâtiments ne répondant pas à un critère de performance énergétique minimale. Cette performance minimale serait les étiquettes A ou B du DPE.

Devant la Convention citoyenne, le président de la République a écarté cette idée d'introduire une obligation de rénovation globale en arguant que le coût de rénovation ferait porter la contrainte sur tous les ménages, même ceux qui n'en ont pas les moyens.

Finalement, bien que la rénovation des passoires énergétiques ait connu une accélération depuis deux ans, les mesures proposées ne semblent pas au niveau des ambitions affichées.

Peut-être les nouvelles obligations imposées au niveau communautaire d'atteindre 60 % de réduction des émissions de gaz à effet de serre en 2030 au lieu des 35 à 40 % prévus initialement conduiront-elles à renforcer considérablement le dispositif comme le propose du reste le Haut conseil pour le climat.

2021-6801

9) Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 23 mars 2019 – numéro 23 Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898



Le droit de la commande publique



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Qu'entend-on par la notion de verdissement et quelle est son influence sur le droit de la commande publique ? 3

Économie plus responsable 6

De pouvoir adjudicateur à acheteur public : la commande publique s'imprègne des techniques d'achat de la sphère privée 8

Nouvelles de l'intangibilité du décompte général et définitif dans les marchés publics de travaux . . . 10

La liberté contractuelle des personnes publiques n'a pas de prix, mais la résiliation a un coût 12

La commande publique sous l'œil du juge pénal Actualité jurisprudentielle 14

AGENDA 13

ÎLE-DE-FRANCE

Commande publique en Essonne Développement d'un nouvel espace collaboratif . . . 17

ANNONCES LÉGALES 20

AU FIL DES PAGES

Code de la commande publique 2019. 35

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
 anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés
 8, rue Saint Augustin — 75080 PARIS cedex 02
 R.C.S. PARIS B 552 074 627
 Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
 Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
 Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
 Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 1 83461
 I.S.S.N. : 0994-3587
 Périodicité : bihebdomadaire
 Imprimerie : SIEP
 Vente au numéro : 1,50 €
 Abonnement annuel : 99 €



COPYRIGHT 2019

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le droit de la commande publique, qui peut apparaître comme un droit austère et très figé, est en réalité un droit en pleine évolution. Tout d'abord, l'évolution du droit européen, et en particulier la directive 2014/24/UE*, a profondément transformé les règles des marchés publics pour les adapter aux priorités européennes. Certes, le respect strict de la concurrence demeure un principe fondamental, mais la prise en considération des données sociétales a davantage sa place que par le passé. Cette évolution a, du reste, permis la codification du droit de la commande publique, ce nouveau Code entrant en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Si la définition des besoins et la manière de les satisfaire a donc connu des améliorations non négligeables que ce nouveau Code intègre, la notion même d'acheteur public a sans doute vécu une véritable révolution. En effet, la notion d'acheteur public responsable est désormais acquise, cette responsabilité s'appliquant à la fois à la gestion des deniers publics, ce qui n'est pas nouveau, et à la responsabilité sociétale de l'acheteur public dont la qualité du choix se mesure également à la prise en compte des données sociales et environnementales.

Ce présent numéro n'a pas l'ambition de traiter de toutes les questions relatives à la commande publique, mais de donner un éclairage sur un certain nombre de sujets nouveaux ou donnant lieu à des questions juridiques délicates, et donc à du contentieux.

Après avoir abordé la question de la prise en compte du développement durable dans la commande publique et celle des achats verts ou éco responsables, les sujets plus techniques de la commande publique seront abordés. Tout d'abord,



Corinne Lepage

la transformation du pouvoir adjudicateur en acheteur public, puis le sujet du décompte général définitif, et enfin, celui de la résiliation et de la liberté contractuelle. Cette édition spéciale s'achèvera avec l'actualité du droit pénal de la commande publique. Ainsi, le lecteur aura-t-il, en avant-première de l'application du nouveau Code de la commande publique, un aperçu de quelques-uns des sujets majeurs de ce domaine essentiel, tant pour les acteurs publics que pour les agents économiques, et, en définitive, pour les consommateurs et citoyens que nous sommes tous.

*Corinne Lepage,
 CEO Huglo Lepage Avocats,
 Docteur en droit,
 Avocate à la Cour*

* Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.



Qu'entend-on par la notion de verdissement et quelle est son influence sur le droit de la commande publique ?



Christian Huglo,
Avocat à la Cour, Docteur en droit,
Directeur général SAS Huglo Lepage Avocats,
Codirecteur du JurisClasseur Environnement¹

La notion de verdissement est attachée à celles d'environnement et de développement durable. Ces deux notions ont pénétré tardivement la sphère de la commande publique.

Le concept de développement durable naît dans les années 90, avec le rapport Brundtland de 1987 et le programme Action 21 adopté par les Nations unies. Ce programme devait, en toute logique, entraîner spécifiquement le réexamen par les États des politiques d'achats de fourniture, afin d'y retranscrire un objectif de respect de l'environnement.

L'extension aux marchés publics est une initiative propre de l'Union européenne, même si elle a pu être influencée par l'ONU et l'OCDE². Elle a pris la forme d'une communication³ issue de la Commission européenne dans les années 2000.

Une impulsion encore plus forte provient de la jurisprudence, avec la position de la Cour de justice des communautés européennes au travers de l'arrêt incontournable *Concordia Bus Finland* de 2002⁴, auquel il faut ajouter une décision importante de 2003⁵. Ces deux décisions conduisent à rendre possible l'introduction d'un critère à caractère environnemental afin de déterminer l'offre la plus avantageuse, sous réserve du respect des principes fondamentaux du droit communautaire.

Viennent ensuite les directives issues du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004⁶, qui intègrent les principes dégagés par la jurisprudence et la Commission européenne.

À noter que ces deux directives ont été abrogées par deux nouvelles directives du 26 février 2014 sur

la passation des marchés publics⁷ d'une part, et sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices⁸ d'autre part. À celles-ci s'ajoute une troisième directive, entrée en vigueur à la même date, sur l'attribution des concessions⁹. Toutes ces directives sont venues remodeler et simplifier la commande publique.

La transposition en France de ces règles s'est effectuée par le biais d'une ordonnance du 23 juillet 2015¹⁰ et d'un décret du 25 mars 2016¹¹.

Une refonte du Code des marchés publics (CMP) a été opérée, permettant que toutes ces sources soient désormais codifiées au sein du Code de la commande publique, créé par une ordonnance du 26 novembre 2018¹² pour la partie législative, et un décret du 5 décembre 2018¹³ portant partie réglementaire du Code.

La refonte a laissé intactes la plupart des dispositions mettant en oeuvre le développement durable, et a précisé les contours de certains concepts.

Aujourd'hui, le verdissement des marchés publics doit être regardé sous un double prisme.

Il existe tout d'abord une prise en compte de critères environnementaux tout au long de la procédure de mise en oeuvre des marchés publics (I).

L'objet des marchés publics tendant à mettre en oeuvre la politique énergétique ou la politique de gestion des déchets en fait des marchés verts par nature. (II)

I. L'EFFECTIVITÉ DE LA PRISE EN COMPTE DE L'ENVIRONNEMENT AU SEIN DE LA COMMANDE PUBLIQUE CLASSIQUE |||||

On étudiera successivement le domaine dans lequel peuvent prendre place les critères environnementaux

tant au niveau de la commande qu'au niveau de l'exécution (A), puis les outils dont dispose à cette fin le pouvoir adjudicateur (B).

A. UNE PRISE EN COMPTE ASSEZ DISCRÉTIONNAIRE DES CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX DANS LA PROCÉDURE DE PASSATION ET D'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

La prise en compte de l'environnement sous l'empire du Code des marchés publics intervenait dès l'évaluation des besoins à satisfaire par la passation du marché. L'article 5 du CMP prévoyait que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision en prenant en compte des objectifs de développement durable* ».

L'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 a à peine modifié ce texte, en ajoutant simplement une description de la notion de développement durable.

Le nouvel article L. 2111-1 du Code de la commande publique reprend à la lettre cet article issu de la réforme de 2015.

Il en résulte le devoir pour l'acheteur de prendre en compte des objectifs de développement durable en vue de permettre une démarche d'achats responsables.¹⁴

La jurisprudence a estimé qu'il ne s'agissait, à ce stade, que d'une simple obligation de moyen, ce qu'avait confirmé le Conseil d'État dans un arrêt de 2011¹⁵. La formulation de l'article n'ayant pas changé quant à la « *prise en compte* », la solution devrait être la même aujourd'hui.

Néanmoins, une fois le critère déterminé par le pouvoir adjudicateur, le juge a tendance à conforter l'acheteur dans son choix d'intégrer des considérations environnementales dans les

1) L'auteur remercie Monsieur Joachim Guillemard de ses apports à cet article.

2) Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics du 23 janvier 2002.

3) Communication de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, du 4 juillet 2001, COM (2001) 274 final.

4) CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99.

5) CJCE 4 décembre 2003, *EVNAG et Wienstrom*.

6) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

7) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

8) Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

9) Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

10) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

11) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

12) Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique.

13) Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du Code de la commande publique.

14) Voir sur ce point l'article de Maître Corinne Lepage dans ce même numéro, p. 6.

15) CE 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, req. n° 351570.

critères d'attribution du marché. Si le contrôle du juge avait tendance à porter une appréciation stricte du lien du critère d'attribution fixé avec l'objet du marché, il semble désormais que le juge n'ait plus qu'à s'assurer que le critère ne soit pas sans rapport avec l'objet du marché.¹⁶

Le critère environnemental est envisagé comme critère autonome¹⁷, ou bien comme sous-critère de la valeur technique qui est, dès lors, appréhendé au vu des garanties de respect de l'environnement que présente le candidat.¹⁸

Une pondération importante peut par ailleurs être déterminée pour le critère environnemental.¹⁹

Enfin, au titre de l'exécution du marché, des prescriptions environnementales peuvent être adoptées. L'article L. 2112-1 du nouveau Code de la commande publique prévoit à cet égard que les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'environnement.

On constate les mêmes règles pour les contrats de concessions, tant au niveau de la définition, de la description, de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, que dans les conditions d'exécution du contrat.

Il apparaît en réalité que la présence d'un critère environnemental est subordonnée au seul bon vouloir du pouvoir adjudicateur, mais il existe des outils servant la protection de l'environnement dans la commande publique qu'il convient d'étudier ci-après.

B. LES OUTILS DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU SERVICE DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Un certain nombre d'outils sont mis à la disposition du pouvoir adjudicateur pour lui permettre de donner une certaine coloration environnementale à son marché.

Le premier est le *sourcing*, qui permet au pouvoir adjudicateur de prospecter les différentes alternatives proposées sur le marché par le biais d'études ou d'avis²⁰. Cela ouvre à l'acheteur la possibilité d'intégrer des critères environnementaux en amont de la définition du besoin, pour garder une cohérence tout au long de la procédure.

Une réelle influence sur l'intégration de l'environnement dans la procédure de marchés publics peut provenir de l'appel à la notion de cycle de vie.

Celle-ci est définie par l'article L. 2112-3 du nouveau Code de la commande publique.

L'article R. 2152-7 de ce même Code prévoit que



l'acheteur peut attribuer un marché par le biais d'un critère unique qui peut être le coût déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Cette possibilité trouve particulièrement son sens dans les marchés de construction où il faut alors prévoir les possibilités de réemploi des matériaux et de recyclage des déchets sur le même plan que les problématiques de conception et de réalisation. D'autant qu'un objectif de 70 % de valorisation sous forme de matière a été fixé concernant les déchets du secteur du bâtiment et des travaux publics²¹.

Il est au surplus loisible au pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre un critère d'attribution relatif à la détention d'un label (art. R. 2111-15) par le candidat, notion qui peut recouvrir notamment les normes certifiantes ISO 14001 ou encore HQE (Haute Qualité Environnementale) qui constituent alors des garanties supplémentaires de respect de l'environnement. Toutefois, afin de respecter les principes de transparence et d'égalité, lorsqu'un critère fixe une exigence relative à un écolabel en particulier, il faut y ajouter la mention « ou équivalent ».²²

Si le Code de la commande publique offre un certain nombre d'outils au pouvoir adjudicateur qui lui permettent d'effectuer une analyse profonde des différentes offres au regard de leur performance environnementale, l'utilisation de ces outils reste discrétionnaire et encore entravée à certains égards.

L'un des principaux freins à cette mise en œuvre réside dans le manque ou l'absence de formation à une sensibilité environnementale des agents chargés de ces missions d'achats publics.

Une autre difficulté est celle d'un défaut d'harmonisation des méthodes de calcul pour comparer les aspects et impacts environnementaux des différentes offres.

Il faut constater que si le pouvoir adjudicateur est doté des instruments nécessaires, il demeure démuné quant à l'usage qui doit en être fait.

Néanmoins, le verdissement des marchés publics ne s'arrête pas là, car il existe en réalité des marchés verts par nature.

II. LE VERDISSEMENT DE LA COMMANDE PUBLIQUE : L'ENVIRONNEMENT COMME OBJET DU CONTRAT DE MARCHÉ PUBLIC

Parmi les marchés verts par nature, on doit faire figurer en tête de liste les marchés de performance énergétique (A) qui contiennent des contraintes de résultat, et les autres marchés qui visent des secteurs plus larges comme la gestion des déchets (B).

A. POINT SPÉCIFIQUE : LES MARCHÉS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE

Les marchés de performance énergétiques portent en eux-mêmes ce caractère « vert » de la commande publique, puisque leur objet tend à réduire la consommation d'énergie des bâtiments et à participer à une diminution des émissions de gaz à effet de serre.

Ces marchés sont issus d'une initiative communautaire, en l'espèce, la directive du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique²³ abrogée par la directive du 25 octobre 2012²⁴.

Il peut s'agir aussi bien d'une initiative publique que privée, cette dernière possibilité étant en réalité peu fréquente et non prévue par la directive.

Dans le cadre de l'initiative publique, le domaine des marchés publics a été étendu au domaine de la consommation d'énergie des bâtiments.

Il faut rappeler que l'article 175 de la récente loi Élan du 23 novembre 2018 (loi n° 2018-1021) « rend obligatoires les actions de réduction de la consommation d'énergie dans les bâtiments à usages tertiaires afin que le parc global concerné réduise d'au moins 40 % sa consommation d'énergie en 2030 et 60 % en 2050, par rapport à 2010 ».

Le droit de la commande publique autorise ce type de contrats sous une forme particulière de marchés publics, dits marchés globaux de performance.

16) CAA Paris 14 mars 2017, req. N°16PA02230.

17) CAA Lyon 20 avril 2017, req. N°15LY01022.

18) CAA Marseille 27 mars 2017, req. N°16MA03978.

19) CJCE 4 décembre 2003, EVN AG Wienstrom, aff. C-448/01 : admission d'un coefficient de 45 % pour un critère environnemental.

20) Art. R. 2111-1 du Code de la commande publique.

21) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

22) CE, 11 septembre 2006, Commune de Sarrazin, n° 257545.

23) Directive CE 2006/32 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques.

24) Directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique.

Ces marchés étaient déjà prévus par l'article 73 du Code des marchés publics sous l'appellation « *marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM)* ». L'ordonnance de 2015 reprend la même définition en changeant simplement l'appellation de ces marchés à son article 34 désormais codifié par le nouvel article L. 2171-3 du Code de la commande publique.

Le marché de performance énergétique, qui passe par un marché global de performance, doit donc porter obligatoirement sur des performances mesurables.

« Il en résulte le devoir pour l'acheteur de prendre en compte des objectifs de développement durable en vue de permettre une démarche d'achats responsables ».

Une collectivité peut donc faire appel à une société de service énergétique pour améliorer les caractéristiques énergétiques d'un bâtiment déjà existant, ladite société étant alors obligée contractuellement à la réduction des consommations d'énergie. Il s'agit bien ici d'une obligation de résultat pouvant aboutir à une indemnisation au bénéfice du pouvoir adjudicateur en cas de non atteinte des objectifs fixés.

L'Observatoire des marchés de performance énergétique, créé en mai 2016, a relevé une forte augmentation depuis 2012²⁵ du recours à ce type de marchés.

Il s'agit ici d'un exemple concret de verdissement de l'objet des marchés publics. L'expression de ce verdissement reste toutefois relativement cantonnée au seul domaine énergétique, ce qui est regrettable, puisque cet exemple traduit une réussite qui pourrait être étendue à d'autres pans de la protection de l'environnement.

D'autres marchés verts par nature méritent une attention particulière.

B. LES AUTRES MARCHÉS PUBLICS VERTS PAR NATURE

Il existe deux autres formes de marchés publics verts par nature : les marchés globaux de performance, et les marchés plus classiques de mise en œuvre des objectifs du mix énergétique et de gestion des déchets.

On a vu ci-dessus que les marchés globaux de performance pouvaient être passés pour la réduction de la consommation énergétique en vertu de l'article L. 2171-3 du Code de la commande publique.

Ce même article offre la possibilité de passer de tels marchés pour la réduction de l'incidence écologique

ce qui était déjà prévu par l'article 73 du Code des marchés publics.

Il est dès lors possible d'imaginer des marchés publics de performance écologique visant à réduire les incidences écologiques d'une activité relevant d'un service public.

Mais l'absence totale de précision depuis 2006 sur cette possibilité appelle à la prudence quant à une quelconque concrétisation et un véritable développement de ce type de marchés. Il reste que l'exploitation de la potentialité de ces marchés est tout à fait imaginable pour la réduction de l'impact écologique d'une activité publique donnée.

L'objet des marchés publics peut encore se « verdir » grâce aux marchés passés dans le cadre du renouvellement du mix énergétique et l'ensemble des contrats destinés à l'implantation d'éoliennes ou de fermes solaires. Les objectifs fixés par la loi du 17 août 2015 sur la transition énergétique pour la croissance verte de porter la part des énergies renouvelables à 23 % de la consommation finale brute d'énergie d'ici à 2020 et 32 % d'ici à 2030 appellent nécessairement au développement de ces énergies et concomitamment à la multiplication de ces marchés.

Reste encore à développer l'économie circulaire, souvent au centre des préoccupations environnementales, qui constitue un facteur efficace d'amélioration de la performance, les coûts de traitement des déchets et l'empreinte de ce traitement étant très élevés.

L'article L. 110-1-1 inséré au Code de l'environnement suite à la loi de 2015 sur la transition énergétique traduit cette importance centrale de l'économie circulaire. Il y est en effet précisé que la commande publique durable doit contribuer au développement de l'économie circulaire.

À cette fin, a été créé au niveau local un service public de prévention et de gestion des déchets (Art. L. 2224-17-1 du Code général des collectivités territoriales).

De ce fait, une modification conséquente des marchés publics destinés à la gestion des déchets a dû être menée afin d'introduire les nouvelles règles de tri à la source des différents types de déchets dans le respect du principe de proximité.

À l'avenir, de nouveaux marchés seront probablement passés de manière exponentielle pour des prestations de réemploi de déchets ou de valorisation afin de respecter les objectifs ambitieux fixés par la réglementation.

Si l'intégration de l'environnement des marchés publics est apparue dans les années 2000 avec la prise en compte du développement durable dans la procédure de passation des marchés publics, son application reste subordonnée au choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur et apparaît ainsi peu adaptée aux règles de la commande publique et à la rationalité financière de ce type d'achats.

Toutefois, le verdissement doit s'appliquer pleinement à l'objet des marchés publics avec cette volonté de plus en plus prégnante de diriger les achats publics vers de nouveaux domaines contribuant ainsi à faire de la commande publique un véritable levier de la protection de l'environnement.

BIBLIOGRAPHIE

- V. Barbe, « *Les aspects environnementaux et sociaux des marchés publics et des contrats de partenariat* », *JCP A*, n° 48, 24 novembre 2008, 2274.
- P. Billet « *Marchés publics, environnement et développement durable* », *Revue Environnement et développement durable* n° 10, oct. 2006, Focus n° 52.
- G. Cantillon, « *Marchés Publics et développement durable* », Fasc. 57, *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, p. 204.
- H. Delzangles, « *Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ?* », *RJE* 2015/1 (Volume 40), pp. 13-40.
- G. Gauch, S. Couvreur, « *La commande publique circulaire : une nouvelle philosophie en construction* », *Contrats publics*, n° 189, juillet-août 2018, pp. 25-28.
- G. Gauch, S. Couvreur, « *Réemploi des déchets et commande publique après la loi du 17 août 2015 sur la transition énergétique* », *Contrats publics*, n° 160, décembre 2015, pp. 32-35.
- M.-P. Lavoillote, « *L'environnement dans le nouveau code des marchés publics : l'affirmation du contrat au service de l'environnement* », *AJDA* 2004, p. 2081.
- X. Matharan, L. Delille, « *L'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics contrôlés par le juge* », *Contrats Publics*, n° 189, juillet-août 2018, pp. 67-70.
- K. Nohmana, « *Le contrat de performance énergétique (CPE) pour une ville de taille moyenne c'est possible !* », *Le Moniteur*, 26 juin 2014.
- F.-G. Trebulle, « *Marchés publics et développement durable* », *RDI* 2006, p. 440.

25) www.cstb.fr/assets/medias/ocpe-chiffres-cles-novembre-2017-fr-291117.pdf

Économie plus responsable



Corinne Lepage,
CEO Huglo Lepage Avocats,
Docteur en droit,
Avocate à la Cour

La question de l'achat responsable, c'est-à-dire de l'intégration de la politique d'achat dans une vision plus générale de la prise en compte de l'environnement et du progrès social, n'est pas une question propre à l'achat public. La définition donnée à l'achat responsable est celle de tout achat « *intégrant dans un esprit d'équilibre, entre parties prenantes, des exigences, spécifications et critères en faveur de la protection et de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social et du développement économique. L'acheteur recherche l'efficacité, l'amélioration de la qualité des prestations et l'optimisation des coûts globaux (immédiats et différés) au sein d'une chaîne de valeur et en mesure l'impact* » (définition de l'Observatoire des Achats Responsables). Cela signifie que doivent être pris en compte non seulement l'intégration du cycle de vie du produit ou du service, mais également son impact social et environnemental. Pour les entreprises privées, cette politique s'intègre dans la politique RSE de l'entreprise, sachant que le poids des achats représente environ 50 % du chiffre d'affaires d'une entreprise. La norme ISO 26 000 relative à la responsabilité sociétale des organisations fait une large part aux achats responsables, comme la norme française NF X50-135-1, qui décline la fonction achat et propose une anticipation des risques économiques sociaux et environnementaux.

Dans le domaine des marchés publics et des achats publics, la notion d'achat public durable (ADP) est progressivement entrée dans notre droit. Après avoir rappelé sa définition (I), ce propos s'intéressera à la mise en place des plans nationaux d'action (II), puis à l'émergence de règles juridiques spécifiques (III), avant de mettre en lumière quelques difficultés qui demeurent (IV).

I. LA DÉFINITION

Sa définition est très souple et en définitive assez peu exigeante. L'ADP doit intégrer des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès et favoriser le développement économique, prendre en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes, permettre de réaliser des

économies intelligentes consistant à la sobriété en termes d'énergies et de ressources, et intégrer toutes les étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation.

Pour qu'il y ait dimension sociale, il faut que l'objet du marché comporte une dimension sociale ou que celle-ci soit prise en compte dans les spécifications techniques ou dans les conditions d'exécution du contrat avec au moins une clause sociale ou bien un ou plusieurs critères d'attribution à caractère social.

Pour qu'il y ait disposition environnementale, il faut que la dimension environnementale apparaisse dans l'objet du marché, dans les spécifications techniques, dans les conditions d'exécution ou dans les critères d'attribution.

Ainsi, le domaine à prendre en considération est extrêmement large, et une seule clause suffit pour permettre d'entrer dans la catégorie des achats publics durables.

II. LA POLITIQUE DES PLANS NATIONAUX D'ACTION

Cet objectif a tout d'abord fait l'objet de plans nationaux d'action, tout à fait facultatifs pour les acteurs publics, et dotés d'objectifs devenus un peu plus ambitieux au fur et à mesure du temps. Il s'agit d'une politique ancienne puisqu'elle relève d'une communication de la Commission au Conseil et au Parlement européens du 18 juin 2003.

En France, un premier plan national d'action pour des achats publics durables avait été élaboré pour la période 2007-2010, puis un deuxième plan pour la période 2010-2015.

L'enquête menée en novembre 2014 pour les marchés passés en 2013 montre que 6,7 % des marchés de 90 000 euros hors taxe et plus comportaient une clause environnementale et 6,1 % une clause sociale. Ces résultats sont assez faibles, même s'ils sont en amélioration par rapport à la période antérieure (2,6 et 1,9 %).

Un troisième plan d'action a donc été présenté pour la période 2015-2020, avec pour objectif que 25 % des marchés passés au cours de l'année comprennent au moins une disposition sociale, et 30 % au moins une disposition environnementale ; que 100 % des marchés fassent l'objet d'une analyse approfondie ; que 60 % des organisations publiques soient signataires de la charte pour l'achat public

durable ; et enfin, que 100 % des produits et services achetés par les organisations publiques soient des produits à haute performance énergétique.

