

AJSP

Association des élèves et diplômés juristes



SciencesPo.

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES • TRIMESTIEL • N°1 • DÉCEMBRE 2009



CHERS AMIS,

Nombreux sont ceux qui estiment, à l'instar des membres de la Commission Darrois pour une grande profession du droit, que pour donner aux juristes une place plus significative dans l'économie et la société, certains fondements des règles d'organisation de la profession doivent être remis en question, à commencer par la formation.

L'Ecole de Droit de Sciences Po, qui a ouvert ses portes en septembre 2009, s'inscrit dans cette perspective. En offrant une formation orientée vers le monde professionnel et ouverte sur l'international à des étudiants issus de cursus variés, en rompant avec une méthode d'enseignement par trop magistrale, l'Ecole de droit a pour ambition de former des juristes capables d'affronter les problèmes juridiques de manière innovante, de préparer des citoyens à penser le droit comme un outil à part entière au service du bien commun.

C'est intimement convaincus par cette conception du droit que nous avons décidé de reprendre la parution de la *Revue des juristes de Sciences Po*. Trimestrielle, son ambition est double : constituer un véritable ciment de la communau-

té des juristes élèves et diplômés de Sciences Po d'une part, proposer des approches juridiques originales, pluridisciplinaires et plurinationales sur un thème d'actualité d'autre part.

Pour ce premier numéro, la problématique environnementale s'est imposée à nous. A l'heure où débute la conférence de Copenhague appelée à dessiner l'avenir climatique de la planète, le phénomène a déjà irrigué toutes les branches du droit. La complexité et la globalité de la question rendent l'outil juridique indispensable à la mise en œuvre de la volonté politique, comme en témoignent les différents articles du numéro.

Souvenons nous des quelques mots de Jean Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* : « Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».

Ce sont vos contributions qui feront la réussite de notre projet. Puisse la *Revue des juristes* devenir un lieu de rencontre pour vos imaginations !

BONNE LECTURE,



Clément Birnbaum



Romain Dethomas



Alexandre Koenig

Responsables de la Revue des Juristes de
SciencesPo

SOMMAIRE

DÉCEMBRE 2009

N° 1

EDITORIAL.....	1
ECOLE DE DROIT	
L'Ecole de Droit de Sciences Po a ouvert ses portes.....	3
Entretien avec Michel Vivant, lauréat du prix du livre Juridique 2009.....	7
Sanctions AMF : à la croisée de chemin (<i>Franck Martin Laprade, JeantetAssociés</i>).....	8
Entretien avec Jean-Michel Darrois.....	9
DOSSIER THÉMATIQUE :	
LE DROIT FACE À L'IMPÉRATIF ENVIRONNEMENTAL	
Présentation par Gilles Martin, professeur à l'université de Sofia Antipolis.....	17
L'achat public vert (<i>Nicolas Garderes, Adamas</i>).....	19
Passif environnemental et garantie de passif (<i>Benoit Marpeau, Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral</i>).....	23
La titrisation des quotas d'émission de gaz à effet de serre (<i>Anselme Mialon, JeantetAssociés</i>).....	27
La République tchèque au cœur de deux révolutions (<i>Alexandre Koenig</i>).....	35
L'ARRÊT DU NUMÉRO	
Vers un "big bang" pour les hébergeurs internet ? (<i>Daniel Kadar, Reed Smith</i>).....	45
CONFÉRENCES DE L'AJSP	
Les atouts des offres publiques négociées en période de crise financière (<i>Arnaud Berdou</i>).....	47
La prochaine conférence de l'AJSP : faut-il supprimer le juge d'instruction ? (<i>Arthur Millerand</i>).....	49

L'Ecole de droit de Sciences Po a ouvert ses portes

L'Ecole de droit a officiellement ouvert ses portes le 30 septembre dernier lors d'une conférence de presse réunissant Richard Descoings, Jean-Michel Darrois et Christophe Jamin. Afin d'en savoir plus sur cette Ecole et les changements qu'elle augure dans l'enseignement du droit à Sciences Po, nous avons assisté à la conférence de presse puis nous nous sommes entretenus avec le professeur Jamin (dont les propos sont repris dans les encadrés), directeur de cette Ecole qui accueille déjà 280 étudiants.

Une tradition de l'enseignement du droit à Sciences Po

L'Ecole de droit ne s'est pas créée *ex nihilo* mais s'inscrit, au contraire, dans une longue tradition d'enseignement du droit. Ainsi, le droit public est depuis 1945 un élément fondamental de la formation dispensée à Sciences Po à laquelle sont venus se greffer le droit constitutionnel et le droit communautaire dans les années 1980.

Deux masters proprement juridiques ont ensuite été créés depuis le passage de l'école à 5 ans : le master « carrières juridiques et judiciaires » a pris la suite de la formation préparatoire au concours d'entrée à l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM) et le master « droit économique » a créé une formation plus proche sinon du droit des affaires du moins d'un droit économique vers lequel de nombreux anciens étudiants, qui complétaient leur formation à Sciences Po par une formation à la faculté de droit (et vice-versa), s'étaient déjà destinés.

Le véritable tournant a eu lieu lorsque, en mars 2007, faisant se lever un vent de protestation dans les facultés de droit, un arrêté ministériel a autorisé les diplômés de Sciences Po titulaires des deux masters précités à présenter l'examen d'entrée aux écoles de formation du barreau. Cet arrêté s'est suivi d'une réflexion sur la place que devait avoir le droit à Sciences Po et la façon l'école pouvait former intégralement un juriste de qualité.

La rencontre de préoccupations générales à Sciences Po et particulières aux juristes

« *L'Ecole de droit est la rencontre des préoccupations de Richard Descoings qui veut faire évoluer Sciences Po de manière générale en distinguant le bachelor des écoles et en transformant une série de masters en écoles et de la préoccupation propre aux juristes au sens où l'arrêté du 21 mars 2007 nous a incité à réfléchir à nouveau à nos maquettes* » nous explique le professeur Jamin.

L'avantage comparatif du juriste formé au sein de l'Ecole de droit ?

« Le juriste doit être quelqu'un qui résolve les problèmes, facilite le travail des autres. Pour cela il doit être créatif et inventif, savoir très vite s'attaquer à des cas concrets avec des outils conceptuels suffisamment sophistiqués pour aborder des questions inédites.

J'espère et pense que l'Ecole de droit formera ces juristes facilitateurs, capables de se « décentrer », de se projeter dans différentes langues et différentes cultures, de penser « out of the box ».

Par ailleurs, Jean Monet écrit dans ses mémoires qu'il est frappé par le fait qu'aux Etats-Unis, un grand lawyer est aussi un grand citoyen. Je serais heureux qu'on arrive aussi à cela. »

Une commission réunissant professionnels et universitaires français et internationaux réputés, présidée par Me Jean-Michel Darrois, a alors été chargée d'expertiser le projet d'Ecole de droit et de formuler des propositions concrètes en vue de sa réalisation.

A en croire le professeur, « Il y a eu un grand enthousiasme et de vrais débats. Les membres de la commission ont fait progresser notre réflexion sur de nombreux points et ont été capables de nous poser des bornes lorsque nous devenions trop utopistes ».

Adoptée par le Conseil de direction le 22 juin dernier, l'idée d'une Ecole de droit à Sciences Po s'est donc officiellement matérialisée le 30 septembre.

Un projet pédagogique et scientifique

S'il ne fait nul doute que la création de cette Ecole de droit est en partie guidée par des impératifs de visibilité, notamment vis-à-vis des partenaires étrangers pour qui ce concept est plus parlant que celui de masters juridiques spécifiques, il s'agit avant tout selon le professeur, d'un « *projet pédagogique et scientifique* ».

Ainsi Sciences Po veut mettre en place une formation construite pour des étudiants polyvalents issus de cursus variés qui rejoindront l'Ecole de droit en second cycle. Il s'agit ensuite d'axer la première an-

née au sein de cette école sur les « fondamentaux », dont la définition a été l'objet d'un grand débat au sein de la Commission.

L'internationalisation du droit à Sciences Po

« Les liens sont déjà très développés à l'international : un double diplôme avec Columbia, des échanges avec McGill et l'Universidade Sao Paulo, et une spécialisation en Droit et globalisation économique où les élèves poursuivent leur cursus avec plusieurs étudiants des meilleures law schools américaines.

Nous cherchons à développer plus encore les liens que l'Ecole de Droit entretient avec McGill et l'USP, et discutons aussi actuellement avec des universités en Allemagne et au Japon, ainsi que d'autres law schools américaines. L'idée est de ne pas se limiter aux liens avec les universités américaines et européennes : à une époque de globalisation, il apparaît en effet essentiel que les étudiants puissent se départir d'une vision purement occidentale du droit. Sciences Po peut devenir un lieu de croisement et de rencontre de savoirs sur le droit qui ne sont pas uniquement des savoirs du monde occidental. »

Selon Jean-Michel Darrois, sont des fondamentaux à la fois la compréhension de la « valeur du droit en démocratie » et la maîtrise de « disciplines fondamentales tel le droit des obligations et le droit public ». La deuxième année est quant à elle une année de spécialisation.



De manière générale enfin, l'idée est de ne pas conserver la dichotomie Cours Magistraux/Conférence de méthode mais d'avoir des cours séminaires en petit nombre (40 élèves au plus) qui requièrent une préparation et une participation importantes des étudiants.

Il s'agit de confier les cours séminaires des enseignements fondamentaux aux professeurs titulaires de l'Ecole de droit (au nombre de dix pour l'instant) et, à côté, d'avoir des cours donnés par des praticiens qui apprennent aux étudiants à trouver des solutions pratiques et originales aux questions auxquelles ils seront confrontés dans le monde professionnel. Ce projet pédagogique fait immédiatement penser à celui des *law schools* américaines, du moins structurellement.

Des changements concrets

Il ne faut toutefois pas tomber dans le sensationnalisme et prôner que l'enseignement du droit a Sciences Po est révolutionné avec ce lancement de l'Ecole. En effet, une partie du projet pédagogique susmentionné était déjà en application au sein des masters juridiques, lesquels masters sont d'ailleurs conservés au sein de l'Ecole. Quelques changements importants sont toutefois à noter :

- une plus grande mutualisation des cours entre les masters droit économique et carrière juridique et judiciaire, notamment concernant les matières « fondamentales » ;

- la possibilité de suivre la majorité des cours en anglais ou en français et de nombreux cours selon une optique de *Common Law*. « Il s'agit d'un choix à la carte et les élèves pourront choisir de prendre tous les cours en français et en droit français s'ils le souhaitent » explique le professeur Jamin se défendant des critiques qui estiment que l'internationalisation du droit enseigné se fait au préjudice de l'enseignement du droit national ;

La concurrence que beaucoup annoncent d'ores et déjà très rude entre Sciences Po et les facultés de droit, et plus particulièrement avec l'Université Panthéon-Assas de Paris II

« Il y aura inévitablement une certaine concurrence sur le marché du travail. Toutefois je pense que Sciences Po a une politique de niche, ce qui le différencie des universités et limite considérablement cette concurrence présumée. Par ailleurs, nous entretenons des liens tout à fait excellents avec plusieurs universités dont Paris I et l'Université Robert Schuman à Strasbourg. Le souci global principal de l'Ecole doit être de faire bouger les lignes, spécialement dans le domaine pédagogique. Si Sciences Po peut être un vecteur de ce changement et contribuer à la réflexion commune sur l'enseignement du droit, tant mieux. »

- une incitation à une année de césure entre le M1 et le M2, au cours de laquelle les élèves seraient amenés à faire deux longs stages en cabinet, en entreprise ou au sein de diverses institutions et juridictions. L'Ecole de droit aidant les élèves choisissant de faire cette année de césure dans leur recherche de stage. « C'est une idée qui a été très appuyée par les professionnels au sein de la Commission » pour lesquels, selon le professeur, c'est également la meilleure façon de profiter au maximum de l'année de spécialisation ;

- le lancement d'un programme de recherche en partenariat avec un nombre de nombreuses universités du monde entier tenant de l'idée qu'une Ecole de droit ne peut exister sans une communauté scientifique vivante et insérée dans les réseaux académiques d'excellence.

