



RJEC

Revue juridique de l'économie circulaire
Circular Economy Law Review.



Photos de Pexels

Direction scientifique : Professeur Denis Voinot, Université de Lille
Rédaction en Chef : Clémence Lepa, Doctorante contractuelle au centre René Demogue
à l'Université de Lille.





EDITO

DU CYCLE DE VIE DES PRODUITS ET SERVICES AU CYCLE DE VIE DES CONTRATS

On connaît l'importance du concept de cycle de vie dans l'économie circulaire. Défini comme « l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit, de l'ouvrage ou du service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin de l'utilisation du produit, de l'ouvrage ou la fin du service » (art. L. 2112-3 c. com. publique; v. art. 2.1, § 20, dir. 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics), le cycle de vie fait l'objet d'une méthode, l'analyse du cycle de vie des produits ou des services qui consiste à évaluer l'impact environnemental à toutes les étapes de la vie des produits ou services pour en tirer les conséquences sur la prise de décision des dirigeants. Or, le cycle de vie de produits est étroitement lié aux transactions contractuelles qui vont marquer les différentes étapes de ce processus. Cette chaîne contractuelle est porteuse d'obligations réciproques dont les effets sont en principe limités aux parties contractantes mais dont l'exécution peut avoir un impact plus global sur l'objectif de développement durable. Ainsi la prise en compte dans les contrats du cycle de vie des produits et services nous paraît être un enjeu majeur de la transition vers l'économie circulaire. Un bon exemple de cette démarche est visible dans le secteur des marchés publics avec la refonte récente du Cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux (arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, JORF n°0078 du 1 avril 2021). Ce document contractuel comporte désormais

une « clause environnementale générale » (art. 20.2 CCAG travaux) qui indique que « les documents particuliers du marché précisent les obligations environnementales du titulaire dans l'exécution du marché ». Elle précise en outre que « le titulaire s'assure du respect par ses sous-traitants des obligations environnementales fixées par le marché ». Commentant cette clause, le ministère de l'économie invite les contractants à prendre en compte dans les conditions particulières du contrat « l'ensemble du cycle de vie des produits, ouvrages ou services acquis, selon la nature de l'achat :

- la réduction des prélèvements des ressources ;
- la composition des produits et notamment leur caractère écologique, polluant ou toxique ;
- les actions en faveur du réemploi, de la réutilisation, du reconditionnement, de l'intégration de matières recyclées et du recyclage ;
- les économies d'énergie et le développement des énergies renouvelables ;
- la prévention de la production des déchets et leur orientation vers des filières de valorisation ;
- les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et d'amélioration de la qualité de l'air ;
- la réduction des impacts sur la biodiversité ;
- la sensibilisation des intervenants aux problématiques environnementales liées à l'exécution du marché ».

Si l'on suit cette proposition, l'enjeu pour les juristes est désormais de passer du stade de l'analyse du cycle de vie des produits à l'analyse contractuelle du cycle de vie des produits.

Par **Denis Voinot** Professeur à l'Université de Lille



SOMMAIRE

6

Précisions sur l'économie circulaire, une notion nouvelle en droit ?

Clémence Lepla, doctorante contractuelle au Centre René Demogue à l'Université de Lille

10

Qu'est-ce qu'une activité économique durable ?

Par Chloé Houyengah, Lise Dugautier, étudiantes en Master 2 Contract management et recouvrement de créances à l'Université de Lille.

15

Quelle articulation entre protection de l'environnement et liberté d'entreprendre ?

Par Agathe Bruyant, Marine Thorigny, étudiantes en Master 2 Contract management et recouvrement de créances à l'Université de Lille.

19

Le rôle du consommateur dans la transition vers une économie circulaire

Par Emilie Fournier, Veronica Tiron, étudiantes en Master 2 Droit de la distribution à l'Université de Lille.



23 Le crowdfunding durable
Tiphany Atzori, Estelle Berteloot, Juliette Majot, étudiantes en Master 2 Contract management et recouvrement de créances à l'Université de Lille.

27 Qu'est-ce qu'un produit reconditionné ?
Par Caroline Courcier, Lucas Mercier, étudiants en Master 2 Droit de la distribution à l'Université de Lille.

31 Qu'est-ce qu'une obligation verte (ou Green bond) ?
Clémence Brisard, Margot Fourchtein, Robin Malliopoulos, étudiants en Master 2 Contract management et recouvrement de créances à l'Université de Lille.

FONDATEUR ET DIRECTEUR DE LA REVUE : Denis Voinot, Professeur à l'Université de Lille
RÉDACTRICE EN CHEF : Clémence Lepla, Doctorante contractuelle à l'Université de Lille

CONSEIL SCIENTIFIQUE :
Sandrine Chassagnard, Professeure à l'Université de Lille (UD Lille)
Bert Keirsbilck, Professeur à la Katholieke Universiteit Leuven (KU Leuven)
Corinne Robaczewski, Professeure à l'Université de Lille
Evelyne Terryn, Professeure à la Katholieke Universiteit Leuven (KU Leuven)
Denis Voinot, Professeur à l'Université de Lille (UD Lille)

PRÉCISIONS SUR L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, UNE NOTION NOUVELLE EN DROIT ?

Par Clémence Lepla, doctorante contractuelle au Centre René Demogue à l'Université de Lille

Depuis l'avènement de l'ère industrielle, notre économie fonctionne sous le signe de la linéarité : nous produisons, consommons puis jetons, occasionnant au passage un gaspillage énorme doublé d'une pression insoutenable sur les ressources naturelles.

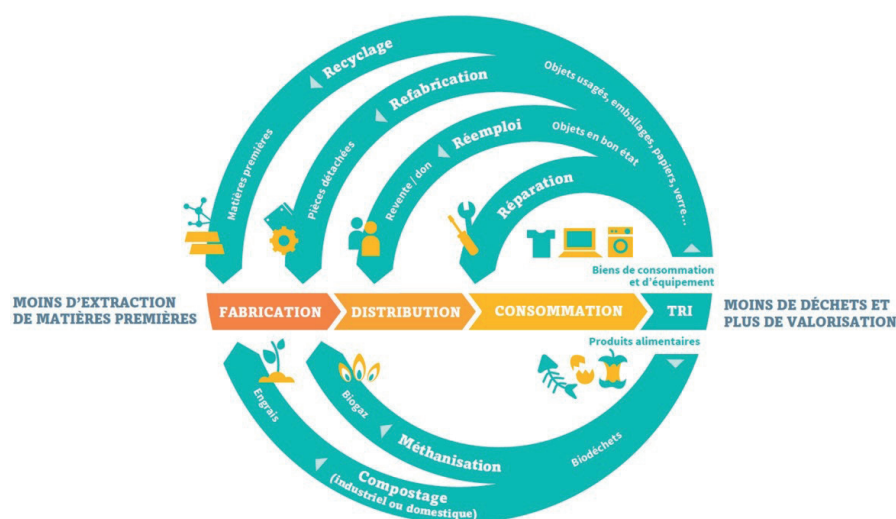
Fort de ce constat, une alternative à ce système à bout de souffle se fait de plus en plus entendre : l'économie circulaire. Il s'agit d'un modèle économique décrit comme étant une déclinaison opérationnelle aux principes fondateurs du développement durable¹.

Loin de se limiter au simple recyclage, l'économie circulaire vise à optimiser l'utilisation des ressources et réduire la production de nos déchets et ce, à tous les stades de la vie des produits, de leur naissance à leur fin de vie. Nos ressources ne doivent pas devenir des déchets et nos déchets doivent devenir des ressources et réintégrer le circuit économique. Cette démarche holistique permet également d'appréhender l'ensemble du circuit économique ainsi que ses acteurs, entreprises comme consommateurs,

puisqu'elle inclue la production, la consommation et la gestion des déchets.

Longtemps perçue comme un stigmate de pauvreté², elle est désormais présentée par certains comme un modèle d'avenir, permettant d'assurer la prospérité à long terme et de sortir de cette société du «*tout jetable*». C'est en effet à partir des années 1970 que l'économie circulaire a progressivement gagné en popularité tout en prenant une tournure plus environnementale.

L'appréhension de ce terme par le droit s'est néanmoins faite tardivement³, bien après le Japon⁴ ou encore la Chine⁵. Il a officiellement fait son entrée en droit français à l'issue de l'adoption de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015⁶.



Source : eclaira.org

¹ <https://www.levaldocco.fr/developpement-durable-economie-circulaire-economie-sociale-et-solidaire/>

² La motivation première était avant tout d'ordre économique, réparer un produit coûtait moins cher que d'en acheter un neuf.

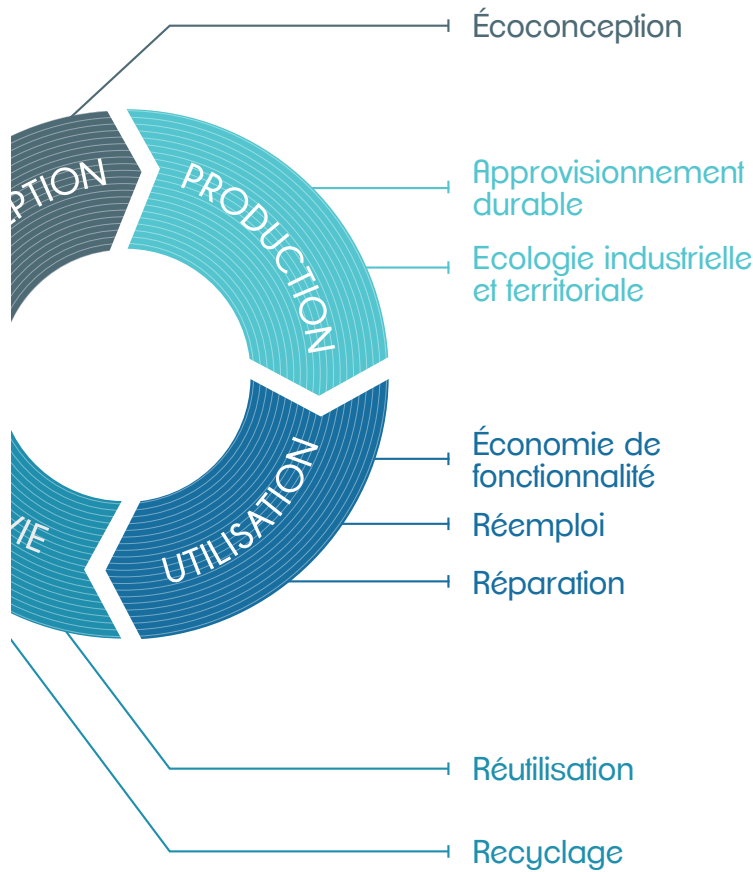
³ M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », Droit et Ville, n2019/1 n°87, p.293

⁴ The Basic Act for Establishing a Sound Material-Cycle Society, Act n° 110 of 2000, 06/02/2000, <https://>

www.env.go.jp/en/laws/recycle/12.pdf, consulté le 2 février 2021

⁵ Loi pour la promotion de l'économie circulaire de la République Populaire de Chine du 29 août 2008, http://www.fondation-2019.fr/wp-content/uploads/2011/07/Loi_economie_circulaire_VersionFrancaise.pdf

⁶ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. La notion d'économie circulaire était néanmoins déjà présente au sein de l'article 2 de l'annexe de la loi d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale n°2014-773 du 7 juillet 2014.



Source : deloitte.com

Celle-ci vient d'ailleurs poser une définition, non pas de l'« économie circulaire » mais de la « transition vers une économie circulaire ». Il s'agit ici de « dépasser le modèle économique linéaire (...) 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 »⁷. L'article se livre ensuite à un inventaire à la Prévert, exposant les divers moyens pouvant être mis en œuvre afin de contribuer à cette transition : allongement de la durée du cycle de vie des produits, commande publique durable, prévention des déchets...

Si certains éléments de cette définition peuvent sembler inédits, il apparaît que d'autres sont déjà réglementés depuis quelques années par le droit français. L'économie circulaire est en effet une donnée récente mais le principe même de la circularité est présent dans notre droit depuis quelques dizaines d'années (I). Ce n'est que depuis récemment que ce modèle s'affirme et se précise réellement dans les réglementations ultérieures⁸ (II).

L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, UN MODÈLE EN GERME DEPUIS 1975 (I)

Le principe de la circularité n'est pas nouveau en droit français et plusieurs exemples peuvent en témoigner à commencer par le droit français des déchets.

En effet, ce droit, tel qu'il s'est élaboré par strates successives depuis la loi fondatrice du 15 juillet 1975⁹ énonçait déjà certains principes aujourd'hui incorporés dans le champ de l'économie circulaire ou les préfigurait¹⁰. Ainsi, dans une optique tant économique qu'environnementale, le droit a permis d'inscrire au sein même de la notion de déchet, l'idée de produit en devenir¹¹. Un produit qui serait devenu un déchet peut à nouveau redevenir un produit et réintégrer le circuit économique à condition de respecter un certain nombre d'exigences¹². Il existe en effet depuis quelques années une vé-

ritable organisation du traitement des déchets¹³. Un ordre de priorité des opérations de gestion possibles a été défini au niveau européen, allant de la plus profitable à la plus néfaste pour l'environnement. Au sommet de cette hiérarchie se trouve la prévention dont la priorité est d'éviter la production du déchet notamment par le biais du réemploi, terme désignant 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. Lorsque la prévention n'est pas possible, l'on descend un cran en dessous avec la préparation en vue de la réutilisation. Le bien en question est contrôlé, nettoyé ou encore réparé afin de servir à nouveau. A défaut, il sera recyclé, valorisé voire éliminé en tout dernier recours¹⁴.