Le plan national publié par le ministère de la Transition écologique et solidaire met en œuvre 11 chantiers pour développer la pratique des achats publics durables.

Ces 11 chantiers sont orientés autour de trois axes.

- Le premier axe consiste à mobiliser les décideurs avec trois chantiers : rappeler les obligations de faire appliquer, inciter les décideurs à repenser le processus achat de leur organisation et montrer les réussites et les avantages pour donner envie de développer les achats durables.

Ces trois chantiers se proposent de mettre en œuvre un certain nombre d'outils : lettres, plaquettes, guides, argumentaires, chartes, conventions d'engagement.

- L'axe 2 consiste à accompagner les acheteurs avec cinq chantiers :

- étudier les conditions juridiques et techniques de certains sujets nouveaux ou complexes, sensibiliser les agents au développement durable et achat public durable ;
- soutenir et développer la formation des acheteurs publics et l'achat public durable ;
- développer les réseaux d'acheteurs publics permettant de développer les bonnes pratiques sur l'achat public durable ;
- améliorer la plateforme et le site Internet national dédiés à l'achat public durable ;
- et enfin, mettre à disposition des outils pour les acheteurs publics.

Ces outils consistent en des publications, guides, critères, de fiches d'achat par famille d'achat, de cartographies et d'annuaires, de kits de mobilisation, des comparateurs en ligne, de documents supports disponibles en ligne.

- Enfin, le troisième axe concerne la prise en compte des progrès réalisés avec deux chantiers :

- piloter le dispositif dans une perspective d'amélioration continue ;
- impliquer les parties prenantes notamment en intégrant les objectifs et indicateurs APD dans les rapports de développement durable des collectivités locales ou dans les stratégies d'achats durables des ministères.

III. L'ÉMERGENCE DE RÈGLES DE DROIT |||||

La traduction juridique, dans des règles propres aux marchés publics, des achats durables ou responsables s'est faite progressivement au niveau européen comme au niveau national.

Au niveau européen, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ne fait qu'une part très modeste aux marchés publics durables.

Si plusieurs références figurent dans les considérants à la communication du 3 mars 2010 intitulée « *Europe 2020 et stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive* », il est précisé (considérant 41) qu'aucune disposition de directives n'empêche d'imposer d'appliquer les mesures nécessaires à la protection de l'ordre public, de la moralité, de la sécurité publique, de la santé de la vie humaine ou animale, la préservation des végétaux ou d'autres mesures environnementales, en particulier dans l'optique du développement durable, et si un certain nombre de dispositions vise le développement durable en général, aucune disposition de la directive ne vise en particulier l'obligation pour les marchés publics de s'inscrire dans le développement durable.

Le seul point important est la référence au cycle de vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service qui s'inscrit incontestablement dans l'idée de durabilité.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est un peu plus prolixe.

L'article 2 rend possible la prise en compte des objectifs de développement durable.

Le décret du 25 mars 2016 contient un article 1825 qui modifie dans le Code de l'urbanisme les dispositions relatives aux concessions d'aménagement ; il introduit une référence spécifique à propos des critères d'attribution des concessions d'aménagement, à la prise en considération du respect des exigences de développement durable exprimées par la personne publique, notamment en matière de qualité architecturale, de performance environnementale, de mixité sociale et de diversité des fonctions urbaines.

L'ordonnance du 26 novembre 2018 portant la partie législative du Code de la commande publique est plus innovante. Elle introduit notamment une disposition nouvelle, l'article L. 2111-3 qui définit un schéma de promotion des achats responsables.

Cet article précise, sous le titre schéma de promotion des achats responsables : « *Les collectivités territoriales et les acheteurs publics soumis au présent Code dont le statut est fixé par la loi adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables lorsque le montant total annuel de leurs achats est supérieur à un montant fixé par voie réglementaire.*



« Cette politique d'achat durable et responsable aboutira lorsque les outils économiques favorisant la durabilité, la responsabilité seront mis en place »

Ce schéma rendu public détermine les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle des travailleurs handicapés ou défavorisés et des éléments de caractère écologique ainsi que les modalités de mise en œuvre et suivi annuel de ces objectifs. Ce schéma contribue également à la promotion d'une économie circulaire.

Cette disposition devrait apporter une évolution de la commande publique dans sa dimension durable. La mise en place du schéma de promotion des achats publics durables et responsables permettra une véritable stratégie d'achat public durable pour les collectivités locales.

IV. LES QUESTIONS EN SUSPENS |||||

Reste toutefois à résoudre les questions plus pratiques. L'administration a essayé d'anticiper en mettant en place une plateforme spécifique, la plateforme raid dont l'objectif est de mettre en réseau les acheteurs publics qui mettent en œuvre les achats durables.

Cependant, d'autres points devront être résolus pour permettre effectivement un développement massif des achats responsables.

Le rapport remis en 2015 à Madame Ségolène Royal et intitulé "L'économie du monde" (consultable sur le site du MENE (Mouvement des Entrepreneurs de la Nouvelle Economie) : lemene.org) soulignait le fait que les solutions trop innovantes et les nouvelles technologies étaient souvent exclues et les offres vertes n'étaient pas favorisées car elles étaient considérées comme rendant l'acte d'achat

juridiquement risqué. En effet, les garanties en particulier sur le plan assurantiel ne pouvaient être données dans un certain nombre de cas ; de plus, même lorsqu'un avis technique n'est pas, sur le plan réglementaire, indispensable, le coût des sociétés de contrôle et d'assurance est tel que les PME ne peuvent davantage y accéder. Par exemple, des matériaux innovants, et particulièrement les matériaux bios sourcés, se heurtent à de profondes difficultés. En conséquence, il serait souhaitable que des mécanismes de garantie spécifique puissent se mettre en place, et en particulier, comme le proposait le rapport précité, mettre éventuellement en place un dispositif de garantie pour les achats responsables et durables qui seraient soumis à des difficultés particulières.

Mais surtout, cette politique d'achat durable et responsable aboutira lorsque les outils économiques favorisant la durabilité, la responsabilité seront mis en place. En effet, pour que les collectivités publiques, dont les fonds sont de plus en plus restreints, aient recours à des achats responsables, il faut aussi qu'elles y aient un intérêt économique et financier. Or, tant que les externalités négatives n'auront pas été internalisées et que les prix des produits et des services ne refléteront pas la réalité des coûts supportés, par ailleurs, par les collectivités en raison de ces produits et de ces services, c'est-à-dire en réalité tant qu'il n'y aura pas de vérité écologique et sociale des prix, les politiques d'achat durable et responsable ne pourront que restées limitées.

Mais ce sujet est d'une autre nature et d'une envergure bien plus considérable. Il devra néanmoins un jour ou l'autre être traité.

De pouvoir adjudicateur à acheteur public : la commande publique s'imprègne des techniques d'achat de la sphère privée



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Sous l'impulsion des directives européennes de 2014*, le législateur et le pouvoir réglementaire français sont intervenus pour modifier les contours du droit applicable à la commande publique, en ce compris les marchés publics et les concessions de service public.

Ce droit, en évolution constante, a connu de réelles modifications au cours de ces dernières années. Le vocable « *pouvoir adjudicateur* », déjà utilisé dans les Codes des marchés publics antérieurs, a toujours sa place au sein du nouveau Code de la commande publique qui s'appliquera au 1^{er} avril 2019. Mais à ses côtés, le terme d'acheteur est également mis en avant. D'ailleurs, l'article L. 1210-1 du Code de la commande publique définit cette notion : « *Les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent Code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.* »

La commande publique se professionnalise à travers cette notion d'acheteur et tend de plus en plus à s'imprégner des techniques d'achat de la sphère privée. Si cette évolution doit nécessairement s'accompagner d'un changement des mentalités et des pratiques, la rédaction du nouveau Code de la commande publique devrait y concourir. En effet, ce sont bel et bien les contours d'une commande publique performante

qui y sont dessinés (I), et ce dans un but évident : une gestion optimisée des deniers publics (II).

I. UNE COMMANDE PUBLIQUE PERFORMANTE... ||||| LE DÉVELOPPEMENT DE LA TECHNIQUE DE « SOURCING » CHEZ LES ACHETEURS PUBLICS

Un achat performant est, avant toute chose, un achat pensé en amont, réfléchi et déterminé.

À cet effet, l'acheteur doit apporter une attention toute particulière à la définition de son besoin. Cet exercice parfois complexe sera néanmoins le

des administrations publiques. Si cette technique n'a pas été découverte en 2016, il n'empêche que sa mise en œuvre dans la commande publique et sa maîtrise par les acheteurs publics restaient timides.

Cette technique consiste à se renseigner en amont sur un besoin, ses caractéristiques techniques, ou encore son coût. Par suite, il est alors plus simple de rédiger les pièces de marché et les critères de sélection des offres, puisque l'acheteur a un besoin qu'il a pu identifier et déterminer : la pratique du « *sourcing* »

« La commande publique se professionnalise à travers cette notion d'acheteur et tend de plus en plus à s'imprégner des techniques d'achat de la sphère privée ».

gage d'une demande comprise par les entreprises consultées, à laquelle elles seront davantage en capacité d'apporter une réponse adaptée. Aux termes de l'article 4 du décret 2016-306 relatif aux marchés publics, et « *afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ». Cet article valide une pratique bien connue des acheteurs privés : le « *sourcing* » ou « *sourçage* », qui peinait à se mettre en œuvre au sein

concourt à une meilleure visibilité de l'achat. Partant, la qualité des offres s'en trouvera également améliorée, tant sur le plan technique que financier ; il est bien plus simple pour une entreprise de répondre à un marché public quand le besoin est clairement déterminé.

DES LIMITES AU « SOURCING », PROPRES À LA COMMANDE PUBLIQUE

Seule limite au développement de cette pratique, le respect des règles de la commande publique et plus particulièrement de l'égalité de traitement entre les candidats. L'acheteur public doit

* - Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

veiller à ce que les entreprises consultées en amont de tout lancement de procédure ne soient pas pour autant avantagées dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence ou ne disposent pas d'informations dont les autres candidats ne disposeraient pas et qui leur procureraient un avantage. Il est alors rappelé que donner ou tenter de donner un avantage injustifié à un candidat, constitue un délit de favoritisme, pénalement sanctionné par l'article 432-14 du Code pénal, prévoyant une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros. Et c'est là toute la spécificité et la complexité du droit de la commande publique : s'imprégner des techniques d'achat performantes de la sphère privée tout en respectant ce carcan législatif et réglementaire qu'est le Code de la commande publique.

II. ...POUR UNE GESTION OPTIMISÉE DES DENIERS PUBLICS

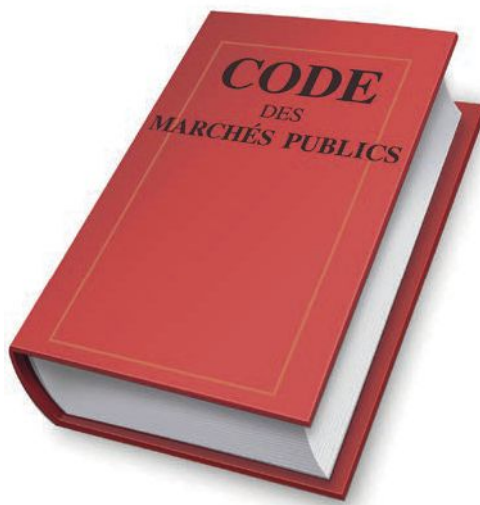
Le nouveau droit de la commande publique, codifié dans le Code de la commande publique, initié par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, eux-mêmes issus de l'impulsion du droit européen en la matière, confère davantage de latitude aux acheteurs publics concourant ainsi à des achats plus performants.

Si, comme il a été vu ci-dessus, de nouvelles clés ont été données aux acheteurs pour mieux définir leurs besoins, d'autres clés leur sont données en cours de procédure d'attribution des marchés publics. Le développement du recours aux techniques de négociation en est une. La négociation intégrée et développée dans le droit de la commande publique permet, avant l'attribution du marché public ou du contrat de concession, de faire évoluer les offres du candidat, sur le plan technique et/ou financier.

Car les négociations, souvent perçues comme des opérations menées afin d'obtenir un rabais sur les prix proposés, ont en réalité une utilité bien plus large. Bien utilisée, la négociation est un outil indispensable pour l'acheteur, tant sur le plan financier que technique : une négociation réussie n'est pas nécessairement synonyme de réduction. Il s'agirait d'une vision bien restrictive du pouvoir de la négociation qui devra toujours, pour être réussie, être gagnante/gagnante pour chacune des parties. Faire

évoluer une offre a également un intérêt sur le plan technique et peut se solder par une amélioration qualitative de l'offre initialement proposée. Un écueil à éviter néanmoins : cette phase de négociation ne doit pas conduire à la modification des offres de manière tellement importante que l'offre négociée s'apparenterait, en réalité, à une nouvelle offre. En d'autres termes, négocier une offre c'est la faire évoluer, mais ne pas la bouleverser.

Il faut également garder à l'esprit que cet outil ne saurait être utilisé, quel que soit le contrat concerné. En matière de contrats de concession (et de délégations de service public), le droit applicable et la pratique de cet instrument contractuel témoignent depuis de nombreuses années de l'importance de la place des négociations. La logique était toute autre en matière de marchés publics puisque les administrations n'y recouraient que de manière exceptionnelle, la négociation étant souvent méconnue ou assimilée à du marchandage.



Comme nous l'avons évoqué auparavant, une telle vision est bien éloignée de la réalité. Et pour aider les mentalités à évoluer et encourager à la pratique des négociations, le nouveau droit de la commande publique multiplie les possibilités de recours à cette technique tout droit venue du monde de l'entreprise. En matière de marchés publics, la négociation est autorisée dans les marchés à procédure adaptée, c'est-à-dire dans les marchés dont le montant (hors taxe et périodes de reconductions comprises) est inférieur au seuil des marchés publics européens. Le nouveau droit de la commande publique n'apporte rien sur ce plan puisque c'était déjà le cas auparavant.

Mais ce ne sont pas les seuls marchés qui peuvent être négociés, et c'est alors qu'émergent les apports du nouveau droit de la commande publique. En effet, et aux côtés des procédures adaptées, nous pouvons citer les marchés lancés selon une procédure concurrentielle avec négociation, prévus par l'article 25 du décret du 25 mars 2016, et qui peuvent être mis en œuvre dans quatre cas distincts : « (...) lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, lorsque le besoin consiste en une solution innovante, lorsque le marché public comporte des prestations de conception, lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent ». Une troisième procédure prévoit le recours aux négociations : les marchés publics négociés, mais sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans des cas strictement définis, notamment en cas d'urgence impérieuse ou en cas de relance d'une procédure infructueuse (aucune offre remise).

Il est alors bien évident que si les cas de recours aux négociations ont été renforcés, c'est parce qu'elles permettent une meilleure gestion des deniers publics. Que la négociation soit financière ou technique, elle permettra une dépense publique davantage justifiée. Elles représentent un véritable levier de la commande publique en ce qu'elles participent à l'amélioration du rapport qualité/prix des offres. Cet outil ne doit donc pas être négligé par les acheteurs publics, qui tendent de plus en plus à la mettre en œuvre.

En conclusion, la fonction achat des administrations se professionnalise, pour le plus grand bonheur des entreprises qui se trouvent face à des interlocuteurs avec lesquels elles partagent désormais certains vocables et techniques d'achats, et qui maîtrisent davantage les problématiques économiques et la réalité du marché. Malgré tout, la pratique doit encore s'intensifier, mais également s'accompagner d'une évolution des mentalités et des pratiques internes à l'administration. La locomotive est bien lancée, mais le trajet est encore long.

Nouvelles de l'intangibilité du décompte général et définitif dans les marchés publics de travaux



Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
ancien ATER à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

En droit des marchés publics, il convient de distinguer deux sortes de décomptes :

- le décompte provisoire, qui apparaît comme une phase de la relation contractuelle ;

- le décompte définitif, qui constitue la phase ultime de la relation contractuelle en figeant les droits et obligations des parties.

Eu égard à l'importance que revêt le décompte général définitif au regard des droits des parties, la jurisprudence administrative lui confère un caractère intangible, sauf fraude ou erreur matérielle (CE, Sect., 22 octobre 1965, *Commune de Saint-Lary*, Rec. CE, p. 22). Dès lors, une fois le décompte établi, les parties ne peuvent plus en contester le contenu. Seule reste la possibilité de contester le caractère définitif dudit décompte lorsque la procédure d'établissement n'a pas été respectée (CE, 25 juin 2018, *Société Merceron*, n° c417738, Rec. CE, T.).

Précisément, l'attention du maître d'ouvrage a été récemment attirée sur le respect de la procédure d'établissement du décompte par une décision du Conseil d'État. Dans cette affaire, il ressortait des stipulations du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable que le décompte général devait être notifié au titulaire du marché dans un délai de trente jours à compter de la réception par le maître d'œuvre ou le représentant du pouvoir adjudicateur de la demande de paiement final transmise par le titulaire du marché. En l'absence de notification dans le délai prescrit, le titulaire du marché était alors fondé à notifier au représentant du pouvoir adjudicateur, avec copie au maître d'œuvre, un projet de décompte général qui devenait définitif, faute pour le représentant du pouvoir adjudicateur de notifier au titulaire du marché le décompte général. En l'espèce,

le Conseil d'État juge qu'en l'absence de réponse du pouvoir adjudicateur dans le délai prescrit, le titulaire du marché pouvait se prévaloir d'un décompte général et définitif tacite, indépendamment du fait que les parties avaient signé un avenant au marché ayant eu pour effet de prolonger le délai d'exécution des travaux, dès lors que cet avenant n'avait pas pour objet de déroger aux stipulations du CCAG (CE, 25 janvier 2019, *Société Self Saint-Pierre-et-Miquelon*, n° 423331).

Cette décision implique deux séries de conséquences, en amont et en aval. En amont, il reste bien évidemment possible pour les parties de déroger au CCAG en prévoyant que le décompte général et définitif ne peut avoir de caractère tacite, évitant ainsi nombre de désagréments ultérieurs. En aval, compte tenu du caractère cristallisateur du décompte sur les droits et obligations des parties, il appartient évidemment à ces dernières de faire valoir, lors de l'établissement du décompte, l'ensemble des éléments susceptibles d'affecter lesdits droits et obligations.

Selon la formule jurisprudentielle aujourd'hui classique : « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties* » (CE, 8 décembre 1961, *Société Nouvelle Compagnie générale des travaux*, Rec. CE, p. 701 ; CE, 12 mai 1982, *SAPRR*, Rec. CE, p. 175 ; CE, 4 décembre 1987, *Commune de Ricamarie*, Rec. CE, p. 399 ; CE, 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne Atlantique*, Rec. CE, p. 206 ; CE, 2 avril 2004, *Société Imhoff*, Rec. CE, p. 149 ; CE, 20 mars 2013, *Centre*

hospitalier de Versailles, n° 357636, aux T). Il suit de là que le décompte définitif cristallise l'ensemble des droits des parties. Ceci a pour conséquence que toutes les créances contractuelles qui en sont absentes ne peuvent plus être réclamées et symétriquement, toutes celles qui ont été acceptées ne peuvent plus être contestées en toutes circonstances. Ainsi, il ne sera pas possible au maître d'ouvrage d'invoquer le principe, pourtant d'ordre public, selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas pour tenter de déroger au caractère intangible de décompte (CE, 14 décembre 1998, *SARL Levaux*, n° 171861, Rec. CE, T., p. 837) ni davantage la circonstance que des désordres seraient apparus postérieurement à l'établissement du décompte (CE, 19 novembre 2018, *INRSTEA* n° 408203).

En résumé, s'il apparaît au maître d'ouvrage que la responsabilité du cocontractant de l'administration est susceptible d'être engagée, il lui appartient donc soit de surseoir à l'établissement du décompte jusqu'à ce que sa créance y figure, soit d'assortir le décompte général de réserves, faute de quoi l'intangibilité du décompte fera obstacle à toute poursuite sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Restera seulement possible une action en responsabilité au titre de la garantie décennale ou de la garantie de parfait achèvement, si cette dernière est prévue au contrat.

Précisons également que l'intangibilité du décompte n'a d'effet qu'à l'égard des parties au contrat. Ainsi, lorsque l'une des parties à un marché de travaux a subi un préjudice imputable à la fois à l'autre partie, en raison d'un manquement à ses obligations contractuelles, et à d'autres intervenants à l'acte de construire au

titre de fautes quasi-délictuelles, elle peut demander au juge de prononcer la condamnation solidaire de l'autre partie avec les coauteurs des dommages. Toutefois, ces derniers ne peuvent être rendus solidairement débiteurs de sommes correspondant à des préjudices qui ne leur sont aucunement imputables non plus que de sommes figurant dans le décompte général ne présentant pas de caractère indemnitaire (CE, 27 juin 2018, *Société Eiffage Construction Midi-Pyrénées*, n° 409608).

Une interrogation subsiste enfin sur la possibilité d'isoler des éléments ayant vocation à entrer ou entrant dans le décompte général définitif.

En principe, eu égard au caractère cristallisateur du décompte général définitif, « ni le maître de l'ouvrage, ni son ou ses cocontractants ne peuvent demander la condamnation d'un des signataires d'un marché de travaux publics au paiement d'éléments destinés à entrer dans ce décompte et qui ne peuvent, comme il vient d'être dit, en être isolé » (CAA Lyon, 27 décembre 2000, *Ponceblanc*, n° 00LY0010, publié au Recueil Lebon).

Le Conseil d'État a pu néanmoins, s'agissant de la procédure de référé-provision, admettre que le maître de l'ouvrage soit contraint de verser au titulaire d'un marché de travaux une provision, au titre d'une obligation non sérieusement contestable lui incombant dans le cadre de l'exécution dudit marché en l'absence d'établissement du décompte général et définitif. Précisons qu'une telle solution repose essentiellement sur le caractère provisoire des mesures prononcées au titre de la procédure de référé-provision de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative (CE, 2 juin 2004, *Commune de Cluny*, n° 230729).

Le Conseil d'État admet également que l'existence de certains litiges partiels antérieurs à l'établissement du décompte général définitif puissent faire l'objet d'un règlement distinct de celui-ci. Ces litiges partiels peuvent tout d'abord être réintégrés lors de l'établissement du décompte général définitif et, par suite, réglés par le juge au fond en cas de contestation du dudit décompte (v. par exemple : CE 3 oct. 2008, *Société Etablissement Paul Mathis*, n° 256665). Un litige partiel peut également être réglé en amont par le juge du contrat avant l'établissement du décompte ou avant qu'il ne devienne définitif toutefois le poste du décompte général correspondant à cette réclamation partielle doit alors



« La cristallisation des droits et obligations des parties par le décompte général et définitif apparaît comme un prolongement naturel du principe de loyauté des relations contractuelles ».

correspondre au montant (ou à l'absence de montant) retenu définitivement par le juge du contrat, interdisant ainsi aux parties de présenter, dans le cadre d'un litige relatif au décompte général, une nouvelle réclamation sur ce point (CE 31 juill. 2009, *Société Campenon Bernard et autres*, n° 300729).

Néanmoins, ainsi que l'indiquait le rapporteur public Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Campenon Bernard et autres* : « (...) Indubitablement la réclamation partielle et immédiate permet de résoudre des problèmes de trésorerie créés par une difficulté d'exécution du marché que le système des avances et acomptes ne suffirait pas à effacer. Mais laisser se développer de tels litiges, le cas échéant sur un plan contentieux, même s'ils mettent à mal le principe d'unicité du décompte, n'implique pas que l'on doive renoncer à ce principe » (concl. sur CE, 31 juillet 2009, *Société Campenon Bernard et autres*, préc.).

Si le versement de provisions au titre de la procédure de référé-provision ou le règlement de litiges partiels avant l'établissement du décompte général définitif peut se comprendre, il ne saurait toutefois être envisagé une solution équivalente dans l'hypothèse où la mesure prise par le maître d'ouvrage a un impact

définitif sur la relation contractuelle, à l'instar d'une résiliation aux frais et risques du cocontractant de l'administration. Compte tenu de l'extrême gravité d'une telle mesure de résiliation qui met fin aux relations contractuelles, celle-ci implique nécessairement l'établissement d'un décompte général et définitif. À notre sens, il n'apparaît pas possible pour le maître d'ouvrage de réclamer avant l'établissement dudit décompte une créance contractuelle en cours d'exécution du contrat qui concernerait de manière globale l'exécution du contrat dès lors, d'une part, qu'une telle créance ne peut être assimilée à un litige partiel et, d'autre part, que la décision qui serait prise par le juge ne présenterait aucun caractère provisoire. En effet : une telle action aurait pour effet de méconnaître totalement le principe d'unicité du décompte général définitif.

