



Recension – Vers la redirection écologique du droit économique

Florian Couveinhes Matsumoto

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE** 2023/3 (T.XXXVII), PAGES 215 À 230
ÉDITIONS **ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ÉCONOMIQUE**

ISSN 1010-8831

ISBN 9782931194102

DOI 10.3917/ride.373.0215

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2023-3-page-215.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

RECENSION – VERS LA REDIRECTION ÉCOLOGIQUE DU DROIT ÉCONOMIQUE

REVIEW – TOWARDS THE ECOLOGICAL REDIRECTION OF ECONOMIC LAW

A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit-Économie international », 2022

- 1 Introduction
- 2 Économisation du droit de l'environnement, écologisation du droit économique
- 3 La réinterprétation des grandes notions du droit économique
- 4 Écologie et idéologie croissante et/ou libérale
- 5 Un ménage à trois : entreprises, État, société civile
- 6 Le verdissement du mandat des organes de régulation

1 INTRODUCTION

Un ouvrage dirigé par Aude-Solveig Epstein et Marie Nioche, relatif aux possibilités de « transition » que recèle le droit économique – dans ses différentes branches, ici et ailleurs, hier et aujourd'hui – est récemment paru aux éditions Bruylant. À nos yeux, c'est une contribution majeure à la réflexion sur un thème qui devrait tarauder tous les juristes préoccupés par la transition écologique.

Pour expliquer d'où vient son importance, il faut le resituer dans l'histoire de son champ : pendant très longtemps, la plupart des travaux consacrés à l'appréhension juridique des rapports entre économie et environnement se contentaient d'examiner, non les rapports entre le droit de l'environnement et le droit économique, ou l'environnement et l'ensemble du droit économique, mais seulement les relations entre celui-ci et des *branches* de celui-là. Dans chaque branche du droit public et du droit privé (droit fiscal, droit des contrats, droit des

affaires, droit des sociétés...), en droit européen de la concurrence et en droit international du commerce ou des investissements, la littérature sur ce thème a grossi, jusqu'à devenir aussi détaillée que pléthorique. Pourtant, elle ne semble pas toujours aussi utile aujourd'hui qu'elle le paraissait hier. Selon une logique disciplinaire souvent étroite, parfois hagiographique, elle consistait à mettre en lumière et à commenter des changements survenus au sein de chaque *corpus* réglementaire, législatif, conventionnel ou jurisprudentiel. Or il est désormais évident que ces modifications n'étaient pas à la hauteur des enjeux : elles ne peuvent pas servir de paradigme de compréhension pour les changements en cours, et encore moins pour les changements à venir ou pour ceux que la situation requiert. Jusqu'à une période extrêmement récente, qui n'est peut-être pas tout à fait terminée, l'absence d'ambition et de transversalité caractérisait l'essentiel à la fois des réglementations et de la recherche. Les perspectives doctrinales critiques, globales et raisonnablement ambitieuses étaient rares et éparpillées, et les approches prospectives encore plus introuvables.

Devant l'inquiétude suscitée par le mur environnemental sur lequel nos sociétés se fracassent, l'heure est désormais à la critique radicale, parfois emphatique, des démarches étriquées, « en silos », ou excessivement fondées sur une interprétation orthodoxe des textes et des branches du droit. Cette critique est justifiée et a au moins deux débouchés visibles : premièrement, l'émergence de reconfigurations des disciplines, autour de thématiques tantôt relativement classiques, comme l'animal¹ ou l'énergie², ou bien nouvelles et

1. En français, v. not. O. LE BOT, *Mutations contemporaines du droit de l'animal*, DICE éd., 2023 ; K. MERCIER, A.-Cl. LOMELLINI-DERECLLENNE, *Le droit de l'animal*, Lextenso, 2017 ; S. ANTOINE et J.-M. COULON, *Le droit de l'animal*, Légis-France, 2007. Les colloques sur ce sujet se multiplient eux aussi, comme par ex. *L'animal en droit économique dans l'Union européenne*, R. BISMUTH, A. DI CONCETTO, A.-S. EPSTEIN et I. DOUSSAN (dir.), 2023. En langue anglaise, la littérature est considérable (v. par ex. A. PETERS (Ed.), *Studies in Global Animal Law*, Berlin, Springer Open, 2020) et on compte une quinzaine de revues scientifiques ayant cet objet : *Animal and Natural Resource Law Review*, *Animal Law*, *Animal Law Committee Newsletter*, *Animal Law Newsletter*, *Animal Law Report*, *Australian Animal Protection Law Journal*, *Global Journal of Animal Law*, *Journal of Animal Law*, *Journal of Animal & Environmental Law*, *Journal of Animal & Natural Resource Law*, *Ethics and One Health*, *Stanford Journal of Animal Law and Policy* auxquelles on peut ajouter, au cadrage un peu différent, la *European Food and Feed Law Review* et en langue espagnole *Derecho Animal*. V. par ex. aussi, sur la toile <https://animallaweurope.com> ou <http://animal-et-droit.blogspot.com>.
2. En français, v. par ex. F. CAMPAGNOLA, *Précis de droit de l'énergie*, L'Harmattan, coll. « Le droit aujourd'hui », 2023 ; M. LAMOUREUX, *Droit de l'énergie*, LGDJ-Lextenso, 2020 puis 2022 ; P. SABLIÈRE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2013. De nombreux ouvrages et même revues (*EU Energy Law*, *European Energy Law Reports*) sont consacrés au droit européen de l'énergie. V. également, sur la question dans d'autres États que la France : M. J. FANFIL, A. CANTON-FOURRAT, *Le droit de l'énergie en Afrique*, L'Harmattan, 2015 ; C. KIM, *Energy Law in Korea*, Korea Legislation Research Institute, 2015 ; et la série de livres consacrés au droit de l'énergie dans des États comme la Colombie, la Lituanie, l'Argentine, la Suède, l'Afrique du Sud, etc., proposée par Kluwer Law International. En Droit international, v. M. NASEEM, S. NASEEM, *International Energy Law*, Wolters Kluwer Law International, 2017 puis 2020 ; J. VIÑUALES, *International Law of Energy*, Cambridge UP, 2022 ; P. PARK, *International Law for Energy and the Environment*, Routledge, 2023 ;