Et maintenant ?

Une sélection à l'entrée de l'Ecole pour les étudiants issus du premier cycle de Sciences Po ? Des passerelles pour permettre aux étudiants d'Affaires Publiques souhaitant passer le barreau de rejoindre l'Ecole ? La création du Master of Comparative Law évoqué par la Commission Darrois ? De nouveaux partenariats prestigieux ?

Certaines de nos questions sont encore sans réponse définitive, fortement considérées (les partenariats, les passerelles pour les étudiants d'AP) ou pour l'instant mises

de côté (le Master of Comparative Law), elles sont la preuve que certains contours de l'Ecole de Droit sont encore à définir... ...en fonction de la compétition avec les grandes facultés ? La guerre du droit n'aura pas lieu expliquent à l'unisson Richard Descoings et Christophe Jamin (cf encadré précédent).

L'école de droit dans 10 ans

« Dans dix ans, j'imagine l'Ecole comme un lieu de rencontres, de débats et de réflexion entre des juristes venant d'horizons très divers. J'imagine la rencontre des savoirs différents, de doctrines et de pratiques, de France et de l'étranger, un lieu pluriculturel que j'espère parfaitement inséré dans la communauté internationale. Je l'imagine enfin comme un lieu où l'on saura réintroduire le droit dans les sciences politiques et sociales. »

Pourtant, à voir le dossier spécial de l'Etudiant (« Sciences Po / Assas : le match ») ou les propos récents d'Hervé Croze, professeur à la faculté Lyon III, qui visiblement peu au fait de ce qu'est l'enseignement du droit à Sciences Po considère que « c'est une curieuse idée de soutenir que pour parvenir à améliorer la formation en droit, le meilleur moyen est de ne pas en faire », on peut se demander si elle n'a pas déjà commencé. ■

Romain Dethomas

MICHEL VIVANT

“Il faut replacer le droit d’auteur dans les catégories générales du droit”



Michel Vivant, et son collègue Jean-Michel Bruguière, se sont vus décerner le 17 octobre 2009 le premier « Prix du livre juridique » pour leur ouvrage *Droit d’auteur* publié chez Dalloz. Monsieur Vivant est professeur à Sciences Po où il est responsable de la filière Propriété intellectuelle du Master de Droit économique. C’est à la sortie de l’un de ses cours que nous sommes allés le féliciter et l’interroger sur sa vision du droit d’auteur.

Quelle est selon vous la particularité, l’originalité de votre travail qui lui a valu d’être récompensé ?

Nous nous sommes efforcés de ne pas reproduire les schémas reçus, d’avoir une lecture critique au bon sens du terme : voilà pour l’approche méthodologique d’ensemble. Dans le prolongement de cette approche, nous avons insisté sur le fait que le droit tel que nous le connaissons aujourd’hui a une forte dimension économique et de contrôle des marchés. Alors plutôt que de rêver un droit d’auteur qui n’est plus celui que l’on vit aujourd’hui, il faut l’appréhender tel qu’il est et non pas comme un droit fantasmé. Ce qui ne veut pas dire, bien sûr, qu’il n’y ait pas de jugements de valeurs ou d’appréciation. Troisièmement, nous sommes le seul ouvrage par exemple à aborder des formules comme les *creative commons* (la création collaborative en ligne) ou à poser des questions sur le fait, c’est mon avis et on peut avoir une autre lecture, qu’en matière de droit d’auteur on a une liberté de construction contractuelle comme en d’autres domaines. On ne trouve pas de tels éléments dans les autres manuels.

Est-ce qu’on peut considérer que le principal apport pour les étudiants et les praticiens c’est cette vision différente, cette richesse que d’autres professeurs n’ont pas ?

Oui, c’est vrai, mais ce n’est pas parce que j’ai la grosse tête que je le dis. (Sourire). Un autre apport intéressant, et en ce sens Pierre-Yves Gau-

tier avait déjà montré la voie, c’est replacer le droit d’auteur dans les catégories générales du droit. Par exemple, ne pas le considérer comme un îlot isolé du reste mais le resituer dans l’ensemble. Je suis fondamentalement persuadé que le droit civil peut apporter beaucoup pour résoudre des problèmes de droit d’auteur et vice-versa. Quand on est en présence d’une question qui n’est pas réglée par l’article x du Code, où va-t-on chercher ? Si on replace le droit d’auteur dans son contexte général, on peut trouver des éléments de réponse ailleurs. Si on résume, il faut prendre en compte la réalité du phénomène social et puis le replacer dans une vision globale et cohérente.

Enfin, pouvez-vous nous donner votre avis sur l’Ecole de droit lancée au début de l’année ?

Je pense que cette création est une très bonne chose. Un point sur lequel j’ai beaucoup insisté c’est que l’Ecole de droit de Sciences Po doit se caractériser par une spécificité. Autrement dit, il ne s’agit pas de refaire à Sciences Po ce qui se fait à Paris-1 ou à Paris-2. Si on essaie de faire les choses différemment, dans une autre optique, alors nous aurons réussi notre pari. C’est là dessus qu’il faut jouer et c’est ce que j’essaie de faire dans mon M2 de Propriété Intellectuelle. Je crois que qu’une perspective moins technique et plus globale comme on peut l’enseigner à Sciences Po pourra servir le juriste dans son activité.

Propos recueillis par Clément Birnbaum & Arthur Millerand

FRANK MARTIN LAPRADE (SP 92)

*Sanctions AMF :
à la croisée des chemins*Docteur en Droit
Avocat à la Cour
JeantetAssociés

Au commencement était la Commission des Opérations de Bourse (COB) : créée en 1967, elle ne fut dotée d'un pouvoir de sanction qu'en 1989, en réponse au scandale des délits d'initiés ayant éclaboussé les plus hautes sphères de l'Etat dans l'affaire Pechiney. A cette époque, s'agissant du quantum des sanctions susceptibles d'être prononcées par l'autorité administrative, le législateur n'a pas été chercher très loin puisqu'il s'est contenté de paraphraser le texte pénal (article L. 465-1 du code monétaire et financier) : l'amende pouvait éventuellement dépasser le montant forfaitaire de 10 millions de francs pour aller jusqu'au décuple des profits réalisés.

Quinze ans plus tard, la COB cède la place à l'Autorité des Marchés Financiers et la monnaie nationale est entre-temps devenue européenne. Mais le changement ne s'arrête pas là : au terme d'une modification sémantique visant à alléger la rédaction de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier – avec d'importantes conséquences au niveau grammatical qui sont largement passées inaperçues – le montant des sanctions est désormais soumis à un double plafond : (i) le montant forfaitaire qui est passé à 1,5 millions d'euros par application du taux de conversion officiel et (ii) le décuple des profits éventuellement réalisés.

Paradoxe à l'heure où le président de l'AMF n'a eu de cesse de réclamer une augmenta-

tion des sanctions administratives encourues en cas d'abus de marché (il a eu gain de cause l'année dernière puisque le montant forfaitaire a été porté à 10 millions d'euros, mais il n'est pas certain qu'il faille y voir autre chose que le reflet des effets inflationnistes du passage à l'euro) : en cas de « petits » profits (inférieurs au million d'euros), l'amende devrait théoriquement être limitée à leur décuple, sans pouvoir atteindre le montant forfaitaire dont la revalorisation par la loi du 4 août 2008 aura par conséquent été inutile !

Au-delà des interrogations que suscite cette maladresse législative (faut-il vraiment en déduire que l'amende est égale à zéro en l'absence de profit, ce qui est pratiquement toujours le cas lorsque l'émetteur diffuse de fausses informations, sachant qu'une indexation sur son chiffre d'affaires serait autrement plus dissuasive ?), c'est aussi l'occasion de relancer le débat sur la finalité des sanctions prononcées par le régulateur : s'agit-il simplement de dupliquer l'approche répressive du juge pénal (au risque de se voir reprocher le cumul de peines dénoncé par le rapport Coulon), alors qu'on pourrait tenter d'améliorer l'indemnisation des victimes en facilitant la recherche de solutions transactionnelles ?

JEAN-MICHEL DARROIS

“Une des choses que j’ai apprises à Sciences Po, c’est que je n’étais pas fait pour la politique !”



Depuis plus de vingt ans, Jean-Michel Darrois, “l’avocat le plus puissant de France” selon *Le Point*, est de toutes les grandes affaires de fusions/acquisitions françaises. C’est à lui que se sont adressés respectivement Nicolas Sarkozy et Richard Descoings pour diriger la Commission pour une grande profession du droit et celle pour la création de l’Ecole de droit de Sciences Po. C’est au siège de son cabinet, avenue Victor-Hugo, qu’il nous a chaleureusement reçus pour évoquer ses années à Sciences Po, son parcours ainsi que le travail de ces deux commissions.

Quelle est la place qu’a eu Sciences Po dans votre parcours, que pensez vous que cette école vous a apporté ?

Sciences Po a eu une place assez importante. A l’époque je faisais du droit et ayant eu une mention, j’avais pu rentrer directement en Affaires Publiques du temps où les études y duraient trois ans. J’ai d’abord pensé pouvoir me la couler douce mais me suis vite rendu compte avec les examens blancs auxquels j’ai obtenu des résultats absolument lamentables qu’il fallait que je me ressaisisse.

Les cours à la fac de droit étaient uniquement sur polycopiés, on pouvait y suivre à la virgule près ce que disait le professeur, qui répétait exactement les mêmes astuces au même moment chaque année, tout cela n’était donc pas très prenant d’autant que les conférences n’étaient pas très organisées. Sciences Po, à côté, m’a permis de compléter une culture générale qui était sans doute insuffisante, notamment en économie et sur le fonctionnement de l’Etat, et m’a donné une méthode de travail qu’on ne donnait pas du tout à la faculté, ce qui s’est révélé très utile. J’ai aussi eu la chance de m’y faire beaucoup d’amis car les rapports y étaient plus proches que dans les amphithéâtres de fac. Enfin, j’ai eu des chargés de conférences tout à fait remarquables.