En conclusion, la cristallisation des droits et obligations des parties par le décompte général et définitif apparaît comme un prolongement naturel du principe de loyauté des relations contractuelles dès lors qu'il engage les parties à consigner – en principe de manière contradictoire – la réalité de leur relation contractuelle à l'occasion de la fin de cette relation et de conserver ainsi intacte jusqu'au bout la loyauté entre les parties au contrat.

La liberté contractuelle des personnes publiques n'a pas de prix, mais la résiliation a un coût



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Cabinet Huglo Lepage Avocats

Historiquement consacrée par le Code civil et les théories privatistes du droit des contrats, la liberté contractuelle a peu à peu pris sa place dans la sphère contractuelle publique. Mais il ne faut pas croire pour autant que la liberté contractuelle répond à une définition uniforme et applicable sans aménagement, aussi bien dans la sphère privée que dans la sphère publique. La réalité est d'ailleurs parfaitement contraire.

Si la liberté contractuelle des personnes privées repose essentiellement sur la théorie de l'autonomie de la volonté et du fait que l'origine de l'obligation contractuelle est la seule volonté des parties, il en va bien différemment pour les personnes publiques, personnes morales animées par l'intérêt général et la mise en œuvre d'une mission de service public.

Partant, il est bien aisé de comprendre que si une liberté contractuelle certaine est reconnue depuis quelques années aux personnes publiques par la haute juridiction administrative (I), le principe n'en demeure pas moins confronté à la réalité du droit des contrats publics (II).

I. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES : UN PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT

Le principe de liberté contractuelle des personnes publiques émane d'une œuvre prétorienne du juge administratif. Et c'est le Conseil d'État lui-même qui lui a conféré une valeur de principe général du droit¹, dans une célèbre décision « *Société Borg Warner* », en date du 28 janvier 1998. C'est dire alors l'importance que revêt la liberté contractuelle, y compris des personnes publiques.

Mais cette liberté n'est pas sans limites pour les personnes publiques. En réalité, deux limites fondamentales témoignent de la spécificité de leur liberté contractuelle.

En premier lieu, le champ d'action contractuel des personnes publiques est limité par leur domaine de compétences. En effet, et quand bien même ces personnes morales disposent



d'une liberté contractuelle, il ne saurait pour autant être envisagé qu'elles contractent en dehors de leurs domaines d'intervention et de leurs champs de compétence. Leur action étant limitée territorialement et en fonction des matières, leur domaine d'action contractuelle s'en trouve tout autant délimité.

En deuxième lieu, les personnes publiques sont soumises aux règles de la commande publique. En effet, et dans la mesure où les contrats des personnes publiques répondent à un intérêt général et mobilisent des deniers publics, des règles particulières doivent être observées tout au long de la phase contractuelle : de la naissance même du besoin justifiant le recours au contrat, jusqu'à la parfaite exécution des obligations qu'il renferme.

Ces limites à la liberté contractuelle consacrée par des dispositions législatives distinctes, ne doivent pas être négligées, et ce d'autant que le juge administratif veille à leur bonne application.

II. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES CONFRONTÉE À LA RÉALITÉ DU DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Reconnaître une liberté contractuelle aux personnes publiques ne saurait signifier pour autant qu'elles disposent de toute latitude pour agir en matière contractuelle. Avant toute chose, la formation du contrat, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession, est encadrée par les règles de la commande publique. Le Code de la commande publique qui s'appliquera au 1^{er} avril 2019 permettra d'avoir une compilation de l'ensemble de ces règles dans un seul et même document.

Mais si la liberté de contracter des personnes publiques est encadrée par leurs domaines d'actions, leur compétence territoriale et les règles de la commande publique, leur liberté de mettre fin à un contrat est tout autant encadrée (A) et n'est pas sans conséquences financières (B).

1) CE, Sect. 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, req. numéro 138650, Lebon. p. 20 ; AJDA, 1998, p. 287.

A. LA RÉSILIATION DU CONTRAT PAR LA PERSONNE PUBLIQUE

Différentes sources législatives et réglementaires prévoient les cas de résiliation d'un marché public ou d'une concession.

Tout d'abord, les ordonnances de 2015 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession² prévoient que la résiliation du contrat pourra intervenir dans trois hypothèses : la modification irrégulière du contrat initial, la résiliation en raison d'un manquement constaté par la Cour de justice de l'Union européenne, et enfin, le cas dans lequel le titulaire du contrat se retrouve en situation d'interdiction de soumissionner à un contrat de la commande publique.

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) prévoient, quant à eux, d'autres cas de résiliation, en distinguant la résiliation pour événements extérieurs au marché, la résiliation pour événements liés au marché, la résiliation pour faute du titulaire, ou encore la résiliation pour motif d'intérêt général.

À défaut, le contrat peut s'émanciper des règles contenues dans le CCAG applicable en y dérogeant expressément et en rédigeant une clause de résiliation particulière.

l'une envers l'autre, et d'autre part, le juge administratif sanctionne la résiliation de ce contrat par la reconnaissance d'un droit à indemnisation pour le titulaire du contrat résilié⁴.

Et les pouvoirs du juge administratif sont encore plus étendus dans le domaine du contentieux de la résiliation. Aussi, est-il de jurisprudence constante que le juge administratif dispose d'un pouvoir d'annuler une décision de résiliation d'une personne publique, décidant alors de replacer les parties dans une situation de reprise des relations contractuelles.

Cette incursion du juge dans les relations contractuelles entre les parties est, fort heureusement, encadrée et limitée à des cas particuliers, notamment d'illégalité de la décision de résiliation. Il est bien évident que le juge administratif doit utiliser avec une extrême prudence, cette faculté qui se heurte de manière frontale à la liberté contractuelle de la personne publique, mais également de son cocontractant. En effet, imposer à des parties la reprise des relations contractuelles n'est pas de nature à créer un climat de confiance entre les parties. Pourtant, la confiance n'est-elle pas une des bases des relations contractuelles ?

« Reconnaître une liberté contractuelle aux personnes publiques ne saurait signifier pour autant qu'elles disposent de toute latitude pour agir en matière contractuelle ».

Dès lors, la liberté contractuelle implique une liberté de mettre fin au contrat. Malgré tout, la sécurité juridique et la loyauté des relations contractuelles posent de strictes limites à la résiliation d'un contrat public. Une procédure particulière doit alors être observée, en fonction du motif de la résiliation et des stipulations contractuelles applicables. À titre d'illustration, la décision de résiliation doit faire l'objet d'une mise en demeure préalable lorsqu'elle intervient pour faute du titulaire et ce d'autant lorsqu'elle est prononcée aux frais et risques du cocontractant défaillant³. Par ailleurs, cette décision doit être motivée sur le fondement de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs.

Le juge administratif considère d'ailleurs que dans certains cas, la résiliation ouvre un droit à indemnisation pour le titulaire du contrat remercié. Partant, cette faculté de rompre les engagements contractuels doit être utilisée avec parcimonie.

B. LES CONSÉQUENCES DE LA RÉSILIATION

La résiliation d'un contrat n'est pas neutre, et ce à plusieurs égards. D'une part, elle met fin à une relation entre deux parties qui s'étaient engagées

En conclusion, la liberté contractuelle des personnes publiques doit s'articuler avec le principe de loyauté des relations contractuelles et la sécurité juridique de l'instrument contractuel. Faire un contrat ou le défaire n'est pas dénué de conséquences et le législateur encadre chacune de ces phases.

Si une personne publique dispose d'une liberté contractuelle, cette liberté se trouve largement encadrée par les règles de la commande publique : le choix du cocontractant est encadré dans le respect notamment des règles de publicité et de mise en concurrence. De la même manière, mettre fin au contrat est encadré : la liberté contractuelle de la personne publique ne saurait lui permettre de mettre fin à un contrat sans motif ou sans avoir à en supporter des conséquences sur le plan financier, et donc sur les deniers publics.

Dès lors, s'il est bien évident que la liberté contractuelle des personnes publiques n'a pas de prix, la résiliation d'un contrat a quant à elle, un coût qui ne doit pas être négligé.

2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

3) CAA Lyon, 22 avril 2010, n° 08LY01996.

4) CE, 26 mars 2018, n°401060 ; CE, 26 mars 2018, n°401060 ; CAA Bordeaux, 1^{er} septembre 2017, n° 17BX01327



AFFIC ET CCI PARIS ÎLE-DE-FRANCE

PACTE : quelles opportunités pour les entreprises françaises ?

29 mars 2019

Tribunal de commerce de Paris

1, quai de la Corse 75004 Paris

Renseignements : 01 44 32 83 54

affic@wanadoo.fr

www.cci-paris-idf.fr/etudes/actualites

2019-3185

BARREAU DE PARIS

Les chambres internationales du tribunal de commerce et de la cour d'appel, nouveau terrain de jeu pour les praticiens de l'arbitrage

1^{er} avril 2019

Salle Haute de la Bibliothèque

Palais de justice – île de la Cité

4, boulevard du Palais 75001 Paris

Renseignements : 01 80 27 15 24

international@avocatparis.org

www.avocatparis.org/ma-formation/agenda-des-evenements

2019-3187

AMITIÉS SAVOYARDES

Mazarin, sauveur de la Savoie ? La géopolitique française dans les Alpes au Grand Siècle

2 avril 2019

Assemblée Nationale

101, rue de l'Université 75007 Paris

amities.savoyardes@gmail.com

2019-3163

ASSOCIATION NATIONALE DES JURISTES DE BANQUE

Nouveau contrat-cadre ISDA de droit français : Partie émergée de l'iceberg ?

2 avril 2019

Salons du Cercle de l'Union Interalliée

33, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 Paris

Renseignements : Cendrine Schoeters 01 58 13 07 20

cendrine.schoeters@hsbc.fr

2019-3175

CONSEIL D'ÉTAT

4^e conférence du cycle sur le sport : l'État, les collectivités territoriales et le sport

3 avril 2019

Conseil d'État

Salle d'assemblée générale

1, place du Palais Royal 75001 Paris

Renseignements : 01 72 60 58 31

ste-colloques@conseil-etat.fr

www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Cycle-de-conferences-le-sport

2019-3166

La commande publique sous l'œil du juge pénal

Actualité jurisprudentielle



Benoît Denis,
Avocat à la Cour



Valérie Saintaman,
Avocate à la Cour



Marie Ollivier,
Élève-Avocate EFB

Les règles de la commande publique, nombreuses et rigoureuses, peuvent conduire les agents publics à répondre de leurs actes devant les juridictions pénales.

S'informer des rigueurs de la jurisprudence permet dans une certaine mesure de se prémunir du risque répressif en la matière.

Au cours de l'année 2018, plusieurs décisions rendues par la Chambre criminelle de la Cour de cassation sont venues préciser les conditions de mise en œuvre des infractions phares en matière de commande publique que sont le favoritisme, la prise illégale d'intérêts, la corruption et le trafic d'influence.

Avant d'analyser la portée de ces décisions, il convient de rappeler brièvement les éléments constitutifs de ces infractions qui, pour comporter des points de convergence, n'en obéissent pas moins à des régimes distincts.

I. LES INFRACTIONS PHARES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les infractions pertinentes figurent au Chapitre II du Titre III du Livre IV du Code pénal, intitulé « Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique ».

La Section III concerne plus particulièrement les « manquements au devoir de probité ». Ces infractions postulent une condition préalable : la qualité particulière de leur auteur.

Le favoritisme, la prise illégale d'intérêts, la corruption et le trafic d'influence présentent en effet la caractéristique commune d'être commise par des agents publics qui, dans le cadre de leurs fonctions, s'écartent du droit chemin alors qu'ils sont les garants de la probité publique.

Ainsi, pour le délit d'atteinte à l'égalité d'accès aux marchés publics, couramment appelé délit de favoritisme, l'article 432-14



du Code pénal vise la « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales* » ou la « *personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* ».

Ce délit n'a vocation à être commis que dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat de concession, ce qui en réduit le champ d'application.

À l'inverse, les infractions de corruption passive, trafic d'influence et de prise illégale d'intérêts, respectivement prévues aux articles 432-11 et 432-12 du Code pénal, ont vocation à sanctionner plus largement la « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de*

service public ou par une personne investie d'un mandat électif public ».

Sur le fond, la prise illégale d'intérêts réprime le mélange des genres ou plus précisément les situations dans lesquelles un agent public a simultanément la qualité d'examineur et celle d'examiné, révélant un conflit entre l'intérêt public et ses intérêts privés.

Est ici sanctionné le fait de « *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

La corruption, quant à elle, réprime le plus haut degré d'atteinte à la probité.

Elle est dite « passive » lorsqu'un agent public est poursuivi pour avoir passé un « *pacte de corruption* » avec un tiers aux termes duquel il a accepté ou sollicité « *des offres, des promesses, des dons, des*

présents ou des avantages quelconques » en contrepartie d'un acte ou d'une abstention de sa part.

Elle est dite « active » lorsqu'une personne privée est poursuivie pour avoir proposé ou agréé à la demande d'un agent public la fourniture desdites « offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques » en échange d'un acte ou d'une abstention de l'agent public.

Proche du délit de corruption passive, le trafic d'influence est d'ailleurs prévu et réprimé par le même texte (article 432-11 du Code pénal).

Il en diffère néanmoins par le fait que l'agent public coupable de trafic d'influence ne dispose pas personnellement du pouvoir d'agir, mais monnaie son influence auprès de ceux de ses collègues qui disposent de ce pouvoir.

On reviendra plus précisément sur les décisions rendues par la Cour de cassation sous ces différentes qualifications.

II. LE DÉLIT DE FAVORITISME : DÉLIT TOPIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A. LA COUR DE CASSATION EST VENUE PRÉCISER L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE CETTE INFRACTION PAR UN ARRÊT DU 12 SEPTEMBRE 2018¹

Dans cette affaire, le directeur général d'un Centre Hospitalier Universitaire (CHU) avait fait réaliser des travaux dans son logement de fonction par un cabinet d'architectes qu'il avait lui-même contacté avant d'entrer en poste, et ce, sans aucune procédure de publicité ni de mise en concurrence.

Il avait, en outre, mis en place un « fractionnement artificiel de l'opération » en ayant recours à différents bons de commande, émis et payés par la direction du CHU, mais qu'il s'était gardé de signer personnellement.

Cette circonstance n'était cependant pas de nature à l'exonérer.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme ici sa jurisprudence en considérant que le « pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marché » suffit à caractériser l'élément matériel du délit.

Cette conception rapproche ainsi le délit de favoritisme du trafic d'influence dans lequel l'agent public ne dispose pas personnellement du pouvoir d'accomplir l'acte de l'Administration objet du délit.

Le critère étant celui du « pouvoir d'intervention » de l'agent public dans la

décision d'attribution du marché public, il est nécessaire d'apprécier *in concreto* l'influence exercée par l'agent sur les actes de la commande publique.

Au cas d'espèce, l'agent public est d'autant plus réprimé qu'il est personnellement condamné à indemniser la partie civile nonobstant l'existence d'un lien des agissements délictueux avec le service :

« les Juges du fond ne sauraient, pour entrer en voie de condamnation, s'abstenir d'identifier le comportement fautif et la règle de droit, qu'il est reproché à l'agent public d'avoir enfreint ».

« Attendu que pour condamner le prévenu à payer des dommages-intérêts au CHU de Caen, partie civile, l'arrêt énonce notamment que le demandeur, qui n'a agi sciemment que dans son intérêt personnel en contournant les règles des marchés publics afin d'éviter toutes les instances de contrôle, est parvenu à faire financer sur les deniers publics des travaux de pure convenance dans son logement de fonction ; que les juges ont ensuite évalué le préjudice matériel du CHU à la somme de 355 733 euros correspondant à l'appauvrissement de celui-ci qui n'a pu disposer de cette somme pour l'affecter à d'autres dépenses, et son préjudice moral à la somme de 10 000 euros à raison du discrédit jeté sur l'établissement en raison des agissements délictueux de son directeur ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que les fautes commises par Monsieur X..., même non dépourvues de tout lien avec le service, constituent des manquements volontaires et inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologique, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir d'apprécier souverainement, dans la limite des conclusions des parties, l'indemnité propre à réparer le dommage né de l'infraction. »

B. CETTE APPROCHE RÉPRESSIVE N'EST CEPENDANT PAS EXCLUSIVE D'UNE APPLICATION STRICTE DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ AU BÉNÉFICE DES PRÉVENUS, DONT UN ARRÊT RENDU LE 5 DÉCEMBRE 2018² PAR LA CHAMBRE CRIMINELLE DONNE UNE NOUVELLE ILLUSTRATION

Par cet arrêt, la Cour de cassation censure les Juges du fond ayant omis de caractériser « l'acte commis par le prévenu contraire aux dispositions législatives et réglementaires

ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ».

En l'occurrence, les Juges de la cour d'appel de Papeete avaient péché par imprécision et fait les frais de la complexité inhérente au droit de la commande publique, complexité renforcée par la nécessaire application du droit propre à la Polynésie française :

« Mais attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que la majeure partie des factures visées à la prévention étaient fictives comme se référant à des travaux intégrés dans le marché public initial conclu après appel d'offres et déjà réglés, et alors que les travaux mensongers énumérés dans ces factures, identiques à ceux déjà acquittés, ne pouvaient faire l'objet d'une seconde mise en concurrence puisque déjà actés, la cour d'appel, qui n'a pas fait le départ entre celles-ci et celles dont elle a observé, sans les préciser, qu'elles auraient dû faire l'objet d'une mise en concurrence, ni déterminer si leur montant global obligeait au respect de la procédure d'appel d'offres en vigueur en Polynésie française avant le 1^{er} novembre 2008 et à la conclusion d'un marché distinct du premier ou d'un avenant exclusif ou non de mise en concurrence, et qui n'a ainsi pas caractérisé l'acte commis par le prévenu contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, n'a pas justifié sa décision. »

Sans poser de principe, la Haute Juridiction confirme ainsi que les Juges du fond ne sauraient, pour entrer en voie de condamnation, s'abstenir d'identifier le comportement fautif et la règle de droit, qu'il est reproché à l'agent public d'avoir enfreint.

C. UN AUTRE ARRÊT RENDU LE 19 DÉCEMBRE 2018³ EST VENU QUANT À LUI TRANCHER LA QUESTION DE SAVOIR SI UNE PERSONNE MORALE PEUT SE RENDRE COUPABLE DU DÉLIT DE FAVORITISME, À L'ÉGAL D'UNE PERSONNE PHYSIQUE CHARGÉE D'UNE MISSION DE SERVICE PUBLIC

Dans cette affaire, un syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) était poursuivi pour avoir conclu deux

1) Cass. Crim. 12 sept. 2018, n° 17-83.793.

2) Cass. Crim. 5 déc. 2018, n° 17-86.798.

3) Cass. Crim. 19 déc. 2018, n° 18-813.28.

marchés publics sans respecter les règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le SIVOM, qui « a pour objet la réalisation et la gestion de l'alimentation en eau potable et du réseau d'assainissement de l'agglomération de Sagone, est chargé directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, et revêt ainsi la qualité de personne chargée d'une mission de service public au sens des articles [...] 432-14 du Code pénal ». Le simple fait de concourir activement à un but d'intérêt général semble donc conférer la qualité exigée par la lettre du texte réprimant le délit de favoritisme.

Néanmoins, en l'espèce, la condition générale posée à l'article 121-2 du Code pénal n'était pas remplie. On rappellera en effet que « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Or, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Par application du droit commun de la responsabilité pénale, la qualité de la personne morale ne suffit donc pas à caractériser l'infraction : encore faut-il que les actes reprochés soient commis à l'occasion d'activités « susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public ».

III. PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS, CORRUPTION ET TRAFIC D'INFLUENCE

A. IL EST ACQUIS QUE L'ÉGALITÉ D'ACCÈS ENTRE LES CANDIDATS PEUT ÊTRE MISE À MAL LORSQU'UN AGENT PUBLIC CONFOND SES INTÉRÊTS PRIVÉS AVEC L'INTÉRÊT PUBLIC DONT IL A LA CHARGE À L'OCCASION DE L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

Une illustration d'un tel mélange des genres nous est donnée par un arrêt du 5 avril 2018⁴.

Dans cette affaire, une commune ayant décidé de céder un terrain afin d'y construire un éco-quartier, un jury, présidé par le maire, est constitué afin de choisir le candidat. Or, il s'avère que le dirigeant de la société qui sera retenue était un ami de longue date du maire.

Condamné pour prise illégale d'intérêts, ce dernier allègue à l'appui de son pourvoi que le lien d'amitié avec le candidat sélectionné ne saurait constituer « l'intérêt quelconque » caractéristique de cette infraction.

La Cour de cassation approuvant la décision des Juges du fond, a considéré au contraire que « l'existence d'un lien d'amitié [est] constitutif de l'intérêt quelconque au sens de l'article 432-12 du Code pénal ».

Par cet arrêt, elle confirme ainsi sa jurisprudence selon laquelle « l'intérêt quelconque » de l'agent public peut être constitué par un intérêt moral, tel celui qui peut naître dans le cadre d'une relation amicale.

B. ENFIN, UN ARRÊT RENDU LE 27 JUIN 2018⁵ ILLUSTRÉ LE CONCOURS DE QUALIFICATIONS AUQUEL DONNENT FRÉQUEMMENT LIEU LES POURSUITES PÉNALES EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

Dans cette affaire, le délit de corruption était en effet visé aux côtés de la prise illégale d'intérêts, du recel de détournement et soustraction de biens publics commis par une personne dépositaire de l'autorité publique, du blanchiment et du trafic d'influence.

Un maire avait demandé à des promoteurs ou agents immobiliers la remise de sommes en liquide contre, entre autres, l'obtention de permis de construire ou de procéder à l'achat d'œuvres d'art et de les laisser à sa disposition, afin qu'il se comporte en propriétaire de ces œuvres.

Saisie d'une demande de restitution desdites œuvres, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, est venue incidemment rappeler sa jurisprudence selon laquelle l'infraction de corruption active est caractérisée dès lors que le pacte de corruption est conclu, peu important que l'acte ou l'abstention promis ne se soit pas réalisé par la suite.

Par les différentes décisions commentées, la Cour de cassation conforte ainsi le caractère répressif de sa jurisprudence, laquelle doit sans aucun doute inciter les agents publics au scrupuleux respect des règles de la commande publique.

2019-4605

4) Cass. Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.912.
5) Cass. Crim. 27 juin 2018, n° 16-86.256.

Brèves

VAL-DE-MARNE

Le préfet de Villejuif saisi pour « anomalie de procédure »

Une dizaine d'élus de l'opposition de Villejuif (ex-UDI, ex-PS, LREM, EELV, FI) ont saisi le préfet le 15 février dernier, pour dénoncer la mise à l'ordre du jour d'un concours de maîtrise d'œuvre à 7,2 millions d'euros pour un projet de gymnase sur les terrains cédés par l'hôpital psychiatrique Paul Guirard. Dans une lettre, ils dénoncent une « grave anomalie de procédure de la commande publique dans le cadre de l'organisation d'un concours restreint de maîtrise d'œuvre pour la construction d'un équipement public ». Selon eux, « aucune présentation préalable au conseil de ce programme d'équipement public » n'a été effectuée. « Les marchés publics se doivent de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Le cabinet du maire a, pour sa part, démenti toute irrégularité.

HAUTS-DE-SEINE ET YVELINES

Commande publique unifiée : à la rencontre des fournisseurs

Le 15 février dernier, les départements des Hauts-de-Seine et des Yvelines ont organisé leur première réunion commune d'information sur les futurs marchés de travaux des deux Départements, à La Seine Musicale (Boulogne-Billancourt). À cette occasion, les entreprises ont pu échanger avec les directions métiers et les acheteurs de la commande publique. Ces rencontres, préalables au lancement des consultations, permettent d'être à l'écoute des fournisseurs, d'identifier les entreprises innovantes, de mieux préciser les besoins, les modalités de candidature et le calendrier prévisionnel des consultations. Tous les participants ont salué cette initiative qui reflète la volonté des deux Départements de s'ouvrir sur le monde économique.

ÎLE-DE-FRANCE

Vers des marchés publics plus responsables

La région Île-de-France s'engage dans une politique de commande publique responsable. Alors qu'elle vient de voter sa nouvelle stratégie Achats responsables, elle était en 2017., comme 1 800 autres organisations, elle est la deuxième région française après Centre-Val de Loire a signé la Charte « Relations fournisseurs et achats responsables » qui « vise des rapports durables et équilibrés avec ses fournisseurs, et un meilleur respect des délais de paiement à leur égard ». Également engagée dans la dématérialisation des procédures, elle a participé à la création de *Maximilien.fr*, la plateforme initiée en 2013, rassemblant l'ensemble des marchés publics d'Île-de-France. « Aujourd'hui, la réponse électronique est obligatoire pour l'ensemble des marchés lancés par la Région » assure-t-elle.