néanmoins pertinentes, comme par exemple la catastrophe³. De telles reconfigurations disciplinaires sont bienvenues, et passionnantes, mais elles ne nous disent pas très clairement dans quelles directions il convient de réorganiser juridiquement l'économie. Le deuxième débouché de la critique des travaux d'hier est un ensemble de propositions et de mots d'ordre assez généraux, sur ce qu'il convient de faire d'un point de vue théorique ou méthodologique. Ces travaux sont tantôt contestables, tantôt intéressants, et ils doivent sans doute être étudiés avec soin par les juristes. Toutefois, même les meilleurs ou les plus frappants⁴ tendent à mettre en appétit plutôt qu'à rassasier : on voudrait, non qu'ils restent ce qu'ils sont, mais qu'ils se transforment ou soient prolongés par d'autres recherches qui, tout en gardant en tête le double impératif d'une approche globale et d'un changement radical, mettent les mains dans le cambouis et proposent des transformations précises, politiquement, socialement et techniquement « faisables », du droit comptable, du droit des sociétés ou du droit de propriété, et qu'ils aboutissent à une fresque convaincante de ce que pourrait, devrait peut-être, devenir le droit économique.

Or l'ouvrage *Le droit économique, levier de la transition écologique ?* fait précisément cela, et c'est ce qui le rend si précieux, en ce moment particulier⁵.

M. GAVOUNELI, *Energy in International Law*, cours dispensé l'hiver dernier à l'Académie de droit international de La Haye. La prise en compte de la dimension environnementale en droit de l'énergie est variable mais s'accroît globalement avec le temps. Certains ouvrages sont plus spécialisés et portent sur le rapport entre droit de l'énergie et justice ou environnement. V. par ex. O. WOOLLEY, *Renewable Energy Law*, Hart, 2023 ; I. del G. CASTIELLA, L. C. GODDEN, D. N. ZILLMAN, M. MONTOYA PARDO, J. J. F. GONZÁLEZ MÁRQUEZ, *Energy Justice and Energy Law*, OUP, 2020 ; R. LYSTER, A. J. BRADBROOK, *Energy Law and the Environment*, CUP, 2006. Comme pour le droit de l'animal, de nombreuses revues de langue anglaise sont désormais consacrées à cette thématique.

3. On pense à la création du *Disaster Law* (<https://disasterlaw.ifrc.org>) et de l'*International Disaster Response Law* (<https://phap.org/PHAP/PHAP/Themes/IDRL.aspx?hkey=c76c91-1eab-413d-850b-924d2b4373e7>). De tels « droits » ont vocation à encadrer juridiquement la situation issue d'une catastrophe, à organiser notamment les réactions à celle-ci, selon une pluralité de points de vue politiques (humanitaire mais aussi économique et environnemental) et donc juridiques (droit des transports, droit humanitaire, droit de l'eau, droit des assurances, etc.). Ces branches ont désormais leurs articles et ouvrages de référence (v. par ex. les bibliographies qu'on trouve sur <https://www.elgaronline.com/monochap/book/9781802208238/back-1.xml> ou <https://www.ucc.ie/en/ccjhr/researchclusters/disasterlaw/selectedpublications/> ou <https://www.grafiat.com/en/literature-selections/international-disaster-law/>), leur *handbook* (S. S. KUO, J. TRAVIS MARSHALL, R. ROWBERRY (Eds.), *The Cambridge Handbook of Disaster Law and Policy*, CUP, 2022), leur annuaire (*Yearbook of International Disaster Law*) et leur base de données (<https://disasterlaw.ifrc.org/disaster-law-database>).
4. On pense à l'article séminal de J. VIÑUALES et J.-F. MERCURE, « Pathway to Reframing Environmental Law », *Environmental Policy and Law*, 2020, vol. 50, pp. 509-517, ou à la proposition d'un *Earth Law system* (V. L. J. KOTZÉ, R. E. KIM, C. BLANCHARD, J. C. GELLERS, C. HOLLEY, M. PETERSMANN, H. van ASSELT, F. BIERMANN, M. HURLBERT, « Earth system law: Exploring new frontiers in legal science », *Earth System Governance*, 2022, vol. 11, 100126).
5. On peut en dire autant de certains membres de sa « famille », notamment son « petit frère » ou sa « petite sœur » : J. BARDY, R. BRETT, M.-A. CHARDEAUX, A.-S. EPSTEIN, A. TOMADINI (dir.), *Le droit économique de l'environnement : acteurs et méthodes*, Mare & Martin, coll. « Droit,

Certes, il examine les aspects environnementaux du « droit économique » et les textes et institutions « hybrides » – mi-économiques, mi-écologiques – mais pas vraiment les implications économiques des textes « environnementaux »⁶. On aurait pu le souhaiter ; et le projet à la fois essentiel et urgent qui consiste à confronter a) les implications économiques des textes « environnementaux », b) les aspects environnementaux des textes de « droit économique », et c) les implications environnementales de l'économie telle qu'organisée par ce droit, ce projet-là reste devant nous⁷. Mais il est bien certain qu'il ne peut être mené qu'en fédérant énormément d'énergies et d'intelligences, que le travail réalisé dans le livre commenté est déjà colossal, et qu'il est typiquement de ceux qui *permettent* désormais de se livrer à la grande confrontation suggérée.