Vous avez essayé de passer le concours de l’Ecole Nationale d’Administration, le droit n’était donc pas une vocation pour vous ?

Non, ça n’était pas une vocation. Mes parents souhaitaient que je sois haut fonctionnaire car ils y voyaient une tranquillité pour leur fils et j’ai donc passé le concours de l’ENA. J’étais admissible puis ai été collé à l’oral. C’est peut-être un prétexte pour expliquer mon échec mais un épisode en particulier m’a enlevé beaucoup de motivation. Au cours de l’épreuve de natation, dirigée par un fonctionnaire en maillot de bain, il fallait nager un 50 m. Après que je sois passé et alors que j’étais au bord de la piscine, un candidat a sauté à l’eau pendant que j’étais au bord de la piscine et constatant qu’il se noyait, j’ai sauté à mon tour ; le fonctionnaire a alors crié: « lâchez le sinon il aura zéro ». Je m’étais dit que me confronter toute ma vie avec des gars qui sans savoir nager se jettent à l’eau pour grappiller un centième de point et être sous les ordres d’un type qui laisse quelqu’un se noyer pour une raison de règlement n’était pas très enthousiasmant.

Longtemps après vous êtes revenu à Sciences Po en tant qu’enseignant et en vous investissant dans le projet de l’école de droit, pourquoi ce choix ?

Lorsque Marie-Anne Frison Roche m’a pro-

posé d'enseigner, j'avais perdu contact avec Sciences Po, mais en avais gardé un très beau souvenir. L'opportunité s'est présentée à une époque où j'avais envie de faire autre chose : enseigner, voir des étudiants et essayer de leur apprendre ce que moi-même j'avais appris m'est apparu comme quelque chose d'enrichissant et je n'ai donc pas hésité.

L'Ecole de droit est une idée qui est venue de Richard Descoings et Christophe Jamin. J'ai pensé qu'en effet Sciences Po était bien placée pour créer une Ecole de droit en raison des moyens importants à disposition et de la bonne formation à cette matière des élèves. On a eu quelques stagiaires issus de Sciences Po et on a constaté que s'il leur manquait souvent certains fondamentaux juridiques, ils étaient particulièrement aptes à vite comprendre ce qu'on attend d'un jeune avocat. La faculté a de nombreuses qualités mais en comparant l'enseignement de droit qui y est dispensé avec ce qui se fait à l'étranger, on se dit qu'il doit être possible d'enseigner le droit différemment et de manière plus efficace. L'école de droit m'est apparue comme une bonne idée, et j'ai consulté un certain nombre de personnes, surtout d'anciens Sciences Po, qui ont tous trouvé l'idée formidable.

On ne peut s'empêcher d'opérer un parallèle entre les deux Commissions que vous avez

présidées, celle visant à réfléchir sur la création d'une école de droit à Sciences po et bien évidemment, celle concernant la grande profession du droit. Nous avons notamment trouvé que certaines recommandations de la deuxième sur la formation (une plus grande place faite aux matières non juridiques, un développement de l'accueil d'étudiants étrangers, le renforcement de la mobilité des étrangers français ainsi qu'une formation commune aux avocat et aux magistrats) se rapprochaient de la forme que prend l'Ecole de droit. Voyez-vous dans celle-ci un « laboratoire » pour les recommandations formulées ?

Oui, si Sciences Po n'est pas amené à traiter des masses considérables d'étudiants, c'est en effet un bon « laboratoire ». Du fait des capacités pédagogiques et financières de Sciences Po, ces expériences y sont plus faciles à mener qu'à la faculté. Ça peut être un laboratoire extrêmement utile d'abord pour les élèves qui ont le privilège d'y suivre leur scolarité et puis éventuellement pour les facultés qui peut-être s'inspireront de ces expériences lorsqu'elles constateront que les élèves qui sortent de cette Ecole de droit ont des qualités qui ne sont pas communément réparties chez les étudiants de droit. Peut être cela pourra inspirer les facs à suivre non seulement les programmes mais essayer de se rapprocher des méthodes pédagogiques.



Toujours concernant la Commission pour une grande profession du droit et sans vouloir vous poser les nombreuses questions auxquelles vous avez déjà répondu plusieurs fois : quelle est selon vous la proposition faite par la Commission qui est la plus fondamentale ?

Nous nous sommes posés la question avec les autres membres de la Commission et c'est la formation qui est ressortie comme la réforme la plus fondamentale. C'est difficile à mettre en place mais j'espère qu'on y arrivera. Le Président de la République et le Ministre de la Justice s'y sont déclarés favorables.

Les avocats, les magistrats, les universitaires peuvent soulever des objections mais il nous est apparu que si on voulait une vraie communauté de juristes en France qui soit à la fois puissante, influente et garante d'une vraie sécurité juridique, il fallait une formation commune.

Cela nous est apparu lorsque le directeur de l'Ecole Nationale de Magistrature nous a expliqué la formation, avant tout pratique qui y était dispensée. Je me suis rendu compte que, pour les avocats, cela serait un enrichissement formidable que de savoir comment rédiger un réquisitoire ou une ordonnance de renvoi, organiser et contrôler une enquête policière, procéder à des interrogatoires de témoins.

Quant aux juges, si les juges français sont d'une excellente qualité, ils souffrent d'un certain isolement. Alors qu'ils sont là pour réguler la société, il peut arriver qu'ils aient à réguler des matières ou des comportements qu'ils ne connaissent pas. Travailler au cours leurs études avec des gens qui se destinent à d'autres professions juridiques leur permettrait d'améliorer la qualité de leur travail en élargissant un peu leur périmètre de réflexion et d'activité.

Cette réflexion vous amène-t-elle également à penser qu'il serait souhaitable que se répandent les cas, encore peu nombreux et assez mal vus, de magistrats qui embrassent par la suite la profession d'avocats ?

C'est un autre problème. Après la formation initiale, ces différentes professions s'exercent parallèlement, souvent en affrontement. Les relations entre magistrats et avocats sont particulièrement mauvaises en France, ce qui constitue un inconvénient car ça engendre une méfiance réciproque sans laquelle on peut penser que la justice serait mieux rendue. On voit également que dans les pays où les juristes ont une influence significative sur la société et l'économique, les professions d'avocat et magistrat sont plus fluides entre elles qu'elles ne le sont en France.

Les avocats qui quittent la magistrature pour aller dans des entreprises ou des cabinets d'avocats ne sont en effet généralement pas très bien vus de leurs anciens confrères et, surtout, ils ne retournent que très rarement par la suite dans la magistrature notamment parce qu'un juge qui quitte la magistrature se retrouve à son retour exactement au même niveau hiérarchique que lorsqu'il a quitté la profession. Il faudrait essayer de remédier à tout cela car ce type de retour serait souhaitable.

Vous souhaitez donc plutôt une fluidité plus anglo-saxonne entre les professions du droit ?

Evidemment cette fluidité est, pour des raisons structurelles qu'on essaye d'analyser dans le rapport, liée au système de Common Law.

Mais il est intéressant de constater que dans un pays de tradition civiliste comme en Allemagne, les juristes sont formés ensemble et font leur choix par la suite mais également organisent chaque année une grande cérémonie commune... On y trouve vraiment l'idée d'une communauté de juriste qui n'existe pas chez nous où domine le conflit. On ne peut évidemment pas tout changer à coups de baguette magique mais il faut essayer d'ouvrir des portes qui permettront à terme l'existence d'une vraie communauté de juristes en France.

Pensez-vous que nous sommes à un nouveau tournant dans la profession de juriste en France ?

Je pense qu'il y a très longtemps que les choses n'ont pas ou très peu bougé. Il y a par exemple le même nombre de notaires depuis des dizaines d'années. La profession d'avocat a tenté d'évoluer en fusionnant avec les conseils juridiques, mesure qui visait à faire sortir l'avocat du périmètre exclusif du procès. Mais ces mesures n'ont pas très bien marché et l'avocat est toujours vu comme l'homme du procès. Très peu d'avocats exercent des activités de conseil, notamment auprès des PME qui font toujours recours aux services des experts-comptables. Il faut assurément faire évoluer cette situation.

L'impression que nous avons eu avec mes collègues de la commission c'est qu'il y avait une fenêtre ouverte : de par la volonté du président de la République, de par le fait qu'il y avait eu beaucoup de mouvement quand il s'était agi de confier aux notaires la possibilité de régler des divorces par consentement mutuel, etc.. Si les professions ne s'organisent pas entre elles pour se moderniser, travailler davantage ensemble, cette fenêtre va se refermer et il est à craindre que dans cinquante ans nous soyons toujours dans la même situation. Je ne sais pas si les propositions que nous avons faites seront



retenues, mais il y a là un espace pour faire quelque chose. C'est au Parlement de prendre des décisions, mais si les Parlementaires ne constatent pas que les professions souhaitent évoluer et abandonner un certains nombres de revendications et de postures anciennes, alors ils baisseront les bras et rien ne sera fait.

Le fait que la profession d'avocat s'inscrit aujourd'hui dans un contexte de plus en plus globalisé ne fait-il pas craindre que si les évolutions ne se font pas spontanément, elles seront forcées par le marché ?

Oui, en effet. La mondialisation a apporté la concurrence des avocats étrangers notamment des anglo-saxons. Il est certain que si les avocats français n'évoluent pas, un jour ou l'autre ils vont perdre encore plus de parts de marché en France.

Dès lors, faut-il essayer de ressembler à ces cabinets anglo-saxons ou au contraire, garder une forme d'exception française que votre cabinet représente ?

Toutes ces questions d'organisations jurid-

iques ont leurs racines loin dans le temps. Il est important de comprendre où elles trouvent leur origine. Nous avons constaté que notre système juridique, les particularités de notre société, faisaient que ces professions étaient organisées d'une certaine manière, qu'une certaine culture leur était attachée. Ce que nous avons essayé de recommander c'est que sans abandonner cette culture, elles évoluent pour faire face à la mondialisation.

On parlait d'un possible tournant dans la profession d'avocat. Beaucoup jugent que vous avez construit votre succès étant un des premiers à comprendre la grande évolution de la profession vers le métier d'avocat d'affaire. Pouvez vous nous parler de vos débuts d'avocat d'affaire, de votre première OPA...

Après mon échec à l'ENA, un ami de mes parents, un avocat très brillant, me déconseilla de représenter le concours et m'invita à venir travailler dans son cabinet. Son cabinet était spécialisé dans le contentieux fiscal et le contentieux des affaires. Après m'être fâché avec cet avocat, je me suis installé, seul et sans clients. Un de mes anciens clients me devait 2500

francs : je me suis donc installé avec cette petite somme dans l'appartement de ma mère. Au début, j'ai fait un peu de tout : des divorces, du pénal, ce qui me tombait sous la main. Petit à petit j'ai commencé à me spécialiser en fiscalité. La chance a alors joué un rôle non négligeable. Un de mes amis, Alain Minc, m'a permis de devenir l'avocat d'un homme d'affaires italien qui s'appelait Carlo de Benedetti.