ÎLE-DE-FRANCE

La Région championne de la commande publique

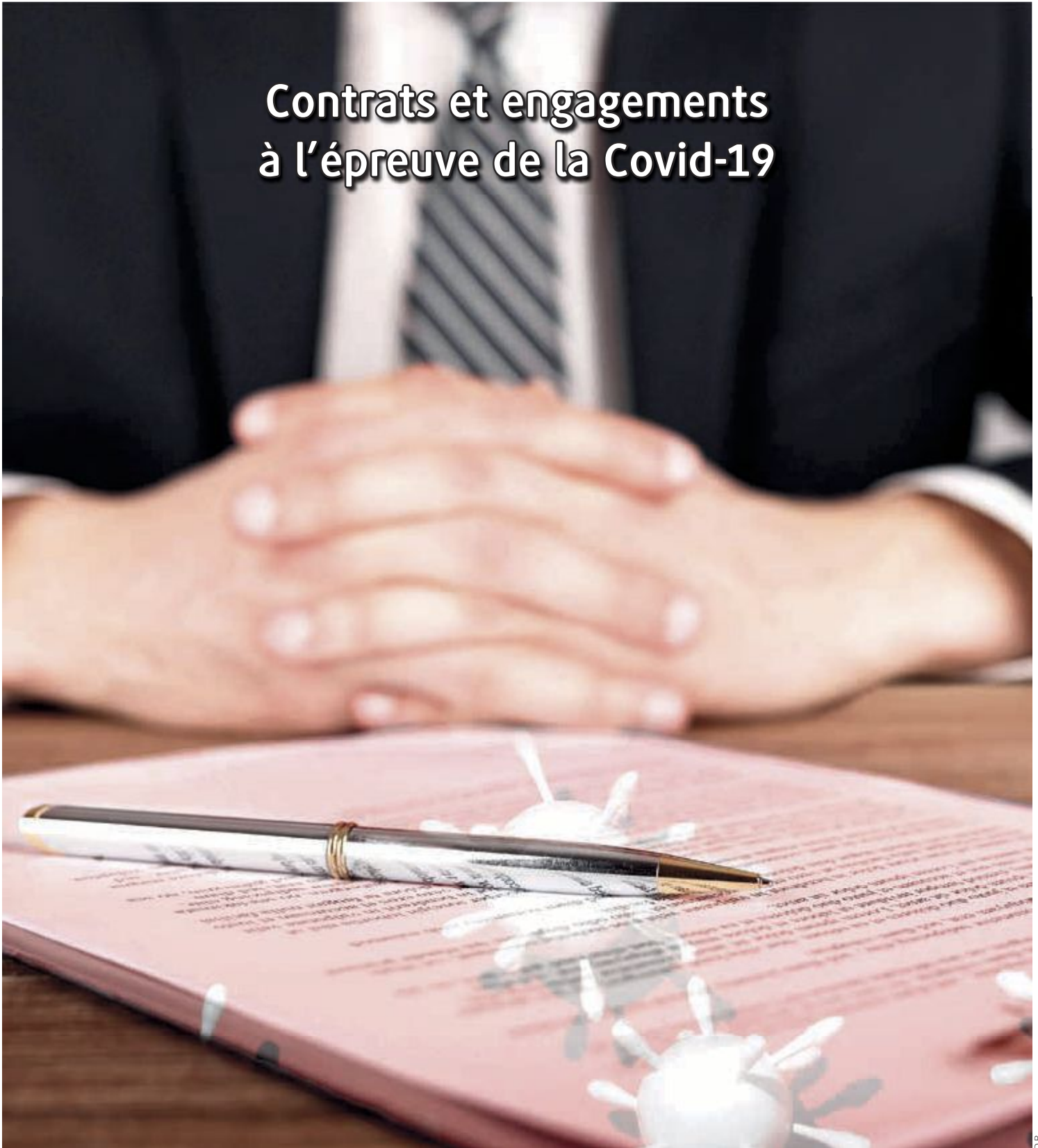
L'Assemblée des communautés de France (AdCF) a dévoilé son baromètre annuel de la commande publique en février : cette année encore, la reprise est portée par l'Île-de-France ! En effet, en tête du classement, la région a dépensé 14,847 milliards d'euros, soit une hausse de 4,2 % par rapport à l'exercice précédent. À l'échelle nationale cette fois, le volume global de la commande publique s'est élevé à 78,4 milliards d'euros, un niveau qui se maintient, avec une très légère hausse (+1,2 %) par rapport à 2017, déjà marquée par une forte reprise (+7,3 %). La commande publique est essentiellement portée par les collectivités (à 58 %), loin devant l'État. Cette année, la part des collectivités dans le bilan général est à la hausse (deux points de plus qu'en 2017). Le montant total de leurs dépenses s'élève à 45,6 milliards d'euros cette année (contre 11,2 pour l'État).

163 000
c'est le nombre de contrats de la commande publique en 2017.

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Samedi 27 juin 2020 – numéro 39 Journal Officiel d'Annonces Légales, d'Informations Générales, Juridiques, Judiciaires et Techniques depuis 1898

Contrats et engagements à l'épreuve de la Covid-19



Journal habilité pour les départements de Paris, Yvelines, Essonne, Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis, Val-de-Marne et Val-d'Oise — Parution : mercredi et samedi
8, rue Saint Augustin — 75002 PARIS — Internet : www.jss.fr

Téléphone : 01 47 03 10 10

Télécopie : 01 47 03 99 00

E-mail : redaction@jss.fr / annonces@jss.fr

Contrats et engagements à l'épreuve de la Covid-19

COVID-19 : CONTRATS ET ENGAGEMENTS

L'inexécution des contrats de droit privé pendant la crise du coronavirus : les dispositions dérogatoires côtoient les mécanismes du droit commun	3
Le contrat de travail à l'épreuve de la Covid-19	6
La commande publique à l'épreuve du Coronavirus	11
Covid-19 et exécution des contrats administratifs	13
Les institutions internationales et les traités internationaux face à la crise du coronavirus	15
L'impact de la Covid-19 sur les engagements pris par la France au niveau européen	20

AGENDA 4

ANNONCES LÉGALES 25

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

anciennement
LES ANNONCES DE LA SEINE

Éditeur : S.P.P.S.

Société de Publications et de Publicité pour les Sociétés SAS
8, rue Saint Augustin – 75080 PARIS cedex 02
R.C.S. PARIS 552 074 627
Téléphone : 01 47 03 10 10 — Télécopie : 01 47 03 99 00
Internet : www.jss.fr — e-mail : redaction@jss.fr

Directrice de la publication : **Myriam de Montis**
Directeur de la rédaction : **Cyrille de Montis**
Secrétaire générale de rédaction : **Cécile Leseur**

Commission paritaire : 0622 I 83461
I.S.S.N. : 2491-1897
Périodicité : bihebdomadaire (mercredi/samedi)
Imprimerie : SIEP – ZA les Marchais 77590 Bois le Roi

Vente au numéro : 1,50 €

Abonnement annuel papier : 99 €

Abonnement annuel numérique : 55 €



COPYRIGHT 2020

Sauf dans les cas où elle est autorisée expressément par la loi et les conventions internationales, toute reproduction, totale ou partielle du présent numéro est interdite et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Le sujet est immense, car c'est en réalité toute notre vie politique et économique qui s'est trouvée bouleverser, au moins pendant deux mois, sans doute plus. Les discussions, voire les litiges, ne vont pas manquer pour essayer de régler les multiples difficultés d'application auxquelles les contrats et engagements conclus antérieurement se sont heurtés et vont probablement continuer à l'être.

Il n'était pas possible, dans ce cadre, de traiter tous les aspects du sujet. C'est la raison pour laquelle il nous a paru intéressant d'aborder les grands domaines dans lesquels les contrats pouvaient avoir à jouer, et de permettre ainsi aux lecteurs de comparer des solutions de droit public et du droit privé, mais également de prendre en compte la dimension européenne et internationale.

C'est pourquoi ce numéro contient six articles. Deux d'entre eux sont consacrés au droit privé, plus particulièrement à l'application du droit des contrats classiques et du droit du travail, deux autres au droit public concernant la commande publique et les règles générales des contrats administratifs, deux, enfin, au-delà de l'Hexagone, concernent le droit européen sous sa forme conventionnelle et communautaire, ainsi que le droit international.

Ce qui est intéressant de noter, dans toutes ces approches, c'est à la fois la référence à des théories très classiques du droit comme l'imprévision ou le cas de force majeure, ou encore le recours aux dispositions dérogatoires de la Convention européenne



Corinne Lepage

des droits de l'Homme et des innovations liées spécifiquement à la Covid-19, qu'il s'agisse des assouplissements prévus au niveau européen, par exemple en matière d'aides d'État, ou qu'il s'agisse des dispositions nationales prévues dans le cadre de l'urgence sanitaire. Il conviendra bien entendu d'attendre les décisions de justice, qui ne manqueront certainement pas, pour apprécier pleinement la manière dont le droit des contrats aura été réellement impacté par la crise que nous sommes en train de vivre.

Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats



L'inexécution des contrats de droit privé pendant la crise du coronavirus : les dispositions dérogatoires côtoient les mécanismes du droit commun



Valérie Saintaman,
Avocate à la Cour - of Counsel,
Huglo Lepage Avocats



Benoît Denis,
Avocat à la Cour - of Counsel,
Huglo Lepage Avocats

Dans le contexte de crise mondiale liée à l'épidémie de Covid-19, l'état d'urgence sanitaire a été instauré sur l'ensemble du territoire national par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Entré en vigueur le 24 mars 2020, il a été prolongé par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 jusqu'au 10 juillet 2020. Dans le prolongement de la déclaration d'état d'urgence sanitaire, le gouvernement a été autorisé à prendre, par voie d'ordonnances, des mesures extraordinaires, notamment en matière contractuelle, pour remédier aux difficultés d'exécution consécutives au confinement. Ont ainsi été mis en place des mécanismes dérogatoires de report, notamment des délais arrivant à échéance pendant cette période juridiquement protégée, qui a commencé le 12 mars et qui devrait se terminer le 10 août 2020.

Toutefois, certains délais n'entrant pas dans le champ d'application de ces ordonnances (par exemple les délais conventionnellement fixés autres que les clauses pénales, résolutoires, de déchéance et astreintes), les dispositions de droit commun restent utiles et applicables.

Avant d'aborder le régime dérogatoire de la période juridiquement protégée (3), il convient ainsi de rappeler les dispositions de droit commun usuellement invoquées en cas d'inexécution ou de difficulté d'exécution d'un contrat : la force majeure (1) et l'imprévision (2).

I. SUR LA FORCE MAJEURE

Pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, la force majeure est définie à l'article 1218 du Code civil comme suit :



« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

Elle est également visée à l'article 1231-1 du même Code, aux termes duquel :

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

Il résulte de ces dispositions que la force majeure empêche l'exécution du contrat. Toutefois, les juges font preuve d'une grande sévérité dans l'appréciation de la réunion des conditions de la force majeure.

Pour la caractériser, le débiteur doit établir que les trois conditions suivantes sont réunies :

- il doit démontrer qu'il n'est pas à l'origine de l'évènement dont il se prévaut pour s'exonérer de sa

Agenda



EUROPEAN TAX ADVISER FEDERATION

Le rôle de la politique fiscale en réponse à la crise économique Covid-19

30 juin 2020

Conférence en ligne

info@etaf.tax

www.etaf.tax

2020-3695

CITIZEN WAVE

La RSE participative : Comment s'engager concrètement dans une économie positive

30 juin 2020

Webinaire

hello@citizenwave.com

<https://www.frenchweb.fr/webinar-la-rse-participative-comment-sengager-concretement-dans-leconomie-p>

2020-3697

ASSOCIATION FRANÇAISE DES JURISTES D'ENTREPRISE

Legaltech «New ways of working», 3^e étape

30 juin 2020

Webinaire

afjehonealpes@gmail.com

www.afje.org/agenda/par-web-conference-par-web-conference-legaltech-new-ways-of-working--204

2020-3699

FACULTÉ DE DROIT - UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LILLE

L'enseignement du droit confronté à la dématérialisation

7 juillet 2020

Visioconférence

anais.thomas@lacatholille.fr

www.fld-lille.fr/pedagogiquement-votre-3-lenseignement-du-droit-confronte-a-la-dematerialisa

2020-3698

SAGE LIVE SESSIONS

La transformation du cabinet comptable, les processus, le rôle social

16 juillet 2020

Conférence virtuelle

live-sessions.fr

2020-3691

Covid-19 : contrats et engagements

responsabilité. Tel est le cas d'une pandémie ou d'une maladie. L'épidémie de Covid-19 et les mesures qu'elle induit remplissent la condition d'extériorité, car elles constituent incontestablement un évènement échappant au contrôle du débiteur ;

- il ne doit pas avoir accepté d'assumer les risques de la survenance de l'évènement, qui doit être imprévisible. Si la jurisprudence a considéré que les épidémies de chikungunya et de dengue ne présentaient pas un caractère imprévisible, il n'est pas à exclure que la condition d'imprévisibilité puisse être considérée comme remplie, en fonction de la date de conclusion du contrat, car la crise sanitaire actuelle ne pouvait être raisonnablement prévue ;

- il ne peut éviter l'évènement en adoptant des mesures appropriées ni en surmonter les effets. L'exécution du contrat ne doit pas simplement devenir plus onéreuse, plus difficile ou moins profitable. Selon la jurisprudence, les épidémies de SRAS, peste, grippe H1N1, chikungunya et dengue ne sont pas constitutives de cas de force majeure, car elles ne sont pas irrésistibles. Il y a ainsi tout lieu de présager que la condition d'irrésistibilité pourrait ne pas être remplie dans le cas de l'épidémie de Covid-19.

Si le débiteur parvient à démontrer que l'exécution du contrat a été empêchée par la force majeure, le créancier ne pourra en demander l'exécution (le contrat sera suspendu, voire résolu, en application des dispositions de l'article 1218 du Code civil) ni mettre en œuvre la responsabilité contractuelle du cocontractant défaillant, qui sera exonéré (en application des dispositions de l'article 1231-1 du Code civil).

La force majeure produira ainsi les effets suivants :

- si l'évènement est définitif, le contrat sera résolu de plein droit et les parties seront déliées de leurs obligations réciproques ;
- si l'évènement est temporaire, l'obligation sera simplement suspendue jusqu'à ce qu'elle puisse être exécutée. Il convient cependant de relever que :
 - la force majeure n'existe pas pour les obligations contractuelles de somme d'argent ;
 - la force majeure peut avoir été écartée ou aménagée par les parties dans leurs relations contractuelles.

II. SUR L'IMPRÉVISION

Mécanisme nouveau prévu pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, l'imprévision est envisagée par l'article 1195 du Code civil :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Contrairement à la force majeure, il n'est pas ici question d'impossibilité d'exécution du contrat, mais d'une exécution devenue excessivement onéreuse en raison d'un bouleversement de l'équilibre contractuel ayant présidé à l'accord initial des parties.

L'imprévision suppose la réunion des trois conditions suivantes :

- un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Si la date de conclusion du contrat se situe entre le 1^{er} octobre 2016 et le 11 mars 2020, cette condition d'imprévisibilité pourrait paraître remplie, l'épidémie de Covid-19 constituant un évènement imprévisible postérieur aux contrats ;
- le changement de circonstances doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'autre partie. Le débiteur défaillant doit ainsi démontrer que l'équilibre du contrat est affecté par le changement de circonstances. Dans le contexte actuel, il n'est pas certain que la théorie de l'imprévision permette de remédier aux difficultés subies par un débiteur dont la situation économique serait obérée, et ce, même si la Cour de cassation, suivie par le Conseil constitutionnel, a consacré, très clairement, la possibilité pour le juge d'exercer un contrôle judiciaire sur le prix dès lors que ce dernier caractérise un déséquilibre significatif. Tout sera donc question d'appréciation au cas par cas ;

• le contrat ne doit pas comporter de clause de renonciation à l'imprévision. Si les conditions de l'article 1195 du Code civil sont réunies, l'imprévision produit les effets suivants, qui s'appliquent de façon graduelle avec une phase amiable durant laquelle les parties doivent tenter de remédier elles-mêmes à la situation d'imprévision, suivie le cas échéant d'une phase judiciaire durant laquelle les parties demandent au juge de procéder à l'adaptation du contrat.

III. SUR LES MESURES DÉROGATOIRES |||||

Diverses mesures prévues par le régime dérogatoire issu de la loi déclarant l'état d'urgence sanitaire s'appliquent durant la « période juridiquement protégée ».

L'article 4 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, reporte ainsi le terme de certaines clauses, dont la liste est limitativement énumérée.

Ces dispositions sont applicables aux clauses qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, soit le 10 août 2020.

Toutefois, tout le temps contractuel n'est pas suspendu durant cette période.

Il en résulte que :

- la possibilité d'accomplir un acte dont le terme interviendrait pendant cette période n'est pas supprimée ; en revanche, ne sera pas considéré comme tardif l'acte qui sera réalisé dans le délai supplémentaire ouvert par cette ordonnance ;
- le paiement des obligations contractuelles n'est pas suspendu : il doit intervenir à la date prévue par le contrat ;
- les dispositions de droit commun continuent à s'appliquer si leurs conditions sont réunies.

Ne sont pas visés les délais situés hors de la période de référence, soit :

- les délais dont le terme est échu avant le 12 mars 2020 ;
- les délais dont le terme est fixé plus d'un mois après la date de fin de l'état d'urgence sanitaire.

Toutefois, l'ordonnance paralyse l'effet des clauses suivantes en instaurant un report de terme :



- les clauses pénales, les clauses résolutoires, les clauses prévoyant une déchéance et les astreintes qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation dans un délai qui expire durant la période juridiquement protégée, sont réputées n'avoir pas pris cours ou effet pendant cette période ;
- les astreintes et les clauses pénales qui ont pris cours ou effet avant le 12 mars 2020 sont suspendues.

la date de naissance de l'obligation si elle est plus tardive, et d'autre part, la date à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée. Le report court, à l'instar de ce que prévoyait la précédente ordonnance, à compter de la fin de la période juridiquement protégée.

- S'agissant des clauses et des astreintes qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation échue après la période juridiquement protégée, son article 4

« Diverses mesures prévues par le régime dérogatoire issu de la loi déclarant l'état d'urgence sanitaire s'appliquent durant la "période juridiquement protégée" ».

L'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit que le temps contractuel reprendra son cours pour les obligations en cause un mois après la fin de cet état d'urgence sanitaire.

Une ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 est venue apporter des aménagements et précisions sur les délais contractuels :

- S'agissant des clauses et des astreintes qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation échue pendant la période juridiquement protégée, son article 4 prévoit notamment que le report forfaitaire d'un mois prévu par l'ordonnance du 25 mars 2020 (fin de l'état d'urgence sanitaire + 1 mois) sera égal au temps écoulé entre d'une part, le 12 mars ou

prévoit que leur cours et leurs effets soient reportés d'une durée égale au temps écoulé entre d'une part, le 12 mars ou la date de naissance de l'obligation si elle est plus tardive, et d'autre part, la fin de la période juridiquement protégée.

En conclusion, il apparaît que si des dispositions dérogatoires ont été adoptées pour suspendre les obligations des cocontractants défaillants durant la période juridiquement protégée, le droit commun va bientôt reprendre son empire. Les mécanismes des articles 1218 et 1195 du Code civil vont ainsi démontrer toute leur utilité, leurs limites dans le cadre des contentieux qui ne manqueront pas de se multiplier, la reprise étant certes économique, mais aussi juridique.

Le contrat de travail à l'épreuve de la Covid-19



Dominique de La Garanderie,
Ancien bâtonnier de Paris,
La Garanderie Avocats

(avec le concours de Grégoire Silhol,
avocat, et Miren Amigot, assistante)

Le contrat de travail prend sa place dans l'architecture complexe des relations de travail. De longue date, le contrat de travail, contrat synallagmatique, lie l'employeur et le salarié dans une relation qui échappe très largement aux règles contractuelles civilistes (la notion de bonne foi des parties au contrat a été transférée du Code civil au Code du travail)¹. La spécificité de la relation de travail et son encadrement légal ou conventionnel résultent de la volonté de protéger les travailleurs dans une relation économiquement déséquilibrée par nature. Cette protection s'est développée dans tous types de relations de travail et toutes formes de contrats (du contrat à durée déterminée au contrat de mission) ou d'exécution de prestations à finalité d'employabilité (contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation)².

Les articulations des règles en droit du travail sont complexes. À la hiérarchie des normes s'ajoute une jurisprudence attentive aux déséquilibres économiques. Les contrôles de l'administration, des médecins du travail et les sanctions des juges complètent ce dispositif.

Si le contenu du contrat de travail lui-même « fait la loi des parties », c'est à la condition de rester dans un cadre déterminé par la loi, les conventions et accords collectifs et autres règles de l'entreprise auxquelles peuvent s'ajouter des chartes et codes de conduite d'entreprise sur des questions particulières. Le contrat contient des dispositions qui ne peuvent être en principe modifiées sans l'accord des parties et particulièrement du salarié. Le contentieux sur les modifications est abondant et porte sur des ruptures de contrat ou des indemnités dues au refus du salarié.

Le contrat de travail devrait donc sécuriser la relation de travail entre l'employeur et le salarié par un échange de consentement sur le contenu du contrat. Dans ce rapport singulier, l'employeur a l'obligation de fournir du travail, le salarié de l'exécuter avec pour contrepartie une rémunération dans un lien de subordination. Toutefois, des suspensions de contrat peuvent aussi intervenir, que ce soit du fait du salarié (maladie, accident du travail, arrêt pour raisons familiales ou autres prévus par la convention collective) ou de l'employeur (décision d'activité partielle). De nombreuses décisions de l'employeur impliquent les représentants du personnel (CSE) et l'administration du travail.

Pendant la suspension du contrat, le salarié cesse sa prestation et perçoit une indemnisation dont le montant varie selon les motifs. Le contrat de travail confère aussi divers droits et avantages consentis pour tous les salariés de l'entreprise (congrés, repos, formation, prévoyance, assurance complémentaire...).

L'épidémie de Covid-19 a profondément bouleversé cette architecture et la relation professionnelle elle-même. Le but était de permettre à la fois la protection de la santé et la préservation de l'emploi, et imposait une organisation du travail de nature à prioriser la santé et amortir le choc économique. Cette équation, dans le monde du travail, a eu un impact important sur le contrat et la relation de travail. Cette situation a révélé l'adaptabilité de tous les acteurs dans des situations certes différentes selon les branches d'activité, la taille de l'entreprise, la catégorie de personnel et les possibilités ou non de maintenir une activité.

Il résulte d'un sondage OpinionWay de mai 2020³ que deux tiers des salariés étaient en

activité pendant le confinement, dont 37 % en télétravail et 29 % sur les lieux habituels, alors que 33 % étaient en chômage partiel. Dans les trois cas, des règles adaptées à la situation, inspirées par le Code du travail, mais néanmoins transformées et souvent innovantes, ont modifié le contrat de travail hors la volonté du salarié.

Certaines règles du Code du travail ont été modifiées dans le but d'une efficacité immédiate en raison de l'urgence sanitaire. Tous les acteurs en droit du travail ont été concernés, employeurs, salariés, représentants du personnel, administration du travail.

Avant même la décision gouvernementale du confinement, la question prioritaire concernait la protection de la santé. Les premières précautions sanitaires qui ont permis aux entreprises de continuer à fonctionner ont été mises en place et, très vite, des règles d'hygiène, des gestes barrières, des mesures de distanciation. Des salariés ont manifesté le souhait d'interrompre leur travail en faisant valoir un droit de retrait⁴.

Le droit individuel du salarié de faire valoir son retrait et suspendre son contrat de travail n'avait déjà pas été retenu par la jurisprudence en cas d'épidémie de grippe. Le ministère de la Santé et de la Solidarité⁵ a déclaré que le gouvernement considérait que dès lors que les mesures de prévention et de protection nécessaires ont été prises par l'employeur conformément aux recommandations du gouvernement, il ne pouvait y avoir de droit au retrait. Quelques initiatives de demandes de retrait ont alors cessé au profit d'autres actions critiquant la mise en œuvre des gestes barrières ou des mesures de santé et sécurité, mais particulièrement, l'absence

1) L'obligation de bonne foi : art L.1122-1 du Code du travail.

2) Contrat et employabilité « Pour une épistémologie des politiques de l'emploi et du travail » JY Kerbourc'h, Droit social mai 2020.

3) Sondage OpinionWay de mai 2020 pour La Garanderie Avocats ([https://www.challenges.fr/entreprise/vie-de-bureau/sante-emploi-ces-bombes-a-retardement-de-l-apres-covid-pour-les-entreprises_711962#xtor=EPR-1-\[ChaActu10h\]-20200529](https://www.challenges.fr/entreprise/vie-de-bureau/sante-emploi-ces-bombes-a-retardement-de-l-apres-covid-pour-les-entreprises_711962#xtor=EPR-1-[ChaActu10h]-20200529)).