2 ÉCONOMISATION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, ÉCOLOGISATION DU DROIT ÉCONOMIQUE

L'ouvrage se présente à la fois comme un tour d'horizon de son vaste objet (les aspects, implications et outils environnementaux du droit économique) et comme une analyse de celui-ci allant des questions les plus générales ou théoriques, aux plus spécifiques et concrètes. Marchant d'un bon pas sur cette voie, l'avant-propos (Aude-Solveig Epstein), l'introduction (Marie Nioche) et la première partie (Aude-Solveig Epstein, Béatrice Parance, Pauline Abadie, Gilles J. Martin), ainsi que les propos conclusifs qui y font écho (François Guy Trébulle) sont centrés sur le problème « macro-juridique » des rapports entre droit de l'environnement et droit économique, autrement dit entre deux grosses branches du droit qui ont elles-mêmes de nombreux rameaux – pour le droit économique, les droits foncier, des affaires, des sociétés, commercial, de l'investissement, des marchés publics, des contrats internationaux... La dynamique qui ressort nettement de ces contributions est celle d'un double mouvement d'*économisation du droit de l'environnement*, et d'*écologisation du droit économique*.

sciences & environnement », 2023. Son « grand-oncle », J.-L. GAFFARD et G. J. MARTIN, *Droit et économie de la transition écologique*, Mare & Martin, coll. « Droit, sciences & environnement », 2023, trace quant à lui des perspectives générales, en essayant de montrer comment une voie médiane et nuancée peut être commune aux économistes et aux juristes ou plutôt, à un certain type d'économistes et un certain type de juristes.

6. Sur ce sujet, v. par ex. G. de LASSUS ST-GENIÈS, *Droit international du climat et aspect économique du défi climatique*, Pedone, 2017.
7. Sur celui-ci, v. F. COUVEINHES MATSUMOTO, « La transition écologique et l'enseignement de nouvelles disciplines écologique-économiques », *RIDE*, 2023-2, pp. 87-97.

L'économisation du droit de l'environnement a plusieurs facettes : d'abord, depuis l'origine, les entreprises et en particulier les entreprises polluantes ont participé à l'édiction et à l'application du droit de l'environnement (de ce point de vue, la mainmise des industries fossiles sur la COP28 peut déprimer, mais pas vraiment surprendre) ; ensuite, l'histoire de nombreuses règles à finalité apparemment environnementale montre qu'elles ont en réalité été adoptées pour des raisons économiques, généralement capitalistes ; enfin, les règles de droit de l'environnement, dans leur contenu et dans leur mise en œuvre, emploient de plus en plus souvent des raisonnements économiques et des mécanismes de marché⁸. Le marché carbone est l'exemple le plus connu mais ces raisonnements, mécanismes ou outils sont à la vérité très nombreux : comptabilité, résolutions d'actionnaires, analyse coût-bénéfice, analyse des risques, etc.

L'écologisation du droit économique, de son côté, est le grand sujet de l'ouvrage. Cette écologisation est à la fois un constat, une nécessité et un projet : le *constat*, c'est la multiplication des dispositions insérées dans des instruments classiques de droit économique (Code civil, Code des sociétés, accords de commerce et d'investissement, etc.) et/ou visant à organiser l'activité économique, à des fins environnementales ; la *nécessité*, c'est celle d'une « lecture croisée – voire intriquée – » du droit économique et du droit de l'environnement (p. 62), lecture encore rare alors que si c'est bien l'aspect économique de nos relations sociales qui est à l'origine des catastrophes écologiques en cours, c'est nécessairement le droit chargé d'organiser les acteurs et opérations économiques qu'il faut changer en priorité pour préserver un environnement sain⁹ ; le *projet*, enfin, c'est celui qu'assument une part croissante des acteurs politiques et juridiques, y compris des universitaires, de travailler à réglementer et à organiser *d'avantage, voire principalement* l'économie à des fins écologiques – qui sont en réalité indissociablement écologiques, sociales et de politique économique puisqu'il s'agit de permettre aux personnes humaines de vivre décemment, dans un « environnement sain », sur le long terme.

L'accent mis sur ces deux grands mouvements ne doit pas faire perdre de vue l'essentiel, qui ressort comme en creux de l'ouvrage. L'essentiel, c'est que, dans les ministères, dans les assemblées ou dans les négociations internationales, les politiques publiques économiques ne sont pas suffisamment pensées

8. Sur ces trois points, v. not. dans l'ouvrage les pp. 13, 24, 27, 132-135, 137, 165, 237 *in fine* 238, 242, 249, 251 et s., toute la partie IV, puis les pp. 359-363. Sur les deux premiers points, de nombreux renvois sont faits à F. JARRIGE, Th. LE ROUX, *La contamination du monde – Une histoire des pollutions à l'âge industriel*, Seuil, 2017 ; sur le troisième, plusieurs renvoient aux travaux de G. J. MARTIN, notamment « L'environnement » in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au XX^e siècle*, LGDJ, 2020, p. 321.

9. Récemment, v. not. en ce sens les réflexions de J.-L. GAFFARD et G. J. MARTIN dans *Droit et économie de la transition écologique – Regards croisés*, Mare & Martin, coll. « Droit, science & environnement », 2023, spéc. pp. 62-65.

au regard de leurs aspects (et non seulement de leurs impacts) sociaux et environnementaux. Et de même, les universitaires continuent de ne presque pas hybrider droit économique et droit de l'environnement dans leurs ouvrages, leurs articles ou leurs cours. Les déclarations des politiques comme des universitaires à cet égard semblent finalement assez peu se traduire dans les faits, peut-être parce que l'effort de ré-imagination demandée – ré-imagination des disciplines, des thèmes des centres de recherche et des revues, des notions, des instruments juridiques et structures normatives des textes – est absolument considérable. L'ouvrage incite à un très gros investissement intellectuel-politique en ce sens, et il n'est pas surprenant qu'il ait été publié dans le cadre d'un groupe de recherche sur la *Transition écologique du droit économique* qui travaille précisément en ce sens¹⁰.

3 LA RÉINTERPRÉTATION DES GRANDES NOTIONS DU DROIT ÉCONOMIQUE

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à la « réinterprétation des grandes notions du droit économique ». Plus exactement, il s'agit de la réinterprétation d'une partie de ces notions, puisque comme le souligne Muriel Fabre-Magnan, il aurait été possible d'étendre la réflexion à la responsabilité, la personne morale ou le contrat, qui relèvent cependant du droit privé général¹¹, voire du droit tout court.