Ce dernier s'est lancé à l'attaque de la Société générale de Belgique : la plus grande société belge de l'époque. Je suis donc allé vivre à Bruxelles pendant quelques mois et j'ai vu, aux contacts d'avocats américains et belges, comment se passait une OPA. Le hasard a voulu que des amis à moi travaillaient chez Suez pendant la négociation avec Carlo de Benedetti. Suez m'a ensuite demandé de venir les aider sur l'OPA qu'elle lançait sur une compagnie d'assurances.

En même temps l'un de mes associés à Paris s'occupait d'une autre OPA... C'a été le coup de bol ! Cette première expérience m'a donné la conviction que pour être un bon avocat d'affaires il fallait certes être dans les af-

fares mais qu'il fallait rester avocat, ce qui n'est pas une idée communément admise dans beaucoup de cabinets anglo-saxons.

Comment voyez-vous votre futur ? Envisagez-vous pourquoi pas de boucler la boucle avec vos années de SciencesPo et de prendre un poste un jour plus politique ?

Une des choses que j'ai apprises à Sciences Po c'est que je n'étais pas fait pour la politique ! On avait créé un club avec des amis – de tendance gaulliste de gauche – en 1968. L'un de mes camarades, aujourd'hui devenu avocat, me croise en péniche – quelques mois avant les émeutes étudiantes – et me dit : « Ecoute, je crois qu'on devrait organiser un colloque sur les problèmes de l'université. ». Je me souviens très bien de ma réponse : « L'Université, penses-tu, tout le monde s'en fous ! ». Je me suis dit rétrospectivement que je n'avais pas beaucoup d'intuition en la matière et qu'il valait mieux pour moi ne pas faire de politique.

Et puis c'est un métier, il faut être prêt à prendre des coups. Certains y sont prêts, d'autres pas. Mon métier d'avocat m'intéresse



toujours beaucoup mais il est vrai que me tourner vers des activités relevant de l'intérêt général est une attraction. Encore faut-il trouver l'occasion. J'étais ainsi très heureux de présider cette commission sur l'avenir des professions du droit, ça donne un peu d'air.

Mais il y a quelque chose qu'il faut éviter : ne pas se rendre compte qu'on est plus dans le coup. J'ai toujours demandé à mes associés et à mes collaborateurs de me dire s'ils ont l'impression que je devenais trop gâteux. J'ai connu de grands avocats d'affaires qui pensent que l'expérience peut remplacer le travail et la recherche : ils se trompent. Je ne veux pas que ça m'arrive.

En guise de conclusion, pouvez vous nous donner un souvenir, une anecdote de votre passage à Sciences Po ?

A l'époque je faisais de la boxe. J'ai même été qualifié pour les finales des championnats de boxe universitaires. Souvent on s'affrontait

avec Patrick Devedjian, qui n'était pas gaulliste de gauche à l'époque. Un autre gars, Mayarakis était le chef de l'extrême droite à Sciences Po : un grand costaud. Je me souviens qu'un jour il s'est réveillé sous la douche : ça reste mon plus grand titre de gloire.

**Propos recueillis par Romain Dethomas
& Clément Birnbaum**

DOSSIER THÉMATIQUE :
LE DROIT FACE À L'IMPÉRATIF
ENVIRONNEMENTAL

Présentation par Gilles Martin,
Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

L'achat public vert (*Nicolas Garderes, Adamas*)

Passif environnemental et garantie de passif
(*Benoit Marpeau, Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral*)

La titrisation des quotas d'émission de gaz
à effet de serre (*Anselme Mialon, JeantetAssociés*)

La République tchèque au coeur
de deux révolutions (*Alexandre Koenig*)

Présentation du dossier thématique



Professeur à la Faculté de Droit de
l'Université de Nice-Sophia Antipolis
Chargé d'enseignement à Sciences-Po
Avocat au Barreau de Nice

Le droit de l'environnement s'est d'abord construit, dans un assez grand désordre, comme un très classique droit de police administrative. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, et si l'on excepte quelques institutions emblématiques telles que l'étude d'impact, ce droit de l'environnement « première manière » ne brillait ni par l'originalité de ses concepts, ni par la nouveauté des techniques qu'il tentait de mettre en œuvre. Il faut attendre la fin des années 80 pour assister à une mutation profonde de ce droit, sous l'influence déterminante des droits international et communautaire. A vrai dire, la mutation est double et s'accélère à partir des années 2000.

D'une part, le droit de l'environnement s'organise, tant sur le plan formel – avec la codification –, que sur le plan substantiel, autour de grands principes directeurs qui, pour certains, ont même acquis une consécration constitutionnelle avec l'adoption de la Charte de l'environnement. Ce premier tournant est fondamental en ce qu'il permet à la matière de se structurer autour de quelques piliers qui sont autant de repères pour l'interprétation et de leviers pour l'action. D'autre part, le droit de l'environnement

s'enrichit d'une nouvelle approche, en faisant une place de plus en plus large aux instruments économiques et financiers ainsi qu'aux instruments de marché. Sur le terrain strictement juridique, cette orientation se traduit par la pénétration du droit de l'environnement au sein du droit des sociétés (que l'on songe, par exemple, aux obligations d'information des investisseurs qui pèsent aujourd'hui sur les sociétés cotées et sans doute demain sur toutes les sociétés d'une certaine importance), par la reconnaissance de biens nouveaux et l'organisation juridique de marchés les concernant (c'est ici au marché des quotas de gaz à effet de serre qu'il est fait référence, mais aussi à la réflexion en cours sur la création « d'unités de biodiversité », sortes de titres abstraits permettant à des aménageurs, voire à des responsables de dommages, de compenser les atteintes causées à l'environnement du fait de leurs activités) ; elle se traduit encore par la promotion et l'adaptation d'outils juridiques familiers au juriste de droit des affaires et destinés ici à traduire ou à encadrer certaines démarches volontaires des opérateurs (contrats, normalisation, certification, etc.). L'inventaire est loin d'être clos, tant la « régulation environnementale » ouvre le champ des possibles.

Au droit de police de l'environnement, s'est donc peu à peu superposé un droit économique de l'environnement. Il s'agit bien d'une superposition et non d'une substitution. Parfois même, les deux « couches » se mêlent donnant naissance à de curieux hybrides : ainsi par exemple, la responsabilité environnementale mise en place par la Directive 2004/35/CE, née de l'idée qu'il faut contraindre les entreprises à internaliser leurs coûts externes, a finalement pris la forme d'une police administrative... empruntant néanmoins certains de ses concepts au droit de la responsabilité civile !

Le droit « traditionnel » de l'environnement demeure donc et son rôle ne doit certainement pas être négligé, mais le sentiment domine que les questions les plus nouvelles se posent aujourd'hui dans un champ extérieur à cette tradition, un champ où se croisent et s'interpénètrent des univers juridiques très différents, relevant tantôt du droit administratif le plus classique et tantôt du droit des affaires le plus innovant.

Au-delà du constat, l'enjeu est de taille : le juriste environnementaliste doit aujourd'hui être capable, sinon de faire la synthèse, du moins d'articuler entre elles

des approches qui relèvent de cultures juridiques longtemps considérées comme étrangères l'une à l'autre, voire antagonistes.

C'est le grand mérite du présent numéro de la *Revue des Juristes de Sciences Po* que de mettre l'accent sur cette nouvelle approche, en donnant la plume à des juristes confirmés ou à des étudiants prometteurs, tous conscients que se joue dans cet espace une pièce essentielle pour le devenir des générations futures.

NICOLAS GARDÈRES

Écologie de l'achat public



Avocat, Cabinet Adamas
Chargé de conférences à l'Université Paris Descartes
et à l'Institut Supérieur de l'Environnement

Devenue priorité « sacramentelle » des agendas politiques internationaux, nationaux et locaux¹ la protection de l'environnement a pris ces dernières années une place importante dans la réflexion sur l'achat public, pensé comme un des vecteurs écologistes d'un Etat devenu « exemplaire »¹.

Si le nouveau paradigme de l'achat public vert² bénéficie d'un nombre croissant d'occurrences dans le droit positif, il reste mal maîtrisé par les pouvoirs adjudicateurs (1.) et génère d'importantes tensions avec les principes classiques de la commande publique, que sont la non discrimination des opérateurs et la bonne utilisation des deniers publics (2.).

1. L'introuvable critère écologique

Sous l'influence des conférences internationales³ et la contrainte du droit communautaire⁴, la problématique environnementale a intégré le code français des marchés publics en 2004.

Il est ainsi possible de prendre en compte l'environnement et sa protection à chaque étape de la passation d'un marché public : définition des besoins⁵, critères de sélection des candidatures (labels, certifications)⁶, critères de jugement des offres (la commission recommande une pondération au moins égale

à 15%)⁷, clauses dans le cahier des charges du marché (place laissée à des variantes vertes)⁸. La jurisprudence communautaire⁹ soumet la validité des critères environnementaux à plusieurs conditions. Ainsi, les directives sur les marchés publics autorisent la prise en compte, pour l'attribution d'un marché, des critères écologiques dès lors qu'ils sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas au pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont portés à la connaissance des candidats et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire.

Au regard de ces conditions, il convient de bien distinguer deux types de marchés publics : ceux dont l'objet même est environnemental et ceux dont l'objet n'est pas environnemental. Dans le premier cas, l'utilisation de critères et de spécifications environnementales fait figure d'évidence et ne pose pas de problème juridique particulier. Dans le second cas, la situation est tout aussi complexe que décisive¹⁰.

En effet, le droit positif imposant un lien entre les critères et l'objet du marché, il n'est pas possible d'utiliser ces critères de manière systématique sans risque juridique. L'absence quasi totale de jurisprudence sur cette question tend d'ailleurs à renforcer le sentiment d'insécurité juridique ressenti par beaucoup d'acteurs de la commande publique face à l'utilisation de ces critères.

Ce sentiment de risque juridique est considéré par la commission comme une des causes principales du faible essor des marchés publics écologiques en Europe. Dans le cas français, la fin du « terrorisme jurisprudentiel » constitué par l'arrêt SMIRGEOMES¹¹, pourrait amener les acheteurs à un peu plus d'audace.

2. L'écologie de marché ?

La prise en compte de l'environnement dans les marchés publics ne doit pas remettre en cause la libre concurrence entre opérateurs.

Nous sommes ici au cœur de la tension, à la source du concept de développement durable : concilier la protection de l'environnement (long terme, générations futures) et le profit caractéristique de l'économie de marché (court et moyen termes, générations présentes). Le grand géographe marxiste Pierre George écrivait, visionnaire, en 1971 qu'« en économie de marché, si l'on veut défendre l'environnement, il faut le transformer en marchandise »¹².