Les Échos ([https://business.lesechos.fr/directions-ressources-humaines/ressources-humaines/bien-etre-au-travail/0603304768547-deconfinement-ce-qu-attendent-les-salaries-de-leurs-employeurs-337865.php#xtor=EPR-3-\[envoi-ami\]\)](https://business.lesechos.fr/directions-ressources-humaines/ressources-humaines/bien-etre-au-travail/0603304768547-deconfinement-ce-qu-attendent-les-salaries-de-leurs-employeurs-337865.php#xtor=EPR-3-[envoi-ami]))).

Cauteur (<https://www.causeur.fr/dominique-de-la-garanderie-confinement-177363>).

4) Article L 4131-1 et L 4151-1 du Code du travail (droit de retrait en cas de danger grave en raison du caractère imminent de la survenance d'un danger).

5) Avis du ministère de la Santé Covid-19 « Retrait ».

de consultation du CSE (affaire Amazon, CA Versailles, 24 avril 2020, RG : 20/01993). La CFDT rappelait de son côté que la rémunération étant maintenue lorsque la suspension du contrat est due à un droit de retrait si, ultérieurement, il était jugé que les conditions de retrait n'étaient pas réunies, il y aurait une retenue sur le salaire selon la jurisprudence existante.

LES ARRÊTS DE TRAVAIL CONTRAINTS POUR MOTIFS PERSONNELS

La fermeture des écoles a contraint un certain nombre de salariés à devoir suspendre leurs activités afin de garder les enfants. La mesure immédiate a été de considérer que cette catégorie de salariés bénéficierait d'un arrêt de travail, financé par la Caisse primaire d'assurance-maladie. Ces mêmes mesures se sont appliquées aux personnes dites vulnérables ou celles devant aider des personnes vulnérables. Dans le cadre de la préservation de l'emploi, mais aussi de la préservation du pouvoir d'achat, les employeurs ont été vivement incités à maintenir le salaire au-delà des indemnités journalières de maladie perçues par le salarié. Ce dispositif est appliqué « à défaut de télétravail ».

Pour les personnes vulnérables ou en arrêt de travail en raison de l'aide apportée à une personne vulnérable, il faut justifier de l'impossibilité de se rendre sur le lieu de travail par un certificat médical attestant de la nécessité d'isolement.

Depuis le 1^{er} mai, que ce soit un arrêt pour garde d'enfants ou pour vulnérabilité, le régime de l'indemnisation par le chômage du fait d'une activité partielle est désormais retenu. Pour la garde d'enfants, il suffit d'une simple déclaration du salarié à son employeur pour que l'indemnisation au titre de l'activité partielle se substitue à la précédente.

Pour des raisons précises, directement liées à la Covid-19, avec souplesse et rapidité, le contrat de travail a été suspendu à l'initiative du salarié déclarant la situation dans laquelle il se trouve avec une contrepartie qui indemnise la perte de rémunération.

Est mis en place un arsenal de mesures avec des règles spécifiques pour le télétravail, l'activité partielle, l'aménagement des jours de repos et des congés payés, la durée du travail, avec une série d'ordonnances prises de mars à avril 2020 assorties de questions-



réponses sur le site du ministère à un rythme quasi journalier. Nous sommes entrés le 11 mai, puis le 2 juin, dans la phase de déconfinement, et la loi du 17 juin 2020 ainsi que le nouveau protocole de déconfinement prolongent et modifient les précédentes mesures⁶.

L'IMPACT DU TÉLÉTRAVAIL SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

Dans le Code du travail, le recours au télétravail est prévu et organisé. Un accord d'entreprise ou une charte doit notamment préciser les conditions de passage en télétravail, les modalités d'acceptation par le salarié et les conditions de mise en œuvre. Viendront ensuite les modalités de contrôle du temps de travail, de régulation de la charge de travail et la détermination des plages horaires durant lesquelles il est possible de contacter le salarié en télétravail⁷. Toutefois, en cas d'épidémie, la mise en œuvre du télétravail est considérée comme un « aménagement du poste rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés »⁸. À défaut d'accord collectif ou de charte, le Code prévoit un accord entre le salarié et l'employeur pour cette modification du contrat de travail, même si les parties ont le choix de le formaliser « par tous moyens ». Les conditions d'urgence rencontrées ont effectivement laissé peu de temps pour formaliser des avenants aux contrats de travail ou pour préciser un dispositif général par un accord ou une charte. Tout refus de la part du salarié sur la décision de télétravail de l'employeur pour épidémie est exclu du fait de « l'aménagement du poste » visé expressément dans ce texte. Ce terme

est inspiré de la jurisprudence dans certains cas de refus où le salarié a été débouté de sa demande de rupture.

Les conditions sanitaires n'ont pas pour autant autorisé le télétravail dans toutes les activités pendant le confinement. Le Code du travail impose à l'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste « éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte » de motiver sa réponse. La motivation suppose un motif valable ; celui validé par le ministère dans les questions/réponses⁹ concerne l'impossibilité d'un aménagement technique. Parmi les différentes questions qui ont été posées aux praticiens, il ne semble pas qu'il y ait eu de différends sur ce point.

Dès le confinement, des revendications sont apparues sur la prise en charge de tous les coûts découlant du télétravail à fin d'indemnisation. Une ordonnance du 22 septembre 2017 avait supprimé la disposition du Code du travail laissant à la charge de l'employeur tous les coûts issus directement de l'exercice du télétravail. Cela a été sobrement rappelé par le ministère.

LE TÉLÉTRAVAIL ET L'ACTIVITÉ PARTIELLE : L'ALTERNANCE ENTRE L'EXÉCUTION

ET LA SUSPENSION DU CONTRAT

Ces deux dispositifs ont été articulés. La charge de travail étant insuffisante ou susceptible de diminuer au fil des jours en raison du confinement et du ralentissement de la vie économique, l'employeur ne pouvait respecter les obligations du contrat de « fourniture du travail dans

6) Loi n°2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne ; protocole national de déconfinement pour les entreprises pour assurer la santé et la sécurité des salariés.

7) Art 1222-11 du Code du travail.

8) Art L 1222-9 du Code du travail.

9) « FAQ Coronavirus réponses par thème », www.travail.emploi.gouv.fr.

un volume constant ». Ainsi, dans le but de la préservation de l'emploi, il a fallu aménager les conditions de recours à l'activité partielle pour tous ceux qui pouvaient néanmoins travailler pour partie en télétravail. Le cumul du télétravail et de l'activité partielle est interdit, mais l'alternance a été créée pour la Covid-19. Le « chômage partiel » s'est accru en avril. Ainsi, les questions spécifiques du travail à distance, telles que le droit à la déconnexion, la détermination de plages horaires pour contacter le salarié, l'organisation du contrôle du temps de travail, vont s'articuler avec la suspension du contrat pendant la période de non-activité, selon chaque situation.

L'activité partielle elle-même a été particulièrement adaptée à la situation (voir ci-dessous). Spécifiquement, concernant cette alternance entre télétravail et activité partielle, des contrôles seront effectifs et attentifs et imposent aux catégories de personnel concerné de noter le temps consacré au travail à distance et la « non-activité ». Le temps est mesuré par référence au temps de travail habituel. Ce mécanisme, très exceptionnel en l'état de Covid-19, n'a pas eu pour effet, généralement, de réduire la rémunération, contrepartie habituelle du travail pour le salarié en cas de recours à cette activité partielle.

Le retour à la « normale » va-t-il susciter un intérêt accru pour le télétravail des entreprises et des salariés ? Cette expérience devrait inciter les entreprises concernées à passer des accords ou élaborer une charte sur le télétravail. Hors ces circonstances exceptionnelles, ne devrait-on pas réfléchir aux « postes éligibles » ?

L'accélération et la généralisation du télétravail du fait de la Covid-19, imposent une réflexion approfondie sur l'organisation du travail à distance (les syndicats, avant même la fin du confinement, ont annoncé une importante négociation dans le domaine du télétravail) dans le respect de la volonté contractuelle du salarié.

Dans un avenir plus lointain, cette nouvelle orientation de modes d'activité se conjugue aussi avec des aspirations collectives d'un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et la vie personnelle, ainsi qu'avec la réduction de l'usage des modes de transport, qui est aussi, pour les grandes agglomérations, une question complexe à impact environnemental.

L'ACTIVITÉ PARTIELLE, LA SUSPENSION

DU CONTRAT¹⁰

12 millions de salariés ont bénéficié du dispositif « le plus généreux d'Europe », appelé communément « chômage partiel ».

En principe, il s'agit d'aides aux salariés placés en activité partielle qui subissent une perte de rémunération, soit du fait de la fermeture temporaire, soit de la réduction d'horaire en deçà de la durée légale. C'est une mesure collective. Le recours est fondé sur des motifs dont l'employeur doit justifier pour solliciter l'autorisation de l'inspection du travail après transmission de l'avis formulé lors de la consultation du CSE. Le texte concernant le droit de recours à l'activité partielle vise parmi ces motifs les « circonstances de caractère exceptionnel ».

En conséquence, le motif de la Covid-19 est une cause de suspension du contrat de travail avec en contrepartie une indemnisation. À l'origine, les mesures Covid-19 ont aussi prévu l'éligibilité à l'activité partielle dans le cas de l'impossibilité de mettre en place des mesures de prévention nécessaires pour la santé des travailleurs, telles que le

2020 détaillant les modalités de contrôle qui vont être exercées par l'administration. Pour le cas où l'accord tacite aurait été donné « par erreur ou après un examen sommaire » compte tenu du délai, le contrôleur peut revenir sur l'autorisation si l'entreprise n'avait pas droit à ce dispositif. Le retrait de l'autorisation entraînera la nullité des demandes d'indemnisation, donc le remboursement par l'employeur et autres conséquences, soit l'obligation de payer les cotisations sociales précédemment exonérées (à l'exception de la CSG maintenue) et la régularisation des bulletins de salaire. Il s'expose à d'éventuelles demandes des salariés sur les conséquences d'une mise au chômage illégale.

La mise en activité partielle ne requiert pas l'accord du salarié, le CSE n'étant lui-même consulté que postérieurement à la validation implicite de la demande d'activité partielle par l'administration.

Pour les salariés protégés eux-mêmes, aucune modification des conditions de travail n'a été retenue de nature à leur permettre un refus contrairement au droit commun¹¹.

« Un changement de paradigme provisoire ? Les mesures de protection de la santé, préservation de l'emploi, adaptation de l'organisation du travail ont fortement impacté le contrat de travail. Les règles collectives ont pu l'emporter sur la convention entre l'employeur et salarié, l'autonomie de la volonté peut parfois être subsidiaire ».

télétravail ou les gestes barrières (on se souviendra qu'en général, les masques étaient indisponibles et indispensables pour certaines activités).

L'urgence a aussi justifié que le gouvernement s'inspire des cas de suspension d'activité dus à des sinistres ou des intempéries. Les procédures et délais de demandes d'autorisation ont été considérablement réduits, au point que l'activité partielle et donc la suspension des contrats de travail ont été immédiates. La demande d'autorisation pouvait être formulée dans les 30 jours qui suivent la mise en activité réduite. L'administration avait 48 heures pour refuser ; à défaut, la validation était implicite. Ce sont précisément ces conditions qui justifient l'instruction ministérielle du 14 mai

Au caractère collectif de l'arrêt ou de la réduction de l'activité affectant tous les salariés de l'entreprise, d'un service ou des ateliers, a été substituée en avril la possibilité d'une activité réduite individualisée¹², laquelle ne peut intervenir qu'après consultation du CSE ou accord d'entreprise ou d'établissement, à défaut de convention ou accord de branche.

Dans les entreprises de moins de 20 salariés, un référendum proposé aux deux tiers du personnel peut être envisagé, les délais de consultation étant réduits. Il s'agit de faciliter la flexibilité dans la reprise progressive de l'activité. L'absence de caractère collectif devrait remettre en vigueur la jurisprudence concernant les salariés protégés auxquels aucune modification des conditions de travail ne peut être imposée¹³.

10) Ordonnance n°2020-346 du 27 mars 2020, Ordonnance n° 2020-428 du 15 avril 2020. Ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020.

11) Ordonnance du 27 mars 2020.

12) Ordonnance du 22 avril 2020.

13) Cassation Sociale 2 mai 2001 n° 98-44.624 (par exemple).

LA RÉMUNÉRATION ET L'INDEMNISATION DE L'ACTIVITÉ RÉDUITE

S'agissant de la rémunération, les employeurs ont été vivement incités à maintenir la totalité de la rémunération et donc à verser une indemnisation équivalente à la totalité de la réduction d'activité. Les exonérations de charges sociales ont eu pour effet, lors du remboursement de l'indemnisation par l'État, de porter les 70 % prévus à 84 % du salaire dans la limite de 4,5 SMIC. Les compléments au-delà de 84 % ont pu être exonérés de charges sociales dans la limite des plafonds, le but étant de maintenir le salaire. À compter du 1^{er} mai, le remboursement est de 60 % et plafonné à 3,5 SMIC (sauf pour les secteurs encore interdits d'ouverture).

CONGÉS PAYÉS ET REPOS¹⁴

La législation sur les congés payés impose au salarié de prendre des congés, il ne peut les monétiser et cette période de suspension de contrat de travail au regard de son employeur, elle est soumise à une durée et à des périodes. Le passage aux 35 heures a également créé le droit à des repos compensateurs, de même que les temps de travail forfaitaires. Les temps de suspension de contrat de travail ouvrent, eux-mêmes, des droits à congés (la maladie, le chômage).

Sous condition d'un accord d'entreprise ou de branche, cette modification du contrat de travail a porté sur six jours ouvrables de congés imposés dans l'urgence, avec un préavis « *d'au moins un jour franc* » avant la mise en congé, alors que le Code du travail autorise les conditions de fractionnement des congés payés après l'accord du salarié. L'employeur a aussi l'obligation de tenir compte des congés du conjoint ou du partenaire travaillant dans la même entreprise. Sans l'accord du salarié, l'employeur a donc pu (sous réserve d'un accord d'entreprise ou de branche) fractionner les congés payés et suspendre aussi le droit à congés simultanés des conjoints ou partenaires dans la même entreprise.

À défaut d'un accord d'entreprise, l'employeur a pu imposer des journées de congés pris sur des RTT ou des CET (compte épargne-temps). L'ensemble de ces mesures a un caractère exceptionnel souligné par le texte. La seule limitation concerne la possibilité du salarié de refuser plus de 10 jours de repos ou une modification des dates de congés dont il bénéficie encore. L'employeur ne peut l'imposer, mais le salarié peut accepter



contractuellement. On pense aux branches d'activité dans lesquelles les droits à congés sont accumulés, par l'accord des deux parties, depuis des années. Ceci pourrait être un creuset de négociations pour la période de déconfinement post Covid. Si l'on connaît la date de la fin de protection sanitaire prévue à ce jour le 10 juillet, pour autant, toutes les mesures exceptionnelles auront des échéances diverses qui ne devraient pas dépasser le 31 décembre.

L'employeur faisant usage d'au moins une des dérogations doit en informer le CSE ainsi que la Direction régionale des entreprises de la concurrence de la consommation du travail et de l'emploi (Direccte).

LE TEMPS DE TRAVAIL ET LA PRÉSENCE SUR LES LIEUX DE TRAVAIL

Les salariés exerçant leur activité sur les lieux de travail ont été particulièrement sollicités. Chacun leur en est reconnaissant. Les règles relatives à la durée du travail ont été modifiées pour permettre de répondre aux impératifs dans ce contexte.

L'amplitude d'une durée quotidienne par jour est passée à 12 heures (au lieu de 10). La durée maximale de travail de nuit, 12 heures, sous réserve de l'attribution de repos compensateur égal au dépassement de la durée (maximale de 4 heures). Parallèlement, le repos quotidien a été diminué de 2 heures pour le travail journalier, sous réserve de l'attribution de repos compensateur. De 44 heures pour la durée hebdomadaire pour une période de 12 semaines constitutives (jusqu'à 48 heures) avec un maximum de 60 heures pour un travail sur une même semaine. Se sont ajoutées

l'autorisation automatique de travail le dimanche et la baisse du repos compensateur entre deux journées de travail (2 heures).

On peut penser que ces dispositions exceptionnelles, qui ont donc été imposées pour partie, sans même qu'il y ait un accord d'entreprise ou de branche, ne seront pas maintenues, alors que le nouveau dispositif en cours d'élaboration vise des accords collectifs ou un plan d'activité réduite pour le maintien de l'emploi, qui ne vise que les réductions d'horaires de travail.

Il est vrai que le dépassement a concerné des branches spécifiques où l'activité était d'intérêt public et des secteurs d'activité et catégories de dérogations admises.

LE DÉCONFINEMENT ET LES MESURES PROVISOIRES

La reprise progressive met en place, au moment où cet article finit d'être rédigé, un dispositif alternatif au « chômage partiel » dans le but d'éviter des licenciements massifs en France, « *ce dispositif est de nature à permettre à des entreprises dans les prochaines semaines d'être en capacité d'arbitrer durablement en faveur du maintien dans l'emploi des salariés plutôt qu'en faveur d'une réduction des effectifs*¹⁵ ».

Ainsi, le dispositif alternatif, très important dans certains secteurs, dépendra d'un accord collectif ou d'un « *plan d'activité réduite pour le maintien de l'emploi* »¹⁶. Celui-ci devra préciser l'activité partielle spécifique, les réductions d'horaires et les mesures pour la mise en place de l'indemnisation.

En effet, le but est évidemment de ne pas procéder à des licenciements en contrepartie de

14) Ordonnance du 25 mars 2020.

15) Au moment de la parution de cet article, la loi n°2020-734 du 17 juin 2020 est promulguée le 18 juin 2020.

16) Art. 53 de la loi n°2020-734 précitée.

la prise en charge, l'employeur doit s'y engager. La validation ou l'homologation de l'autorité administrative intervient après la vérification de l'adéquation des mesures avec la situation de l'entreprise.

Ainsi, des diminutions de temps et de rémunérations, après accord avec les organisations syndicales, concerneront les contrats de travail de chaque salarié. La « *modération salariale* » pourra être abordée, la condition étant le maintien total de l'emploi. L'État, de son côté, s'engage à une aide pour « *ratrapper une partie de la perte du pouvoir d'achat* », « *gagnant pour tout le monde* » (déclaration de la ministre du Travail, Muriel Pénicaud, au Sénat le 28 mai 2020)¹⁷.

MONÉTISATION DES CONGÉS ET REPOS

Le contrat de travail pourra être impacté par des mesures envisagées jusqu'au 31 décembre 2020 (à l'heure de la rédaction de cet article). À la condition d'un accord d'entreprise ou de branche, l'employeur pourrait imposer à ceux qui bénéficient du maintien intégral de leur rémunération de donner des jours de repos conventionnels (qui seront monétisés) ou leur cinquième semaine de congés à ceux qui subissent une perte de rémunération.

De la même façon, à titre individuel, un accord de l'entreprise ou de branche pourrait autoriser la monétisation des jours de repos conventionnels ou de la cinquième semaine de congés pour le salarié qui en fait la demande et qui est placé en chômage partiel afin de compléter sa rémunération. Autant de dérogations importantes à l'interdiction de renoncer à des congés et les convertir en euros¹⁸.

Un certain nombre d'avantages a pour base le règlement des rémunérations perçues par le salarié en raison de son activité. Les « *revenus d'activité* » (mentionnés dans la plupart des contrats d'assurance) concernent les contrats de prévoyance. Insérer l'indemnité brute d'activité partielle versée au salarié aura un effet bénéfique sur des droits issus du contrat de travail¹⁹.

EN CONCLUSION

Ce panorama de mesures exceptionnelles dues à la Covid-19 établit que le contrat de travail a été véritablement modifié dans quasiment tous ces éléments sans accord préalable du salarié : modification de son contrat, contenu et volume de son activité, lieu de son travail, temps de travail, organisation du travail, prise

de congés, mise en activité partielle. La plupart de ces situations permettent en principe au salarié de constater la rupture du contrat de travail et d'en tirer des conséquences, voire une indemnisation réparatrice.

Dans cette période, tant la continuité du contrat de travail que sa suspension ont été aménagées en fonction des impératifs sanitaires urgents.

Dans de nombreux cas, la situation était soumise à des accords collectifs qui n'ouvraient pas la possibilité aux salariés de refuser. Il peut être remarqué que dans les entreprises de moins de 20 salariés, et plus particulièrement celles où il n'y a pas d'élus (de 11 à 20 salariés), l'employeur peut proposer directement un projet d'accord sur l'ensemble des thèmes par voie de référendum (majorité de deux tiers). Ces dispositifs sont d'ailleurs mis en place aussi pour les entreprises d'au moins 50 salariés qui ne disposent pas de CSE ou de 11 à 49 salariés. Un accord peut être passé avec plusieurs salariés expressément mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel.

Ce panorama Covid-19 confirme que la palette des accords et conventions concerne de nombreuses mesures de nature à répondre aux difficultés économiques et aux risques de licenciements massifs.

Le recours aux accords de performance collective, déjà dans le passé, a évité des licenciements dans la mesure où ces accords peuvent répondre à des opportunités et nécessités d'organisation de l'entreprise en vue de préserver l'emploi²⁰.

Ces accords peuvent aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation de répartition, la rémunération au sens large²¹, les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. En contrepartie, l'employeur prend obligatoirement des engagements pour le maintien de l'emploi, il peut aussi envisager, à terme, des compensations. L'accord s'impose au salarié et modifie automatiquement son contrat de travail. En application de ce texte, son refus entraînerait alors son licenciement et le paiement d'un préavis, d'une indemnité de licenciement à l'exclusion de toute autre indemnité.

Les mesures précitées envisagées dans le projet de loi à venir pourraient maintenir l'absence de consentement du salarié pour certaines de ces dispositions, maintenant donc ces cas d'exception.

La Covid-19 a certes transformé toutes les relations de travail et le contrat de travail, actualisant les possibilités offertes par les mesures qui étaient inscrites dans le Code du travail depuis 2017. En revanche, les innovations liées à la nécessité d'une adaptation, si elles sont pérennisées ou inspirent l'avenir dans le cadre de négociations, ne pourraient imposer aux salariés ces modifications de contrat qu'à la condition que la loi le prévoie.

La Covid-19 s'est aussi attaqué aux dispositions du Code du travail, en raison de l'urgence sanitaire qui, sauf prorogation, se termine le 10 juillet 2020. La situation créée dans cette période post-Covid engendreront d'autres ordonnances. Les dates d'échéance des précédentes dispositions varient dans le temps. Toutefois, la protection et l'intérêt général ont été si forts qu'à titre individuel les salariés n'ont pas argué de modifications de leur contrat de travail. Cette flexibilité survivra-t-elle à la Covid-19 ? Diverses tendances relevant de l'ordre sociologique ou de responsabilité sociale peuvent être évoquées.

D'abord, l'adaptabilité à des situations de crise par le recours à des solutions innovantes et une réactivité qui n'était pas perçue ainsi dans le monde du travail. Puis, des accélérations de la mise en place de solutions d'organisation du travail adaptées. Les questions climatiques pourraient susciter ce type de réactions.

Mais aussi l'exigence renforcée de protection de la santé par l'employeur. Sur ce point, des notes de service renforceront le règlement intérieur de l'entreprise sur les mesures de protection post Covid-19 prises de façon à être respectées sous peine de sanctions. Les accords à venir seront protecteurs de l'intérêt général à l'égard de tous risques de santé.

Devront-ils s'imposer au salarié et modifier, le cas échéant, son contrat de travail contre sa volonté ?

La liberté individuelle de refus de nombreux salariés pourrait mettre en échec l'intérêt collectif de l'entreprise dans un certain nombre de cas. Ainsi, l'équilibre sera difficile à trouver et dépendra d'une hiérarchie des finalités que chaque règle vise, mais aussi du niveau de dialogue dans l'entreprise et de la qualité de ses représentants. Les accords de performance ont, pour partie, tenté cette recherche de respect de l'intérêt collectif laissant pour seule part de liberté au salarié, dont le contrat est modifié, celle de la rupture de son contrat de travail.

17) Art. 53 de la loi précitée renvoie au décret sur le contenu de l'accord.

18) Art. 6 de la loi précitée.

19) Art. 12 de la loi précitée.

20) Art L 1254-2 du Code du travail.

21) Art L 3221-3 du Code de travail.

La commande publique à l'épreuve du Coronavirus



Madeleine Babès,
Avocate à la Cour,
Huglo Lepage Avocats

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, est venue définir les contours de la commande publique en période de crise sanitaire.

Plus récemment, une ordonnance du 22 avril dernier vient modifier l'ordonnance du 25 mars 2020, afin notamment de mettre en œuvre des mesures de soutien en faveur des entreprises.

La situation tout à fait inédite que nous traversons, et lourde de conséquences sur le plan économique, n'a pas manqué d'être commentée par l'économiste Nicolas Bouzou, qui estime que « *la crise de santé publique que nous vivons évoque la tempête financière de 2008 par le risque de récession qu'elle fait peser* ».