10. V. <https://eco-logic.law/>. Sur l'aspect « enseignement » de la remarque, voir notamment le colloque, organisé par le même groupe de recherche, sur *La transition écologique et l'enseignement du droit économique*, qui s'est tenu à l'École normale supérieure (Paris, Ulm) le 20 octobre 2023 (RIDE, 2023-2) et dont les actes ont été publiés dans cette revue.
11. Un tel projet pourrait être rapproché du projet de révision des concepts, objectifs et branches du droit privé mené par le Pr. R. MICHAELS, « Vers un droit privé durable », intervention au Collège de France, 30 novembre 2023 (v. résumé). Rejoignant nombre d'analyses de la partie II de l'ouvrage commenté, l'auteur soutient notamment : « La propriété privée en tant que droit absolu confère à son titulaire d'énormes pouvoirs de destruction. Le droit de la responsabilité délictuelle s'est mué avec le temps d'un droit de conservation en un droit de compensation – il tolère la destruction tant qu'une contrepartie financière est fournie. Le contrat donne lieu à des solutions dites “gagnant-gagnant”, mais souvent en rendant invisibles les pertes nécessaires à alimenter ces gains. Le droit de la consommation protège les consommateurs, et donc la consommation et le gaspillage. Le droit international privé facilite les transactions transfrontalières et à longue distance, respectant ainsi les droits acquis mais accroissant aussi la pollution à ce titre. Pouvons-nous repenser ces concepts de base pour les rendre durables ? Nous n'avons guère le choix. Il faut réinventer la propriété en tant que gardiennat. Nous devons repenser le droit de la responsabilité délictuelle comme un droit qui prévienne la destruction. Il faut réinventer le droit des contrats en le centrant sur les transactions qui réduisent les déchets. Nous devons repenser la protection des consommateurs pour en faire une protection durable. Et nous devons revisiter le droit international privé pour en faire un droit qui encourage les économies circulaires et la production locale ». On retrouvera sans doute au moins une partie de ces questionnements dans l'ouvrage *Philosophical Foundations of Private International Law* que le même auteur prépare, en codirection avec R. Banu et M. Green. V. également le cycle de conférences 2022 de la Cour de cassation sur

Cette partie II de l'ouvrage peut être vue, *négativement*, comme le relevé de l'ensemble des limitations, dérogations et exceptions aux conceptions orthodoxes et rigides de la propriété, du droit des sociétés, du droit de la comptabilité et du droit de la consommation. Sont ainsi relativisés des principes « traditionnellement modernes » liés au droit de *propriété* – comme la capacité absolue du propriétaire de modifier ou détruire la chose, ou d'en exclure l'usage des tiers –, des principes du droit des *sociétés* – comme l'autonomie patrimoniale de la société ou l'irresponsabilité des actionnaires au-delà de leur apport –, des orientations et principes du droit de la *comptabilité* – comme l'information exclusive des investisseurs dans une logique court-termiste de valorisation de leurs portefeuilles d'action, ou encore l'exclusion de toute évaluation de l'impact environnemental de l'activité de l'entreprise ou de son usage des services écosystémiques – et des principes de droit de la *consommation* – l'absence de mention de la réparabilité des produits, la tolérance à l'égard de l'obsolescence prématurée, le laxisme à l'égard des informations environnementales trompeuses (42 % des sites internet en janvier 2020).

C'est cependant sans doute *positivement* qu'il faut apprécier cette partie. En effet, elle peut être vue comme une esquisse du droit économique tel qu'il faut le bâtir pour éviter, au-delà de l'écocide, l'anthropocide qu'il implique. Prend ainsi forme un autre droit de propriété, constitué d'une gerbe d'utilités pouvant être séparées pour permettre à tou-te-s ou à plusieurs de jouir de certaines d'entre elles, ou tout simplement pour préserver dans le temps l'intégrité du bien approprié (Marie-Alice Chardeaux).

Émerge un autre droit des sociétés qui prend à bras-le-corps le caractère d'institution sociale de l'entreprise (et non pas seulement sa base dans un contrat contingent entre quelques personnes intéressées), le naufrage probable de nombreux actifs et le fait que leur valeur dépende désormais de manière décisive de leur rapport à l'atteinte des limites planétaires. Ce droit des sociétés est un droit où l'entreprise dans toutes ses ramifications est visée par le droit au-delà de la seule société considérée formellement, un droit où l'entreprise est titulaire d'obligations de vigilance et de *compliance* en matière de corruption sur l'ensemble de sa chaîne de valeur, où l'entreprise doit rendre des comptes dans le domaine extra-financier, où ses gestionnaires doivent prendre « en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (article 1833 du Code civil), où des résolutions climatiques, proposées par des actionnaires ou un « comité de parties prenantes », orientent son activité, où les associés et notamment les actionnaires (et non seulement les dirigeants) sont civilement responsables à hauteur des dégâts, en particulier environnementaux, qu'ils

« Les grandes notions de la responsabilité civile à l'aune des mutations environnementales », ou encore P. LEQUET, *L'ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque des thèses », 2022.

savent être commis par l'entreprise, enfin, un droit qui distingue les entreprises suivant leur impact social et écologique et leur capacité à le modifier, c'est-à-dire suivant les domaines d'activité (à risque ou non : mines, textiles, etc.) et le nombre de salariés (une PME n'est pas un GAFAM ni une multinationale) (Irina Parachkévova-Racine).

Est également envisagé un droit comptable où l'impact environnemental et l'usage des éléments de la nature apparaîtraient comme « capital naturel » à côté du capital financier et peut-être du capital social, dans le passif du bilan de l'entreprise – de manière obligatoire et non facultative, sous peine de défavoriser les entreprises à la fois les plus transparentes et les plus vertueuses. Ce droit comptable soutenable (et non seulement durable) ne se contenterait pas d'inviter à compenser l'impact environnemental en piochant dans le capital financier, ou d'internaliser des coûts en réalité rarement à la hauteur des dégâts causés sur le long terme, mais empêcherait au contraire dès l'abord d'entamer des « stocks » environnementaux fragiles, en prévoyant notamment des « coûts de maintien » obligatoires (Jennifer Brady).