⁷ Article L.110-1-1 du Code de l'environnement en vigueur du 19 août 2015 au 12 février 2020

⁸ A. CROZES, « Le déchet, chose délaissée ou produit en devenir ? », Droit et Ville 2019/1 n°87 p.133

⁹ Loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux

¹⁰ J.-N. CLEMENT, « La responsabilité élargie des producteurs après la loi du 10 février 2020 », Energie, Environnement, Infrastructures n°8-9, août 2020, dossier 27 p.2

¹¹ A. CROZES, « Le déchet, chose délaissée ou produit en devenir ? », op. cit. p.133

¹² Article L.541-4-3 du Code de l'environnement

¹³ Directive 2008/98/CE relative aux déchets

¹⁴ Article L.541-1-1 du Code de l'environnement



1975 marque également l'inscription dans notre droit du principe du pollueur-payeur¹⁵, principe selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur¹⁶. En application de ce principe ont été institués en France certaines taxes telles que la Taxe Générale sur les Activités Polluantes (TGAP) ou encore le dispositif de responsabilité élargie du producteur. Cette dernière fait peser sur certains producteurs l'obligation de prendre en charge la vie de vie des produits qu'ils mettent sur le marché. Ces diverses mesures ont contribué à faire prendre conscience aux metteurs sur le marché de produits polluants du coût de gestion des déchets dans le coût total du produit et les a incité à concevoir des produits moins néfastes pour l'environnement et plus facilement réutilisables¹⁷. Au travers de ces deux exemples, il apparaît que, contrairement au concept d'«économie circulaire», la «circularité» n'est pas à proprement parler nouvelle en droit français.



Photo de Charlotte May provenant de Pexels

Au contraire, elle s'inscrit même dans un processus à la fois plus ancien et plus vaste¹⁸. Les choses se sont néanmoins accélérées depuis quelques années sous l'impulsion du droit européen et du droit français qui jusqu'alors, n'appréhendaient ce modèle qu'au travers du prisme de l'incitation¹⁹. Depuis, France et Union européenne ont multiplié les textes réglementaires de plus en plus contraignants. Ces derniers ont contribué à affiner et diffuser cette thématique conduisant ainsi à un *aggiornamento* de grande ampleur de notre droit²⁰.

L'ÉCONOMIE CIRCULAIRE, UN MODÈLE EN PLEIN ESSOR (II)

En France, la loi du 17 août 2015 a à ce titre placé, avec l'article L.110-1-2 du Code de l'environnement, l'ensemble de ce code dans la dynamique prioritaire de prévention de l'utilisation des ressources et de promotion d'une consommation sobre et responsable des ressources²¹. Au sein de l'Union européenne, la Commission a adopté en 2015 un plan d'action visant à accélérer la transition de l'Europe vers une économie circulaire²². Les 54 mesures qu'il contient pour «boucler la boucle» du cycle de vie intègre tous les aspects de

l'économie circulaire de la production du produit à la gestion des déchets²³. Trois ans plus tard, en 2018, le paquet économie circulaire européen est adopté. Il comporte 4 directives²⁴ contenant des dispositions applicables tant à la conception des produits qu'au tri, au recyclage et à la valorisation de leurs déchets²⁵. En plus d'assigner des objectifs chiffrés aux Etats-membres, lesdites directives encadrent également les conditions de mise en oeuvre des outils destinés à favoriser l'économie circulaire²⁶.

¹⁵ Loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux

¹⁶ Article L.110-1 3° du Code de l'environnement

¹⁷ <https://www.ecologie.gouv.fr/cadre-general-des-filieres-responsabilite-elargie-des-producteurs> consulté le 12 février 2020

¹⁸ J. JULIEN, « La loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire : apports en droit de la consommation », *Revue des contrats* n°3 p.96

¹⁹ M. EUDE, « L'économie circulaire, de la notion économique aux principes juridiques complexes », *op.cit.* p.294

²⁰ J.-N. CLEMENT, « La responsabilité élargie des producteurs après la loi du 10 février 2020 », *op.cit.* p.2

²¹ F.-G. Trébulle, « Produire et consommer autrement, la mise en place d'une approche holistique », *Energie, Environnement, Infrastructures* n°8-9, août 2020, dossier 25, p.1

²² Boucler la boucle, un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire, COM(2015) 614 final, Bruxelles le 2 décembre 2015

²³ https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/towards-circular-economy_fr, consulté le 12 février 2021

²⁴ Directive (UE) 2018/849 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018

²⁵ P. MEDEVIELLE, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes portant observations sur la transposition du droit européen par le projet de loi relatif à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, 18 juillet 2019, p.11, <https://www.senat.fr/rap/18-682/r18-6821.pdf>

²⁶ *Ibid* pp.7-10

Le chemin parcouru par l'économie circulaire ne s'arrête pas là. L'année 2020 est placée sous le signe de l'économie circulaire. Le terme fait désormais l'objet d'une définition juridique. Il s'agit d'un «*système économique dans lequel la valeur des produits, des matières et autres ressources est maintenue dans l'économie aussi longtemps que possible, améliorant leur utilisation efficace dans la production et la consommation, réduisant ainsi l'impact environnemental de leur utilisation, et réduisant à un minimum les déchets et le rejet de substances dangereuses à toutes les étapes de leur cycle de vie, notamment par l'application de la hiérarchie des déchets*»²⁷.

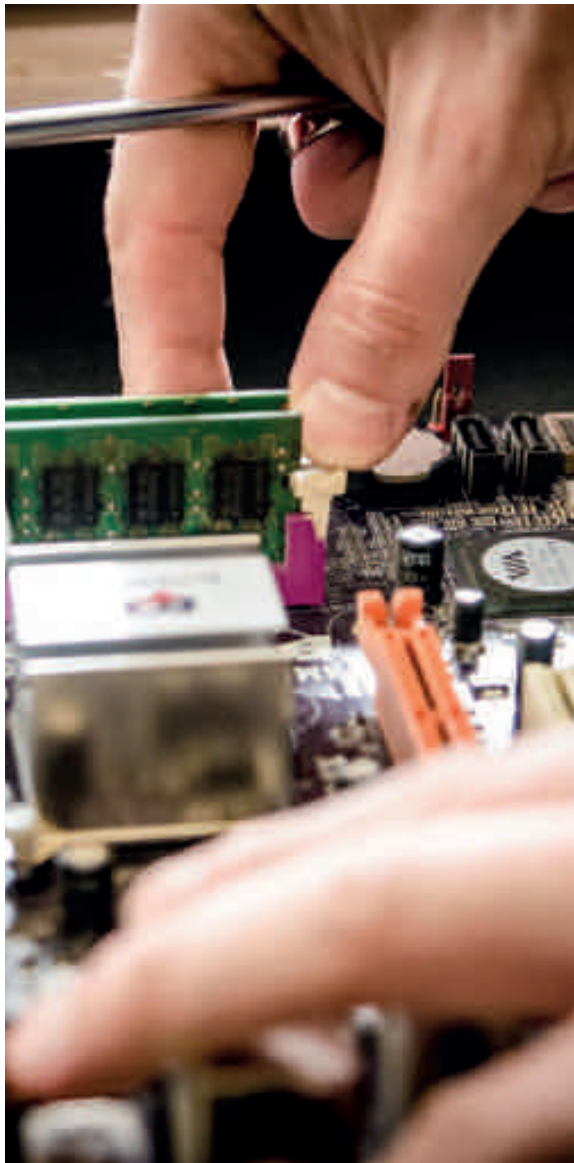


Photo de Pixabay

De son côté, la France qui autrefois se contentait de transposer les directives européennes, affirme avoir voulu marquer un grand coup par l'adoption d'une récente loi relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire²⁸. Sortir du plastique jetable, mieux informer le consommateur, lutter contre le gaspillage et pour le réemploi solidaire, agir contre l'obsolescence programmée, mieux produire²⁹ : tels sont les grands enjeux de cette loi fleuve. Un mois plus tard, l'Union européenne présentera son plan en matière d'économie circulaire³⁰ s'inscrivant dans le cadre du Green deal européen, il s'agit d'une feuille de route ayant pour objectif de rendre l'économie de l'Union européenne durable³¹ qui contient plusieurs mesures notamment celles de faire des produits durables la norme dans l'Union européenne ; limiter l'obsolescence programmée ; interdire la destruction des biens durables invendus ; permettre l'accès au consommateur à des informations fiables sur des questions telles que la réparabilité et la durabilité des produits afin de les aider à faire des choix écologiquement durables³²...

Si l'économie circulaire est un terme en vogue, force est de constater que le passage d'une économie dite linéaire à une économie circulaire n'est pas un changement de degré mais de nature. C'est un bouleversement de l'utilisation des matières premières, de la conception de produit, de leur utilisation et bien sûr de leur réutilisation³³. La définition précisée au sein du règlement de 2020 montre bien à quel point la notion est tentaculaire. Elle inclue de nouveaux termes de vocabulaires et concerne un nombre d'acteurs économiques divers : fabricants, importateurs, distributeurs, consommateurs, collectivité territoriales... La transition annonce un programme chargé pour les années à venir. Le droit semble en effet se mettre au diapason de l'économie circulaire ce qui soulève au passage de nombreuses questions juridiques et pratiques.

²⁷ Article 2§9 du règlement 2020/852 du 18 juin 2020

²⁸ Loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire

²⁹ <https://www.ecologie.gouv.fr/loi-anti-gaspillage>, consulté le 12 février 2021

³⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/15_20_437, consulté le 12 février 2021

³¹ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr, consulté le 12 février 2021

³² https://www.occe.eu/wp-content/uploads/2020/03/new_circular_economy_action_plan.pdf, consulté le 12 février 2021

³³ C. ANDRIEU, A. DEBOUTIERE, E. DURANT ET AL., *Economie circulaire : passez à l'action, la loi du 10 février 2020 décryptée et illustrée*, Editions Législatives, août 2020, Saint-Amand-Montrond, p.9



QU'EST-CE QU'UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE DURABLE ?

Par Chloé Houyengah, Lise Dugautier.

Nous ne comptons plus le nombre de lois visant à inciter ou contraindre les entreprises à avoir une «activité économique durable».

Toutefois, aucune ne s'est penchée sur ce qu'il fallait entendre par là jusqu'à la publication d'un récent règlement européen en date du 18 juin 2020³⁴. Appliquable dans tous les Etats membres de l'Union européenne, ce texte est présenté comme un «premier pas pour faciliter la politique environnementale de l'Union»³⁵. En effet, en plus d'imposer aux entreprises un certain nombre d'exigences environnementales, il prévoit une définition commune de l'activité durable³⁶. L'objectif affiché est avant tout de favoriser son développement au sein d'un environnement européen aux règles homogènes³⁷ mais également de permettre une identification plus facile de l'économie durable, que l'on soit investisseur ou consommateur³⁸.

Ainsi, pour qu'une activité économique puisse être considérée comme étant durable, elle doit tout d'abord remplir un certain nombre de critères cumulatifs³⁹. Ces derniers sont exposés à l'article 3 lequel dispose qu'«aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement, une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental si cette activité économique :

→ contribue substantiellement à un ou plusieurs des objectifs environnementaux énoncés à

l'article 9, conformément aux articles 10 à 16; → ne cause de préjudice important à aucun des objectifs environnementaux énoncés à l'article 9, conformément à l'article 17; → est exercée dans le respect des garanties minimales prévues à l'article 18 ; → est conforme aux critères d'examen technique établis par la Commission conformément à l'article 10, paragraphe 3, à l'article 11, paragraphe 3, à l'article 12, paragraphe 2, à l'article 13, paragraphe 2, à l'article 14, paragraphe 2, ou à l'article 15, paragraphe 2».

Pour être durable au sens de ce règlement, l'activité économique se doit de répondre positivement à chacun des critères susmentionnés. L'objectif affiché ici est de clairement différencier les investissements souvent considérés comme «verts» des autres investissements. Il est alors nécessaire de revenir de manière plus précise sur chacun de ces critères.



Photo de Pixabay

³⁴ Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables

³⁵ Considérant n°16 du règlement 2020/852

³⁶ Considérant n°13

³⁷ Considérants n°13 et 14

³⁸ Considérant n°15

³⁹ Article 1 du règlement 2020/852



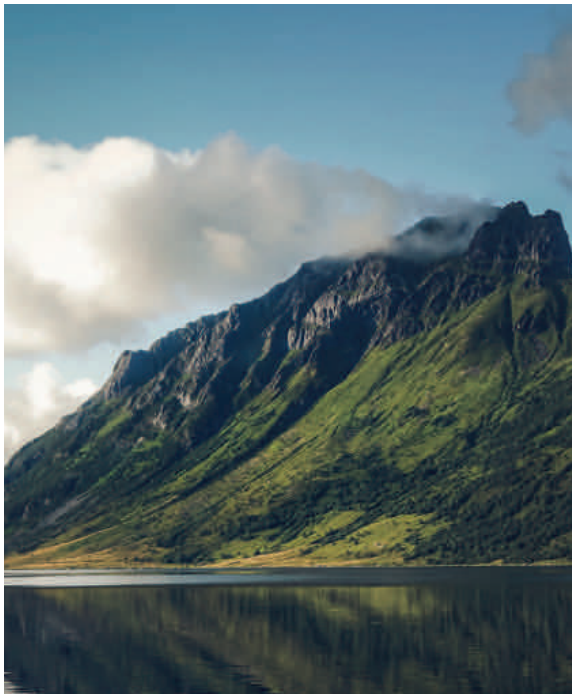


Photo de Pixabay



Photo de Kammeran gonzalezkeola provenant de Pexels

L'ACTIVITÉ DOIT CONTRIBUER À UN OU PLUSIEURS OBJECTIFS ENVIRONNEMENTAUX (I)

Pour remplir cette première condition, il est nécessaire que l'acteur remplisse un ou plusieurs des critères environnementaux énoncés à l'article 3 a) dudit règlement. Celui-ci opère un renvoi à l'article 9, lequel prévoit une longue liste d'objectifs environnementaux, laissant a priori une large possibilité aux entreprises pour remplir aisément cette première condition.

Ainsi, constituent des objectifs environnementaux aux fins du présent règlement :

- 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 ;
- la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes.⁴⁰

Chacun de ces objectifs est accompagné d'une liste d'illustrations non exhaustives. Ces différentes me-

sures sont détaillées aux articles 10 à 16 du règlement. Cette condition est essentielle puisqu'une activité économique ne peut être durable si elle ne contribue pas à au moins un de ces objectifs environnementaux et ce, de manière substantielle. Le terme «substantiel» est d'ailleurs répété dans chaque article.