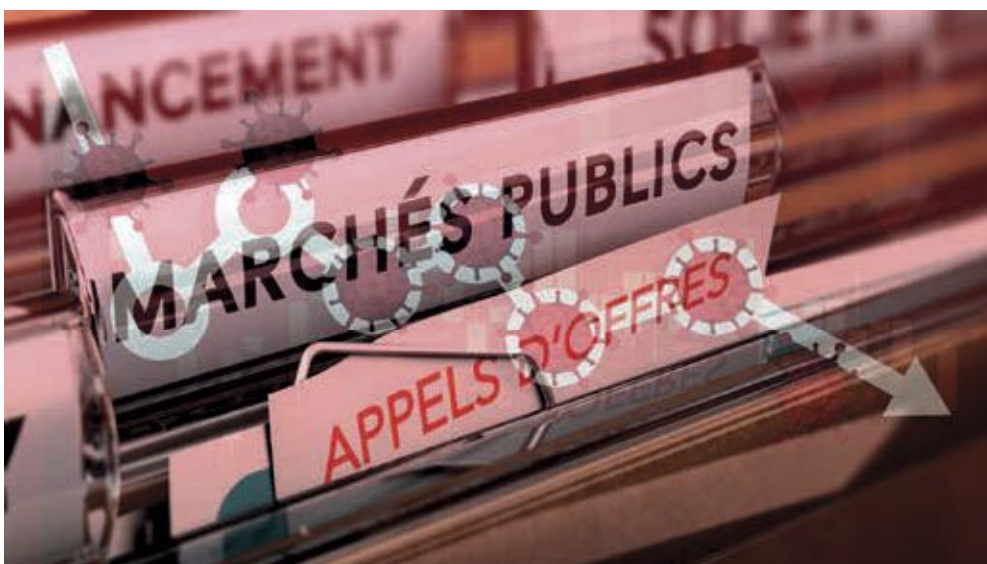
Une réalité économique qui force à s'adapter, notamment en matière de commande publique, levier économique primordial en France.

En effet, le coronavirus et la crise sanitaire qui l'accompagne ont bien évidemment des conséquences sur la commande publique, que ce soit pour les marchés publics en cours d'exécution (I) ou pour les marchés à venir (II). Les acheteurs et les entreprises titulaires de marchés publics doivent s'adapter et la succession de textes en la matière (ordonnances et décret) n'aide pas nécessairement à la compréhension.

Un décryptage de ces évolutions réglementaires s'impose.

I. CORONAVIRUS ET MARCHÉS PUBLICS EN COURS D'EXÉCUTION

En premier lieu, le décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 empêchait certaines entreprises de poursuivre leur activité et d'honorer leurs engagements contractuels. Un décret abrogé par celui du 23 mars dernier, même si le confinement a perduré jusqu'au 11 mai, empêchant



certaines entreprises de pouvoir remplir leurs obligations ou de maintenir les délais sur lesquels elles s'étaient engagées.

Mais alors, s'agit-il d'une faute de la part de l'entreprise contractante ? Quels risques ? Quelles solutions ?

Il faut d'abord dire que grand nombre de pouvoirs adjudicateurs ont été confrontés à cette problématique.

Il est bien évident que l'entreprise ne saurait être considérée comme fautive, si (et seulement si), elle peut prouver que son empêchement relève réellement du caractère exceptionnel de la situation et s'apparente alors à une situation de force majeure, remplissant ainsi trois conditions cumulatives :

- un événement imprévisible ;
- un événement extérieur ;
- une impossibilité absolue de poursuivre l'exécution de tout ou partie du marché.

Durant la crise sanitaire, et plus précisément la période de confinement décrétée par le gouvernement, nul doute que les deux premières conditions étaient remplies.

Toutefois, la dernière condition doit, quant à elle, être appréciée au cas par cas.

Il ne peut alors qu'être conseillé aux entreprises de prouver leur impossibilité à exécuter le contrat par tout moyen, afin d'éviter tout litige ou la mise en œuvre de

pénalités, et de prendre au plus vite l'attache de leur cocontractant afin d'en conférer de manière transparente et constructive.

Dans une période inédite comme celle que nous traversons, il est bien évident que le dialogue sera à privilégier en vue de trouver des solutions et d'avancer. Chacun sera amené à faire des concessions et les carences d'un titulaire de marché devront faire l'objet d'une analyse et non d'une sanction systématique : il va falloir réintroduire de l'humain, des mécanismes juridiques et des mécanismes de sanction parfois automatiques et dénués de sens. À titre d'illustration, la mise en œuvre de pénalités devra être utilisée avec parcimonie par les acheteurs publics. En effet, les pénalités pourraient bien venir rendre encore plus précaire la situation financière des entreprises, largement touchées par la crise sanitaire sans précédent que traverse le monde et particulièrement la France.

À cet effet, la Direction des Affaires juridiques de Bercy rappelait déjà, au début de la période de confinement, dans une fiche publiée sur son site Internet, que le gouvernement recommande aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées

par leurs co-contractants sont imputables à un cas de force majeure.

Malgré tout, sur le plan juridique, le pouvoir adjudicateur dispose de deux possibilités :

- reconnaître la force majeure et donc suspendre le contrat le temps que la situation de crise s'achève (et dans ce cas, aucune pénalité ne sera mise en œuvre) ;
- résilier le marché pour cause de force majeure (solution à bien réfléchir tant elle pourrait être préjudiciable à l'entreprise titulaire du marché).

Mais une précision qui a toute son importance doit être indiquée ici. Aux termes de l'article 6.3° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, le titulaire du marché résilié peut être indemnisé des dépenses engagées et directement imputables à l'exécution des prestations non réalisées ou annulées, du fait de la situation de crise sanitaire, quand bien même une stipulation contractuelle aurait exclu une telle indemnisation.

Des décisions vont alors devoir être prises par les pouvoirs adjudicateurs, et nul doute qu'une vague contentieuse viendra s'inviter dans le paysage de la commande publique dans les semaines ou dans les mois qui viennent.

II. LES CONSÉQUENCES DE LA CRISE SANITAIRE SUR LES MARCHÉS À VENIR

La période d'épidémie et de crise sanitaire implique que pour les contrats à venir et pour tous types d'achats (au sens large), les modalités de publicité et de mise en concurrence peuvent (voire doivent) être adaptées.

Pour les marchés qui étaient en cours de publicité pendant la période de confinement, les pouvoirs adjudicateurs ont parfois dû s'adapter, en s'appuyant sur les possibilités offertes par l'ordonnance du 25 mars dernier. Dès lors, les avis d'appels publics à la concurrence ont pu être modifiés afin de tenir compte de la situation exceptionnelle, mais il sera d'emblée précisé que seules des modifications non substantielles étaient possibles, par exemple la prolongation

« Une réalité économique qui force à s'adapter, notamment en matière de commande publique, levier économique primordial en France ».

des délais de remise des candidatures ou des offres (possibilité aux airs d'obligation lorsque le délai imparti ne permettait pas, raisonnablement, une réelle mise en concurrence), la suppression ou le report de l'obligation de visite sur site, l'acceptation des signatures manuscrites scannées alors même qu'une signature électronique était exigée dans les documents de la consultation...

Pour les marchés dont le lancement était nécessaire, et sur le fondement de l'article R. 2122-1 du Code de la commande publique, il est rappelé que l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimum exigés. Cette dérogation au

principe de publicité et de mise en concurrence est notamment possible en cas de danger ponctuel imminent pour la santé publique, ce qui trouve tout son sens en cette période particulière de crise sanitaire.

Des dispositions dérogatoires essentielles, notamment pour les centres hospitaliers, qui ont cruellement souffert d'un manque de matériel pour faire face à l'épidémie. Naturellement, les dérogations, allègements

des procédures et aménagements contractuels ne sont pas sans garde-fou.

En cas de contentieux, l'acheteur devra être en mesure de prouver que l'achat effectué sans publicité ni mise en concurrence était urgent et impératif. Il y a fort à parier que le contrôle juridictionnel sera réel sur ce point et que le juge administratif sera probablement confronté, dans les semaines à venir, à de nouveaux contentieux.

De même qu'en cas de contrôle financier d'une chambre régionale des comptes par exemple, la collectivité acheteuse devra être en mesure de prouver le caractère diligent de son choix et la bonne utilisation des deniers publics.

En conclusion, aménagements et assouplissements ne doivent pas conduire à oublier les principes fondamentaux de la commande publique.

Brèves

ESSONNE

Nokia supprime 831 postes sur le site de Nozay Paris-Saclay

Le 22 juin, lors d'un comité économique et social extraordinaire (CES), Nokia a annoncé la suppression de 1 233 postes – dont 831 sur le site de Nozay – dans sa filiale française Alcatel Lucent International, dans les fonctions R&D et support. Selon l'opérateur, il s'agit d'une mesure qui s'inscrit « dans le cadre d'un plan mondial de réduction des coûts », décidé avant le coronavirus. « Ce sera le quatrième plan de licenciements collectifs depuis que Nokia a racheté Alcatel-Lucent début 2016 », a relevé dans un communiqué l'intersyndicale CFDT, CFE-CGC, CGT et CFTC d'Alcatel-Lucent. Lors de ce rachat, Emmanuel Macron, alors ministre de l'Économie, avait imposé à Nokia de maintenir et d'augmenter les emplois en R&D en France. Désormais libre de ses engagements, Nokia a lancé ce plan social. Les syndicalistes et les élus du 91, notamment François Durovray (président du département) attendent des actes de la part de Bercy.

VAL-D'OISE

À Beaumont-sur-Oise, les gendarmes équipés de caméras

Si, partout en France, la question des violences policières et des méthodes d'interpellation des forces de l'ordre sont devenues un sujet brûlant, Beaumont-sur-Oise est sans conteste un des foyers du départ de flamme. En juillet 2016, c'est dans cette ville qu'est mort Adama Traoré, 24 ans, lors de son arrestation. Un drame à l'origine du mouvement Justice pour Adama et de nombreuses manifestations. Dans un souci de transparence et pour tenter d'apaiser la situation, la gendarmerie locale a décidé de se doter de caméras-piétons. Déjà réceptionné à la caserne, ce nouvel outil devrait être mis en service sous peu. Pour ses partisans, cet équipement permettra de protéger les citoyens comme la police et d'apporter plus de sécurité. Ses contempteurs, eux, critiquent un dispositif qui ne sert que quand cela arrange les forces de l'ordre et dont les images ne sont pas toujours divulguées.

PARIS

Audience disciplinaire d'un avocat pour des insultes contre des juges

Accusé d'avoir tenu des propos insultants et offensants lors d'une audience devant le juge des libertés et de la détention, l'avocat Vincent Nioré, délégué du bâtonnier de Paris aux perquisitions, a comparu jeudi 25 juin en audience disciplinaire – une procédure lancée inhabituellement par la procureure générale, Catherine Champrenault, rapporte l'AFP. Le 18 avril 2019, l'avocat avait contesté la saisie de documents par des juges d'instruction au sein de cabinets d'avocats soupçonnés de « faux », et lancé à l'adresse de ces magistrats qu'il en avait « marre des salissures des juges d'instruction », indique l'agence de presse. Si Vincent Nioré a reconnu avoir eu « un ton virulent », il a estimé que les juges d'instruction étaient « anormalement susceptibles et insultants ». L'avocat général, Michel Lernout, qui a considéré que Vincent Nioré avait tenu « des propos inadmissibles », a demandé au conseil de discipline de prononcer un blâme contre l'avocat. Décision le 22 juillet.

HAUTS-DE-SEINE

Prison ferme requise dans l'affaire du trafic de permis

Six prévenus ont comparu au tribunal de Nanterre, entre le 17 et le 19 juin, dans une affaire de trafic au permis de conduire démantelé en mai 2016, nous apprend *France Bleu Paris*. Entre octobre 2013 et avril 2015, une centaine de personnes auraient déboursé entre 2 000 et 12 000 euros pour se voir remettre un permis de conduire sans passer l'épreuve. Le gérant des deux auto-écoles au cœur du trafic, situées à Neuilly et Puteaux, était jugé, ainsi que d'anciennes agentes de la préfecture des Hauts-de-Seine, qui mettaient en œuvre le système. Les dossiers étaient ainsi enregistrés à la préfecture puis le Fichier national des permis de conduire était modifié par une agente complice qui touchait, selon elle, « de menues gratifications », ou « 4 000 euros par document », d'après le gérant, afin de délivrer les permis frauduleux, indique *Le Parisien*. Le procureur réclame pour le gérant de l'auto-école et la fonctionnaire cinq ans de prison dont deux avec sursis et une amende de 150 000 euros. Le verdict sera rendu le 8 juillet.

1,3 million
de personnes pourront être testées au coronavirus en Île-de-France, lors d'une nouvelle campagne de test.

Covid-19 et exécution des contrats administratifs



Benjamin Huglo,
Docteur en droit,
Huglo Lepage Avocats

Il n'a pas fallu attendre les mesures de confinement pour que l'exécutif prenne déjà la mesure des difficultés d'exécution des contrats administratifs inhérentes à l'épidémie de Covid-19. Ainsi, dès le 28 février 2020, le ministre de l'Économie et des Finances indiquait que l'État allait considérer le coronavirus comme un cas de force majeure.

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, a autorisé le gouvernement à prendre une ordonnance, dans un délai de trois mois, « *adaptant les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le Code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet* » (art. 11, I, 1°, f). L'ordonnance Coronavirus spéciale « *contrats publics* » a été prise le 25 mars 2020 (Ord. n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19).

Cette ordonnance s'applique à l'ensemble des contrats publics, qu'ils soient soumis ou non au Code de la commande publique. L'ordonnance distingue ensuite les situations dans lesquelles se trouvent les cocontractants de l'Administration qui devront justifier la nécessité de recourir à ses dispositions spéciales. L'ordonnance prévoit qu'en cas de difficultés d'exécution du contrat, ses dispositions s'appliqueront « *nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ». L'ordonnance prévoit également des



« On l'aura compris : si l'épidémie de Covid-19 a suscité la mise en place de mécanismes spécifiques, cela ne dispense pas d'en revenir aux fondamentaux du droit des contrats administratifs qui ne manqueront pas d'être mis en œuvre par le juge du contrat ».

mesures d'assouplissement des règles applicables à l'exécution des contrats publics qui serait compromise du fait de l'épidémie de Covid-19 afin, selon le rapport au président de la République, de ne pas pénaliser les opérateurs économiques et de permettre la continuité de ces contrats.

Ainsi, les contrats dont la durée d'exécution arrive à échéance pendant cette période peuvent être prolongés au-delà de la durée maximale fixée par le Code de la commande publique (Ord. du 25 mars 2020, art. 4). En outre, l'administration contractante peut s'approvisionner auprès de tiers, nonobstant d'éventuelles clauses d'exclusivité, sachant que l'exécution du marché de substitution ne peut

être effectuée aux frais et risques du titulaire. Des mesures sont également prises afin d'empêcher l'application de sanctions pouvant être infligées au titulaire et prévoir les modalités de son indemnisation en cas de résiliation du contrat ou d'annulation de bons de commande. Pour les contrats de concession, lorsque le concédant, sans suspendre le contrat, en modifie significativement les modalités d'exécution, l'ordonnance reconnaît à l'entreprise concessionnaire le droit à une indemnité (Ord. du 25 mars 2020, art. 6, 6°).

Enfin, l'ordonnance assouplit les règles d'exécution financières des contrats de la commande publique, en permettant notamment aux acheteurs de verser des

avances d'un montant supérieur au taux maximal de 60 % prévu par le Code de la commande publique.

Ces dispositions donnent l'occasion de revenir sur les dispositifs du droit des contrats administratifs permettant de pallier les difficultés d'exécution des contrats en présence de circonstances spécifiques.

Deux mécanismes apparaissent de nature à remplir ce rôle de palliatif : la force majeure (I) et l'imprévision (II).

Compte tenu de sa mise en œuvre spécifique, la théorie du fait du prince ne semble pas avoir vocation à s'appliquer ici. On rappellera brièvement que le fait du prince est une mesure émanant de l'autorité publique qui transforme l'environnement juridique ou l'environnement de fait d'un contrat ayant pour conséquence d'en affecter la mise en œuvre sans la rendre impossible pour autant. Pour que la mesure ouvre droit à indemnité, encore faut-il qu'elle émane de la personne publique ayant conclu le contrat. Cependant, lorsque la mesure ne vise pas directement un contrat mais qu'elle concerne ses conditions d'exécution, alors l'indemnisation est en principe exclue, sauf à ce qu'une loi ou le contrat lui-même ait prévu une telle indemnisation ou encore que le cocontractant démontre que la mesure dont il se plaint aurait affecté une donnée essentielle au moment de la conclusion du contrat (v. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, 1983, T.II, n°1311, p. 535 et la jurisprudence citée sous le numéro 24).

I. LA FORCE MAJEURE

On rappellera tout d'abord que la force majeure est un événement indépendant de la volonté des parties et imprévisible, qui empêche l'exécution d'un contrat. Ses caractéristiques peuvent être résumées de la manière suivante :

- un événement extérieur (il ne doit être le fait ni de l'administration ni de son cocontractant) ;
- un événement imprévisible (il ne pouvait être raisonnablement appréhendé à la signature du contrat. Toutefois des inondations ayant un caractère récurrent même exceptionnelles peuvent ne pas constituer un tel événement imprévisible : CE, 3 mai 2006, *Commune de Bollène*, n°262046) ;

• un événement irrésistible (il ne peut être évité, mais n'a pas à rendre impossible l'exécution du contrat : CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, S. 1933.3.9, concl. Josse ; D.1933.3.17, note Pelloux). Des phénomènes naturels peuvent être reconnus comme constitutifs de la force majeure (pour des ouragans : CE, 27 août 1937, *ministre des finances c. Chauvin*, Rec. CE, p. 867) ou encore des faits de guerre (pour l'occupation allemande : CE, 5 janvier 1924, *Compagnie du gaz à la Ferté-Milon*, Rec. CE, p. 18).

La force majeure permet à l'une des parties de s'affranchir de ses obligations impliquant l'impossibilité de prononcer de sanction, l'octroi d'une indemnité pour le préjudice créé et, le cas échéant, la résiliation du contrat en cas de bouleversement définitif dudit contrat.

Encore faut-il qu'aucune des clauses particulières du cahier d'un marché public n'y fasse obstacle (CE, 7 juin 2010, *Ville de Marseille*, n° 316528).

Si tel n'est pas le cas, il convient alors d'envisager ce que prévoient les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui peuvent :

- prolonger le délai d'exécution en cas de force majeure (CCAG fournitures courantes et CCAG prestations intellectuelles, art. 13.3.1) ;
- ouvrir droit à une résiliation du marché (CCP, art. L. 2195-2 ; CCAG FCS et PI, art. 31.1, al. 2. CCAG, art. 31.3 du PI. Arrêt de l'exécution des prestations : lorsque l'arrêt de l'exécution des prestations est prononcé en application de l'article 20, le pouvoir adjudicateur résilie le marché. La résiliation n'ouvre droit pour le titulaire à aucune indemnité).

Une circulaire du 20 novembre 1974 (*JORF* 30 novembre 1974) relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics prévoyait déjà en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques : « *Lorsque la force majeure est reconnue, le titulaire du marché peut, sans être tenu au paiement d'une indemnité, obtenir la résiliation de son contrat. Par ailleurs, si la force majeure, sans rendre définitivement impossible l'exécution du contrat, l'a retardée pendant un certain temps, le titulaire peut : - Prétendre à l'exonération des pénalités de retard pour la fraction du retard imputable*

à la force majeure ; - Et, s'il poursuit l'exécution du contrat, demander qu'il lui soit fait application de la théorie de l'imprévision lorsque ce retard aura entraîné le bouleversement de l'économie de son contrat. »

II. LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

La théorie de l'imprévision est un palliatif d'une situation exceptionnelle : elle a pour résultat l'octroi d'une indemnité en présence de circonstances indépendantes de la volonté des cocontractants et imprévisibles lors de la conclusion du contrat venant en bouleverser l'économie sans rendre son exécution impossible (CE, 30 mars 1916, *Compagnie du Gaz de Bordeaux*, Rec. CE, p. 125).

L'indemnité d'imprévision concerne essentiellement les contrats de concession (CE 21, oct. 2019, S⁶ *Alliance*, n° 419155), mais celle-ci a pu s'appliquer à des marchés publics (v. par exemple pour un marché de fournitures : CE, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*, RDP 1918, p. 237 ; pour un marché de travaux publics : CE, 3 février 1923, *Grandchamp*, Rec. CE, p. 176).

Il faut également considérer que la règle d'imprévision est d'ordre public et ne saurait être écartée par une stipulation contractuelle (v. en ce sens A. de Laubadère, P. Delvolvé et F. Moderne, *op.cit.*, T.II, n° 1364, p. 600 et CE, 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, AJDA 1948, p. 31). Pour que l'indemnité d'imprévision soit accordée, il faut que l'élément perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire du marché ;
- qu'il ait généré des charges extraordinaires, généralement qualifiées d'« *extra-contractuelles* » parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie. Si le bouleversement de l'économie du contrat devient définitif, alors le titulaire du marché pourra en solliciter la résiliation sur le fondement de la théorie de la force majeure.

On l'aura compris : si l'épidémie de Covid-19 a suscité la mise en place de mécanismes spécifiques, cela ne dispense pas d'en revenir aux fondamentaux du droit des contrats administratifs qui ne manqueront pas d'être mis en œuvre par le juge du contrat.

Les institutions internationales et les traités internationaux face à la crise du coronavirus



Christian Huglo,
Avocat à la Cour, Docteur en droit
Huglo Lepage Avocats



Raphaël Gubler,
Élève-Avocat



Joachim Guillemard,
Juriste,
Huglo Lepage Avocats

Que peuvent attendre, en cette situation de crise, les citoyens comme les entreprises du droit international qui est, comme on le sait, un droit essentiellement de nature conventionnelle, c'est-à-dire l'œuvre des États ? On parle de droit bilatéral lorsque deux États s'accordent sur un traité, et de droit multilatéral lorsqu'il est issu d'une convention de même nature. C'est seulement ce type de droit qui va nous intéresser ici.

Il a déjà été souligné que la crise du coronavirus trouvait ses origines, en bonne partie, dans l'effondrement de la biodiversité, et surtout dans la faible attention que l'on prête au maintien de celle-ci face à une certaine euphorie liée au développement du commerce mondial¹.

Ce thème ne compose qu'une partie de ce qu'on peut appeler la mondialisation, car elle existe également au niveau des crises écologiques et sanitaires, même si elles ne veulent pas être perçues comme telles.

Ainsi, la crise du coronavirus a eu raison de l'effondrement du commerce international qui s'établit selon l'OCDE par une perte prévisible de PIB de 2 points minimum².

L'organisation mondiale du commerce (OMC) prévoit, quant à elle, une perte en volume des exportations au niveau mondial à au moins deux chiffres, entre 13 et 32 %³. Cette fourchette, qui avait été annoncée en mars et a été confirmée dans les communications les plus récentes, est sans surprise liée au ralentissement de la croissance économique, qui a été entraînée par la pandémie de Covid-19.

Sans doute le commerce a-t-il commencé à faiblir en 2019, avant que le coronavirus ne se répande, mais le fait est que la crise de ces derniers mois est l'une des plus importantes crises mondiales, largement supérieure de trois fois à celle liée à la grande dépression des années 1929 et 1930 et supérieure à la crise financière de 2009 qui avait fait reculer les



échanges commerciaux de l'ordre de 13 % en volume.

La situation que nous vivons est donc sans précédent et va surtout entraîner demain des comportements économiques inédits sur la scène nationale et mondiale liés aux restrictions des importations.

Des programmes d'aide d'urgence, visant d'ores et déjà à enrayer la crise sanitaire et la recherche de projets structurants et à atténuer les impacts économiques, ont été essentiellement l'œuvre des États qui ont agi en urgence pour à la fois protéger la santé publique et limiter les conséquences sociales liées au chômage de cette crise si spécifique, due à l'apparition d'un ennemi invisible mais omniprésent.

S'il faut toutefois relever l'importance de cette nouvelle situation, il ne faut pas perdre de vue que demeure parallèlement une préoccupation fondamentale, également mondiale, visant à la fois la perte de biodiversité déjà évoquée, et surtout le réchauffement climatique qui continue (malgré un ralentissement qui en a surpris beaucoup et qui n'est évidemment que temporaire) alors que la crise du coronavirus

est réversible. Il est certain que la crise climatique prévisible est, elle, sans retour, sans réversibilité possible.

Compte tenu de ces considérations, il nous a paru utile de rechercher et de vérifier, au plan mondial, comment les institutions internationales et les organismes internationaux, tels que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou l'Organisation mondiale de la santé (OMS), ont pu réagir de façon efficace ou non.

De ce fait, cette étude doit donc être regardée comme un test par rapport à des répétitions possibles de la Covid-19 ou à l'aggravation de la crise climatique et de la biodiversité.

Sans doute et sur le fond du droit, la mondialisation a été mise en cause pour imaginer jusqu'où pourrait nous conduire la tentation de la relocalisation. Il est vrai que les États nationaux ont pris une part prépondérante dans l'apport des éléments de solutions les plus immédiates à mettre en œuvre, mais la cause et ses voies de solution dépassent le seul territoire d'un État.