Le droit de la consommation quant à lui, indiquerait de manière brève et claire l'origine des denrées alimentaires et le coût environnemental global du produit proposé, alignerait la garantie des produits sur leur durée de vie probable, et permettrait aux consommateurs d'agir efficacement pour demander la sanction d'une entreprise ayant adopté une information environnementale trompeuse (Natacha Sauphanor-Brouillaud). Il pourrait même, au lieu de s'en remettre au marché (tel qu'il existe) à cet égard, limiter ou interdire la publicité pour le tourisme en avion par exemple, ou la publicité sur écran, ou rendre – motif pris de l'urgence écologique et de l'importance de la santé publique – les denrées issues de l'agriculture biologique plus aisément disponibles et mieux repérables par les consommateurs.

4 ÉCOLOGIE ET IDÉOLOGIE CROISSANTIELLE ET/OU LIBÉRALE

On le voit : à travers la reformulation et la révision de notions comme la propriété et la société, à travers la réinterprétation de la structure des branches du droit économique, c'est à l'orientation idéologico-politique même de ces branches, autrement dit à leur substance, que les contributrices et contributeurs s'attaquent. C'est pourquoi la troisième partie aborde de front la contrariété – à la fois totale d'un point de vue théorique, et seulement partielle en pratique – entre d'un côté, l'écologie, et de l'autre l'idéologie croissantielle et/ou libérale qui explique des règles, notions, instruments et/ou objectifs comme la liberté d'entreprendre (Aurélie Tomadini), les contrats internationaux

(Olivera Boskovic), la protection des investisseurs transnationaux (Arnaud de Nanteuil), le développement économique (Mahmoud Mohamed Salah) et le « libre-échange » (Sophie Grosbon). Comme le suggère Régis Bismuth dès l'introduction de cette partie, ces règles, notions, *etc.* résistent, et la liste des évolutions des réglementations associées et de leurs interprétations est globalement décevante : elle relève davantage de l'éco-blanchissement que de l'adoption d'outils faits pour changer les choses. La partie III est donc surtout utile pour la face sombre du droit économique qu'elle révèle. Elle dresse la liste des points de résistance théoriques : l'obsession de la croissance bien sûr¹², mais tout au fond la déconnexion de la recherche de la prospérité économique (« développement ») et de la préservation de ses conditions de possibilité sur le long terme (« écologie »). Mais elle dresse, surtout, la liste des points de résistance normatifs : l'absolutisation de la « liberté contractuelle » en droit des contrats internationaux, l'absolutisation de la « liberté d'entreprendre » en droit constitutionnel, l'opposition artificielle des libertés économiques à la législation environnementale, l'absence de règles ou de procédures des traités ou des contrats d'investissement pour favoriser les investissements « verts » et pénaliser les investissements « gris », ou encore, dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, l'appréhension de l'environnement à travers une logique de l'exception, purement défensive, consistant à n'établir aucune condition « écologique » au commerce transnational et à n'admettre une législation environnementale nationale influant sur le commerce uniquement que de manière exceptionnelle (c'est-à-dire sous réserve que l'État législateur ait pris nombre de précautions, qu'il ait entamé des démarches avec tous les États étrangers pouvant être affectés, *etc.*). Cette partie du livre fait aussi la liste des lieux de résistance institutionnels : les tribunaux arbitraux d'investissement et de commerce, mais aussi le Conseil constitutionnel, qui s'est montré, en particulier à partir de 2000, de plus en plus intransigeant à l'égard de l'encadrement de la « libre entreprise » à des fins environnementales¹³. En creux, l'absence d'une grande organisation mondiale de l'environnement capable de faire contrepoids aux institutions économiques européennes et internationales éclate encore, tandis que l'actuel Président de la République française a abandonné le projet longtemps porté par la France de transformer le PNUE en une organisation internationale autonome.

12. V. spéc. M. CHAMBON, V. COQ, H. DEVILLERS (dir.), *Le paradigme de la croissance en droit public*, LexisNexis, 2023.

13. En 2015, le Conseil constitutionnel a également « considéré que la suspension de la fabrication et de l'exportation des conditionnements à vocation alimentaire contenant du bisphénol A n'était pas en lien avec l'objectif poursuivi de protection de la santé » (p. 169). Il est vrai que, détenant décidément des lunettes atypiques, il a aussi récemment considéré qu'une mesure de taxation ne relevait pas de la « politique économique de la nation ». Ce type d'interprétations contre-intuitives fondées sur des motivations lacunaires ne peuvent à nos yeux qu'entamer la légitimité du Conseil.

Toujours du côté sombre, la troisième partie de l'ouvrage vaut par le recensement interminable, un peu désespérant mais sans doute utile, des fausses solutions avérées : les mécanismes de compensation dont la base théorique (la compensation immédiate des espaces ou des espèces entre eux) est aussi absurde que la situation à laquelle mène leur application (un *business* artificiel de la reconfiguration des paysages), les obligations d'évaluation ou de divulgation (*reporting*) exclusivement formelles, la plupart au moins des textes « mous » relatifs à la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE), les clauses des traités d'investissement prévoyant que chaque Partie peut adopter une législation environnementale... à condition de respecter strictement toutes les autres dispositions de ces traités, toujours dans ces traités d'investissements les clauses de « non-abaissement des standards » qui en réalité n'engagent (selon toute vraisemblance) à rien, les clauses de style insérées dans une (petite) partie des contrats internationaux mais dont la méconnaissance est connue de tous et impossible à sanctionner, la mention d'un « droit de réglementer » de l'État dans les traités de commerce et d'investissement, ou du « développement durable » dans leur préambule, etc.