L'environnement est aujourd'hui devenu pour partie une marchandise, mais une marchandise chère. En effet, la marchandise ayant intégrée la problématique environnementale dans

son processus de production, d'utilisation ou d'élimination est en principe plus chère que celle ne l'ayant pas intégrée. Les effets de ce constat sont de plus renforcés par la croyance en partie fantasmée et courante chez les acheteurs publics, que les marchandises vertes sont systématiquement beaucoup plus chères que les marchandises classiques. Un moyen relativement efficace de rétablir dans certains cas un équilibre économique entre ces deux types de marchandises consiste à remplacer le critère « prix » (prix d'achat) par le critère « coût global » (prix d'achat + coût d'utilisation et d'entretien + coût d'élimination). Généralement plus chères à l'achat, les marchandises vertes sont en effet censées être moins coûteuses à l'utilisation (par exemple par une moindre consommation d'énergie) et à l'élimination (par exemple par une moindre production de déchets).

Force est cependant de constater qu'acheter vert reste en général plus cher, rapporté au temps et à l'aire géographique de la plupart des marchés publics. L'écologisation des marchés publics se heurte ainsi au légitime et sacro-saint principe de bonne utilisation des deniers publics, guide de l'acheteur public dans la satisfaction de ses besoins.



Le volontarisme politique est donc ici absolument déterminant et c'est un fait que l'achat vert découle souvent bien plus souvent du choix d'un élu local ou d'un fonctionnaire territorial, que d'une logique systémique.

L'achat public vert est largement artisanal et par là même embryonnaire. Comme l'a reconnu récemment la commission européenne avec force euphémisme : « A ce jour, le potentiel des marchés publics écologiques demeure en bonne partie inexploité »¹³.

L'écologisation des marchés publics, puisque là est certainement le sens de l'histoire¹⁴, est un épiphénomène de la mutation du capitalisme telle qu'elle est pensée dans l'idéologie du développement durable. S'il n'est pas question par le biais de l'achat public de remettre en cause l'économie de marché, cette écologisation devrait contraindre le droit des marchés publics à des aménagements assez profonds.

En effet, le droit des marchés publics actuel, essentiellement issu du droit communautaire repose sur le postulat de la supériorité de la libre concurrence des entreprises pour maximiser la satisfaction des pouvoirs publics et indirectement l'intérêt général pensé dans un rapport prix/efficacité¹⁵ du produit. Sur la base de ce rapport, le pouvoir adjudicateur détermine et retient l'« offre économiquement la plus avantageuse ». Le développement durable propose une acception plus

large de l'intérêt général y compris en matière d'achat public. Il ne s'agit pas ainsi de contraindre au choix de l'offre écologiquement la plus avantageuse, mais de pondérer l'économie par l'écologie, notamment à travers des outils comme le bilan carbone.

Or, cette pondération nouvelle génère de réelles tensions avec le principe de non discrimination des opérateurs, principe pensé exclusivement autour du rapport prix/efficacité. Il sera intéressant de suivre comment les juges français et communautaires vont être amenés à assouplir ce principe pour le concilier avec cette *grundnorm* potentielle qu'est l'environnement.

Conclusion

Potentiellement levier essentiel du développement durable, la commande publique est encore loin du compte près de 6 ans après l'environnementalisation du Code des marchés publics. Les causes de cette situation sont diverses (problématique complexe, impératifs flous, droit mal dégrossi, formation insuffisante des acheteurs, coût supplémentaire...) mais la cause principale est certainement à chercher dans un manque de volontarisme politique.

Le développement durable peut être un slogan. Il peut aussi être une façon nouvelle de penser l'économie de marché et la commande publique. ■

Notes

1. Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et ses établissements publics
2. Vert ou écologique ou éco-responsable
3. A la suite du sommet de la terre de Johannesburg en 2002, une *task force* sur les marchés publics durables a été mise en place ; voir aussi recommandations de l'OCDE
4. Article 53 de la directive 2004/18
5. Article 5 du Code des marchés publics : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable ».
6. Article 45 du Code des marchés publics
7. Article 53 du Code des marchés publics
8. Article 6 et 14 du code des marchés publics
9. L'arrêt matriciel est l'arrêt Concordia Bus, CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-513-99
10. La majeure partie des 16% de PIB que représente l'achat public français concerne des marchés n'ayant pas un objet environnemental. Une politique réelle d'environnementalisation de l'achat public ne peut donc en aucun cas se limiter aux marchés publics dont l'objet est en lui-même environnemental.
11. CE, ord. 3 octobre 2008, n°305420 : un candidat évincé de la procédure de passation d'un marché public doit dorénavant, dans le cadre d'un référé précontractuel, apporter la preuve qu'il a été lésé par les irrégularités commises par le pouvoir adjudicateur. L'état antérieur du droit était beaucoup plus strict, les procédures étant annulées pour des irrégularités de pure forme sans prise en considération de la lésion éventuelle des intérêts des candidats évincés.
12. Pierre George, *L'environnement*, Que sais-je ?, PUF, 1971
13. Communication de la commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400/2, p. 5
14. Les Pays-Bas visent 100% de marchés écologiques en 2010
15. La majorité des appels d'offre se contentent de proposer deux critères de jugement diversement pondérés : prix et valeur technique.

BENOÎT MARPEAU

Passif environnemental et garantie de passif



Avocat au Barreau de Paris,
Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral

Le risque environnemental est une source potentielle importante de responsabilité pour les sociétés : responsabilité vis-à-vis de l'administration, vis-à-vis des tiers et ou encore responsabilité pénale de la personne morale ou de ses dirigeants.

A ce titre, le risque environnemental doit faire l'objet d'une attention particulière dans les transactions qui impliquent, directement ou indirectement, le transfert de propriété d'un site présentant ou ayant présenté un risque de pollution.

Si les dispositions législatives et réglementaires applicables permettent en partie d'encadrer et de sécuriser ces transactions, cette matière demeure soumise à la liberté contractuelle et, en pratique, dans les opérations de fusion, de cession d'actions et de cession d'actifs, les parties ont souvent recours à une garantie de passif pour encadrer les conséquences d'un éventuel passif environnemental qui apparaîtrait postérieurement à la transaction.

Ces garanties de passif sont en particulier articulées autour des déclarations effectuées par le vendeur, de la définition du passif indemnisable et des modalités de l'indemnisation de l'acquéreur. L'existence potentielle d'un passif

environnemental doit conduire à des aménagements contractuels particuliers en ce qui concerne chacun de ces points.

1. Les déclarations du cédant **1.1 Déclarations et information du cessionnaire**

Les déclarations sont essentielles en cas de mise en jeu d'une garantie de passif. Dans le domaine du risque environnemental, les déclarations sont particulièrement importantes en ce qu'elles permettent de vérifier (i) les conditions dans lesquelles le vendeur s'est, le cas échéant, acquitté des obligations spécifiques d'information qui lui étaient applicables et (ii) si les parties ont entendu mettre à la charge du vendeur des obligations supplémentaires d'information.

S'agissant des obligations légales d'information, l'article L. 514-20 du Code de l'environnement impose au vendeur d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation soumise à autorisation ou à enregistrement d'en informer par écrit l'acheteur. Le cédant doit en outre :

- informer le cessionnaire, s'il en a connaissance, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation ;

- s'il était l'exploitant de l'installation, indiquer par écrit si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives.

Les déclarations peuvent ainsi permettre au cédant de satisfaire à l'obligation particulière de renseignement qui est la sienne dans cette matière. Les déclarations sont en outre souvent nécessaires pour accroître les obligations d'information du vendeur. Il faut ainsi remarquer que l'obligation de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement est en principe applicable uniquement en cas de cession de terrain.

Ce texte ne joue donc pas dès lors qu'il n'y a pas cession direct d'actifs mais que l'on est en présence d'une cession d'actions d'une société qui elle-même possède un terrain sur lequel est exploitée une installation présentant un risque particulier. Dans une telle hypothèse il est donc essentiel d'étendre les obligations d'information du cédant pour que celles-ci couvrent les sites exploités par la société dont les titres sont l'objet de la transaction et, le cas échéant, l'ensemble des biens immobiliers des sociétés de son groupe.

1.2 Déclarations et audit environnemental

La réalisation d'un audit environnemental spécifique est souvent la condition nécessaire à la rédaction de déclarations précises et efficaces. Un tel audit présente un intérêt, d'une part, pour le cédant, en ce qu'il lui permet de ne pas s'engager sur des déclarations inexactes par erreur ou manque d'information et, d'autre part, pour le cessionnaire, qui acquière ainsi une connaissance plus complète des actifs objets de la transaction lui permettant en outre, le cas échéant, de disposer d'un levier supplémentaire de négociation.

2. La définition du passif indemnisable

Une garantie de passif permet à l'acquéreur des actifs ou des actions de la société cible d'obtenir une indemnisation de la part du cédant pour tout passif découvert postérieurement à la réalisation de la transaction mais ayant une origine antérieure à celle-ci.

S'agissant des passifs environnementaux, il est essentiel d'être particulièrement précis s'agissant de la définition de l'antériorité et de la délimitation dans le temps du passif indemnisable. En effet, il est fréquent en pratique que les passifs environnementaux présentent un caractère continu et, qu'alors que leur origine est antérieure à la transaction, leurs effets se soient poursuivis postérieurement à celle-ci.



Il peut alors être délicat de distinguer la partie du préjudice subi par l'acquéreur, (ou, le cas échéant, par la société dont les titres ont été acquis) devant être prise en charge ou remboursée par le cédant, de la partie qui se trouve au contraire hors du champ d'application de la garantie de passif.

3. Les modalités de l'indemnisation

S'agissant des conditions de mise en jeu de la garantie et des modalités de l'indemnisation, certains particularismes propres aux passifs environnementaux justifient là encore souvent d'adapter la rédaction de la convention.

3.1 Quant au bénéficiaire de la garantie, dans les cessions d'actions ou les fusions, il est possible de stipuler celle-ci au profit du cessionnaire ou au profit de la société dont les parts sont transférées. Il est indispensable que la garantie ne laisse pas de doute à ce sujet s'agissant des passifs environnementaux qui sont subis par la société cible mais déprécient également la valeur de l'investissement réalisé (Cass. com 3 avril 2007, n°04-15.532 ; Cass. com 10 juillet 2007, n°05-14.358).

Dans la première hypothèse, l'indemnisation par le cédant s'analyse en une révision du prix d'acquisition. Elle ne peut alors être

supérieure à ce prix, ce qui constitue une limite qui ne doit pas être négligée.

3.2 Les garanties de passif sont limitées dans le temps. Il est le plus souvent inenvisageable d'aligner la durée de la garantie applicable aux risques environnementaux sur celle des autres risques couverts tant un passif environnemental est susceptible d'être révélé tardivement. Une durée particulière se justifie donc.

Une durée de garantie étendue implique alors de traiter de la transmissibilité de la garantie à un sous-acquéreur des actifs ou des actions de la société pour anticiper toute opération future.