De plus, une telle analyse ne saurait se limiter à la question des contrôles des régulations

1) Lire notamment Huglo, C., Gubler, R., « Biodiversité, climat et crise sanitaire – Une révélation qui devrait conduire à une révolution », *Journal Spécial des Sociétés* n° 26, 18 avril 2020.

2) « Chaque mois de confinement amputera le PIB de 2 points de pourcentage (OCDE) », *Le Figaro*, 27 mars 2020.

3) « Covid-19 : l'OMC prévoit une chute du commerce mondial entre 13 % et 32 % en 2020 », *News.un.org*, 8 avril 2020.

existantes, mais doit aborder la question des responsabilités face à un tel fiasco. Il est important, pour les entreprises comme pour les personnes qui ont pu perdre leur emploi du fait de cette crise mondiale, de tenter, après avoir exploré des failles du système international, de rechercher de nouvelles règles de fonctionnement possibles à travers l'analyse de la question des responsabilités.

Celle-ci doit être très élargie, car elle concerne aussi bien le fonctionnement des institutions internationales et celui des traités de libre-échange, que celui des États qui sont accusés d'avoir pris, souvent avec retard et en manquant de prévention, des mesures certes absolument nécessaires sur le plan de la santé, mais qui ont aggravé parallèlement les dommages économiques. Certaines institutions, certains États sont-ils plus responsables que d'autres et quel droit pourraient estimer devoir faire valoir les victimes de cette situation, sur le plan national comme international ?

Nous étudierons successivement la réponse inadaptée des institutions internationales à la crise (I), puis l'obsolescence des conventions de libre-échange (II), pour enfin porter une attention particulière sur les responsabilités en jeu (III).

I. DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES QUI NE PEUVENT RÉPONDRE À LA CRISE DE LA COVID

L'Organisation mondiale du commerce a pour objectif premier le « *relèvement des niveaux de vie [...] l'accroissement de la production et du commerce des marchandises et services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue [...] de protéger et préserver l'environnement* ».

Si l'objectif est honorable, la réalité est tout autre, et la crise de la Covid-19 a achevé de démontrer l'inadaptation d'une institution qui n'a pour objectif que de garantir des échanges commerciaux effrénés, loin des pieuses paroles relatives à la protection de l'environnement présentes dans le premier considérant de son accord fondateur.

Les fondements de cette inadaptation sont à rechercher dans les différents accords entre les membres de l'institution qui ne permettent pas de répondre efficacement à la réalité des crises actuelles, qu'elles soient sanitaires ou environnementales.

Un accord en particulier traite des mesures que les membres de l'Organisation peuvent prendre pour protéger la santé publique ou la sécurité publique : l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS).

L'accord SPS affirme notamment qu'« *aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes [...], sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [...], soit une restriction déguisée au commerce international* »⁴.

Or cette rédaction, dont l'objectif est de permettre de porter atteinte au libre-échange pour des raisons sanitaires, est vivement critiquée en ce qu'elle est trop restrictive et ne permet pas réellement de répondre aux urgences sanitaires.

La Commission nationale consultative des droits de l'Homme pointe en effet du doigt un accord qui rejette le principe de précaution, « *car l'incertitude n'apparaît pas comme une justification de la prise de mesure provisoire* ».

Ce principe de précaution, vivement décrié au sein de l'OMC⁵, est pourtant une pierre angulaire du droit de l'environnement et de la santé⁶ et permet, malgré l'absence de certitudes à un moment donné, dues à un manque de connaissances techniques, scientifiques ou économiques, de prendre des mesures anticipatives de gestion de risques eu égard aux dommages potentiels sur l'environnement et la santé.

Une application concrète de ce principe a pu être observée tout au long de la crise du coronavirus, nombres de pays préférant se protéger de ses effets potentiels avant même de connaître avec certitude la mortalité de la Covid-19 et sa transmissibilité. Ce principe sera d'autant plus important dans les années à venir, pour pallier les effets du changement climatique et de la perte de biodiversité qui ne sont, eux, ni temporaires, ni réversibles.

Il apparaît en conséquence que l'OMC n'a jamais eu les capacités de résister à une crise de l'ampleur de celle que nous vivons : l'objectif premier de libre commerce prime et écrase tout sens commun du principe de précaution.

Les failles de l'institution sont également soulignées par de nombreuses associations

qui décrient l'inadéquation de la réponse apportée à la crise et la poursuite des sanctions économiques contre des pays qui peinent parfois à se fournir en matériel médical nécessaire dans cette lutte.

Un collectif d'associations regroupant Greenpeace, Oxfam International ou encore France Nature Environnement appelle ainsi l'OMC à « *arrêter toutes les négociations de traités commerciaux et d'investissement pendant l'épidémie de Covid-19 et se recentrer sur l'accès aux fournitures médicales et le sauvetage de vies* »⁷.

Le collectif soutient qu'il n'a été apporté aucune réponse par l'OMC à la question d'abaisser les protections de propriétés intellectuelles instaurées pour les vaccins et médicaments en cours d'élaboration contre la Covid-19, afin de rendre ces derniers librement accessibles à tous, ou du moins financièrement accessibles, dans un contexte où de nombreux États voient leurs ressources fondre en soutien à un hôpital public inadapté : « *La première et seule priorité pour les négociateurs commerciaux à l'heure actuelle devrait être de supprimer tous les obstacles, y compris les règles de propriété intellectuelle, dans les accords existants qui empêchent un accès rapide et abordable aux fournitures médicales, telles que les médicaments, les appareils, les diagnostics et les vaccins vitaux, et la capacité des gouvernements à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire face à cette crise* »⁸.

Des règles du commerce international qui semblent, à la lumière de l'urgence sanitaire actuelle, particulièrement inadaptées, pour ne pas dire indécentes.

Les négociations qui demeurent sont autant de retards que de nombreux pays en développement subissent du fait de la nécessité pour ces derniers de concentrer leurs ressources sur la réponse à l'épidémie.

En somme, « *les pays ne devraient pas [...] détourner leurs ressources pour négocier des règles pour un monde qui sera complètement différent une fois que la pandémie se sera calmée* »⁹.

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a également été la cible de vives critiques dans sa réponse à la crise de la Covid-19, alors que la gestion de la crise du SRAS, qu'elle avait affrontée il y a quelques années, avait été exemplaire¹⁰.

4) Considérant n° 1 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

5) Voir notamment à ce sujet le rapport de Food Watch « *CETA, TAFTA et le principe de précaution de l'Union européenne* », juin 2016. Ce rapport illustre la façon dont l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) a, à la demande du Canada et des États-Unis, et en application des règles de l'OMC, déclaré illégale la réglementation de l'UE et refusé le principe de précaution invoqué.

6) Ce principe a été défini lors du Sommet de Rio de 1992, dans le cadre de la Déclaration de Rio sur l'environnement, signée à la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement de Rio de Janeiro, Brésil, et s'étant déroulée du 3 au 14 juin 1992.

7) « *Il faut arrêter toutes les négociations de traités commerciaux et d'investissement pendant l'épidémie de Covid-19 et se recentrer sur l'accès aux fournitures médicales et le sauvetage de vies* », Lettre ouverte aux ministères du Commerce et à l'Organisation mondiale du commerce, 17 avril 2020.

8) *Ibid.*

9) *Ibid.*

10) « *SRAS : interruption des chaînes de transmission* », Organisation mondiale de la santé, 5 juillet 2003.

Outre les luttes intestines opposant la Chine et les États-Unis au sein de l'Organisation¹¹, l'institution a été vivement critiquée pour sa gestion de la crise : en premier lieu lorsqu'elle refusait de prononcer l'état de pandémie mondiale¹², puis du fait de la visite du Directeur Général de l'OMS en Chine pour féliciter son leader Xi Jinping de sa transparence dans la gestion de la crise¹³. L'OMS est désormais vue comme un organe qui n'a pas su saisir la gravité de la crise et dont la contribution à sa résolution semble minime¹⁴.

Hélène de Pooter retrace par ailleurs la difficulté de la conciliation entre la santé publique et la liberté des échanges, observable dans la conduite de l'OMS : « *Les avis émis sur le SARS-CoV-2 par l'OMS les 5, 10, 12, 14, 16, 17, 21 et 30 janvier 2020 sont très révélateurs à ce sujet. Dans chacun de ces avis, tout en reconnaissant que les informations disponibles étaient insuffisantes (et ne permettaient donc pas de procéder à une évaluation complète des risques), l'OMS a constamment déconseillé de restreindre les voyages et les échanges commerciaux avec les États ayant rapporté des cas.* »¹⁵

De même, lorsque le porte-parole du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies (ONU) réagissait à la déclaration du Directeur général de l'OMS admettant la réalité d'une « *urgence de santé publique de portée internationale* », cette déclaration était immédiatement suivie de la précision suivante : « *cette déclaration n'induit aucune restriction aux voyages et au commerce, compte tenu des informations disponibles* »¹⁶.

Enfin, dans ses recommandations du 29 février, l'OMS souligne à nouveau que les mesures de restriction au commerce et aux échanges, si elles sont justifiées par la « *flambée épidémique* », doivent rester « *de courte durée et être régulièrement réexaminées en fonction de l'évolution de la situation* »¹⁷.

Le commerce international prime, puisque les mesures prises ne doivent aucunement entraîner des « *restrictions inutiles du commerce international pendant la flambée de Covid-19* »¹⁸.

Enfin, ses faibles marges de manœuvre face à des États comme les États-Unis et la Chine ont achevé de convaincre de la décrépitude de



l'Organisation.

Cette inadéquation des institutions internationales pour répondre réellement aux crises sanitaires majeures doit être le dernier marqueur de l'échec d'une mondialisation au libéralisme irréflectif, et doit permettre d'ouvrir la porte à une refonte de ces institutions en profondeur. Si nos institutions ont montré leurs limites face à la Covid-19, elles ne pourront qu'échouer dans la réponse nécessaire aux nombreuses, et sans cesse plus dramatiques, crises environnementales à venir¹⁹. Les mêmes difficultés dans l'appréhension et dans l'adaptation à de tels événements s'observent du côté des traités de libre-échange à la fois acteurs et victimes de ces crises.

II. LA CRISE DE LA COVID-19 COMME SIGNE AVANT-COUREUR DE L'ESOUFFLEMENT DES TRAITÉS DE LIBRE-ÉCHANGE

Les derniers traités économiques en date, construits sur la base de l'import/export généralisé de marchandises, assortis d'une réduction drastique des droits de douane et des règles facilitant les investissements étrangers, suivent un nouveau modèle dit de régionalisme économique²⁰ qui s'est largement intensifié dans la dernière décennie.

L'Union européenne en est un des moteurs principaux et a négocié un nombre important d'accords de libre-échange (ALE) avec des États tiers à l'Union. Il en existe aujourd'hui une

dizaine, notamment avec des pays aussi divers que le Japon, Singapour, le Vietnam, le Mexique, ou encore le Chili ainsi que des pays aussi éloignés que l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Viennent également s'ajouter à ces accords le très décrié CETA (qui réunit l'UE et le Canada) et le MERCOSUR (qui réunit un certain nombre de pays d'Amérique Latine, qui traitent avec l'UE à travers de cette alliance économique).

Les ALE se fondent sur le néo-libéralisme, dans l'idée d'opposer au libre jeu du commerce aussi peu d'obstacles que possible. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un avis du 15 mai 2017²¹, combien ce type d'accords étaient bénéfiques à l'UE par leur caractère éclectique et dans leur capacité à intégrer « *des dispositions dans diverses matières liées au commerce, telles que la protection de la propriété intellectuelle, les investissements, les marchés publics, la concurrence et le développement durable* »²².

La Commission européenne, de son côté, est élogieuse de ces accords de libre-échange qui permettraient d'accroître les exportations agroalimentaires de l'UE de plus d'1 milliard d'euros en 2016 par rapport à 2015²³.

Toutefois la pertinence des ALE est largement questionnée, notamment par l'opinion publique, et il n'y a qu'à voir l'échec du TAFTA pour s'en persuader, en partie abandonné à cause du Brexit²⁴, mais également et surtout sous le coup

11) V. Kiesel, « L'OMS, ring de catch entre la Chine et les États-Unis », *Lesoir.be*, 17 mai 2020.

12) « Coronavirus : pandémie ou épidémie, quelles différences ? », *LeFigaro.fr*, 11 mars 2020.

13) Déclaration du Directeur général de l'OMS relative à la réunion du Comité d'urgence du RSI sur le nouveau coronavirus (2019-nCoV), 30 janvier 2020.

14) P. Haski, « Faut-il "brûler" l'OMS ? », *France Inter*, 9 avril 2020.

15) H., de Pooter, « La pandémie de Covid-19 éclairée par l'histoire de la coopération sanitaire internationale », *The Conversation*, 12 mai 2020.

16) Point de presse quotidien du Bureau du Porte-parole du Secrétaire général de l'ONU, 31 janvier 2020.

17) Recommandations actualisées de l'OMS concernant le trafic international en rapport avec la flambée épidémique de Covid-19, 29 février 2020.

18) *Ibid.*

19) Lire à ce sujet notamment la tribune « Coronavirus et environnement : quelle sortie de crise ? » de Greenpeace, ainsi que l'appel du 26 mai 2020 « Plus Jamais ça : 34 mesures pour un plan de sortie de crise » d'Attac, la CGT, la Confédération paysanne et Greenpeace (entre autres) pour une réelle sortie de crise.

20) H. Ruiz Fabri, Règlement des différends économiques interétatiques, *RDI*, janvier 2018.

21) CJUE, Avis 2/15 – Accord de libre-échange avec Singapour, 16 mai 2017.

22) A. Sabine, Le projet européen du président Macron au regard de la politique commerciale extérieure de l'Union européenne, *RUE*, 2019, p. 72.

23) Commission européenne, Communiqué de presse, Les accords commerciaux stimulent le secteur agroalimentaire de l'UE, 27 février 2017.

24) P. Y., Monjal, « Une désunion sans cesse plus grande... », *RUE*, 2016, p. 545.

des vives critiques qui lui étaient adressées. Ces traités sont donc non seulement perçus négativement, mais souffrent au surplus d'une capacité d'adaptation finalement très relative au regard de la crise sanitaire.

Si l'article 28.3 du CETA précise qu'« aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures nécessaires » notamment « à la protection de la sécurité publique ou de la moralité publique, ou au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », les mêmes problématiques précitées et découlant du fonctionnement lourd de l'OMC se répercutent, et tous les encadrements relatifs à la mise en concurrence de l'attribution des services publics et aux droits de la propriété intellectuelle apparaissent bien désuets dans une telle période.

La plupart des ALE sont soumis à l'arbitrage comme mode immanent de règlements des litiges dans le droit international d'aujourd'hui. Le CETA a développé de manière encore plus approfondie ce recours à l'arbitrage en instituant un mécanisme de règlement des différends directement inspiré de celui de l'OMC avec la création d'un tribunal permanent où siègent des professionnels de l'investissement et du commerce.

On sait déjà tous les avantages de célérité et de souplesse que présente l'arbitrage, mais également les dangers pour l'environnement qu'il est susceptible d'entraîner lorsque le droit à l'investissement et l'intérêt privé des investisseurs est directement opposé à un intérêt général de protection de l'environnement²⁵. Il faut néanmoins souligner que l'on peut reprocher beaucoup de choses au CETA, mais celui-ci apporte tout de même un certain nombre de garanties pour la préservation des législations spécifiques des États membres²⁶.

Toujours est-il que face à la crise mondialisée que nous connaissons, le CETA n'a pas de réponse à apporter malgré les quelque 1 500 pages qu'il contient et malgré son recours systématisé à l'arbitrage. La question est globale et dépasse les intérêts des investisseurs et des États pris individuellement.

Ces traités ont certainement des avantages économiques importants, mais ils sont surtout au fondement même de l'intensification de la production agroalimentaire et indéniablement de la déforestation. Ils figurent comme encadrements juridiques d'activités intrinsèquement polluantes en ce qu'ils favorisent

et accroissent considérablement les allées et venues de marchandises sur de très longues distances. Le dernier accord en négociation concerne des échanges avec la Nouvelle-Zélande qui est *a priori* le pays le plus éloigné de l'Europe et, cela va sans dire, l'empreinte carbone de cet accord s'annonce démesurée.

Il suffit par ailleurs que ce type d'épidémie se reproduise pour se retrouver à nouveau dans les mêmes problématiques de pénurie alimentaire et d'équipements sanitaires avec la fermeture des frontières. Or, on l'a vu, la perte de biodiversité et la pollution de l'air sont des facteurs aggravants des pandémies, l'un favorisant la transmission du

« Le commerce international aura beaucoup de mal à se remettre de la crise, notamment pour des questions matérielles liées au transport et au trafic international, mais le système dit de recherche des responsabilités n'offre rien de sûr, et c'est logique ».

virus à l'Homme et l'autre sa contagiosité²⁷. Les traités participent donc à la facilitation extrême des échanges, mais sont dans le même temps des facteurs exponentiels de pollution et de destruction de la biodiversité. Le serpent se mord la queue.

L'Union européenne ne semble pas avoir retenu la leçon. Le nouvel accord entre l'Union européenne et le Mexique relance totalement le même modèle d'échec et de conséquences désastreuses à la fois sociales et environnementales. Les contestations sont nombreuses alors que la Commission a entériné le traité au moment où l'épidémie battait son plein, sous le sceau de la reprise économique.

Le temps d'envisager les responsabilités est désormais venu alors que les effets de la Covid-19 décroissent de jour en jour et que la crise semble désormais derrière nous, mais peut toujours réapparaître sous une forme ou sous une autre.

III. DES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ À DÉFINIR

Il résulte des considérations qui précèdent que les principaux mécanismes juridiques susceptibles d'être utilisés sont sujets à critique pour insuffisance ou pour carence, que ce soit en cas de crise, pour obtenir une régulation efficace et urgente, ou qu'il s'agisse de l'établissement de plans de prévention par anticipation, susceptibles de s'imposer et d'être mis en œuvre rapidement.

Une telle situation a évidemment entraîné une sorte de reflux de l'hypermondialisation et la tentation de relocalisation comme celle de la mise en avant de la prééminence de l'État. Ceci n'est acceptable ni pour les citoyens ni pour les entreprises, victimes à divers titres de l'impuissance du système international ou même de la carence de l'État.

Bien entendu, la crise laissera des traces et, comme l'ont vu certains observateurs perspicaces à l'image de Pascal Lamy, on risque de passer, dans le discours international, d'une logique protectionniste au prévisionnisme²⁸.

Des garanties de sécurité et de santé seront exigées pour le développement ou le redéveloppement du commerce international. L'idée que le droit, sous ses formes les plus accomplies, puisse apporter des sécurités ou des garanties est pour nous évidemment essentielle.

Pour augmenter ce besoin de sécurité et de garantie, il nous a paru ici intéressant de se livrer à une analyse globale des responsabilités à différents niveaux.

On constatera qu'est inexistante la responsabilité des organisations internationales vis-à-vis d'autres organisations nationales, des États ou même des citoyens (A). Du côté des États, il existe effectivement une responsabilité de ceux-ci vis-à-vis des citoyens sur le plan pénal et administratif (C), mais, en l'espèce actuelle, la mise en cause de la Chine apparaît plus problématique (B).

Une brève exploration de ces trois sujets permettra de faire cette constatation que les voies de recours, sauf en droit interne, ne présentent pas beaucoup de garanties d'effectivité ou d'efficacité. Il faudra sans doute imaginer d'autres modes de règlement des conflits, pour des citoyens ou des entreprises qui cherchent une issue contentieuse à travers la responsabilité d'un État.

Examinons d'abord la responsabilité des organisations internationales vis-à-vis d'autres organisations nationales ou des États.

25) C. Huglo, Droit de l'environnement, Contentieux ou arbitrage : Incompatibilité, complément ou supplément ? La lettre de l'AFA, Décembre 2015, n° 18

26) J. Fourret, R. Beauchard, Le CETA offre-t-il des garanties suffisantes pour la préservation des législations sociales et environnementales ?, RDT, 2019, p. 378.

27) C. Huglo, R. Gubler., Biodiversité, climat et crise sanitaire – Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives, JSS, avril 2020, n°26.

28) J. Bouissou, « Pascal Lamy : "Le Covid-19 va accélérer le passage du protectionnisme au précautionnisme" », Le Monde, 9 avril 2020.

A. LA RESPONSABILITÉ DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Sur ce point, la réponse doit être *a priori* négative, car toutes les institutions internationales bénéficient d'une immunité de juridiction qui permet « *aux organisations sur le modèle du privilège reconnu aux États souverains d'échapper aux actions judiciaires devant les tribunaux nationaux de l'état du siège* »²⁹.

Il est donc impossible pour des particuliers de la mettre en œuvre. La responsabilité d'organisations internationales vis-à-vis des États est en tous cas, semble-t-il, totalement théorique.

Plus intéressante est la question de la responsabilité des États les uns vis-à-vis des autres.

B. L'ENGAGEMENT PEU ÉVIDENT DE LA RESPONSABILITÉ DE LA CHINE

Des entreprises, des dirigeants politiques, notamment anglo-saxons, ont exigé de leur gouvernement des poursuites contre le gouvernement chinois.

On pourrait évoquer ici le contentieux qui avait été lancé par la Suisse, la République fédérale d'Allemagne et l'Italie contre l'URSS à la suite de l'accident de Tchernobyl, survenu en 1986. Il avait été reproché par ces États à l'État soviétique son retard d'information et son manque de diligences. Des accords d'indemnisation avaient été obtenus à l'amiable, mais non au contentieux (la France s'étant abstenue d'y procéder, probablement pour le motif selon lequel la radioactivité n'avait, selon ses dires et ses affirmations, jamais franchi la frontière...).

La situation est-elle ici différente ? Peut-on chercher à invoquer des fautes contre la Chine ? En l'espèce, il existe effectivement un règlement sanitaire international qui régit le droit mondial de la santé³⁰. Ce droit implique la notification rapide des informations et des données utiles pour limiter la transmission du virus. Toute la question, de fait, est de savoir quel délai de retard pourrait être considéré comme fautif. Comme on l'a vu, l'OMS n'a pas été brillante sur ce terrain.

On imagine difficilement les tribunaux chinois engager la responsabilité de l'État chinois et attirer devant un tribunal local un gouvernement pouvant invoquer l'immunité du souverain. Une telle protection ne pourrait protéger, *a priori*, une



entreprise chinoise à condition qu'elle ne soit pas une entreprise d'État.

Quant à la Cour internationale de justice de la Haye, elle ne pourrait pas être saisie à l'encontre de la Chine qui ne reconnaît pas sa juridiction.

On ne voit pas non plus la compétence de la Cour pénale internationale être applicable, et ce, car le délit de défaut d'information n'a pas de consistance dans le Statut de Rome³¹.

Il est donc difficile d'envisager sur ces terrains des actions susceptibles d'emporter un certain succès. L'analyse est différente dans la dernière hypothèse envisagée.

C. LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS VIS-À-VIS DE SES CITOYENS ET ENTREPRISES

Reste évidemment la troisième possibilité de la responsabilité des États par rapport à ses citoyens et ses entreprises. Deux possibilités existent, l'une sur le plan pénal, l'autre sur le terrain du droit public.

Sur le plan du droit pénal, on peut songer effectivement à invoquer le délit de la mise en danger de la vie d'autrui, mais encore faudrait-il démontrer qu'il y a violation d'une loi ou d'un règlement qui, justement, n'existait pas au début de la crise.

Plus sérieusement, pourrait être étudiée l'invocation d'un texte du Code pénal incriminant la carence à combattre ou prévenir un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes³².

Cependant, dans la mesure où la constitution de partie civile n'a pas cours devant la Cour de justice de la République³³, ces ouvertures pénales au contentieux n'ont qu'une valeur de principe et non pratique.

En revanche, la question la plus sérieuse serait d'envisager la responsabilité de l'État pour fait d'abstention, donc pour faute ou rupture d'égalité, mais non sur ce terrain, car la condition de spécialité n'est pas remplie, le droit public ne jouerait pas.

Comme on peut le constater, les possibilités de recours sont assez minimales, mais existantes. Il resterait effectivement à solliciter les assurances, qui agissent aujourd'hui pour la réparation des dommages et la perte de chiffres d'affaires et devront bientôt agir pour la prévention de ces dommages, mais il faudra un jour songer à sortir du système contentieux actuel pour envisager une ouverture à la médiation. C'est un point que nous vous proposons d'explorer dans un prochain article.

Le commerce international aura beaucoup de mal à se remettre de la crise, notamment pour des questions matérielles liées au transport et au trafic international, mais le système dit de recherche des responsabilités n'offre rien de sûr, et c'est logique.

En effet, la seule solution envisageable pour l'avenir consistera à regarder dans deux directions : le recours aux aides et subventions, et le bénéfice des plans de relances, pour laquelle l'Europe est en position de leader surtout dans la mise en œuvre de prévention et de précaution.