Restent malgré tout quelques succès partiels mais indéniables, dont les techniques doivent être notées pour être proposées, étendues à d'autres domaines ou simplement reprises : technique de *l'interdiction* comme pour l'exploitation des gaz de schistes, les produits en matière plastique à usage unique ou les subventions à la pêche illégale, non déclarée et non réglementée ; technique de la *prescription* comme pour le fonctionnement des installations classées protection de l'environnement (ICPE) (mais le contrôle du respect des règles de fonctionnement est très insuffisant du fait du manque flagrant – délibéré ? – d'effectifs¹⁴) ; technique de *l'impulsion donnée par la commande publique* au verdissement des activités économiques, comme dans l'article 35 de la loi Climat-résilience ; technique de *l'ouverture du droit international privé au droit public* et aux lois de police étrangères ; technique d'une *définition restrictive de l'investissement étranger protégé* faisant référence à la conformité de son établissement et de sa conduite au droit national de l'environnement, ou d'une

14. V. les Observations définitives rendues par la Cour des comptes à ce sujet : <https://www.ccomptes.fr/system/files/2022-05/20220509-S2021-2244-encadrement-contrôle-ICPE.pdf>. L'un de ses principaux constats est que « les contrôles exercés ne sont pas proportionnés à l'importance des enjeux environnementaux, en raison principalement du manque d'effectifs ». Cette remarque dans le cas particulier des ICPE est faite de longue date (v. également p. 253 de l'ouvrage et la note 16, où l'auteure remarque que « l'administration de l'environnement n'a [...] pas les moyens d[e] contrôler la mise en œuvre [de la supervision des installations risquées pour l'environnement] ») et peut être faite dans de nombreux domaines du droit de l'environnement (v. par ex. la note 4 p. 310, qui évoque aussi le « manque de fonctionnaires et (des) sanctions dérisoires »). Elle étaye la conviction que dans de nombreux domaines et en particulier celui de l'écologie, « l'État prive aujourd'hui le droit de sanction, pour en réalité déréglémenter sans le dire, sans en payer le prix politique » (Thomas Perroud, p. 311).

définition de l'investissement protégé en fonction de son rôle dans la transition écologique, ou encore d'une définition excluant simplement les investissements dans les énergies fossiles (cas de l'annexe « NI » du traité récemment révisé sur la Charte de l'énergie) ; technique de *standards internationaux minimums et évolutifs en matière environnementale, sociale ou sanitaire*, à respecter pour qu'une relation commerciale transnationale soit considérée comme équitable et donc conforme aux accords commerciaux.

Bien sûr, les avis peuvent varier sur les techniques pertinentes suivant les cas et les domaines. Ainsi, on pourra être surpris que toute limitation du pouvoir des parties à un contrat transnational de choisir une loi sans rapport avec le lieu d'exécution du contrat, ou de se soustraire aux juges nationaux ayant un lien avec cette exécution, soit exclue sans véritable argumentation, alors qu'il est noté (p. 181, note 11) qu'un courant doctrinal important remet précisément en question ce postulat, et plus largement celui d'une autonomie illimitée de la volonté des personnes privées dès lors que leur relation est transnationale. Mais les nombreuses discussions vers lesquelles fait signe cette partie III sont surtout des preuves de l'aide considérable qu'elle fournit à la réflexion sur le sujet du livre.

5 UN MÉNAGE À TROIS : ENTREPRISES, ÉTAT, SOCIÉTÉ CIVILE

Il en va de même de la partie IV. Celle-ci est dévolue, de manière courante, au rôle des acteurs privés, mais son approche est originale. En effet, elle n'est focalisée ni sur la « régulation privée » des grandes entreprises par elles-mêmes (l'autorégulation), ni sur la « co-régulation », c'est-à-dire aux renvois des règles publiques aux standards ou aux contrats privés, ou encore aux exigences « publiques » de plans de vigilance privés ou de divulgation extra-financière privée. Cette quatrième partie met au contraire l'accent sur le rôle d'aiguillon et de contre-expertise de la société civile dans la mise en œuvre de cette co-régulation. Le lecteur échappera ainsi aux habituelles platitudes sur la RSE, les codes de conduite, les cahiers des charges de labels, les clauses environnementales des contrats entre personnes privées, et aux conclusions déprimantes qui sont généralement tirées de leur étude : l'inefficacité globale de tous ces mécanismes et leur manipulation par les entreprises à des fins promotionnelles.

Ce que les trois contributions mettent finalement en lumière, c'est un intéressant jeu à trois – l'État et l'Union européenne, les dirigeants et actionnaires d'entreprises transnationales (ETN), les ONG et syndicats de salariés – susceptible (selon ces contributions) d'introduire un véritable dynamisme dans l'interprétation et la mise en œuvre, par les acteurs privés, de normes d'origines

publique ou à la fois publique et privée. À travers la médiation des juges, les pressions exercées par la société civile et par les citoyens sur des acteurs tant publics que privés semblent en effet aboutir de plus en plus, et dans certains cas permettre une réelle accélération et amélioration de la réglementation, voire des comportements plus vertueux. À notre sens, les résultats d'une telle démarche restent lents et modestes ; et viendra inévitablement – mais il est essentiel que ce ne soit pas trop tard – le jour où ce qui a été très idéologiquement exclu et dont l'exclusion a entraîné les catastrophes actuelles, sera remis en selle : *l'organisation en amont* de l'économie en vue de *buts communs*, et non sa seule *régulation* en aval, une fois que cette économie a été entièrement organisée en amont (mais chut !) dans des buts capitalistes, et à raison de pressions exercées par des acteurs privés minoritaires mais puissants. Est-il possible de ne pas s'appuyer sur l'action collective, démocratique, organisée, mais plutôt sur l'action privée, décentralisée, devant des organes de régulation ou devant des tribunaux ? C'est le pari fait par les trois contributeurs·trices qui essaient de voir comment ce jeu à trois pourrait se faire à armes moins inégales.