Cette première condition n'est à notre sens pas la plus difficile à respecter en raison du fait que l'ensemble des objectifs cités sont présentés de manière assez générale et abstraite. Ainsi, par exemple, une activité économique peut être considérée comme contribuant à au moins un des objectifs environnementaux précités lorsqu'elle stabilise, évite voire réduit ses concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère⁴¹. (objectif d'atténuation du changement climatique). Or, force est de constater qu'entre réduire et stabiliser ses concentrations de gaz à effet de serre, il y a une grande différence d'implication de la part de l'entreprise. *De plus, peut-on dire qu'il s'agit là d'une contribution substantielle à cet objectif ?* L'article 14 ex-

plicitant l'objectif de contribution substantielle à la prévention et à la réduction de la pollution précise en revanche que les activités économiques doivent contribuer à la protection de l'environnement contre la pollution notamment en «*prévenant ou, lorsque cela s'avère impossible, en réduisant les émissions de polluants dans l'air, l'eau ou le sol, autres que les gaz à effet de serre*». La priorité est d'abord de prévenir ces émissions et si cela s'avère impossible, l'entreprise remplit cet objectif en les réduisant. *Cet objectif paraît plus contraignant mais quand est-il possible de dire que la prévention de ces émissions s'avère impossible ?* Cette mesure est trop vague. Ce constat se poursuit à la lecture des différents articles de ce règlement. Chaque objectif est décrit de manière générale et abstraite et est accompagné par une liste d'exemples également peu précis. L'article 10 prévoit par exemple que le critère d'atténuation du changement climatique peut être réuni en développant une mobilité propre ou neutre pour le climat⁴².

Mais qu'est-ce qu'une «mobilité

⁴⁰ Article 9
⁴¹ Article 10

⁴² Article 10 §1 c)



propre ou neutre pour le climat ? Si à première vue, la longueur de ces articles donne l'impression d'être en présence d'une réglementation stricte et précise, il ne s'agit que d'objectifs généraux et les exemples qui sont donnés cachent en réalité une imprécision fastidieuse. Le caractère substantiel de la contribution pose également question. Notons néanmoins qu'un acte délégué doit prochainement être adopté par la Commission pour compléter et préciser ces dispositions. Il permettra sans doute de clarifier et de préciser davantage ces critères qui semblent pour le moment assez larges. Il pourra également ajouter des exemples à ceux déjà existants. La liste des activités mentionnées dans chacun de ces articles n'est en effet pas exhaustive. Pour le moment, il n'a pas encore été adopté. Un projet d'acte⁴³ a été soumis à une consultation publique ayant pris fin le 18 décembre 2020. Il est venu fixer des critères techniques de sélections sous forme de listes et qui varient selon le secteur d'activité. Prenons par exemple le secteur de la construction de nouveaux bâtiments. Il est ici précisé que pour contribuer de manière substantielle à l'atténuation du changement climatique, plusieurs critères sont prévus. Il s'agit notamment d'avoir recours à des matériaux de construction ne contenant pas d'amiante ni de substances extrêmement préoccupantes. Les éléments et matériaux pouvant entrer en contact avec les occupants doivent émettre moins d'un certain poids de substances précises tels que des composés organiques volatils cancérigènes. Il est également ajouté que lorsque la nouvelle construction est située sur un site potentiellement contaminé tel qu'une friche industrielle, ledit site doit avoir fait l'objet au préalable d'une recherche de contaminants potentiels⁴⁴.

Si cette condition est remplie, il en reste néanmoins d'autres à respecter pour que l'activité économique en question puisse être considérée comme durable.



Photo de La Miko provenant de Pexels

L'ACTIVITÉ NE DOIT CAUSER AUCUN PRÉJUDICE IMPORTANT AUX OBJECTIFS ENVIRONNEMENTAUX (II)

L'article étudié se poursuit en énonçant que ladite activité ne doit causer «*de préjudice important à aucun des objectifs environnementaux énoncés à l'article 9, conformément à l'article 17*»⁴⁵. Encore une fois, le règlement procède par un mécanisme de renvoi, en l'occurrence à l'article 17 du présent règlement. Ledit article concerne les préjudices importants causés aux objectifs environnementaux. Il reprend tous les critères de l'article 9 et précise les conséquences dommageables que la mise en œuvre de ces critères peut induire. Ainsi, il ne suffit pas de contribuer de manière substantielle à un des objectifs environnementaux, encore faut-il ne pas porter de préjudice important aux autres existants.

Mais à partir de quand un préjudice important est-il causé ? L'article 17 dévoile une liste non exhaustive de situations. A titre d'illustration, il pourrait s'agir d'une activité qui générerait des émissions importantes de gaz à effet de serre. En revanche, il n'est pas fait mention

des critères d'évaluation de l'importance de ces émissions (taille de l'entreprise, comparaison par rapport aux autres entreprises du même secteur...). Les termes «*préjudice*» et «*préjudice important*» posent également question. L'acte délégué qui viendra apporter des précisions est dès lors vivement attendu.

Le projet d'acte fixe par exemple dans le secteur de la construction de nouveaux bâtiments des critères concernant cet objectif. Ainsi, ce type d'activité ne cause pas un préjudice important à l'objectif environnemental de transition vers une économie circulaire⁴⁶ si au moins 70% (en poids) des déchets de construction et de démolition non dangereux produits sur le chantier de construction sont préparés en vue de leur réutilisation, de leur recyclage et de la valorisation d'autres matériaux⁴⁷. D'autres critères s'ajoutent en fonction de la taille du bâtiment à construire. Plus le bâtiment est grand et plus il y a de critères à respecter.

⁴³ Projet d'acte délégué : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=PI_COM:Ares\(2020\)6979284&qid=1610305518735](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=PI_COM:Ares(2020)6979284&qid=1610305518735)

⁴⁴ Article 7.1 du projet d'acte délégué

⁴⁵ Article 3 b)

⁴⁶ Objectif mentionné à l'article 9 d)

⁴⁷ Article 7.1 4) du projet d'acte délégué

Cette condition paraît donc assez contraignante et tranche avec la première que nous avons évoquée qui semble être plutôt facile à respecter. Il reste cependant une troisième à remplir.



Photo de Liza Summer provenant de Pexels

L'ACTIVITÉ DOIT ÊTRE EXERCÉE DANS LE RESPECT DES GARANTIES MINIMALES PRÉVUES À L'ARTICLE 18 (III)

Le troisième critère de la définition de l'activité économique durable est le respect des garanties minimales prévues à l'article 18. Il convient donc de se reporter à ce texte définissant les garanties minimales. Selon cette disposition, pour qu'une activité économique soit qualifiée de durable, il convient de respecter les principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales ainsi que les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. A ce titre, dans ce même article sont cités les principes et droits fixés par la déclaration de l'Organisation internationale du travail ainsi que la Charte internationale des droits de l'homme.

On peut toutefois relever que l'article 18 ne définit pas clairement en quoi consistent ces garanties minimales. Pour les définir, il utilise le procédé du renvoi ainsi pour comprendre ce que l'on entend par là, il convient de se reporter aux principes directeurs de l'OCDE et ceux du conseil des

Nations Unies. Ces principes imposent des critères aux garanties minimales. Ils portent sur des sujets divers tels que l'environnement, la santé de l'Homme, la liberté, le dialogue social, le développement économique « conscient », la formation... On a donc une dimension sociale très importante dans les garanties minimales, nécessaire à la qualification d'une activité économique durable. Concernant les principes directeurs du Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies sur les entreprises et Droits de l'Homme, ils traitent de 3 grandes idées : l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des sociétés, portent atteinte aux droits de l'Homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme et la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation pour les victimes⁴⁸.

Selon un auteur⁴⁹, cette troisième condition «relève davantage de l'ordre social». La prise en compte d'une dimension sociale dans

l'élaboration des critères pour définir une activité économique durable démontre que le qualificatif «durable» n'est pas strictement lié à l'environnement. Ce même auteur l'explique parfaitement : «S'agissant de l'observation, elle démontre à elle seule que si la question environnementale est essentielle au concept de «durabilité», elle n'en épuise pas le contenu ; la «durabilité», telle que conçue par les autorités européennes, comprend le champ environnemental mais le dépasse pour y intégrer des considérations sociales et, en particulier, celles liées au droit des hommes dans le contexte de leur travail». Ainsi l'avantage du manque de précision de ce critère est qu'il permet d'englober une idée de la durabilité en général et non pas un exposé de situations. L'inconvénient de cette «imprécision» est qu'il relèvera aux entreprises de s'orienter vers une politique qui pourra être qualifiée de durable dans sa globalité et non pas sur un ou deux éléments précis et quantitatifs.

⁴⁸ Les principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme des Nations unies sur les entreprises et droits de l'Homme – site internet du Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères France Diplomatie - mis à jour le 12/10/2017

⁴⁹ J-M MOULIN, « Finance durable - Adoption du règlement « Taxonomie » », Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2020, comm. 121



L'ACTIVITÉ DOIT ÊTRE CONFORME AUX CRITÈRES TECHNIQUES (IV)

Le quatrième et dernier critère permettant de qualifier une activité économique de durable est la conformité aux critères d'examen technique établi par la Commission dans son acte délégué. Le projet d'acte sera prochainement transmis au Conseil Européen et au Parlement Européen qui disposeront d'un délai de deux mois pour l'adopter ou le rejeter. En cas d'acceptation, l'acte s'appliquera à partir du 1er janvier 2022.

Pour conclure, ce règlement doit être ré-examiné au plus tard le 13 juillet 2022 puis tous les 3 ans. La Commission est chargée par la suite de rédiger un rapport sur la bonne application du règlement. Nous ne sommes donc pas à l'abri de modifications ou de revirements de ces critères définissant une activité économique durable⁵⁰. Cependant la mise en place de ces nouveaux critères définissant l'activité économique durable a un effet pervers : un risque de lobbying important. L'inconvénient de ces critères est qu'ils peuvent conduire certains actifs à ne plus être exploités.

En outre, certains secteurs feront l'objet de dérogation ou d'atténuation ainsi les critères ne seront pas appliqués d'une façon universelle. A ce propos Jean Marc Moulin⁵¹ explique «*D'autant que certains secteurs font l'objet de considérations particulières (par exemple les infrastructures – cons. 44 pour lequel il faudra tenir compte des externalités environnementales, sociales et économiques*

dans le cadre d'une analyse coûts-bénéfices ou encore celui des transports – cons. 49 qui représente à lui seul près de 26 % des émissions de GES)». Cependant des limites ont tout de même été posées puisque toute société relevant de n'importe quel secteur ou activité ne pourra pas être qualifiée de durable si les dommages qu'elle occasionne à l'environnement sont supérieurs aux actions, avantages qu'elle crée. Certains auteurs parlent alors d'une sorte de garantie plancher. De même certaines interdictions absolues ont été posées comme le fait que toute activité de production d'électricité à base de combustibles fossiles solides ne peut être qualifiée d'activité économique durable.



UNE ACTIVITÉ ECONOMIQUE DURABLE : Réunion de 4 critères cumulatifs

La contribution à un ou plusieurs objectifs environnementaux	Les objectifs concernent le changement climatique, les ressources aquatiques et marines, l'économie circulaire, la pollution, la biodiversité et les écosystèmes
L'absence de préjudice aux objectifs environnementaux	Large acceptation du concept de préjudice et d'objectif environnemental
Le respect des garanties minimales de l'article 18	Tenir compte des grands principes des Nations Unies et de l'OCDE dans le cadre du travail, de l'environnement, la santé, l'éducation...
La conformité aux critères techniques	Prise en considération réelle et volontaire du concept de «durabilité» + appréciation globale des activités de la société

⁵⁰ Lors de la consultation publique précédent le règlement 413 commentaires avait été enregistrés au 18 décembre 2020. Suite à la publication du règlement, désormais 45 591 commentaires ont été déposés sur ces critères.

⁵¹ Ibid.



QUELLE ARTICULATION ENTRE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE ?

Par Agathe Bruyant, Marine Thorigny, étudiantes en Master 2 Contract management et recouvrement de créances à l'Université de Lille.

Depuis quelques temps, les problématiques environnementales prennent de plus en plus de place dans notre société et la protection de l'environnement semble en ressortir renforcée à chaque instant.

Elle est d'ailleurs récemment devenue un objectif à valeur constitutionnelle⁵². Cela n'est pas sans poser de problèmes quant à son articulation avec la liberté d'entreprendre.

Cette dernière en effet s'est affirmée au fil des ans comme une véritable liberté enracinée dans notre société. Principe général à valeur constitutionnelle depuis 1982⁵³, elle s'est vue confirmer son rang de liberté fondamentale à plusieurs reprises si bien qu'elle occupe désormais un rôle de premier plan au sein des libertés⁵⁴. «*La liberté d'entreprendre devient la norme, et ses limitations, des exceptions*»⁵⁵. Elle

implique le droit de créer et d'exercer librement une activité économique dans le domaine de son choix et comme on l'entend⁵⁶. Seulement, la protection de l'environnement a, peu à peu et dans certaines circonstances, commencé à primer sur la liberté d'entreprendre.

La principale question qui se pose ici est de savoir comment s'articule cet objectif de protection de l'environnement avec la liberté d'entreprendre ?

Cette articulation entre principe et objectif à valeur constitutionnelle est très complexe (I). Pour autant, la tendance actuelle est de les concilier, plutôt que de les opposer (II).

PRINCIPE À VALEUR CONSTITUTIONNELLE : principe dégagé par le Conseil constitutionnel et dont le respect s'impose au législateur comme aux autres organes de l'État. Il s'agit d'une norme juridique à part entière⁵⁷ qu'il ne faut pas confondre avec les objectifs à valeur constitutionnelle (OVC).

OBJECTIF À VALEUR CONSTITUTIONNELLE (OVC) : orientation dégagée par le Conseil constitutionnel donné au législateur à l'image de la sauvegarde de l'ordre public⁵⁸, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi⁵⁹ ou encore le respect de la liberté d'autrui⁶⁰. Ces objectifs n'énoncent pas de droits invocables directement dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) mais permettent au Conseil constitutionnel de limiter certains principes constitutionnels dans le but de rendre certains autres droits constitutionnels effectifs⁶¹.