N'oublions pas qu'il y a derrière la crise du coronavirus la crise climatique ; que la première est temporaire, mais que la deuxième ne l'est pas, et elle est sans retour.

Il faut donc changer de modèle, et penser à la prévention et non à la réparation.

29) Dupuy, P.-M., Kerbrat, Y., Droit international public, Dalloz, 13^e édition, paragraphe 189, page 223.

30) Le Règlement sanitaire international (2005), ou RSI (2005) est un instrument juridique international qui a force obligatoire pour 196 pays dans le monde, dont tous les États membres de l'OMS. Il a pour but d'aider la communauté internationale à prévenir les risques graves pour la santé publique, susceptibles de se propager au-delà des frontières et de constituer une menace dans le monde entier et à y riposter.

31) Le Statut de Rome est le traité international qui a créé la Cour pénale internationale. Il a été adopté lors d'une conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations unies, dite Conférence de Rome, qui s'est déroulée du 15 juin au 17 juillet 1998 à Rome, en Italie. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 après sa ratification par 60 États.

32) Article 223-7 du Code pénal : « *Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

33) L'article 13 de la loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose en effet qu'« *aucune constitution de partie civile n'est recevable devant la Cour de justice de la République* ».

L'impact de la Covid-19 sur les engagements pris par la France au niveau européen



Corinne Lepage,
Avocate à la Cour,
CEO Huglo Lepage Avocats

Même s'il ne s'agit pas de contrats au sens propre du terme, les engagements que la France a pu prendre au niveau européen, qu'il s'agisse de l'appartenance à la Convention européenne des droits de l'homme, et par voie de conséquence de la soumission à la Cour européenne des droits de l'homme, ou qu'il s'agisse des obligations européennes, l'oblige et l'expose à des risques contentieux et indemnitaires en cas de non-respect.

On examinera donc successivement l'impact de la Covid-19 d'une part au niveau conventionnel (I), et d'autre part au niveau européen (II).

I. AU NIVEAU DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Sur le plan conventionnel, par plusieurs communications datées des 24 mars, 7 et 9 avril 2020, les institutions du Conseil de l'Europe ont fait savoir aux États que la Convention européenne des droits de l'Homme s'appliquait nonobstant à la Covid-19, même dans le cas où les États entendaient bénéficier de la clause de dérogation prévue à l'article 15.

Ce texte dispose :

« 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le



Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. »

Dans un article publié le 26 mars 2020¹, Laurent Pettiti s'interrogeait sur le point de savoir s'il était tout de même nécessaire de notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe.

En effet, un certain nombre d'États, conformément à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ont notifié leur volonté d'exercer leur droit de dérogation compte tenu du danger de propagation du virus.

La Lettonie a été la première à le faire le 16 mars, suivie de la Roumanie, de l'Arménie, de la Moldavie, de l'Estonie et de la Géorgie. Au total, huit États l'ont notifiée, choix que la France n'a pas fait, pas plus que l'Allemagne ou la Grande-Bretagne.

Quoi qu'il en soit, dès le 24 mars, le président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rappelait que si l'article 15 permet de déroger à certains droits, « les garanties fondamentales de l'État de droit, notamment la légalité, un contrôle parlementaire efficace, un contrôle judiciaire indépendant et des recours internes effectifs doivent être maintenus, même pendant un état d'urgence ; il s'agit d'une question de principe démocratique et aussi d'une condition nécessaire à la confiance des citoyens en leurs dirigeants sans laquelle les mesures nécessaires ne peuvent être mises en œuvre avec succès ».

Dans un document du 7 avril 2020 suivi d'un communiqué du 8 avril 2020, le secrétaire général du Conseil de l'Europe a fait parvenir aux 47 États membres « une boîte à outils » pour que les États ne « sapent pas notre véritable but à long terme, à savoir préserver les valeurs fondamentales de l'Europe que sont la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme ».

En particulier les réticences du secrétaire général portaient sur les opérations de

1) Laurent Pettiti, « Faut-il notifier l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe », Dalloz actualité 26 mars 2020.

traçages numériques pour lutter contre l'épidémie dont il soulignait que cette méthode « avait d'énormes conséquences sur la vie privée et nécessiterait une réglementation rigoureuse pour garantir le respect des droits de l'homme et de l'état de droit ».

Cette boîte à outils², qui a pour but de faire respecter la démocratie, l'État de droit et les droits de l'Homme dans le cadre de la crise sanitaire de Covid-19, rappelle les conditions dans lesquelles la dérogation de l'article 15 peut s'appliquer et souligne que, dans tous les cas, les principes de l'État de droit doivent être respectés, y compris en situation d'urgence. Il s'agit du principe de légalité, de la durée limitée du régime de l'état d'urgence, du caractère proportionné et nécessaire des mesures d'urgence qui doivent devenir caduques dès la fin de l'état d'urgence. Ce texte évoque également l'absence de toute réforme législative fondamentale durant la période considérée et le maintien d'un contrôle de l'action sur l'exécutif. À ceci s'ajoute l'application obligatoire des normes pertinentes en matière de droits de l'Homme, à savoir le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements, inhumains ou dégradants (article 3), le droit à l'accès aux soins (article 11 de la charte sociale européenne révisée), le droit à la liberté et à la sécurité, ainsi qu'un procès équitable (articles 5 et 6). La possibilité d'un confinement obligatoire est admise avec pour contrepartie l'obligation de contrôler que ces mesures qui s'apparentent à une privation de liberté sont strictement nécessaires. S'agissant du droit au respect de la vie privée, de la liberté de conscience, de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et d'association, les restrictions sont susceptibles d'être justifiées en temps de crise et les sanctions pénales sévères sont préoccupantes « et doivent faire l'objet d'un contrôle strict ».

Il est proposé un juste équilibre entre prévention et sanction.

Il est rappelé que la pandémie ne peut pas servir de prétexte pour réduire au silence les lanceurs d'alertes ou les opposants politiques, et un paragraphe assez long précise les conditions dans lesquelles le recours à l'utilisation de technologies modernes d'intrusion dans la vie privée (localisation, intelligence artificielle, reconnaissance faciale, applications de médias sociaux) doit être

non seulement contrôlé, mais mis en balance avec le nécessaire respect de la vie privée ; l'accent est mis sur le risque de discrimination, en violation de l'article 14 de la Convention et de l'article 1 protocole n° 12, article 2 de la charte sociale européenne et sur la protection des victimes dans le cadre des tentatives frauduleuses de campagnes d'hameçonnage et la diffusion de maliciels par le biais de sites web communiquant des informations ou conseils fiables sur la Covid-19 permettant d'infecter les ordinateurs, d'extraire les données, les codes d'utilisation et d'obtenir des paiements frauduleux.

S'agissant de la France, celle-ci avait invoqué l'article 15 au moment des attentats terroristes à Paris qui se sont produits en novembre 2015. Cette déclaration, qui date du 24 novembre 2015, a pris fin le 1^{er} novembre 2017 par une nouvelle déclaration faite à la Convention. En revanche, aucune notification n'a été faite pour la Covid-19, position également adoptée par l'Allemagne, de l'Italie, les Pays-Bas ou le Royaume-Uni.

La question de savoir si les conditions de recours à l'article 15 étaient ou non réunies est très discutée en doctrine ; certains comme le professeur Sudre³, estiment que la France a dérogé *de facto* à la Convention européenne en s'abstenant d'informer le Secrétaire général qu'elle exerçait son droit de dérogation de l'article 15, d'autres, au contraire, comme le professeur Renoux⁴, adoptent la position inverse au motif que les mesures prises doivent se concevoir en tant que restrictions et non pas en tant que dérogation par rapport à la liberté de circulation. Dans l'affaire Oliveira c. Pays-Bas⁵, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé, sur la base de l'arrêt n° 30-329/96, paragraphes 61 à 64, que la Cour contrôle si, en situation d'urgence, des mesures moins intrusives auraient été suffisamment efficaces. Il est certain que le contentieux aura à se prononcer en particulier si les mesures de suivi par les téléphones portables sont mises en œuvre, en particulier compte tenu du recul actuel de la pandémie.

D'ores et déjà, par un arrêt rendu le 26 mai 2020, la Cour de cassation⁶ a jugé que l'article 16 de l'ordonnance du 23 mars 2020, prolongeant sans intervention judiciaire tout titre de détention venant à expiration, n'était pas compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme

et que la prolongation n'était régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention s'était prononcée sur le bien-fondé du maintien de la détention dans le cadre d'un débat contradictoire tenu selon les modalités prévues à l'article 19 de cette ordonnance.

Ce délai, qui court à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, ne peut être supérieur à un mois en matière délictuelle et trois mois en matière criminelle, ainsi qu'en cas d'appel de la condamnation prononcée en première instance.

Il résulte donc de ce qui précède que, de manière évidente, des atteintes intenses aux principes fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'Homme ont été portées du fait de la Covid-19, mettant ainsi entre parenthèses les engagements de la France. La question du bien-fondé de ces mesures, d'autant plus que l'article 15 n'a pas été invoqué par la France, reste très certainement ouverte en ce qui concerne au moins certaines d'entre elles, et en particulier les sanctions, les mesures de procédure pénale et les mesures intrusives de suivi si elles sont mises en œuvre.

II. LE VOLET EUROPÉEN

Le droit européen constitue bien évidemment une somme d'engagements, de contraintes et d'avantages consentis, et ce, dans l'intérêt commun.

La Commission européenne a accepté un certain nombre d'amodiations aux règles fondamentales tant en matière de concurrence et aides publiques qu'en matière budgétaire l'objectif était d'assurer une plus grande souplesse aux règles budgétaires de l'Union européenne et aux règles mises en œuvre des aides d'État et, d'autre part, a mis en place des initiatives d'investissements pour aider l'activité économique et protéger les technologies et actifs européens.

A. LES ASSOULISSEMENTS JURIDIQUES

Les mesures prises concernent les aides d'État, le droit de la commande publique, les pratiques anticoncurrentielles et la liberté de circulation.

S'agissant tout d'abord des aides d'État, deux communications sont intervenues, la première le 20 mars 2020 relative à l'encadrement temporaire des mesures

2) Conseil de l'Europe, Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19 : une boîte à outils pour les États membres, Document d'information SG/IN 9 (2020) 11, 7 avril 2020, 10 p.

3) Frédéric Sudre, La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'Homme, Le Club des juristes, 20 avril 2020, en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-mise-en-quarantaine-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>.

4) Thierry Renoux, Pas de mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'Homme, Le Club des juristes, 24 avril 2020, en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/pas-de-mise-en-quarantaine-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>.

5) CEDH, 4 juin 2002, Oliveira c. Pays-Bas, n° 33129/96, §§ 61-64 : <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-65051&filename=001-65051.pdf>.

6) C. cass. crim., n°974, 26 mai 2020, req. N° 2081.910.

d'aides d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de la Covid-19⁷ et une deuxième modifiant la précédente en date du 4 avril 2020 (modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aides d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de la Covid-19)⁸.

Après avoir rappelé la nécessité d'une étroite coordination européenne des mesures d'aides nationales, la Commission reconnaît la nécessité de mesures d'aides d'États appropriées.

D'abord, certaines mesures qui n'entrent pas dans le champ d'application du contrôle des aides d'État peuvent être mises en place : il s'agit des mesures applicables à toutes les entreprises comme les subventions salariales, la suspension du paiement de l'impôt sur les sociétés et de la TVA ou des cotisations sociales, et un soutien financier direct aux consommateurs en cas d'annulations de services ou de billets qui ne sont pas remboursés par les opérateurs concernés.

De même, des mesures de soutien conformes au règlement général d'exemption par catégories⁹ sont possibles sans intervention de la commission.

Sur la base de l'article 107, paragraphe 3.c du TFUE, les États peuvent notifier à la Commission des régimes d'aides visant à répondre à des besoins de liquidité pressants et soutenir des entreprises confrontées à des difficultés financières dues ou aggravées par la Covid-19.

L'article 107, paragraphe 2.b permet aux États membres d'indemniser les entreprises dans des secteurs particulièrement touchés ; des aides d'État temporaires, jugées compatibles avec le marché intérieur et se fondant sur l'article 103, paragraphe 3, b sont également possibles et peuvent être autorisées très rapidement après leur notification par l'État membre concerné.

Des mesures d'aides d'État temporaires peuvent prendre la forme de subventions directes, d'avancements de l'URSSAF ou d'avantages fiscaux à condition :

- que l'aide n'excède pas 800 000 euros par entreprise sous forme de subventions directes, d'avances remboursables, d'avantages fiscaux ou d'avantages en termes de paiements ;
- qu'elle soit octroyée à des entreprises qui n'étaient pas en difficulté au 31 décembre 2019 ;



• qu'elle soit octroyée au plus tard le 31 décembre 2020 avec des conditions particulières s'il s'agit d'entreprises liées aux domaines de la transformation et de la commercialisation des produits agricoles.

S'agissant de l'agriculture et de la pêche, des conditions spécifiques sont mises : limitation des aides à 120 000 euros par entreprise non visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1.AK du règlement UE 717 2014 de la Commission.

Suivent une série de règles concernant les garanties sur les prêts, les taux d'intérêt bonifiés pour les prêts, les garanties de prêts acheminés par des établissements de crédits ou d'autres établissements financiers.

Enfin, des règles particulières sont fixées pour l'assurance-crédit à l'exportation à long terme.

La seconde communication, qui date du 4 avril 2020, modifie la précédente, précisant que les reports de paiements d'impôts, taxes et cotisations de Sécurité sociale, s'ils s'appliquent à l'ensemble de l'économie, ne relèvent pas du contrôle des aides d'État.

La contribution aux coûts salariaux, s'ils s'appliquent à l'ensemble de l'économie, ne relève pas du contrôle des aides d'État.

Les mesures prises par les États membres pour assurer la sécurité et éviter les licenciements massifs sont admissibles.

Les modifications portent sur l'encadrement temporaire des mesures d'aides d'État pour encourager l'aide à la recherche et au développement tant sur la Covid-19 que pour soutenir les infrastructures d'essais et de développement qui contribuent à la

conception des produits utiles dans la lutte contre la Covid-19 ainsi que la fabrication des produits nécessaires pour faire face à la flambée épidémique.

Un certain nombre de règles fixées précédemment sont modifiées, en particulier en ce qui concerne les primes, les marges.

Sur la base de ces dispositions, les systèmes mis en place en France ont été autorisés dans les 48 heures suivant l'entrée en vigueur de l'encadrement temporaire.

Une seconde décision a autorisé le régime français de fonds de solidarité délivrée le 30 mars et, enfin, le régime de la garantie française pour les PME, dont les activités d'exportation de la pandémie, a été autorisé.

B. LES RÈGLES ANTI-TRUST

S'agissant des entreprises elles-mêmes, un site Internet a été ouvert le 30 mars pour aider les entreprises à collaborer de manière licite et une communication a été publiée le 8 avril pour mettre en place un service temporaire pour l'appréciation des questions d'entente et d'abus de position dominante liée à la coopération entre entreprises à la réponse d'une situation d'urgence découlant de l'actuelle épidémie de la Covid-19.

La coopération entre entreprises est autorisée notamment pour la fourniture et la distribution adéquates des produits et services essentiels rares pendant l'épidémie de la Covid-19, comme les médicaments ou des équipements médicaux.

7) Commission européenne, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19, 20 mars 2020, (220/C91 I/01). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0320(03)&from=FR).

8) Commission européenne, Modification de l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19, 4 avril 2020, (2020/C 112 I/01) : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0404\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0404(01)&from=FR).

9) Règlement UE n° 651-2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (JO L187 du 26 juin 2014, page 1).

Les règles anti-trust sont revues, en particulier dans le secteur de la santé, soumettant les échanges d'informations commercialement sensibles à une coordination pour tel ou tel médicament et organisant l'autorisation donnée voire l'encouragement à la coopération co-concurrentielle.

Ainsi, un titre de compatibilité a été accordé par la Commission sur le fondement de ce texte le 8 avril, rendu public le 28 avril, concernant les médicaments hospitaliers critiques pour des patients infectés par la Covid-19. Elle l'a été à Médecine Force Europe, cette organisation acceptant de mettre en place des garanties :

- caractère ouvert de la coopération à tout fabricant pharmaceutique désirant y participer, établissement et conservation des procès-verbaux de réunions,
- communication à la Commission et à l'Agence européenne des Médicaments ainsi qu'aux systèmes nationaux de santé en particulier.

Plus précisément, le point 12 de la communication autorise un certain nombre de tâches comme la coordination du transport, le convoi d'un train, le recensement des médicaments essentiels, l'allègement des informations relatives à la production et à la capacité sans échange d'informations concernant une entreprise particulière, l'élaboration d'un modèle permettant de prévoir la demande au niveau de l'État membre et de recenser des déficits d'approvisionnement, enfin le partage des informations « abrégées ». Ainsi, les règles anti-trust habituelles ont été largement allégées en ce qui concerne en particulier le réseau de la santé.

C. LES RÈGLES CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS

Une communication de la Commission du 1^{er} avril 2020¹⁰ précise l'orientation de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19.

En premier lieu, à titre de rappel, la Commission énumère les options que peuvent envisager les acteurs publics, à savoir :

- réduire les délais pour accélérer les procédures ouvertes et restreintes en cas d'urgence ;
- recourir à une procédure négociée sans publication, et même attribution directe à un opérateur économique présélectionné ;
- recherche de solutions de substitution et collaboration avec le marché.

Interagir avec le marché pour stimuler l'offre est souhaitable à la fois pour répondre à l'urgence sanitaire et pour permettre d'activer la machine économique.

La Commission propose le recours à des outils numériques innovants (par exemple pour réutiliser les masques de protection après nettoyage, pour innover sur la manière de protéger le personnel médical, etc.) en encourageant la collaboration également avec des écosystèmes de l'innovation et des réseaux d'entrepreneurs.

S'agissant des procédures et des délais, la Commission rappelle que les délais peuvent être raccourcis à 15 jours minimum pour une procédure ouverte et pour une procédure restreinte (1^{re} étape) et 10 jours pour la procédure restreinte, soit 25 jours au total au lieu de 60.

« La question qui est désormais posée est celle de savoir comment sur le moyen et le long terme, en particulier au niveau européen, les engagements pris par les États membres entre eux et à l'égard de l'Union vont évoluer pour intégrer les instruments de relance sans mettre en péril l'euro et les institutions communes ».

Enfin, en cas d'urgence impérieuse, la procédure négociée sans publication d'un avis de marché est possible dans la mesure strictement nécessaire lorsqu'il y a une nécessité impérieuse qui n'est pas imputable au pouvoir adjudicataire (article 32, paragraphe 2 de la directive 2014/24/UE).

Par ailleurs, le professeur de La Rosa¹¹ reconnaît non seulement que les orientations de la Commission ont été parfaitement entendues, mais qu'elles ont même été largement appliquées : mutualisation des achats, utilisation des centrales d'achats par les collectivités territoriales, recours à des procédures d'achats conjoints (25 États se sont associés à quatre appels d'offres de la Commission pour obtenir du matériel médical démontrant une véritable capacité stratégique de l'Union européenne pour affirmer sa « souveraineté économique »). Enfin, une coopération publique permettant à plusieurs acheteurs d'attribuer un marché sans publicité des mises en concurrence à une entité juridiquement distincte, mais contrôlée d'un point de vue organique et matériel a été utilisée notamment par la France dans la région Grand-Est. Le professeur de La Rosa estime même qu'un dispositif type SEM, qui pourtant comporte une participation privée, s'il n'est pas parfaitement en règle avec les obligations de l'entité « *in house* » se verrait difficilement contesté par le juge.

D. LES ASSOULISSEMENTS BUDGÉTAIRES

Les engagements des différents États membres en ce qui concerne le respect des critères de Maastricht et la sévérité des règles régissant la BCE et le comportement budgétaire de la Commission ont également subi de sérieuses amodiations.

Aux souplesses offertes au niveau des règles de droit *stricto sensu*, il convient d'ajouter les initiatives prises par la Commission européenne pour aider à l'emploi et l'économie durant toute cette période avec une première initiative lancée le 2 avril, d'une assistance financière d'un montant de 100 milliards d'euros sous forme de prêts octroyés aux

États membres à des conditions favorables, à laquelle s'est ajouté un financement de 8 milliards pour les PME et le déblocage d'1 milliard d'euros titre du fonds européen pour les investissements tract stratégiques servant de garantie au fonds européen d'investissement pour encourager les banques à aider les PME par des liquidités. Vont s'ajouter probablement les 754 milliards d'euros dont il est désormais question pour relancer l'activité économique en Europe et soutenir les États en difficulté.

Cela signifie très clairement que la Covid-19 conduit les institutions européennes à repenser les mécanismes de fonctionnement budgétaire et financier de l'Union.

Ainsi, globalement, la France a pu respecter les engagements qui étaient les siens dans la mesure où précisément ses engagements ont été bouleversés par les institutions européennes, pour tenir compte de la Covid-19.

La question qui est désormais posée est celle de savoir comment sur le moyen et le long terme, en particulier au niveau communautaire, les engagements pris par les États membres entre eux et à l'égard de l'Union vont évoluer pour intégrer les instruments de relance sans mettre en péril l'euro et les institutions communes.

2020-5962

10) Commission européenne, Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19, 1^{er} avril 2020, (2020/C 108 I/01) : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=FR).

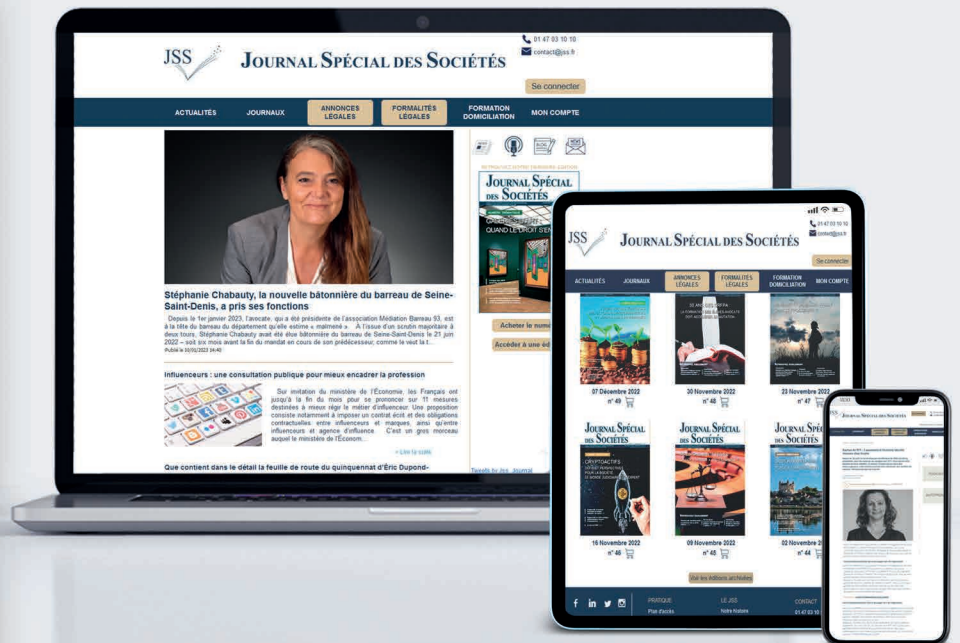
11) Stéphane de La Rosa, La crise sanitaire du Covid-19 et la transformation du droit de la commande publique une perspective européenne, 29 avril 2020, Le Club des juristes : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-crise-sanitaire-du-covid-19-et-la-transformation-du-droit-de-la-commande-publique-une-perspective-europeenne-sadapater-a-lurgence/>.

ABONNEZ-VOUS À NOTRE NOUVELLE FORMULE

ABONNEMENT
ANNUEL

36€

- ✓ UN ACCÈS PREMIUM À LA TOTALITÉ DES ARTICLES EN LIGNE
- ✓ UNE NEWSLETTER HEBDOMADAIRE AVEC LE CONDENSÉ DE L'ACTUALITÉ PARUE SUR WWW.JSS.FR
- ✓ DES NUMÉROS THÉMATIQUES EN COLLABORATION AVEC DES PROFESSIONNELS



RENSEIGNEMENTS :

N° ABONNÉ :

**JE M'ABONNE
À LA NOUVELLE FORMULE**

1 AN D'ABONNEMENT AU JSS POUR 36€ TTC

NOM ET PRÉNOM :

M. MME MAÎTRE

SOCIÉTÉ :

ADRESSE :

VILLE :

CODE POSTAL :

E-MAIL :

TEL. :

JE RÉGLE PAR :

- Chèque bancaire ou postal à l'ordre du SPSS
- Par Carte Bleue (sur le site www.jss.fr)

Date et signature :

INTERNET : WWW.JSS.FR
E-MAIL : ABO@JSS.FR
TÉLÉPHONE : 01 47 03 10 10
COURRIER :

Bulletin à renvoyer au
8, rue Saint Augustin
75080 Paris Cedex 02