Ainsi, Aude-Solveig Epstein explique que lorsque les États ont privatisé l'encadrement des opérations économiques à des fins environnementales, ils n'ont pas imposé aux entreprises « co-régulatrices » et « co-exécutrices » les principes démocratiques de transparence et de participation dans l'édiction des règles (pp. 264 et s.), que les peuples ont douloureusement arrachés à leurs dirigeants depuis la fin du XVIII^e siècle. Ainsi par exemple, les entreprises se prévalent de normes environnementales sans que le public y ait accès, et sans que personne d'autre que ces entreprises n'ait participé à leur confection, sans même parler de leur mise en œuvre¹⁵. Il en résulte une adaptation inefficace et oligarchique des comportements économiques aux exigences de la transition écologique, ou – dit plus simplement – un manque criant d'adaptation.

Examinant les instruments français et surtout européens relatifs au devoir de vigilance, Marie Nioche se demande de son côté quelles règles de fond et interprétations de ces règles sont nécessaires pour que les plans de vigilance aient un réel impact juridique et sur le terrain. Surtout, elle examine quelles règles de procédure (de compétence, de recevabilité, de preuve, relatives aux pouvoirs du juge et aux actions de groupe) et de droit international privé (juge compétent et loi applicable) sont susceptibles, en cas de manquement, de permettre des recours efficaces. Elle souligne l'importance de la compétence de tribunaux généralistes (et non seulement de commerce), d'une conception large de

15. A.-S. ESPSTEIN, p. 266 : « le Code de l'environnement français ne garantit pas aux associations, au titre de leur droit d'accès à la justice, le droit de contester l'inefficacité ou l'ineffectivité des normes environnementales privées adoptées dans leurs domaines de compétence. Ses dispositions générales sur l'action en justice des associations ne couvrent que les actions en justice contre des décisions administratives ou contre des infractions à la législation environnementale publique ».

l'intérêt à agir des requérants, de la capacité du juge à prononcer des injonctions et des astreintes, et enfin l'importance de certaines caractéristiques de l'action de groupe. Sans ces caractères en effet, l'action de groupe peut certes jouer une fonction de réparation des dommages subis par de nombreuses victimes, mais pas une fonction de régulation des comportements. Or, malheureusement, « l'action de groupe française, même si elle inclut le droit de l'environnement » a été délibérément conçue pour ne pas remplir une telle fonction, et elle ne la remplit donc pas (p. 298). La doctrine la considère donc « comme un échec, tout particulièrement en matière d'environnement » (p. 299 et les références). Concernant le droit international privé, c'est surtout lorsque les recours seront portés contre des entreprises non européennes sur la base de la directive européenne relative au devoir de vigilance (directive qui, dans sa version actuelle, inclut certaines de ces entreprises dans son champ d'application) que le juge des États membres risque de ne pas se reconnaître compétent, et que les lois de transposition de la directive risquent de ne pas être qualifiées de lois de police (en tout cas lorsque l'action n'est pas en réparation mais concerne les obligations « préventives » de fournir un plan de vigilance et de s'y conformer).

Enfin, Thomas Perroud prend à bras-le-corps la question de l'égalisation des armes entre d'un côté les représentants des 1 % les plus riches, qui sont bien payés et donc bien formés et informés, et de l'autre des organisations non gouvernementales plaidant pour l'intérêt général ou pour les plus vulnérables, mais structurellement sous-financées. Dans sa contribution très stimulante, il s'interroge – dans la lignée de l'auteure précédente (p. 301) – sur les différents moyens de fournir aux actions de groupe ou aux stratégies juridictionnelles des ONG, un financement abondant et indépendant à la fois des entreprises et de l'État¹⁶. Les différentes pistes qu'il élabore sont convaincantes, en particulier celle d'un fonds spécifique qui pourrait être abondé par les amendes prononcées contre l'État (dans l'esprit de ce que le Conseil d'État a décidé le 10 juillet 2020 dans l'affaire *Les amis de la terre*) ou par une partie des sanctions appliquées à la suite d'actions de groupe. En tant qu'universitaire, on notera aussi la proposition d'un financement propre des cliniques juridiques ou celle de « droits de tirage de la société civile sur l'Agence nationale de la recherche pour financer des projets de recherche dont la société civile estime qu'ils sont importants » (p. 326).

16. Par ailleurs, il aborde la question de la difficulté à mobiliser au profit d'intérêts généraux (« diffus ») et de long terme. En effet, les personnes ordinaires tendent surtout à se mobiliser lorsqu'un préjudice les affecte de manière immédiate et personnelle (effet *not in my backyard* ou NIMBY). Par exemple, il est plus difficile de les mobiliser en vue de maintenir leur accès commun à l'eau potable dans cinq ou dix ans, que contre une éolienne qu'une autorité publique veut prochainement installer dans leur jardin. Le caractère prioritaire, car vital, de la première cause est évident mais son importance n'est pas reflétée par la mobilisation habituelle des personnes privées. D'où le rôle des ONG pour porter des causes communes.

Il reste qu'on peut se demander si, pour garantir l'application continue et correcte du droit par l'État, à la fois à lui-même et à l'ensemble de la société, des mécanismes démocratiques directs ou « politiques » ne sont pas préférables à des mécanismes juridictionnels actionnés par des personnes privées, pour des motifs contingents, avec des résultats imprévisibles. Dans le même ordre d'idée, le recours désormais systématique des pouvoirs publics français et européens à des expertises réalisées par des entreprises sur leurs propres produits est un problème évoqué par plusieurs contributions. Mais est-ce que recourir davantage aux contre-expertises des ONG, qui ont aussi leur point de vue et leurs intérêts particuliers, ainsi qu'un budget bien inférieur à celui de grands acteurs économiques intéressés, est la meilleure option ? Le dogme anglo-états-unien selon lequel le choc « libre » d'opinions subjectives, privées, intéressées mais contraires, débouche forcément et magiquement sur le compromis le plus proche possible de l'intérêt général (c'est la version de la « main invisible » retenue par les tenants du libéralisme politique) s'est toujours heurté au mur de la réalité : dans une société inégalitaire, ce sont simplement les plus forts, les plus riches, les plus rapides et les mieux informés qui font prévaloir leurs intérêts (y compris sur le terrain des tribunaux ou de l'expertise) et accroissent ainsi toujours davantage les inégalités, et finalement l'autoritarisme dans la société. Ne faut-il pas, tout simplement, que des experts indépendants tentent d'être le plus objectif possible, et qu'appui soit pris sur leurs travaux, en dehors de tout contentieux, par des autorités suffisamment démocratiques pour être vraiment soucieuses de l'intérêt général, et notamment d'une économie soutenable ?