⁵² Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes

⁵³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, considérant n°16

⁵⁴ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf, consulté le 1er février 2020

⁵⁵ V. AUDUBERT, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », Revue des droits de l'homme, n°18

⁵⁶ Fiche d'orientation, « Liberté d'entreprendre », août 2020, Dalloz.fr

⁵⁷ Fiche d'orientation, « Principe à valeur constitutionnelle », juin 2020, Dalloz.fr

⁵⁸ CC 27 juill. 1982, n° 82-141 DC

⁵⁹ CC 16 déc. 1999, n° 99-421 DC

⁶⁰ CC 27 juill. 1982, n° 82-141 DC

⁶¹ Fiche d'orientation, « Objectif de valeur constitutionnelle », juin 2020, Dalloz.fr



Photo de Scott Webb provenant de Pexels



UNE ARTICULATION COMPLEXE (I)

L'articulation entre protection de l'environnement et la liberté d'entreprendre peut être complexe car ce principe et cette liberté s'entrechoquent. Si depuis quelques années, le Conseil constitutionnel a renforcé la liberté d'entreprendre (A), cette supériorité a depuis été nuancée notamment à l'issue de la récente décision du 31 janvier 2020⁶² qui est venue consacrer la protection de l'environnement au rang d'objectif à valeur constitutionnelle (B).



Photo de Rfstudio provenant de Pexels

LA SUPÉRIORITÉ HISTORIQUE DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE (A)

Le Conseil constitutionnel a reconnu la liberté d'entreprendre comme étant un principe à valeur constitutionnelle par une décision du 16 janvier 1982⁶³. S'il a eu tendance à minorer progressivement cette protection de la liberté d'entreprendre, une inversion s'est opérée à partir de 1997⁶⁴. Le principe a pris de plus en plus d'ampleur et a, à plusieurs reprises, primé sur la protection de l'environnement. L'ancien article L.224-1 du Code de l'environnement qui imposait une quantité minimale de bois dans les constructions nouvelles a en effet été déclaré contraire à la Constitution car violant la liberté d'entreprendre à l'issue d'une décision du Conseil constitutionnelle du 24 mai 2013⁶⁵.

La protection de cette liberté a par la suite été démontrée à de nombreuses reprises dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel à l'instar de la décision du 23 mars 2017, décision au cours de laquelle il a été décidé que les limitations apportées à la liberté d'entreprendre par le législateur pouvaient être «liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi»⁶⁶.

La liberté d'entreprendre est donc une véritable liberté qui est profondément implantée dans notre société et ses limitations doivent être constamment justifiées. Pour autant, l'on a pu assister à des restrictions de la liberté d'entreprendre, notamment en matière de protection de l'environnement. Dans une décision QPC du 11 octobre 2013⁶⁷, le législateur avait posé une interdiction générale et absolue du recours à la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures. Le Conseil constitutionnel, pour exercer son contrôle face à la liberté d'entreprendre, a estimé que le législateur avait poursuivi un but d'intérêt général de protection de l'environnement. Une autre décision du 11 octobre 2019⁶⁸ a opéré une distinction. Ici, il ne s'agissait plus d'un «but d'intérêt général» mais d'un «objectif d'intérêt général de protection de l'environnement».

Si la supériorité de la liberté d'entreprendre reste prégnante, la décision de janvier 2020 vient renforcer encore un peu plus le principe de la protection de l'environnement.

LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT (B)

Nous assistons à une décision inédite du Conseil constitutionnel le 21 janvier 2020⁶⁹. En effet, la partie requérante⁷⁰ à cette question prioritaire de constitutionnalité a estimé que l'interdiction d'exportation de certains produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne est contraire à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil constitutionnel reconnaît dans sa décision qu'il existe une atteinte à la liberté d'entreprendre puisqu'il y a obstacle à la vente et à l'exportation de produits par des entreprises françaises⁷¹.

⁶² Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes

⁶³ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982

⁶⁴ https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf, consulté le 1er février 2020

⁶⁵ Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013 - Syndicat français de l'industrie cimentière et autres

⁶⁶ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 - Communiqué de presse: Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

⁶⁷ Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013: « gaz de schiste » : Société Schuepbach Energy LLC

⁶⁸ Décision n° 2019-808 QPC du 11 octobre 2019, Société Total raffinage France

⁶⁹ Une loi du 30 octobre 2018 et placée dans le code rural et de la pêche maritime en son article L.253-8 paragraphe IV, interdit à compter du 1er janvier 2022, toute production, stockage ou circulation de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées pour des raisons liées à la protection de la santé humaine ou animale ou de l'environnement. Cette loi intervient suite à un règlement du parlement européen et du Conseil en date du 21 octobre 2009 «sous réserve du respect des règles de l'Organisation mondiale du commerce».

⁷⁰ Association "Union des industries de la protection des plantes".

⁷¹ J. ATTARD, « La protection de l'environnement est un objectif à valeur constitutionnelle qui peut justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre », LPA, 22 avril 2020, n° 81, p. 10





Néanmoins, il considère que cette atteinte est justifiée et hisse la protection de l'environnement au rang d'objectif à valeur constitutionnelle : patrimoine commun des êtres humains. D'après Mathilde Kamal-Girard, «*le patrimoine n'est pas seulement ce qui nous est transmis, c'est aussi la protection solide accordée à ce dont nous héritons*»⁷².

Par le biais de cette décision, le Conseil constitutionnel a voulu accorder à cet objectif à valeur constitutionnelle une protection solide en

l'intégrant au bloc de constitutionnalité. Nous pouvons donc considérer, dans ce cas précis, que la protection de l'environnement prime sur la liberté d'entreprendre.

Il s'agit d'une consécration historique qui, d'une part, renforce la portée normative de la charte de l'environnement et d'autre part confirme la volonté du Conseil constitutionnel d'apporter une place encore plus importante à la protection de l'environnement. Même si la protection de l'environnement a été affirmée en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle, il aurait été aisé de reconnaître sa valeur d'intérêt général pour également porter atteinte à la liberté d'entreprendre. La consécration de la protection de l'environnement comme objectif à valeur constitutionnelle pourrait également permettre la limitation d'autres principes ayant valeur constitutionnelle⁷³.

Suite à l'étude de la complexité entre principe et objectif à valeur constitutionnelle, nous aborderons l'articulation encouragée entre protection de l'environnement et liberté d'entreprendre.

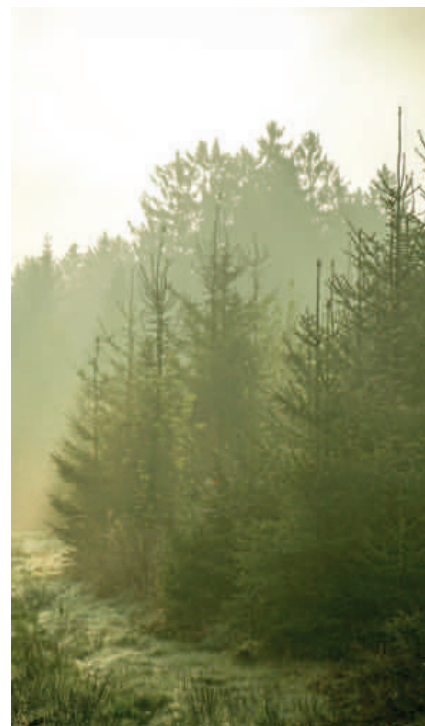


Photo de Pixabay

UNE ARTICULATION ENCOURAGÉE (II)

Actuellement, la volonté du Conseil constitutionnel est de concilier ces deux principes, comme il l'affirme dans sa décision du 31 janvier 2020 (A), le législateur a également un rôle à jouer en la matière (B).

L'OBJECTIF DE CONCILIATION DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE (A)

Il découle donc de la décision du 31 janvier 2020 que le Conseil constitutionnel souhaite concilier la liberté d'entreprendre qui est un principe à valeur constitutionnelle et la protection de l'environnement, un objectif à valeur constitutionnelle : patrimoine commun des êtres humains. La question qui se pose ici est de savoir *pourquoi le Conseil constitutionnel souhaite opérer une conciliation plutôt que de faire primer la liberté d'entreprendre sur la protection de l'environnement ?*

La réponse se trouve dans le préambule

de la charte de l'environnement: l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel et la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation⁷⁴. Toutefois, protection de l'environnement et liberté d'entreprendre ne pourront pas toujours se concilier. Dans le cas où une atteinte serait constatée, la protection de l'environnement pourrait primer sur la liberté d'entreprendre à la condition que cela ne soit pas manifestement disproportionné.

⁷² M. KAMAL-GIRARD, « La protection de l'environnement : du patrimoine commun des êtres humains au patrimoine constitutionnel de la France », Gaz.pal, n°09 du 3 mars 2020

⁷³ S.TAVENNEC, « L'épineuse conciliation entre la charte de l'environnement et la liberté d'entreprendre », le petit juriste, page consultée le 20 février 2020

⁷⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement



Il semble également nécessaire d'évoquer que cette consécration d'objectif à valeur constitutionnelle n'a pas pour conséquence de rendre le préambule de la charte de l'environnement et cet objectif qui en découle, invocable par les justiciables lors d'une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, dans une décision QPC du 7 mai 2014⁷⁵ selon laquelle les alinéas du préambule de la Charte ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution est encore aujourd'hui d'actualité, malgré cette avancée. L'usage de cet objectif à valeur constitutionnelle est donc réservé à l'usage exclusif du Conseil constitutionnel dans son contrôle *a posteriori*, ce qui constitue un usage restreint face à la liberté d'entreprendre, qui est invocable par les justiciables lors d'une question prioritaire de constitutionnalité.



Photo de Pixabay



Photo de Fauxels provenant de Pexels

LE RÔLE À JOUER DU LÉGISLATEUR (B)

Dans la décision précitée, le Conseil constitutionnel précise que le législateur a désormais un rôle à jouer en la matière. En effet, celui-ci a pour mission d'assurer la conciliation de la liberté d'entreprendre avec les objectifs à valeur constitutionnelle.

En l'espèce, les dispositions attaquées par les requérants de la loi Égalim⁷⁶ ne sont pas jugées manifestement déséquilibrées entre la liberté d'entreprendre et les objectifs de valeur constitutionnelle. On retrouve donc la volonté du conseil constitutionnel d'une conciliation entre ces deux normes puisqu'il encourage le législateur dans ce sens. De plus, la protection de l'environnement, aujourd'hui objectif à valeur constitutionnelle, qui n'est pas invocable dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité comme pré-

cisé précédemment, apporte toutefois des pouvoirs de restrictions au législateur.

Il est aussi opportun de se demander si le législateur qui est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger pourra désormais, par la loi, interdire ou limiter d'autres droits ou libertés à l'étranger. En effet, l'objectif de protection de l'environnement revêt désormais une portée universelle : patrimoine commun des êtres humains. Le législateur pourra promouvoir cette protection hors des frontières. Le Conseil constitutionnel a cependant rappelé, il n'entend pas se substituer au Parlement⁷⁷.

⁷⁵ Décision n° 2014-394 QPC du 07 mai 2014, Société Casuca

⁷⁶ 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

⁷⁷ S.TAVENNEC, "L'épineuse conciliation entre la charte de l'environnement et la liberté d'entreprendre", le petit juriste, consulté le 20 février 2020.

LE RÔLE DU CONSOMMATEUR DANS LA TRANSITION VERS UNE ÉCONOMIE CIRCULAIRE

Par Emilie Fournier, Veronica Tiron.

De plus en plus, l'on constate un désir de la part des consommateurs d'être mieux informés lorsqu'ils achètent des produits⁷⁸.



Leur vigilance envers ce qu'ils achètent est plus accrue. Néanmoins, il n'est pas toujours évident pour eux de se tourner vers de réelles alternatives durables et de faire les choix les plus vertueux sur le plan environnemental. En effet, certaines informations sont manquantes tandis que d'autres sont parfois en trop grande abondance et rendent le tout illisible pour le consommateur. Il faut veiller à ne pas le perdre en mettant à sa disposition pléthore d'informations plus ou moins transparentes. L'enjeu est de taille car en matière d'économie circulaire, le consommateur est un acteur à part entière. Ses choix et ses actions peuvent avoir un impact à une plus grande échelle. Souvent dépeint en droit français comme étant une partie faible, le rôle du consommateur pourrait être amené à évoluer à l'heure de la transition vers une économie circulaire. En effet, tout comme les entreprises, il a un rôle non négligeable à jouer pour que notre économie quitte le schéma linéaire dans lequel elle s'est structurée.

A ce titre, la loi de 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire⁷⁹ a prévu, parmi ses nombreuses mesures, certaines dispositions en ce sens.

La question qu'il convient dès lors de se poser est celle de savoir *comment ladite loi entend responsabiliser le consommateur et influencer sur ses choix de consommation ?*

Après avoir vu dans quelle mesure le consommateur est un acteur incité vers l'achat de produits durables (I) nous verrons comment la loi oriente le consommateur vers ce que l'on appelle une «*consommation durable*» (II).

LE CONSOMMATEUR, UN ACTEUR INCITÉ VERS L'ACHAT DE PRODUITS DURABLES (I)

La durabilité désigne la capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal⁸⁰. La consommation de ce «*type*» de bien semble encouragée par la loi du 10 février 2020 puisqu'elle prévoit la mention de certaines informations claires et accessibles visant à éclairer le consommateur sur les qualités intrinsèques du produit et son caractère durable.

⁷⁸ <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-29105-francais-consommation-responsable.pdf>, consulté le 27 janvier 2021

⁷⁹ Loi n°2020-105 du 10 février 2020

⁸⁰ Article 2 §13 de la Directive 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.



S'agissant de la résistance, de la fiabilité et de la robustesse du produit, quelques mesures ont été prévues. La plus notable est celle relative à l'indice de durabilité. Cet indice sera apposé sur certains produits à partir du 1er janvier 2024⁸² et devrait contenir des informations générales et pertinentes relatives à la fiabilité des produits (test de qualité, test d'usure, indice de robustesse et durée de vie estimée des matériaux, réparabilité, SAV ou supports...) ⁸³. En matière de produits numériques, le consommateur sera en outre informé avant son achat de la durée durant laquelle les mises à jour des logiciels fournis lors de l'achat demeurent compatibles avec un usage normal de l'appareil ⁸⁴.