La durée particulière de la garantie environnementale peut en outre nécessiter d'adapter les garanties d'exécution de l'engagement pris par le cédant. En effet, les suretés données par celui-ci (garantie à première demande, nantissement de tout ou partie du prix de cession, etc.) peuvent se révéler inenvisageables sur une telle durée. On peut alors imaginer de substituer à terme la première garantie d'exécution par une autre sureté moins coûteuse (cautionnement, nantissement de valeurs mobilières) ou par une police d'assurance spécifique à la charge du cédant.

3.3 La garantie accordée par le cédant est en principe également plafonnée. Là encore, le niveau du plafonnement doit faire l'objet d'une attention particulière tant les coûts peuvent varier, en particulier s'agissant des obligations existant en matière de remise en état d'un site. L'audit environnemental évoqué ci-dessus s'avère souvent être un outil essentiel dans ce cadre.

3.4 Enfin certaines clauses peuvent aussi protéger utilement le cédant contre les agissements du cessionnaire susceptibles de créer, ou d'aggraver, un passif environnemental et d'entraîner la mise en jeu de la garantie.

C'est le cas notamment :

- des clauses de servitude, qui encadrent les conditions dans lesquelles l'acquéreur peut

exploiter le ou les sites concernés pour pouvoir actionner, le cas échéant, la garantie de passif ;
- des clauses de gestion conjointe des litiges qui sont souvent nécessaires au regard de la complexité des sinistres.

Conclusion

Il apparaît ainsi que de nombreuses clauses des garanties de passif nécessitent une attention particulière pour prendre efficacement en compte les risques environnementaux. Dans certains cas, les négociations de ces clauses peuvent se révéler problématique au regard, en particulier, de leurs conséquences quant au prix de cession. Des mécanismes d'assurance peuvent alors utilement compléter la couverture des passifs environnementaux. ■

ANSELME MIALON

Le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre



(Droit Eco 2006)
Avocat à la Cour
JeantetAssociés

Le choix fait par le législateur communautaire¹ de recourir à des mécanismes de marché pour réduire progressivement les émissions de CO₂ fournit l'occasion de s'interroger sur la rencontre inattendue du droit de l'environnement et du droit financier, mélange de police administrative et de loi de l'offre et de la demande.

Le système décrit ci-après, que la formule « *cap and trade* »² permet de se représenter, fonctionne comme suit : les exploitants se voient attribuer des quotas d'émission de CO₂ qu'ils peuvent utiliser pour leurs propres besoins ou céder s'ils ne les ont pas épuisés, de gré à gré ou sur un marché créé à cette fin, selon le mode de gestion du risque de contrepartie – bilatéral en cas de cession de gré à gré avec une contrepartie identifiée ou multilatéral sur le marché du fait de l'interposition d'un mécanisme de compensation entre cocontractants³ – auquel les opérateurs sont prêts à consentir⁴.

Inversement, d'autres sociétés émettent trop de gaz à effet de serre au regard des quotas qui leur sont octroyés. Avant que ce système ne soit mis en place, la seule possibilité qui s'offrait à elles était de s'acquitter de sanctions administratives ou pénales. Ces entreprises peuvent dorénavant acquérir d'autres quotas auprès de sociétés qui ont réduit leurs émissions et ainsi réalisé une économie leur permettant de céder leur surplus de quota.

Où l'on espère, conformément à la théorie économique des externalités négatives⁵, que le bénéfice retiré de la cession sur le marché de leurs quotas soit une incitation à la réduction des gaz à effets de serre.

Les sociétés polluantes sont donc amenées à procéder à l'arbitrage suivant : investir dans des équipements moins polluants ou acquérir des quotas sur le marché créé à cette fin⁶. Encore faut-il, comme il a été souligné⁷, que tous les exploitants ne fassent pas le même calcul, la rationalité individuelle des opérateurs conduisant alors à un déséquilibre de l'offre et de la demande sur le marché.

Rappelons enfin que les 38 pays signataires du Protocole de Kyoto les plus industrialisés s'étaient engagés à réduire les émissions des 6 gaz à effet de serre (CO₂, CH₄, N₂O, SF₆) de 5,2 % entre 2008 et 2012 par rapport à l'année 1990, soit « à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ». Devançant la date de 2008 – le système étant opérationnel depuis 2005 – et allant au-delà des objectifs internationaux – la Communauté ayant unilatéralement décidé de réduire ses émissions de 20 % d'ici 2008, le législateur communautaire a instauré un marché d'échange européen de quotas d'émission de CO₂⁸.

1. Marché primaire : cap...

Le système communautaire d'échange de quotas d'émission repose sur un mécanisme à double détente :

- chaque État membre se voit attribuer un droit de tirage⁹ sur le volume total de quotas de CO₂ compatible avec l'objectif il a souscrit en ratifiant le protocole de Kyoto, étant précisé que ce dernier autorise les États signataires à acquérir – comme exposé ci-dessus pour les entreprises – des droits d'émission, bilatéralement ou via un système international d'échange de droits d'émission mis en place à cette fin ;
- l'autorité compétente de chacun des États membres octroie des autorisations d'émettre des gaz à effet de serre correspondant à un certain volume de quotas d'émission aux exploitants autorisés à rejeter de telles émissions¹⁰.

Ce système repose sur l'établissement préalable par chaque État membre d'un plan national d'allocation de quotas d'émission de CO₂, qui doit préciser la liste des installations concernées et la quantité de quotas qui leur sont allouées¹¹. Le premier plan d'allocation concerne la période de trois ans qui débute le 1er janvier 2005. Les plans nationaux doivent être soumis à l'approbation de la Commission européenne préalablement à leur mise en application.

Au cours de la période 2005-2007, les pouvoirs publics répartissaient gratuitement les droits aux opérateurs qui étaient tenus chaque année de les restituer à concurrence de leurs émissions effectives. En vertu de la modification de la directive 2003/87/CE dans le cadre du « paquet climat énergie », les quotas devront majoritairement être acquis aux enchères à partir de 2013. Partant du constat que la mise en œuvre d'adjudications efficaces est une condition essentielle du bon fonctionnement du système européen d'échange de gaz à effet de serres, le Gouvernement français a confié à un groupe de travail présidé par Jean-Michel Charpin le soin de formuler des recommandations pour l'organisation des adjudications en France¹². Ce rapport a conclu à la nécessité de créer une plate-forme d'adjudication à échelle européenne, à l'instar, encore une fois, du système nord-américain¹³.

Le système des quotas d'émission est doublé d'un autre mécanisme incitatif par lequel les entreprises polluantes peuvent obtenir des crédits d'émission en procédant à des investissements visant à réduire des émissions de CO₂. Il s'agit de crédits attribués pour des réductions d'émissions ou des absorptions par un projet. Chaque unité de réduction des émissions équivaut à une tonne



métrique d'équivalent de CO₂ et peut être convertie en quota d'émission négociable sous réserve que le projet d'investissement ait été agréé par le ministère de l'Environnement.

2. Marché secondaire : ...and trade

Le marché secondaire, exploité en France par Bluenext, filiale de NYSE Euronext et la Caisse des dépôts et consignations, présente un intérêt pour les entreprises industrielles dont les émissions ne correspondent pas aux quotas qui leur ont été alloués. Il est toutefois à noter que l'acquisition sur le marché de quotas n'est pas réservée aux entreprises industrielles mais est ouverte aux non-exploitants¹⁴. Pour ces derniers, qui n'ont pas vocation à utiliser ces titres juridiques pour la réalité de leur sous-jacent – un permis de polluer, les biens échangés sont des instruments spéculatifs. Les quotas ne seraient plus valorisés sur le fondement d'un risque de pollution mais sur l'anticipation de l'évolution de l'offre et de la demande¹⁵.

D'où l'intérêt de s'interroger sur la proximité de ces titres juridiques avec les titres financiers¹⁶, dont on sait que leurs titulaires ne sont nécessairement liés par un *affectio societatis* à la société dans laquelle ils ont investi. Il convient de constater au préalable que le législateur communautaire n'a pas qualifié les quotas, pressentant peut-être que la négociabilité – condition de réalisation d'un marché – de ces

titres juridiques jurerait avec le caractère inaliénable que certains droits internes pourraient reconnaître à une autorisation administrative.

Pour un auteur¹⁷, le hiatus provient de l'absence de distinction claire entre les quotas, d'une part – autorisations administratives portant sur l'intégralité des quantités attribuées ab initio (régime des ICPE), et d'autre part les crédits, matérialisés par un titre négociable portant sur l'excédent de la quantité autorisée par rapport à celle effectivement émise. Or, le législateur entretient cette confusion lorsqu'il définit les quotas d'émission de gaz à effet de serre comme des « *biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription en compte de leur détenteur dans le registre national (...) négociables, transmissibles par virement de compte à compte et [conférant] des droits identiques à leurs détenteurs* »¹⁸.

Les frottements entre droit administratif et droit financier ne sont pas que terminologiques. Par exemple, il est constant en droit administratif que des rapports de droit privé sont inopposables à l'administration agissant en vertu de la police spéciale des installations classées¹⁹. Appliquée à la bourse d'échange de quotas de CO₂, cette jurisprudence impliquerait qu'aux yeux de l'administration le cessionnaire de quotas ne serait pas habilité à en faire usage, si bien que le cédant demeurerait comptable

des émissions du cessionnaire. C'est pour rendre la transaction opposable à l'administration que le législateur a exigé qu'elle soit comptabilisée dans un registre national des quotas d'émission de gaz à effet de serre.

Les quotas ne sont certes pas des titres financiers puisque que ce ne sont ni des titres de capital, ni des titres de créances, ni des titres d'organisme de placement collectif. Il reste que les instruments financiers peuvent aussi prendre la forme de contrats financiers, et que les quotas pourraient très bien s'intégrer dans cette catégorie extrêmement vaste qui va des dérivés à toutes sortes de contrats à terme indexés sur les matières premières (pétrole, blé ou sucre par exemple).