6 LE VERDISSEMENT DU MANDAT DES ORGANES DE RÉGULATION

Parmi les institutions actuellement chargées de rendre l'économie soutenable, on compte, au niveau national, des autorités de régulation et de supervision qui, par-delà leur diversité, agissent sur la base d'un mandat qui comprend désormais un aspect « transition écologique », auquel est consacré la cinquième partie du livre. Ainsi que le souligne en introduction Michel Cardonna (I4CE, Conseiller senior, Secteur financier, risques et changement climatique), la date à retenir pour les organes français de régulation financière est celle de 2015, date du discours retentissant prononcé par le Gouverneur de la Banque d'Angleterre et Président du Conseil de stabilité financière, Mark Carney, sur l'impact des investissements sur le climat et du dérèglement climatique sur le maintien et la rentabilité des investissements ; cette année-là également, les autorités françaises imposent aux investisseurs institutionnels une obligation de divulgation des risques climatiques et de l'impact climatique des investissements ; enfin, toujours en 2015, l'Accord de Paris établit l'objectif de « rend[re] les

flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient aux changements climatiques » (a. 2, c). À partir de là, « [l]a question du mandat [est] tranchée et la question [est] désormais de savoir comment faire pour mettre en œuvre cette nouvelle responsabilité » (p. 334).

Les modalités de mise en œuvre de cette responsabilité sont précisées par Jean-François Carenco, président de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), Sylvie Goulard, sous-gouverneure de la Banque de France et Robert Ophèle, président de l'Autorité des marchés financiers. Elles sont trop détaillées pour qu'on en rende compte ici, mais on peut retenir plusieurs des particularités qu'elles semblent devoir avoir. Premièrement, dans la mise en œuvre de cette nouvelle responsabilité, les organes de régulation et de supervision doivent combiner l'objectif d'organiser, ou au moins de favoriser la transition écologique avec d'autres objectifs – pouvant concorder ou s'opposer à celui-ci – comme des prix raisonnables et stables, notamment les prix de l'énergie, l'indépendance énergétique, la maîtrise des risques financiers, et la lutte contre le séparatisme énergétique des plus riches (déploiement anarchique de l'autoconsommation, atteinte au monopole des réseaux, en particulier d'Enedis, « égoïsmes territoriaux » faisant que des élus locaux s'opposent à des sites de production d'énergie chez « eux », abandon des consommateurs vulnérables). Deuxièmement, on retiendra comment ces organes doivent, non seulement orienter les flux financiers, mais encore participer à une réorganisation efficace et équitable des infrastructures sur le territoire, en particulier à la multiplication des points d'injection dans le réseau électrique, et à l'adaptation du réseau de gaz au développement décentralisé de la méthanisation. Troisièmement, à ces impératifs d'une politique équitable, en particulier au niveau territorial, s'ajoute un impératif de coordination avec les partenaires étrangers, à la fois pour que les politiques nationales menées ne soient pas annulées mais au contraire rendues plus efficaces par cette coordination, et pour mutualiser les expertises. Des événements comme le *One Planet Summit* de 2017 semblent ainsi avoir été des catalyseurs ; et le Réseau pour Verdir le Système Financier (*Network for Greening the Financial System* ou NGFS), créé la même année et qui compte déjà plus de 90 membres, paraît devenir une plate-forme essentielle d'échanges sur les bonnes pratiques de supervision, d'analyse macro-économique ou de stabilité financière, et de création d'outils innovants dans un moment où il n'est plus possible de le faire en s'appuyant simplement sur des séries statistiques anciennes.

Enfin, quatrièmement, dans le domaine financier, l'approche consiste encore essentiellement à essayer de maîtriser les risques (intégration des conséquences du dérèglement climatique dans les stress-tests organisés par les organes de supervision et les institutions financières nationales... mais sans intégration de cette donnée aux exigences de capital des banques prévues par les Accords de

Bâle...) et surtout à divulguer ou obliger à la divulgation et à la circulation de nombreuses informations fondées sur des distinctions de plus en plus fines (taxonomie européenne définissant les activités soutenables, indices favorables aux activités bas carbone, Ecolabel pour les produits financiers soutenables, « obligations vertes », etc.). Pour de multiples raisons (complexité de la mise en œuvre de la taxonomie, imprévisibilité des risques, absence de consensus, difficulté à changer), une telle approche connaît des limites manifestes, voire une inefficacité avérée. En effet, le comportement des investisseurs a à peine changé et reste à des années-lumière de ce qui paraît indispensable écologiquement, c'est-à-dire pour assurer une vie décente à nos enfants et petits enfants. Les « résultats » d'une telle approche, s'ils surviennent, « seront lents à intervenir et insuffisants » (p. 337). Il faut donc compléter ce tout premier pas par un pas de géant, qui ne peut pas être « la finance verte » ou la « finance responsable », condamnée d'avance à ne constituer qu'une « niche ». « C'est toute la finance qu'il importe de rendre soutenable et qu'il faut en particulier inciter à financer la transition énergétique » (pp. 337-338).

Cette conclusion s'impose sans doute pour l'ensemble de l'économie et du droit économique. Ceux-ci doivent en effet se métamorphoser pour que faire face à l'avenir ne soit plus insoutenable, mais désirable.

Florian COUVEINHES MATSUMOTO

École normale supérieure (Ulm),
Université Paris Sciences et Lettres (ENS-PSL)