Une attention toute particulière est également accordée à l'information du consommateur en matière de réparabilité des produits. La loi de 2020 place en effet la réparabilité du produit comme une des caractéristiques essentielles du bien ou du service ⁸⁵, dont le consommateur doit être informé ⁸⁶. Une signalétique avant l'achat est prévue avec notamment un indice de réparabilité en place depuis le 1er janvier 2021 ⁸⁷. Il s'agit ici d'une « première étape permettant d'informer les consommateurs sur la durabilité des produits qu'ils achètent » ⁸⁸. Cet indice consiste en une note sur 10 visible sur chaque modèle d'équipement neuf ⁸⁹ parmi les cinq catégories de produits sont concernées à savoir : les smartphones, télévisions, ordinateurs portables, lave-linges et tondeuses à gazon ⁹⁰.



Photo de Pixabay



Photo de Ketut Subiyanto provenant de Pexels

Indice de réparabilité



Source : UFC Que choisir

Cette note est établie à partir de critères tels que la durée de disponibilité de la documentation technique et relative aux conseils d'utilisation et d'entretien, le caractère démontable de l'équipement, la durée de disponibilité sur le marché des pièces détachées et le rapport entre le prix de vente des pièces détachées et le prix de vente des équipements mais également un critère spécifique à chaque catégorie d'équipement précitée ⁹¹.

La question de la disponibilité des pièces détachées revient également au sein de cette loi puisqu'il est précisé que le consommateur doit également être informé de la disponibilité ou de la non-disponibilité des pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens concernés et, le cas échéant de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle ces pièces sont disponibles sur le marché ⁹².

Si pour l'instant, le dispositif étudié paraît plutôt inciter les consommateurs à se tourner vers la consommation de produits réparables ⁹³, il semble à terme les faire tendre vers l'achat de produits « durables » en leur donnant un ensemble d'informations clés. Cet objectif d'orientation va d'ailleurs plus loin. Un autre pan de cette loi de 2020 vise en effet à orienter le consommateur à adopter une consommation « durable ».

⁸² La liste sera précisée prochainement par décret

⁸³ <https://www.halteobsolence.org/loi-anti-gaspillage-des-indices-de-reparabilite-et-de-durabilite-a-venir/>

⁸⁴ Article 27 de la loi n°2020-105

⁸⁵ Article 25 de la loi n°2020-105

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ qui sera remplacé en 2024 par l'indice de durabilité précédemment évoqué

⁸⁸ Exposé des motifs du projet de loi

⁸⁹ Décret n° 2020-1757 du 29 décembre 2020 relatif à l'indice de réparabilité des équipements électriques et électroniques

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Article R.541-214 I du Code de l'environnement

⁹² Article 19 de la loi n°2020-105

⁹³ La réparation d'un produit permet par ailleurs une extension de la garantie légale de conformité du produit de six mois (Article 22)



Photo de Laura James provenant de Pexels / Source : Ecocod

UN CONSOMMATEUR ORIENTÉ VERS UNE CONSOMMATION DURABLE (II)

La consommation durable peut s'entendre ici comme une consommation raisonnée et responsable. Elle rejoint la notion de «consommation verte» dont les contours sont en train d'être délimités par le droit de l'Union européenne. Celle-ci englobe cinq domaines à savoir l'empreinte carbone de l'entreprise et de certains produits phares, la vente de produits ou de services durables, la promotion de pratiques durables par les entreprises et enfin le fait que toutes les informations relatives aux empreintes carbone soient faciles d'accès, précises, claires pour les consommateurs et être tenues à jour en cas de changement⁹⁴. L'objectif du législateur est clair. Il est ici question d'orienter le consommateur à effectuer son choix en prenant en compte les impacts environnementaux à toutes les étapes du cycle de vie du produit⁹⁵. Cela peut se traduire par l'achat de produits plus écologiques, réduire le gaspillage et mieux gérer ses déchets⁹⁶...

Tout d'abord, afin de «mieux acheter», un dispositif d'affichage environnemental est actuellement en cours d'expérimentation. Il consiste à apporter au consommateur une information relative aux caractéristiques environnementales d'un bien ou d'un service basée principalement sur une analyse du cycle de vie⁹⁷⁻⁹⁸. Un premier dispositif a d'ailleurs été lancé en janvier dernier. Il s'agit de l'Eco-score, un indicateur indépendant de huit acteurs issus du monde de la restauration, de la distribution et des applications alimentaires. Il affiche l'impact environnemental des produits alimentaires à l'aide d'une note allant de A à E à l'image du nutri-score⁹⁹.

La loi prévoit également de limiter les tentations de surconsommation en encadrant davantage la publicité. Ainsi, le fait de donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une

réduction de prix comparable à celle des soldes en dehors de leur période légale est considéré comme étant une pratique commerciale réputée trompeuse¹⁰⁰. Sont également interdites les publicités incitatives à l'obsolescence anticipée ou programmée¹⁰¹, ou encore pire, à la dégradation¹⁰² tout comme les publicités ou actions de communication commerciale incitant à dégrader des produits en état normal de fonctionnement et à empêcher leur réemploi ou leur réutilisation. Dès lors, toute publicité qui incite malgré tout à se débarrasser d'un produit devra comporter une information promouvant le recyclage de ce produit¹⁰³. Il est également question de ne pas abreuver le consommateur d'informations trop nombreuses pouvant l'induire en erreur. Ainsi par exemple, lorsqu'il est fait mention du caractère recyclé d'un produit, le pourcentage de matières recyclées effectivement incorporées devra être précisé¹⁰⁴.

⁹⁴ «La Commission européenne lance l'initiative d'engagement en faveur de la consommation verte», Communiqué de presse du 25 janvier 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_182

⁹⁵ <https://www.ademe.fr/expertises/economie-circulaire>, consulté le 27 janvier 2021

⁹⁶ <https://youmatter.world/fr/definition/consommation-responsable-definition-enjeux/>, consulté le 27 janvier 2021

⁹⁷ L'analyse du cycle de vie (ACV) recense et quantifie, tout au long de la vie des produits, les flux physiques de matière et d'énergie associés aux activités humaines. Elle évalue les impacts potentiels puis interprète les résultats obtenus en fonction de ses objectifs initiaux. <https://www.ademe.fr/expertises/consommer-autrement/passer-a-l'action/dossier/analyse-cycle-vie/quest-lacv>, consulté le 27 janvier 2021

⁹⁸ Article 151 de la loi n°2020-105

⁹⁹ M. CADOUX, « Les premiers pas de l'affichage environnemental », LSA-Conso, 10 février 2021

¹⁰⁰ Article 12 de la loi n°2020-105

¹⁰¹ C. DUBOIS, M. LEROUX-CAMPELLO, « L'obsolescence programmée a des petits frères ! Retour sur les articles L. 441-3 à L. 441-5 du Code de la consommation issu de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », Recueil Dalloz, Dalloz, 2020, p.1412

¹⁰² Article 27-II de la loi n°2020-105

¹⁰³ Article 50 de la loi n°2020-105

¹⁰⁴ Ibid.



Photo de K. Grabowska provenant de Pexels



Photo de JM Cameron provenant de Pexels

L'accent est également mis sur la lutte contre le gaspillage alimentaire en prévoyant notamment que lorsqu'un produit alimentaire comporte une date de durabilité minimale (DDM¹⁰⁵), celle-ci peut être accompagnée d'une mention, précisée par décret, informant les consommateurs que le produit reste consommable après cette date¹⁰⁶. En effet, la DDM doit pouvoir être distinguée par le consommateur de la date limite de consommation (DLC) qui concerne les denrées alimentaires microbiologiquement très périssables¹⁰⁷. En effet, contrairement à la DLC, lorsque la DDM est dépassée, il n'est pas nécessaire de jeter les produits concernés, pourvu que leur emballage ne soit pas altéré¹⁰⁸. Cette mesure vise à éduquer le consommateur qui peut confondre ces deux types de dates. Ces derniers peuvent même acheter des produits à la DDM dépassée et leur prix est souvent revu à la baisse¹⁰⁹.

Enfin, la loi de 2020 enjoint le consommateur à bien trier les déchets résultant de sa consommation afin que ceux-ci puissent être plus facilement réintégrés dans le circuit économique. Il est prévu dès 2021 un renforcement des informations liées au tri sélectif, une harmonisation des consignes de tri et des couleurs de poubelles sur tout le territoire français. Cette harmonisation sera complétée au 31 décembre 2022. Le consommateur devrait normalement être correctement informé puisque tout produit mis sur le marché à destination des ménages¹¹⁰ fera l'objet d'une signalétique indiquant que ce produit fait l'objet de règles de tri¹¹¹. Cette signalétique sera accompagnée d'une information précisant les modalités de tri ou d'apport du déchet issu du produit. Si plusieurs éléments du produit ou des déchets issus du produit font l'objet de modalités de tri différentes, ces modalités sont détaillées élément par élément. Ces informations figurent sur le produit, son emballage ou, à défaut, dans les autres documents fournis avec le produit, sans préjudice des symboles apposés en application d'autres dispositions. L'ensemble de cette signalétique sera également regroupé de manière dématérialisée et sera disponible en ligne pour en faciliter l'assimilation et en expliciter les modalités et le sens¹¹². De plus, la mention «compostable» de certains produits ou emballage va être plus encadrée¹¹³ et ceux réellement compostables en compostable domestique ou industriel porteront la mention «Ne pas jeter dans la nature»¹¹⁴. A cela s'ajoute le fait que pour les consommateurs vivant en copropriété, chaque copropriétaire sera informé des règles locales en matière de tri des déchets et de l'adresse, des horaires et des modalités d'accès des déchetteries dont dépend la copropriété. Cette information est affichée de manière visible dans les espaces affectés à la dépose des ordures ménagères par les occupants de la copropriété et transmise au moins une fois par an à ces occupants ainsi qu'aux copropriétaires¹¹⁵.

Notons également que la loi de 2020 entend éduquer et responsabiliser la future génération de consommateurs. Le Code de l'éducation a en effet été modifié par l'ajout d'une mesure relative à la sensibilisation à la réduction des déchets, au réemploi et au recyclage des produits et matériaux, ainsi qu'au geste de tri. Le législateur veut ainsi inculquer aux jeunes citoyens français, l'éco-conception, l'utilisation des matériaux durables, naturels, recyclables, et la mise en avant maximale des économies d'énergie¹¹⁶, et ce dès leur plus jeune âge.

¹⁰⁵ qui a remplacé la date limite d'utilisation optimale du produit (DLUO). Il s'agit de la date jusqu'à laquelle ces denrées conservent leurs qualités organoleptiques, physiques, nutritives, gustatives, etc, <https://www.economie.gouv.fr/dgcrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Date-limite-de-consommation-DLC-et-DDM>, consulté le 27 janvier 2021

¹⁰⁶ Article 35 de la loi n°2020-105

¹⁰⁷ <https://www.economie.gouv.fr/dgcrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Date-limite-de-consommation-DLC-et-DDM>, consulté le 27 janvier 2021

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Carrefour propose par exemple à la vente des produits à la DDM dépassée : « Des produits, dont la date de péremption est dépassée, proposés à la vente », L'Est républicain, 18 octobre 2019 ;

¹¹⁰ Cette mesure concerne les produits soumis au I de l'article L. 541-10 du Code de l'environnement, à l'exclusion des emballages ménagers de boissons en verre

¹¹¹ Article 17 de la loi n°2020-105

¹¹² Ibid.

¹¹³ Article 13 de la loi n°2020-105

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Article 18 de la loi n°2020-105

¹¹⁶ Article 24 de la loi n°2020-105



LE CROWDFUNDING DURABLE

Tiphanie Atzori, Estelle Berteloot, Juliette Majot.

Le crowdfunding ou «*financement participatif*» est apparu au début des années 2000 avec l'essor d'internet. Original dans son fonctionnement, il constitue un outil de financement alternatif se plaçant, à l'origine, en dehors des circuits financiers institutionnels, notamment bancaires.



Faisant appel aux internautes sur la base de la description d'un projet précis, l'appel de fonds se fait au moyen d'une plateforme en ligne permettant de recueillir de nombreux apports de petits montants. Ainsi, le financement peut prendre la forme d'un don; d'un prêt, avec ou sans intérêts ou encore d'un investissement en capital.

Les avantages du crowdfunding sont nombreux, ce qui explique indéniablement son succès ces dernières années. L'appétence croissante de ce modèle de financement a fini par attirer l'œil des établissements bancaires. Certains d'entre eux se sont engagés par le biais de partenariats avec certaines plateformes à l'image du groupe Société Générale qui a tissé un partenariat avec la plateforme de crowdfunding SPEAR et ce «*dans l'optique de répondre aux aspirations de ses clients à des modes de financement plus simples*». Ainsi, le partenariat encadre la procédure et les conditions d'octroi de crédit aux promoteurs de projets qui répondent aux critères de sélection de SPEAR¹¹⁷.

Afin de favoriser le développement du financement participatif dans un environnement sécurisé pour les contributeurs (donateurs, prêteurs ou investisseurs), les activités générées dans le cadre du financement participatif sont désormais réglementées par un cadre juridique sécurisé¹¹⁸. Si le crowdfunding est un phénomène international relativement récent, son cadre

juridique l'est tout autant¹¹⁹. Il a de surcroît été sujet à de nombreuses précisions au cours des dernières années. Progressivement, certaines tendances se sont dégagées comme celle d'un «*crowdfunding durable*» avec par exemple la plateforme Blues bees qui vise à financer une agriculture durable en cherchant à favoriser le local, les circuits courts et la création d'emplois dans les régions ou encore la plateforme Lendosphère, spécialisée dans le crowdlending, un prêt de particuliers. Cette dernière est particulièrement reconnue pour ses projets d'énergies renouvelables.