On peut donc estimer que le marché de la régulation du carbone est aujourd'hui à la frontière entre un marché de commodités et un marché d'instruments financiers²⁰. Illustration de la proximité du marché des quotas et de celui des instruments financiers, la plateforme sur laquelle sont négociés ces quotas, Bluenext Spot®, a prévu dans ses règles de marché des prescriptions²¹ comparables aux dispositions communautaires régissant la manipulation de cours d'instruments financiers²². Surtout, les quotas d'émission empruntent certaines des caractéristiques du régime des instruments financiers :

i. Instruments financiers et quotas de CO₂ ont tous deux pour support matériel une simple écriture en compte. La dématérialisation des instruments financiers comme des quotas de CO₂ est obligatoire²³. Dans un cas comme dans l'autre, il n'existe pas de support matériel tangible permettant de matérialiser le droit de l'investisseur ou de l'exploitant sur un titre.

ii. Cette dématérialisation a pour finalité essentielle de favoriser la circulation des titres²⁴. La négociabilité affirmée pour les instruments financiers²⁵ et les quotas d'émission²⁶ implique que leur circulation n'est pas soumise aux règles du Code civil de l'opposabilité des cessions de créance mais s'effectue par virement de compte à compte.

iii. La technique de l'inscription en compte a suscité chez les commentateurs²⁷ de la Directive précitée (du moins avant sa transposition en droit interne) les mêmes interrogations que celles qui s'étaient posées au lendemain de la dématérialisation des valeurs mobilières²⁸. Ainsi, la question s'était posée de savoir si la dématérialisation n'avait pas affecté le droit de la vente des valeurs mobilières. Plus précisément, la portée de l'inscription en compte faisait débat : cette dernière conditionnait-elle seulement l'opposabilité aux tiers (donc à la société émettrice, et à la Caisse des dépôts et consignations en ce qui concerne les



quotas d'émission puisque les mouvements de quotas doivent être enregistrés dans des registres nationaux, tenus par elle pour la France) du transfert de propriété parfait entre les parties dès l'échange des consentements ou au contraire l'accord de volonté entre acheteur et vendeur est-il une condition certes nécessaire mais non suffisante pour transmettre le titre négocié ? Comme pour les instruments financiers²⁹, le législateur a tranché la question dans le sens de la mise à l'écart du transfert de propriété des quotas par l'effet de la convention de cession entre les parties³⁰.

iv. Enfin, instruments financiers et quotas de CO₂ ont en commun d'être fongibles : les instruments financiers comme les quotas confèrent des droits identiques à leurs détenteurs³¹. S'agissant des quotas d'émission, la fongibilité permet aux exploitants de reporter les quotas qu'ils n'auraient pas épuisés d'une année sur l'autre.

La qualification d'instruments financiers a des enjeux pratiques. Le sort des quotas d'émission en cas de liquidation de l'entreprise qui en est titulaire ou le régime fiscal qui leur est applicable, par exemple, en dépendent.

Deux questions permettent de saisir la portée pratique du rapprochement avec les instru-

ments financiers.

S'agissant, en premier lieu, de la nature des sûretés qui peuvent grever ces titres juridiques, la qualification d'instrument financier permet de bénéficier du régime du nantissement de compte-titres³², dont on sait qu'il est plus adapté que la nantissement de stock, lequel oblige le constituant à conserver la valeur du stock nanti³³. Or, le quota, en tant qu'il est un élément de la « matière première » de l'exploitant, devrait logiquement être soumis à ce régime. Toutefois, l'obligation faite au constituant de conserver la valeur du stock s'accorde mal avec le fait que les quotas alloués à l'exploitant ont vocation être consommés par ce dernier³⁴. De ce point de vue, le nantissement de compte-titre aurait présenté des avantages.

En second lieu, à côté de la plateforme Bluenext Spot® existe la plateforme Bluenext Derivatives® pour les quotas dont la « maturité » dépasserait l'année en cours. Si le Code de l'Environnement ne distingue pas entre les deux catégories selon la durée de leur maturité, les quotas à terme relèvent des contrats financiers définis à l'article D. 211-1 A du Code monétaire et financier. L'ordonnance de transposition de la Directive précitée avait expressément prévu que les quotas d'émission puissent servir de sous-jacent à des instruments financiers à terme³⁵.

Depuis, la liste des instruments financiers à terme a été renvoyée à un Décret simple, dont font partie les « contrats à terme relatifs à des autorisations d'émission ». Il est intéressant de relever que la référence aux quotas a été expurgée, la notion d'autorisation d'émission contenue dans le Code monétaire et financier se voulant plus large que celle contenue dans le Code de l'environnement.

Cette analyse est confirmée par les règles de marché de la plateforme Bluenext Derivatives® qui précisent que les contrats admis aux négociations sont des instruments financiers à terme sur des sous-jacents autorisant à émettre des équivalents gaz à effet de serre³⁶.

Or, la qualification d'instruments financiers à terme commande l'applicabilité du régime du close-out netting dont on sait qu'il est un outil essentiel pour paralyser le droit de la faillite qui peut être porteur de risque systémique. Rappelons que ce mécanisme, réservé *ratione materiae* aux obligations financières résultant d'opérations sur instruments financiers et *ratione personae* aux intermédiaires financiers³⁷ – étant précisé que les membres Bluenext Derivatives® ont pour la plupart ce statut – permet aux parties de compenser l'ensemble de leurs opérations avec l'opérateur défaillant et de calculer un solde unique de résiliation immédiatement exigible³⁸, là où le droit

des entreprises en difficulté interdit la résiliation des contrats en cours et l'exigibilité anticipée des créances en cours à raison de l'ouverture d'une procédure collective³⁹.

En conclusion, la confrontation d'une logique d'autorisation administrative et d'une logique de marché – au terme de laquelle une autorisation administrative est transformée en un titre négociable ou en un contrat dérivé – peut créer des frottements. Une distribution trop importante de quotas aurait ainsi enlevé toute incitation à l'échange de quotas d'émission⁴⁰. Dans un premier temps, le marché valorisait par la confrontation de l'offre et de la demande un titre ou un contrat qui avait été alloué gratuitement.

Aujourd'hui, la logique de marché semble l'emporter. On aura deux valeurs fixées successivement par le jeu de l'offre et de la demande : la première, à l'occasion des autorisations d'émission par voie d'adjudication ; la seconde, lors des échanges sur le marché secondaire. ■

Notes

1. Un système d'échange analogue avait été prévu aux Etats-Unis par le *Clean Air Act* en ce qui concerne les gaz produisant des pluies acides.
2. Plafonner et échanger.
3. En ce qui concerne les produits dérivés, le risque de contrepartie étant nul sur le marché au comptant compte tenu du processus de livraison contre paiement. Cf. ci-dessous.
4. M.-A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, *Détermination juridique et financière des marchés financiers dits de gré à gré*, RJDA 1997, p. 679
5. A. Pigou, *The Economics of Welfare*
6. M. Pâques, La directive 2003/87/CE et le système d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne, RTD. Eur. 40(2), avril-juin 2004, p. 249, paragraphe 15
7. Th. Revet, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?)*, Recueil Dalloz 2005, p. 2632
8. PE et Cons. UE, directive 2003/87/CE, 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil : JOUE n° L 275/32, 25 oct. 2003.
9. Le TPICE a jugé, dans une décision du 23 septembre 2009, que la limitation des émissions de CO₂ relevait de la compétence des Etats membres et non pas de la Commission européenne (affaire T_183/07). Les prix des quotas ont chuté de 3,9% pour atteindre 13,20 euros par tonne à la suite de la décision (*Une décision de justice menace le marché européen du carbone*, *La Tribune*, 25 septembre 2009).
10. Pour la France : article L. 229-7 du Code de l'Environnement
11. 131,2 millions de tonnes équivalent CO₂ en 2005, 127,09 2 millions de tonnes équivalent CO₂ en 2006 et 126,2 millions de tonnes équivalent CO₂ en 2007
12. Rapport du groupe de travail sur les modalités de vente et de mise aux enchères des quotas de CO₂ en France – Eléments relatifs à la phase III, France
13. *Regional Greenhouse Gas Initiative* créé par à 10 États nord-américains en charge de l'adjudication des quotas d'émission.
14. Article L. 229-15 II du Code de l'Environnement
15. S. Précheux et P. Mousseron, *...Et le risque devint produit*, Mélanges AEDBF – France, n° 5, p. 407
16. Article L. 211-1 du Code monétaire et financier
17. H. de Vauplane, *Droit des marchés financiers, Marché des quotas de gaz à effet de serre: Une usine à gaz juridique*, Banque Magazine, 1er septembre 2005, n° 672, p. 82
18. Article L. 229-15 du Code de l'Environnement

19. CAA Douai, 17 mai 2001, Société Nouvelle Roger, n°99DA01493
20. Rapport Charpin, précité, p. 2
21. Article 19, Manœuvres visant à induire le marché en erreur : Les Membres s'abstiennent d'utiliser les techniques ou les procédures en vigueur sur le Marché pour y effectuer des interventions dans le but d'induire en erreur les autres Membres.
22. Directive n° 2003/36, 28 janv. 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) : Article premier, 2)
23. Pour les instruments financiers, l'article 94-II de la Loi de finances du 31 décembre 1981 prévoit l'inscription obligatoire en compte des valeurs mobilières émises en France et soumises à la législation française.
24. Conseil national du crédit et du titre, Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres, Rapport, mai 1997, p. 32
25. A rapprocher de l'article L. 211-14 du Code monétaire et financier
26. Article L. 229-15 I, 1er alinéa du Code de l'Environnement
27. M. Pâques, précité, paragraphe 22
28. Conseil national du crédit et du titre, rapport précité, notamment p. 40
29. Article L. 211-17, alinéa 1er du Code monétaire et financier
30. Article L. 229-15-I, alinéa 2 du Code de l'environnement
31. A rapprocher de l'article L. 228-1 du Code de commerce
32. Article L. 211-20 du Code monétaire et financier
33. Article L. 527-7 du Code de commerce
34. M. Mignot, *Le nantissement du quota d'émission de gaz à effet de serre*, Revue de Droit Bancaire et Financier, 1er juillet 2009, n°4, p. 6
35. Article 2 de l'Ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre modifiant l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier
36. Article 36
37. Article L. 211-36 du Code monétaire et financier
38. Article L. 211-36-1 du Code monétaire et financier
39. Sur cette question : A. Caillemer du Ferrage, *Le rêve familial du global netting à la française : la réforme de l'article L. 431-7 du Code monétaire et financier par la loi NRE*, Banque et Droit, 1er septembre 2001, n° 1, p. 3
40. Cette préoccupation était au cœur du contentieux donnant lieu à la décision précitée du TPICE. La Commission européenne s'inquiétait de ce qu'un excès d'allocations ne provoque une chute du cours des droits d'émission. Dans cette affaire, la Commission avait imposé une réduction de 27 % et 48 % respectivement des plans nationaux d'allocation polonais et estonien – en outrepassant ses compétences, selon la décision de justice.

ALEXANDRE KOENIG

La République tchèque au cœur de deux révolutions



Elève en M1 de Droit Economique
Etudiant à la Faculté de Droit de l'Université
Charles de Prague en 2008/2009

“Man inhabits two worlds. One is the *natural world* of plants and animals, of soils and airs and waters which preceded him by billions of years and of which he is a part. The other is the *world of social institutions and artifacts* he builds for himself, using his tools and engines, his science and his dreams to fashion an environment obedient to human purpose and direction”.

Barbara Ward et René Dubos¹

I- Introduction : d'un monde à l'autre

Assurer l'harmonie entre ces deux mondes, l'un naturellement global, et l'autre socialement local, constitue un défi majeur pour toute communauté humaine. Moins d'un mois après la célébration des vingt ans de la chute du mur de Berlin, événement symbole marquant la fin du communisme en Europe centrale et orientale, un nouveau regard mérite d'être porté sur cette tension. Généralement passée sous silence dans les travaux consacrés à la transition des pays postcommunistes, l'articulation entre un monde des institutions politiques à reconstruire, un monde économique à réinventer et un monde de la nature à ressusciter fut l'une des questions premières à résoudre pour les dissidents de 1989 arrivés au pouvoir.