Ce crowdfunding durable est à mettre en confrontation avec ce qu'il est convenu d'appeler la finance durable, entraînant dans sa dynamique la création de plateforme de financement participatif durable, soucieux des enjeux environnementaux. Bien que la notion de finance durable soit «*à l'âge de l'adolescence voire de l'enfance*»¹²⁰, un auteur a mis en exergue le fait qu'il s'agisse d'«*un mouvement qui correspond à la prise en compte dans l'activité financière du sociétal, des objectifs de développement durable, de l'environnement voire de l'éthique*»¹²¹. En d'autres termes, la finance durable permettrait «*d'œuvrer pour une intégration meilleure, mais également une prise en considération des risques sociaux, environnementaux et de gouvernance dans les décisions d'investissements, et surtout pour une recherche de rendements soutenables sur la durée*»¹²².

¹¹⁷ <https://spear.fr/partenaires>, consulté le 09 janvier 2021

¹¹⁸ <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/crowdfunding-financement-participatif>, consulté le 09 janvier 2021

¹¹⁹ Le crowdfunding est désormais régi par le Code monétaire et financier suite à la loi d'habilitation n°2014-1 du 2 janvier 2014, à une ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 et son décret d'application n°2014-1053 du 16 septembre 2014, étant noté que l'ensemble du dispositif est entré en vigueur depuis le 1er octobre 2014.

¹²⁰ C. MALECKI, « La finance durable », Revue de Droit bancaire et financier, 2013, dossier 29, p. 109

¹²¹ T. GRANIER, « Crowdfunding et financement durable », Revue de droit bancaire et financier 2015.

¹²² E. JEFFERS, « Pourquoi faut-il une finance durable et soutenable ? », Revue d'économie financière 2015/1, n° 117, p. 225

UNE RÉGLEMENTATION LACUNAIRE DU CROWDFUNDING, UNE LIMITE À L'EFFECTIVITÉ D'UN CROWDFUNDING DURABLE (I)

La réglementation lacunaire du crowdfunding s'explique principalement par la multiplication récente de projets prétendument issus de la finance durable (A), conduisant ainsi à faire de ce mode de financement un outil difficile à encadrer comme en témoigne la législation européenne en la matière (B).



Photo de Fauxels provenant de Pexels

LA MULTIPLICATION DE PROJETS PRÉTENDUMENT DURABLES (A)

Sentant l'enjeu économique et social que peut représenter le crowdfunding, de plus en plus d'entreprises privées se targuent aujourd'hui d'élaborer des projets dits «durables». Cette montée en puissance s'explique également par le développement de plateformes visant au financement l'économie durable.

Au vu de l'ampleur du financement participatif durable, les institutions se sont intéressées à ce mode de financement ayant bonne image. Certaines plateformes prétendent être dédiées uniquement à des projets durables. Dès lors, l'ONU a créé une plateforme spécialisée permettant de vérifier que les structures sont conformes au cadre de finance durable. L'ONU a donc fixé 17 objectifs de développements durables qui peuvent justifier le financement participatif durable¹²³. Ainsi, la plateforme Lita s'est donné pour mission de «participer activement et efficacement à réduire les inégalités sociales et environnementales dans le monde afin de construire un avenir meilleur, durable et inclusif»¹²⁴ et sélectionne des structures répondant à un ou plusieurs des 17 objectifs de développement durable fixés par l'ONU.

Toutefois, il est louable de se demander comment l'investisseur a la possibilité de vérifier que les fonds alloués le soient dans le cadre d'un projet réellement durable. En effet, il est possible d'imaginer un sys-

tème biaisant l'essence même du crowdfunding durable et ce, afin de récolter des fonds en dehors des sentiers traditionnels que sont les établissements bancaires. Or, le crowdfunding durable se veut protecteur et responsabilisant vis-à-vis des prêteurs, c'est pourquoi l'implication personnelle de ces derniers est déterminante. Pour cela, plusieurs formes de financement participatifs existent. L'enjeu est ici de ne pas s'y perdre. Il convient donc pour s'y retrouver de regarder les missions, objectifs de ces projets prétendus durables. Par exemple, il est possible d'imaginer le financement de projets dans le cadre d'une communauté fédérée autour d'un objectif déterminé. Encore, le crédit va se révéler responsable parce qu'il s'apparente dans son montant à des engagements modestes, on trouvera ainsi des prêts avec ou sans intérêts selon les emprunteurs et la nature des projets.

D'ailleurs, une pratique a émergé ces dernières années, il s'agit des prêts octroyés uniquement par des personnes physiques. Dans le cadre de la dérogation spécifique au monopole bancaire orchestrée pour le financement participatif, seuls les consommateurs non professionnels et les commerçants peuvent consentir des prêts. Cette exclusion, a priori, des personnes morales n'est guère justifiable et témoigne le fait que le crowdfunding est un outil difficile à encadrer, notamment au niveau européen.

¹²³ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement>, consulté le 12 janvier 2021

¹²⁴ Eva & Julien, co-fondateurs de LITA.co, https://fr.lita.co/fr/sustainable_investing/pourquoi-investir, consulté le 13 janvier 2021

LE CROWDFUNDING, UN OUTIL DIFFICILE À ENCADRER : L'EXEMPLE EUROPÉEN (B)

Le crowdfunding bénéficie depuis quelques années d'un cadre juridique qui diffère selon les pays, chaque Etat abordant ce mode de financement avec son propre regard et sa propre législation. En France par exemple, le crowdfunding est régi par le Code monétaire et financier¹²⁵ mais il est dépourvu d'une définition juridique. Le site internet du Ministère français de l'écologie indique même que «*la notion de financement participatif n'a pas de définition juridique*»¹²⁶ !

L'effort d'une tentative de définition est remarquable mais cette impulsion est longtemps restée propre à chaque État. A ce titre, il est possible d'observer le développement d'une législation dans le secteur des énergies renouvelables mais il n'existe pas de textes fondateurs qui contraignent réellement les Etats pour l'instant.

L'Union européenne tente de faire une percée législative et réglementaire dans ce domaine mais les contours du crowdfunding durable doivent être précisés, et c'est ici tout le dilemme de ce que certains auteurs appelle «*le Green deal européen*» défendu par la présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen en décembre 2019¹²⁷.

Si le cadre du crowdfunding demeure aujourd'hui lacunaire, la réglementation en découlant est perfectible et semble être sur la voie du changement, permettant ainsi d'y voir l'effectivité d'un crowdfunding durable. En effet, s'il apparaît que la notion même de crowdfunding reste parfois difficile à appréhender, celle de crowdfunding durable peut alors apparaître nébuleuse. Est-elle directement rattachée à ce que l'on appelle l'économie verte ?



Photo de Fauvels provenant de Pexels

UNE RÉGLEMENTATION PERFECTIBLE SUR LA VOIE DU CHANGEMENT, UN GAGE À L'EFFECTIVITÉ D'UN CROWDFUNDING DURABLE (II)

L'expansion du financement participatif a obligé les institutions à se doter d'une réglementation plus transparente vis-à-vis des projets se disant durables. Soucieuse de la transition écologique et durable, l'Union européenne a tenté d'instaurer une réglementation harmonisée et plus transparente concernant les projets verts, durables, respectueux de l'environnement (A). Cette réglementation reste toutefois récente les États ont donc dû créer des outils pour garantir cette finance durable (B)

VERS UN ENCADREMENT HARMONISÉ ET PLUS TRANSPARENT (A)

Suite à l'accroissement du phénomène, l'Union européenne s'est dotée d'un cadre juridique. Deux textes ont été publiés au Journal officiel de l'Union européenne le 20 octobre 2020¹²⁸ en vue de créer un statut unique européen de prestataire de services de financement participatif. L'entrée en application de statut est prévue pour le 10 novembre 2021. A partir de cette date, les plateformes créant des financements participatifs auront 12 mois pour obtenir l'agrément de prestataire européen de services de financement participatif. Ce statut unique vise les activités commerciales avec des levées de fonds qui ne pourront pas dépasser 5 000 000 euros sur 12 mois dans l'ensemble de l'Union européenne. Les offres de financement participatif devront répondre à un formalisme strict avec l'établissement d'une fiche d'information.

La réglementation de l'Union européenne semble encore lacunaire concernant le financement durable. Dès lors, certains États n'ont pas attendu qu'une réglementation harmonisée soit créée pour chercher à organiser ce modèle financement. Ainsi sont apparus des outils permettant de garantir un financement véritablement durable.

¹²⁵ suite à l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014

¹²⁶ <https://www.ecologie.gouv.fr/label-financement-participatif#e4>, consulté le 10 janvier 2021

¹²⁷ F. COLLARD, « L'économie circulaire », Courrier hebdomadaire du CRISP 2020/10-11 (n°2455 - 2456), p. 5 à 72

¹²⁸ Règlement n° 2020/1503, 7 oct. 2020 : JOUE L 347, 20 oct. 2020 et Directive n° 2020/1504, 7 oct. 2020 : JOUE L 347/50, 20 oct. 2020

LE DÉVELOPPEMENT D'OUTILS GARANTISSANT LE FINANCEMENT DE PROJETS DURABLES (B)

Afin d'organiser au mieux ce modèle de financement, le ministère français de la Transition écologique et solidaire a voulu créer une réglementation propre au crowdfunding durable en créant notamment un label nommé «*financement participatif de la croissance verte*». L'idée est de regrouper dans cette catégorie les actions de participation citoyenne et les projets visant la transition écologique et énergétique.

Ce projet a pour objectif de garantir une transparence dans le financement et apporter des informations sur la qualité environnementale du projet. Le ministère de la Transition écologique a créé un questionnaire de sélection des plateformes visant à «*labelliser*» les projets de financement participatif durable¹²⁹. Afin d'être éligible à ce label, il est nécessaire que l'activité soit en concordance avec une croissance verte, que le projet soit transparent¹³⁰ dans son entièreté, avant et après la levée de fonds, mais aussi, qu'il réponde au critère de contribution à la transition énergétique et écologique qui est mesu-

rée selon des indicateurs énergétiques et économiques (eau, CO2, biodiversité, économie circulaire, changement climatique...). Ainsi, grâce à ce label, certains projets ont pu être reconnus comme éligibles au financement participatif durable, tel est l'exemple de la Conservation bio du domaine Sylvie Fahrer. La levée de fonds, ayant eu lieu sur la plateforme Fundovino, lui a permis l'achat de matériel pour limiter les phytosanitaires et ainsi développer la biodiversité. Il est également possible de penser au projet éolien La Crayère sur la plateforme Lendosphère ayant permis la construction de 9 éoliennes dans la Marne.

Néanmoins, force est de constater que tous les projets ne répondent pas à ce label et donc ne sont pas tous des projets de financement durable comme l'on peut l'entendre. Ainsi, ce label reste est un outil naissant qui risque d'évoluer au vu de la croissance du financement participatif et du challenge écologique que l'on constate dans ce XXIème siècle.



¹²⁹ <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Label%20FPCV%20-%20Questionnaire%20selection%20plate-forme.doc>, consulté le 10 janvier 2021

¹³⁰ <https://www.securities-services.societegenerale.com/fr/insights/views/news/finance-verte-reglementation-des-acteurs-des-marches-financiers/>, consulté le 9 janvier 2021

QU'EST-CE QU'UN PRODUIT RECONDITIONNÉ ?

Par Caroline Courcier, Lucas Mercier.

A l'heure actuelle, environ un tiers des français a un jour acheté un produit électronique reconditionné¹³¹ et cet engouement n'est pas prêt de s'arrêter¹³².

Les produits reconditionnés offrent en effet des avantages non négligeables. Plus économiques et plus écologiques, ils représentent une solution d'avenir qui s'inscrit parfaitement dans la dynamique de transition vers une économie circulaire. Le reconditionnement permet en effet de limiter l'extraction de nos ressources naturelles et également de réduire nos déchets en réintroduisant un objet dans le circuit économique après avoir été réparé ou révisé.

Malgré ces atouts, plusieurs freins à l'achat existent tels que la crainte de la panne, la durée d'utilisation trop limitée, le fait que la garantie ne soit pas assurée¹³³... Certains consommateurs hésitent encore à

sauter le pas de l'achat de produits reconditionnés : «*J'ai un petit doute sur la qualité du produit*» entend-on régulièrement¹³⁴. Il faut également préciser que si le produit reconditionné existe sur le marché depuis quelques temps déjà, ce n'est que depuis récemment que la législation française a peu à peu commencé à se pencher sur le sujet. Nous tenterons dès lors de répondre à la problématique suivante :

Que recouvre réellement la notion de «produit reconditionné» considérée comme une alternative prometteuse œuvrant à la transition vers une économie circulaire ?

Une première étude présentera le trouble résultant de la définition du produit reconditionné (I) puis une seconde traitera de l'insuffisance concernant l'encadrement législatif de celui-ci (II).

LE PRODUIT RECONDITIONNÉ, UN PRODUIT AUX DÉFINITIONS MULTIPLES (I)

En 2021, il n'existe pour l'instant aucune définition juridique du terme «*reconditionné*». L'appréciation de ce terme est alors laissée aux acteurs du marchés (constructeurs, entreprises spécialisées dans le reconditionnement...) (A). Néanmoins, la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, promulguée le 10 février 2020¹³⁵ est venue prévoir un encadrement de cette mention (B).

¹³¹ <https://www.dynamique-mag.com/article/marche-reconditionne-business-plein-essor.10888>, consulté le 22 janvier 2021

¹³² <https://objetconnecte.net/marche-du-reconditionne-en-france-un-business-fructueux/>, consulté le 22 janvier 2021

¹³³ v. étude Statista concernant les téléphones portables reconditionnés : Quel est pour vous le principal frein à l'achat d'un téléphone portable reconditionné en France ? <https://fr.statista.com/statistiques/947425/freins-a-l-achat-d-un-telephone-portable-reconditionne-france/>, consulté le 22 janvier 2021

¹³⁴ <https://www.lci.fr/conso/video-moins-chers-et-bons-pour-la-planete-les-produits-reconditionnes-seduisent-de-plus-en-plus-de-francais-2176602.html>, consulté le 22 janvier 2021

¹³⁵ Loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire



UNE ABSENCE DE DÉFINITION LÉGALE LAISSANT PLACE À DES DÉFINITIONS VARIÉES (A)

Face à ce silence législatif, une première question a été posée concernant la qualification de «*produit reconditionné*»¹³⁶. Une députée avait alors attiré l'attention du Gouvernement et évoqué le fait que faute d'encadrement légal, l'emploi de ce terme recouvrait des réalités très diverses qui faisaient l'objet d'appréciations assez flexibles des constructeurs des appareils et des entreprises spécialisées dans le reconditionnement. Tous proposent en effet une définition différente du produit reconditionné¹³⁷. Il avait alors été précisé que «*le plus souvent, les produits reconditionnés sont présentés comme des produits d'occasion et revendus à un prix inférieur à celui du produit offert à la vente pour la première fois. Toutefois, dans certains cas, ils sont proposés à la vente avec la qualification de «reconditionné neuf», voire «neuf»*»¹³⁸. Certaines entreprises à l'image de la start-up française Back Market, énoncent par exemple que leurs produits reconditionnés ne sont : «*ni neufs, ni d'occasion*»¹³⁹.

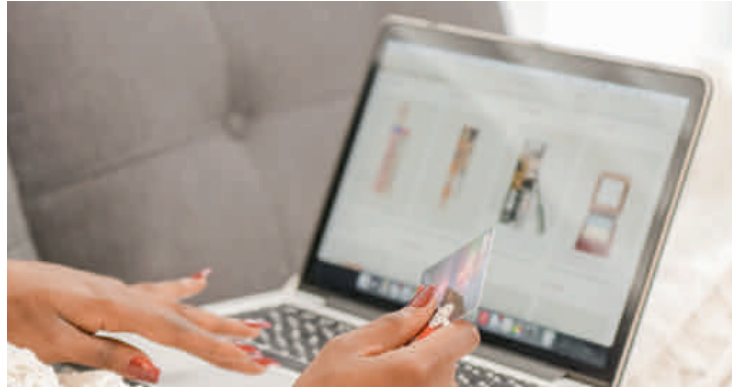


Photo de Kindel Média provenant de Pexels



Photo de Tiger Lily provenant de Pexels

Si plusieurs entreprises présentent leurs produits comme étant des produits neufs, le produit reconditionné reste un produit d'occasion. En effet, si des pièces ont pu être changées, l'objet en lui-même a déjà fait l'objet d'une utilisation par le passé. Il peut avoir été «*remis à neuf*» sans pour autant être neuf. L'article L.321-1 3° du Code de commerce énonce que «*sont considérés comme d'occasion les biens qui, à un stade quelconque de la production ou de la distribution, sont entrés en la possession d'une personne pour son usage propre, par l'effet de tout acte à titre onéreux ou à titre gratuit, ou ont subi des altérations qui ne permettent pas leur mise en vente comme neufs*». Cette précision est importante puisque le régime juridique qui doit s'appliquer diffère selon que le produit en question est un produit neuf ou d'occasion. A titre d'illustration, la garantie légale de conformité d'un

produit neuf est de deux ans contre six mois pour un produit d'occasion¹⁴⁰.

De plus, d'autres acteurs comme l'entreprise Recommerce, ont également retenu leur propre définition du reconditionné : «*Le reconditionné fait intervenir un professionnel pour recommercialiser en bonne et due forme un bien ayant déjà servi. (...) Au contraire, les produits d'occasion ne subissent pas autant de tests et de vérifications que les produits reconditionnés*»¹⁴¹. Ainsi, il existerait selon elles une différence entre le produit d'occasion et le produit reconditionné mais au sein de notre droit actuel, le produit reconditionné reste soumis au régime des produits d'occasion...

L'article 37 de la loi de 2020 précitée devrait néanmoins clarifier les choses puisqu'il prévoit un encadrement de cette mention «*reconditionné*».

VERS UNE TENTATIVE DE DÉFINITION LÉGALE DU PRODUIT RECONDITIONNÉ (B)

L'article 37 de la loi dite AGECE précise que «*les conditions dans lesquelles un professionnel peut utiliser les termes «reconditionné» ou «produit reconditionné» sont fixées par décret en Conseil d'Etat*». Si pour l'heure, ledit décret n'a toujours pas été publié, un projet de décret est paru et il est prévu qu'il entre en vigueur le 1er avril 2021.

Ce projet prévoit qu'«*il doit s'agir d'un produit ou d'une pièce détachée d'occasion, au sens de l'article L. 321-1 du code de commerce, ayant subi des tests portant sur toutes ses fonctionnalités afin d'établir qu'il ou elle répond aux obligations légales de sécurité et à l'usage auquel le consommateur peut légitimement s'attendre, ainsi que, s'il y a lieu, une ou plusieurs interventions afin de lui restituer ses fonctionnalités*»¹⁴².

¹³⁶ Question n°101067 de Mme la députée L. de la Raudière, question publiée au JO le 6 décembre 2016, p.9910, <https://questions.assemblee-nationale.fr/q/14/14-101067QE.htm>

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Réponse à la question n°101067 de Mme la députée L. de la Raudière, publiée au JO le 28 février 2017, <https://questions.assemblee-nationale.fr/q/14/14-101067QE.htm>

¹³⁹ <https://www.backmarket.fr/about-us#back-label>, consulté le 22 janvier 2021

¹⁴⁰ Article L.217-7 du Code de la consommation

¹⁴¹ <https://www.recommerce.com/fr/mieux-nous-connaître/qu-est-ce-que-le-reconditionnement>, consulté le 22 janvier 2021

Il est alors affirmé de manière nette et non équivoque que le produit reconditionné est bel et bien un produit d'occasion. L'article se poursuit en énonçant par ailleurs que les expressions «*état neuf*», «*comme neuf*», «*à neuf*» ou toute mention équivalente, ne peuvent être utilisées pour un produit ou une pièce détachée qualifié de «*produit reconditionné*» ou accompagné de la mention «*reconditionné*». Il s'agit là de ne pas induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques du produit reconditionné qu'il souhaiterait acheter.

Ce projet de décret réserve également l'utilisation de la mention «*reconditionné en France*» aux opérations de reconditionnement qui sont réalisées en totalité sur le territoire national. Ces règles s'appliquent également aux pièces détachées¹⁴³. De plus, il est également précisé que le

dit produit doit répondre aux obligations légales de sécurité et à l'usage auquel le consommateur peut légitimement s'attendre. Ainsi, l'effacement des données des produits reconditionnés, dans le respect du RGPD¹⁴⁴ avec la portabilité et la récupération des données est requise¹⁴⁵.

Pour le Gouvernement, ces dispositions ont donc été introduites dans la loi afin de protéger le consommateur des opérateurs qui proposent des produits reconditionnés sans avoir fait les tests nécessaires pour vérifier que le produit est en état de fonctionner et ne présente pas de problèmes de sécurité¹⁴⁶. Il est nécessaire que cette protection du consommateur soit assurée face à un marché aux produits moins onéreux qui est en plein essor¹⁴⁷ et que le produit reconditionné ne rime plus avec un potentiel manque de fiabilité.



Photo de Screen post provenant de Pexels

LE PRODUIT RECONDITIONNÉ, UN PRODUIT À LA FIABILITÉ VARIABLE (II)

L'un des principaux freins à l'achat de produits reconditionnés est celui du potentiel manque de fiabilité. Cette réputation colle à la peau de ce type d'objet or, pour que cette alternative prometteuse soit pleinement exploitée, il faut dépasser cet obstacle et apporter davantage de garanties au consommateur. Celles actuellement prévues dans le droit en vigueur étant assez limitées (A), la solution peut peut-être se trouver du côté des fabricants de produits neufs (B).

DE MAIGRES GARANTIES LÉGALES RELATIVES AU PRODUIT RECONDITIONNÉ (A)

Les produits reconditionnés ne bénéficient pas pour le moment de règles qui leur sont propres. Plusieurs mesures peuvent néanmoins les encadrer à l'image de la garantie légale de conformité de l'article L.217-7 du Code de la consommation. Celle-ci prévoit que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Cet article est très protecteur pour les consommateurs, dans la mesure où il instaure une présomption de l'existence des défauts de conformité au moment de la délivrance du bien si ceux-ci apparaissent dans ce délai. Toutefois, le délai de six mois est trop bref. Il va être néanmoins étendu d'ici à janvier 2022 et passer à un an¹⁴⁸. *Cette mesure est-elle suffisante ? En effet, nous avons tous en tête le cas du smartphone neuf qui tombe en panne quelques mois voire quelques semaines après la date d'expiration de sa garantie. Qu'en est-il de la durée d'utilisation d'un produit déjà utilisé ?*

¹⁴² Article 1er II du projet de décret relatif aux conditions d'utilisation des termes « reconditionné » et « produit reconditionné », version du 18 novembre 2020

¹⁴³ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/fr/index.cfm/search/?trisation=search.detail&year=2021&num=30&mLang=FR>

¹⁴⁴ Règlement n°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

¹⁴⁵ <https://www.echosdunet.net/breve/une-definition-du-produit-reconditionne>, consulté le 22 janvier 2021

¹⁴⁶ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/es/index.cfm/search/?trisation=search.detail&year=2021&num=30&mLang=FR>, consulté le 22 janvier 2021

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Article 21 de la loi n°2020-105 du 10 février 2020



Photo de Cottonbro provenant de Pexels



A cela s'ajoute d'autres interrogations. Si nous prenons l'exemple des téléphones portables, *comment garantir à un utilisateur que son produit sera toujours utilisable après la dernière mise à jour du fabricant ?* En effet, l'obsolescence de son téléphone peut également être logicielle. A ce titre, la loi de 2020 est venue compléter la définition de l'obsolescence programmée en y ajoutant la notion d'obsolescence logicielle. Il s'agit de la situation au cours de laquelle les mises à jour des logiciels fournis lors de l'achat du bien deviennent incompatibles avec un usage normal de l'appareil¹⁴⁹. La question des accessoires se pose également. Certains produits reconditionnés doivent par exemple pouvoir être chargés avec leur propre chargeur or, il n'est pas impossible qu'à l'avenir, ce type de chargeur ne soit plus commercialisé.

Pour l'heure, il semblerait que notre droit n'offre pas suffisamment de garanties pour le consommateur de produits reconditionnés. Il est difficile pour ce dernier d'avoir une pleine confiance dans le produit reconditionné car il n'est pas forcément rentable sur le long terme¹⁵⁰.

Le reconditionnement est donc une solution prometteuse car elle permet au consommateur de faire des économies tout en limitant notre impact sur l'environnement. Toutefois, ce manque de confiance vient ternir cette image. Les produits reconditionnés doivent, pour être totalement en phase avec la philosophie de l'économie circulaire, être fiables et pouvoir être utilisables sur une durée longue. Cette recherche de confiance représente un enjeu non négligeable pour les entreprises. Celles-ci ont un rôle à jouer en la matière.

LE PRODUIT RECONDITIONNÉ, UNE CARTE À JOUER POUR LES FABRICANTS DE PRODUITS NEUFS (B)

L'on pourrait à première vue penser que le développement de ce nouveau mode de consommation pourrait constituer un «frein» pour les fabricants et commerçants de produits neufs parce qu'il ferait baisser leurs ventes et leurs bénéfices par la même occasion. Le produit reconditionné peut au contraire représenter un enjeu important pour ces acteurs qui produisent ces biens neufs.

De plus en plus d'entreprises à l'image d'Apple ou de Samsung ont fait le choix de se charger elles-mêmes de la réparation de leurs propres produits. Cela leur permet d'une part de contrôler la qualité des opérations de reconditionnement et des réparations qui sont à effectuer

mais également d'avoir accès à un autre canal de distribution : celui des produits d'occasion. Ainsi, en plus de vendre des produits neufs, l'entreprise peut vendre ses produits reconditionnés et même inviter ses consommateurs à renvoyer leurs produits contre une somme d'argent¹⁵¹. Elle pourra alors «garder la main» sur les produits vendus et en circulation mais également s'adresser à une plus large clientèle. En effet, plus économiques et plus écologiques, les produits reconditionnés représentent une part de marché importante puisque dans la catégorie des téléphones portables, ils représenteraient environ 10% des ventes dans le pays¹⁵².

En outre, le fait de vendre, recondi-

tionner puis vendre à nouveau des produits limiterait les logiques d'obsolescence programmée. En effet, le fabricant à tout intérêt à produire des biens durables, robustes, résistants, réparables facilement et de prévoir des pièces détachées compatibles sur une longue durée. Cela renforcera ainsi la confiance du consommateur et pourrait avoir un effet bénéfique sur l'image de marque de l'entreprise. La boucle serait vertueuse : les produits neufs auraient une durée de vie plus longue, une fois reconditionnés, ils pourront être pris en charge par leur fabricant puis être à nouveau utilisés pour un certain temps puis être facilement démontés pour être réutilisé ou recyclé.

¹⁴⁹ Article 27 de la loi n°2020-105 du 10 février 2020
L'usage du bien est considéré comme normal lorsque ses fonctionnalités répondent aux attentes légitimes du consommateur.

¹⁵⁰ <https://www.quechoisir.org/guide-d-achat-smartphones-reconditionnes-n54401/>, consulté le 2 janvier 2021

¹⁵¹ A l'image d'Apple qui propose un crédit d'achat en échange de la reprise d'un de ses produits, <https://www.apple.com/fr/trade-in/>, consulté le 22 janvier 2021

¹⁵² <https://www.dynamique-mag.com/article/marche-reconditionne-business-plein-essor.10888>, consulté le 22 janvier 2021





QU'EST-CE QU'UNE OBLIGATION VERTE (OU GREEN BOND) ?

Par Clémence Brisard, Margot Fourchtein, Robin Malliopoulos.

Après avoir placé au cœur de leurs investissements les impératifs économiques et la rentabilité à tout prix, entités publiques et entreprises souhaitent désormais davantage investir dans des projets plus respectueux de l'environnement.



Une des solutions proposée est celle de l'obligation verte ou green bond. Selon le Gouvernement il s'agit de l'émission d'emprunt sur le marché pour des projets en faveur de la transition écologique surtout en matière d'infrastructure¹⁵³. L'objectif est alors de concilier les contraintes environnementales tout en conservant une croissance économique évidente.

La première obligation verte apparaît en 2008 suite à l'émission de titres financiers via le service de la Trésorerie de la Banque Mondiale¹⁵⁴. Elle a ainsi pu obtenir des fonds auprès d'un large éventail d'investisseurs pour le financement climatique. Dès lors, l'obligation verte est passée d'un marché de niche à un marché de masse. Réservé aux émetteurs supranationaux, le marché de l'obligation verte n'a en effet cessé d'augmenter et connaît actuellement une très forte croissance avec 200 milliards de dollars levés depuis janvier. Ce marché qui pourrait atteindre 1 000 milliards de dollars en 2021¹⁵⁵.

Malgré l'attrait évident pour le marché financier du green bond cette notion reste encore imprécise, il paraît intéressant de se demander ce qu'est une obligation verte?

Une obligation verte est un objet financier non identifié (I) ayant un cadre juridique en construction (II).

UN OBJET FINANCIER NON IDENTIFIÉ (I)

Dans le droit français, l'obligation verte est une obligation financière standard sans nature juridique qui lui est propre (A), le seul critère qui permet de la distinguer des autres obligations est l'affectation des fonds à un projet dit «vert». Or, ce critère fait l'objet d'une appréciation très controversée (B).

¹⁵³ <https://www.ecologie.gouv.fr/obligations-vertes>, consulté le 08 janvier 2021

¹⁵⁴ <https://www.banquemonde.org/fr/news/immersive-story/2019/03/18/10-years-of-green-bonds-creating-the-blueprint-for-sustainability-across-capital-markets>, consulté le 10 janvier 2021

¹⁵⁵ G. BENOIT « Les émissions de « Green bonds » battent un nouveau record » Les Echos, 17 octobre 2019





UNE OBLIGATION FINANCIÈRE STANDARD : L'ABSENCE D'UNE NATURE JURIDIQUE PROPRE (A)

Dans un premier temps, il convient de se demander ce qu'est une obligation. Il faut pour cela se référer à l'article L213-5 du Code monétaire et financier qui définit les obligations comme *«des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale»*.



Photo de Fauxels provenant de Pexels

Ainsi, l'obligation est un titre négociable émis par la société constatant une créance contre elle-même. Le titulaire de l'obligation possède un simple droit de créance à l'encontre de l'émetteur, ici la société. C'est un moyen pour une société de se financer sans recourir à l'emprunt bancaire, on parle d'emprunt obligataire. Il s'agit d'un avantage pour l'émetteur mais également pour le titulaire. Le bénéficiaire supporte uniquement le risque d'impayé. Or, si le risque devient trop important, il peut procéder à la vente de l'obligation dans le marché secondaire. L'obligation est donc un moyen classique pour

les entreprises de se financer.

De ce fait, qu'elle est la différence entre une obligation dite classique d'une obligation dite «verte»? En vérité, en France, sur le plan purement juridique il n'existe pas de grandes différences. Les deux obligations sont soumises aux mêmes régimes juridiques sans distinction, le «Green Bond» correspondant à une émission obligataire standard relevant du droit commun. Le droit dit «dur» ne fait aucune référence à ce type d'obligation. Elles sont nées de la pratique des entreprises ayant envie de séduire de nouveaux investisseurs. En effet, l'émetteur

s'engage à user des fonds dans un projet dit «vert». Il s'agit bien ici d'une spécificité propre à ces obligations. Classiquement, les émetteurs décrivent très brièvement l'opération financée. Or ici, elles se distinguent des autres obligations sur le marché, en décrivant précisément l'utilisation des fonds à un projet durable.

Cependant, si la seule distinction s'opère grâce à l'affectation des fonds à un projet dit vert, il subsiste une grande interrogation : *Qu'est-ce qu'un projet vert ?* La définition semble très disparate en fonction des émetteurs.

LES DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION DU "PROJET VERT", CRITÈRE UNIQUE DE DIFFÉRENCIATION (B)

Les «green bonds» sont des obligations thématiques. Le débiteur s'oblige à user des fonds dans un projet vert. Dépourvu d'une définition univoque, ces obligations couvrent un éventail de pratiques très large : énergie renouvelable, efficacité énergétique, gestion des déchets, projets relatifs à la terre et la conservation de la biodiversité¹⁵⁶... Or, sur quel critère peut-on affirmer qu'un projet a une retombée positive sur l'environnement ? L'exemple le plus fréquemment utilisé est celui de l'aéroport. Des Green Bonds émis dans le but de financer un aéroport plus «durable» fonctionnant aux énergies renouvelables sont-ils vraiment verts ? Il est d'avis de rappeler que l'avion reste l'un des moyens de transport le plus polluant aujourd'hui. Qu'en est-il d'un projet d'autoroute permettant de réduire les embouteillages et ainsi la pollution de l'air ? L'enjeu de qualification du terme «Green» semble d'autant plus important sachant qu'en 2017, la Chine, un des pays les plus polluants au monde, était le pays qui émettrait le plus d'obligations vertes¹⁵⁷.

Etrangement, les obligations vertes semblent être le plus souvent utilisées par des entreprises polluantes. Elles s'affichent comme un outil de communication de la part des sociétés émettrices. L'absence de définition standardisée des Green Bonds est un avantage dont tirent parti les acteurs financiers. Ils s'en servent pour verdir leur image. Le risque du «Greenwashing» est particulièrement présent. A la vue de ce constat peu reluisant, il s'est avéré nécessaire d'établir un cadre normatif propre aux obligations vertes pour en contenir ses dérives.

¹⁵⁶ P. THOMAS, « Obligations - Nature juridique des green bonds », Revue de Droit bancaire et financier n° 6, Novembre 2015, étude 22

¹⁵⁷ Ibid.





Photo de Pixabay

UN CADRE NORMATIF EN CONSTRUCTION (II)

Le marché des Green bonds étant en développement, il est nécessaire de l'encadrer. Mais aujourd'hui, cela ne passe qu'à travers la soft law (A). L'Union européenne est néanmoins en train de travailler sur une définition standardisée pour l'ensemble des émetteurs (B).



Photo de Josh Sorenson provenant de Pexels

LA SOFT LAW, CARACTÉRISTIQUE DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'OBLIGATION VERTE (A)

En l'état actuel du droit étatique Français, l'obligation verte est soumise aux mêmes règles que l'obligation classique et notamment celle du contrôle de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) examinant la conformité du prospectus transmis au public. Le constat est que cela ne porte pas sur le fond particulier de cette obligation. Il est donc difficile de certifier aux investisseurs que les fonds seront utilisés à bon escient. Force est de constater que le cadre juridique des Green bonds est donc global, général.

Les Green bonds ne bénéficiant pas un cadre normatif spécifique, c'est la pratique qui en a forgé un. Dans cet élan sont apparues les guidelines cherchant à standardiser les obligations vertes. Le premier grand projet est la rédaction des *Green bonds principles*¹⁵⁸ comportant les grandes lignes pour caractériser une obligation verte : définition de l'utilisation des fonds, sélection et évaluation des projets, gestion de fonds pertinents et *reporting régulier*. Jusqu'à présent le marché de l'obligation verte souffrait d'un manque de transparence sur l'utilisation des fonds alloués. Le marché se structure donc au travers d'un *reporting extra-financier* en améliorant la transparence de l'information puisqu'il permet de suivre l'avancement des projets comblant ainsi ce manquement. Même si les *Green bonds principles* sont un premier pas vers une standardisation, les limites sont palpables. En effets les investisseurs se heurtent au caractère non contraignant des *Green bonds principles* basés sur le volontariat des entreprises. Par ailleurs les méthodes de reporting peuvent varier¹⁵⁹ ce qui ne contribue pas à la standardisation pour la transparence. Parallèlement, les *Climate bonds initiatives* ont émergés pour renforcer cette volonté de standardisation cherchant alors à caractériser plus précisément et par secteur d'activité les émissions d'obligations vertes. Mais les écarts dans les avancées technologiques au niveau international semblent rendre la tâche complexe et l'obtention d'un consensus peu probable.

¹⁵⁸ Créer en 2014 sur accord de quatre grandes banques énonçant les lignes directrices sur l'utilisation des fonds et la sélection du projet.

¹⁵⁹ <https://blog-materiality-reporting.com/2019/03/29/le-reporting-green-bond-est-publie-par-74-des-emetteurs-dobligations-vertes>, consulté le 08 janvier 2021



Si l'établissement d'une standardisation effective semble compromise, la France suite à la déclaration du Ministère de la transition écologique¹⁶⁰ a décidé d'agir en créant un Label¹⁶¹ permettant de certifier aux investisseurs qu'ils contribuent au financement de la transition écologique. Sans doute peut-on penser que «labelliser» est plus simple que de standardiser tout en confortant sur la qualité de l'obligation. Mais l'application de la soft law a pour conséquence de ne pas réellement sanctionner le non-respect de l'éthique de l'obligation verte. Pour certains auteurs la simple sanction serait par une dénonciation d'entacher la réputation des émetteurs¹⁶². D'autres auteurs au contraire¹⁶³ profitent de l'absence de cadre normatif pour appliquer le droit commun et considérer le détournement des fonds comme un abus de confiance voir une escroquerie tels que définis à l'article 314-1 du code pénal pour engager la responsabilité pénale de la société voir une responsabilité civile sur le fondement de l'article 1137 du code civil. Mais l'UE tend de plus en plus à standardiser les émissions de Green bonds.

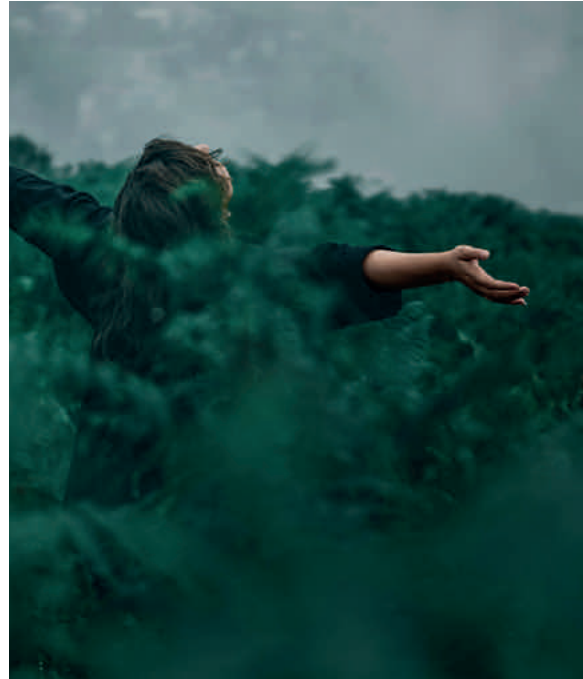


Photo de K. Qaifari provenant de Pexels

LA STRATÉGIE DU DROIT EUROPÉEN POUR UNE STANDARDISATION DE L'OBLIGATION VERTE (B)

L'Union européenne, en ce qu'elle unit des pays développés ayant massivement recours aux places boursières et inclut dans un espace commercial libre unique au monde, a initié une standardisation et une régulation de la finance verte et notamment des obligations vertes. Cela revêt un double objectif d'unification des pratiques et de verdissement durable de l'économie et se justifie par le fait que 225 milliards d'euros de green bonds ont été levés au sein de l'Union européenne, ce qui nécessite un début de régulation des pratiques.

Cela s'est traduit par la publication en 2018 par la Commission européenne de «sa stratégie pour amener le système financier à soutenir les actions de l'Union européenne en matière de climat et de développement durable»¹⁶⁴. Il ressort de cette publication¹⁶⁵ la volonté pour la Commission européenne de mettre en place un système de classification unifié des financements verts afin d'avoir une vision commune de ce qui est durable et de mettre en place des labels résultant de cette classification afin de faciliter la lisibilité de ces financements. En outre, il est prévu de mettre en place des règles incitatives et informatives pour motiver les acteurs financiers à recourir aux financements verts et informer le public pour favoriser le développement de ces financements. Enfin un groupe d'experts techniques sur le financement durable a été désigné pour fournir des recommandations dans le but d'une standardisation européenne et une campagne de consultation des principaux acteurs a été lancée en 2020. Cela a déjà permis d'établir un guide d'utilisation des obligations vertes¹⁶⁶. Une norme devrait cependant être élaborée au cours du premier trimestre 2021.

Néanmoins, ces ébauches de réglementation restent à parfaire et ont comme limite d'avoir un champ d'application circonscrit à l'Union européenne. Une législation mondiale serait donc préférable mais difficile à mettre en place.

¹⁶⁰ <https://www.ecologie.gouv.fr/obligations-vertes>, consulté le 8 janvier 2021

¹⁶¹ Décret n° 2015-1615 du 10 décembre 2015 relatif au label « Transition énergétique et écologique pour le climat »

¹⁶² G. BENOIT « Les émissions de « Green bonds » battent un nouveau record » Les Echos, 17 octobre 2019

¹⁶³ E. LE GALLOCH « La finance se met au vert : les green bonds séduisent et se précisent », LPA 28 juillet 2016, n° 11938, p. 7¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁴ Communiqué de presse du 8 mars 2018 de la Commission Européenne : Finance durable: plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_1404, consulté le 09 janvier 2021

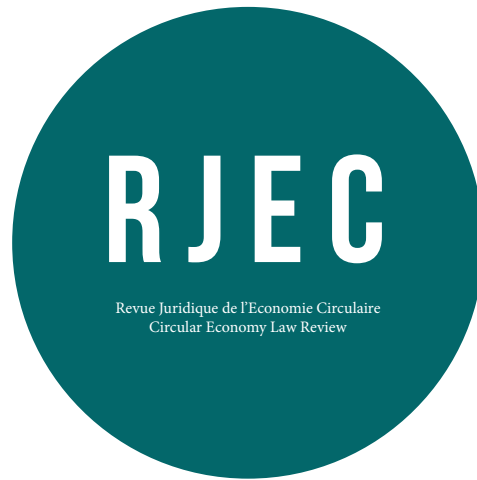
¹⁶⁵ Y. LE FUR, P. QUIRY, P. VERNIMMEN, Finance d'Entreprise, Dalloz, coll. Dalloz Gestion, 2020, p.2.

¹⁶⁶ EU Green Bond Standard https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-green-bond-standard_fr, consulté le 09 janvier 2021



Photo de Pixabay





Création Anata - 06.16.65.63.92 - www.anata-conseil.fr

Dépôt légal : 2021. Imprimé en France.