A cet égard, la République tchèque, pays dynamique et industriel de l'Europe du centre, constitue un objet d'étude particulièrement intéressant. L'héritage d'un demi-siècle de communisme s'est traduit sur le territoire tchèque par autant de méfaits économiques que de désastres écologiques². Dans un contexte rendu plus difficile encore par la transition politique du pays et sa marche vers l'intégration européenne, le choix des priorités a longtemps fait problème, et continue de soulever de vigoureux débats. En témoigne ainsi le contenu d'une lettre envoyée le 7 novembre 2007 par

Vaclav Klaus, actuel Président de la République tchèque, à un membre du Congrès américain le questionnant sur le réchauffement climatique : « Ayant vécu sous le communisme pendant la plus grande partie de ma vie, je me sens obligé de dire que la plus grande menace à la liberté, à la démocratie, à l'économie de marché et à la prospérité, ce n'est plus, au début du 21^e siècle, le communisme [...]. Le communisme a été remplacé par l'environnementalisme. [...] Dans une telle atmosphère, [les défenseurs de l'environnement] ne cessent d'exercer une pression sur les responsables politiques pour qu'ils adoptent des mesures antilibérales, imposent des limites arbitraires, des règlements, des interdictions et des restrictions sur les activités de tous les jours et assujettissent les gens à une bureaucratie omnipotente »³.

En dépit de son caractère très caricatural et peu flatteur pour la République tchèque, un tel discours révèle avec acuité les deux grands enjeux auxquels les pays postcommunistes de l'Est de l'Europe, et, dans une plus large mesure, la communauté mondiale dans son ensemble, sont confrontés. Le premier tient à l'importance croissante du courant environnementaliste⁴ à l'échelle mondiale. Plus qu'une « nouvelle idéologie dominante, sinon une religion »⁵, ce mouvement social traduit, de façon plus profonde l'évolution de la relation que

les hommes entretiennent avec la nature, tant d'une perspective philosophique que juridique. Le second vient de l'antagonisme existant, à l'échelle locale, entre la croissance économique – nécessaire au développement du monde social, et les réglementations environnementales – nécessaires à la conservation du monde naturel.

C'est dans ce double questionnement, dans cette double tension entre enjeux globaux et enjeux locaux d'une part et entre nécessités économiques et nécessités environnementales d'autre part, que la République tchèque s'est trouvée enserrée durant la Révolution de Velours. Cet article vise à démontrer que la révolution politique et sociale de 1989 s'inscrit dans une dialectique originale entre deux profonds mouvements de nature philosophique, sociale et juridique, qui ont opéré simultanément et se sont renforcés l'un l'autre. Le premier mouvement, la Révolution naturelle, s'est d'abord manifesté à l'échelle globale, par la reconnaissance d'un statut juridique pour la nature. Le second mouvement, la Révolution libérale, s'est lui développé à l'échelle locale par le renversement démocratique du système communiste. Outre l'évolution par laquelle le pays est passé d'une révolution à l'autre (II), l'habile conciliation entre reconstruction économique et réglementations environnementales réalisée en République tchèque mérite un intérêt particulier (III).

II- Vers la reconnaissance d'un statut juridique pour la Nature : le droit de l'environnement tchèque à la veille de la Révolution naturelle

René Dubos, l'auteur ayant popularisé la formule « agir local, penser global » lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain de Stockholm en 1972⁶, comprend la relation entre l'homme et la nature comme une « diversité de systèmes et de symbioses qui subissent des changements adaptatifs et contribuent ainsi à un processus d'évolution continue de la création »⁷. L'homme et la nature interagissent et s'adaptent sans cesse, la *créativité* humaine restant l'une des forces essentielles par lesquelles les civilisations tirent le meilleur de leur environnement naturel.

A- Réinventer la relation des hommes à l'environnement : la Révolution naturelle

Une difficulté intervient si l'on considère toutefois que cette créativité s'est historiquement traduite par une relation purement technique au monde naturel, par laquelle les hommes n'ont fait qu'exploiter les ressources disponibles dans leur environnement, sans rien lui rendre en retour. Dès 1987, le philosophe Michel Serres proposait de rétablir un équilibre dans la relation homme – nature par l'établissement d'un « contrat naturel »⁸ partant de prémisses semblables à celles



de la philosophie politique contractualiste.

Selon lui, l'histoire révèle que peu à peu, les esclaves, les étrangers, les femmes, les enfants, les pauvres et les destitués ont acquis la personnalité juridique, et se sont vus reconnaître un éventail de plus en plus large de droits⁹. Inspiré par la philosophie rousseauiste du *contrat social*, Serres propose ainsi de parachever l'élargissement historique de la catégorie de sujet de droit par l'établissement d'un *contrat naturel* entre les hommes et la nature. De la même manière que la philosophie des Lumières a constitué le terreau sur lequel se sont développées les révolutions anglaise, américaine et française, ces nouvelles idées portent en germe une révolution d'une nature toute particulière : la Révolution naturelle. Comme les révolutions politiques et sociales précédentes¹⁰, la révolution naturelle est en train de prendre forme par des changements politiques, économiques et juridiques de grande ampleur. L'émergence, dans les années 1970, d'un nouveau pan du droit entièrement consacré à la protection de l'environnement en est l'illustration, à la fois sur le plan international et sur le plan local.

B- Une nouvelle compréhension de la nature : les lois de conservation de l'environnement en République tchèque

Ce changement de paradigme a également atteint la République tchèque, malgré l'isolement relatif dans lequel l'URSS a maintenu le pays qui fut son satellite pour près d'un demi-siècle. De l'autre côté du rideau de fer, avant même la révolution de 1989, des lois visant à protéger l'environnement dévasté du pays ont en effet été adoptées¹¹. Leur application fut cependant inopérante. C'est donc simultanément à la révolution initiée par les forces démocratiques que la Révolution naturelle a franchi les frontières de la République tchèque, bouleversant la relation que les citoyens et leur gouvernement entretenaient jusqu'alors avec l'environnement. D'un point de vue institutionnel d'abord, le Ministère tchèque de l'Environnement a été créé le 1er janvier 1990. Placé sous la direction du Comité fédéral tchécoslovaque pour l'Environnement jusqu'en 1993, ce ministère a très vite été investi de pouvoirs conséquents et suppléé par une myriade d'agences dédiées à la protection environnementale¹². La création même d'organes administratifs spécifiquement chargés de la protection de l'écosystème est apparue en soi comme une petite révolution en République tchèque.

D'un point de vue constitutionnel ensuite, la Constitution et la Charte des droits et libertés fondamentaux¹³ ont introduit, pour la première fois dans l'histoire du pays, des dispositions constitutionnelles visant à garantir la conservation

des milieux naturels¹⁴. Le Code pénal n'a pas été épargné par cette évolution : une responsabilité pénale pour dommage causé à l'environnement est venue compléter le dispositif¹⁵. Les bases légales ont ainsi été jetées pour l'adoption de lois de protection de l'environnement de plus en plus nombreuses, régulant et sanctionnant les activités humaines menaçant l'équilibre de la biosphère¹⁶.

C- Un statut juridique pour le monde naturel : à la jonction entre la révolution naturelle et la révolution libérale

Dès lors, bien que la nature n'ait pas de main pour écrire ni un entendement qui la rendrait capable d'une telle intention, il s'est avéré que la République tchèque pourrait définitivement entrer dans ce que Michel Serres appelle le *contrat naturel*. Le législateur tchèque a, comme beaucoup d'autres en Europe et dans le monde¹⁷, commencé à concevoir la possibilité d'intenter une action en justice contre les pollueurs et à reconnaître au monde naturel et à ses différentes composantes un statut juridique à part entière.

Cette évolution s'observe par exemple dans l'adoption successive d'une loi sur la gestion des forêts (n°289/1995), d'une loi sur la protection de l'eau (n°254/2001) d'une loi sur la protection de l'air (n°86/2002), d'une loi sur les animaux détenus dans les parcs zoologiques

(n°162/2003) ou d'une loi sur l'Antarctique (n°276/2003)¹⁸, conférant à chacun de ces éléments spécifiques du monde naturel un statut juridique particulier. Les espèces animales en voie de disparition, les arbres des forêts, l'air, l'eau, la banquise ont ainsi été progressivement reçues et protégées par le droit. Il serait excessif de déceler ici le pendant *naturel* du mouvement d'extension de la communauté des sujets de droits théorisé par Michel Serres, la nature étant seulement l'*objet* de protections juridiques. Cependant, les « termes de l'échange » ont bien évolué : la nature peut dorénavant recevoir une certaine forme de compensation au cas où des individus ou des entités économiques lui causent un dommage certain. Les articles 10 et 27 de la loi n°17/1992 sur l'environnement obligent par exemple toute personne physique ou morale à prendre des mesures de réparation permettant de retrouver l'état antérieur du milieu naturel, ou à payer des dommages-intérêts s'il est prouvé qu'elle a porté atteinte à l'un de ces éléments environnementaux.

Ce rééquilibrage des termes de l'échange conceptualisé par Michel Serres procède aussi de l'adhésion de la République tchèque à l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN)¹⁹. Prônant une analyse dynamique et interdisciplinaire des questions environnementales, l'UICN constitue un puissant relais international pour l'émergence



d'une sorte de « droit de la Terre »²⁰, véritable système intégré de lois régulant la biosphère.

D'une façon plus intéressante encore, on voit comment, initialement engagée aux niveaux international et communautaire, la Révolution naturelle a pris une dimension nouvelle en 1989, au cœur de la Révolution de Velours. L'état critique des forêts et des fleuves, la recrudescence de maladies mortelles dues à la pollution en Bohême du Nord, la répression systématique de toute forme de dissidence écologique par le régime communiste ont accentué le mécontentement général. Le Ministère de l'environnement rapporte ainsi qu'à la fin des années 1980, 83% de la population considérait insatisfaisant l'état environnemental de sa commune de résidence²¹. Finalement, la crise écologique a donc accentué la perte de confiance des citoyens dans le régime et précipité la révolution politique et sociale²². En d'autres termes, la Révolution naturelle a potentiellement accéléré et renforcé la Révolution libérale, laquelle a mis fin au joug communiste.

III- Protection de l'environnement et développement économique : la politique environnementale tchèque après la Révolution de Velours

Par opposition à l'idée profondément ancrée dans la tradition philosophique et juridique moderne, selon laquelle la nature n'est qu'un

substrat statique sur lequel se développent les activités humaines, une nouvelle pensée, plus dynamique et moins réductionniste, est en train d'émerger dans le monde entier. Les idées élaborées à l'échelle globale par les philosophes et les scientifiques sur la conservation de la nature ont progressivement été transposées dans les lois nationales. Si la République tchèque a suivi ce chemin, elle a également été confrontée à d'autres difficultés de grande ampleur.

A- Réinventer la relation des citoyens à l'Etat : la Révolution libérale et démocratique

Au-delà de la crise écologique, le pays a du faire face à un défi tout aussi délicat : la transition vers l'économie de marché et la démocratie. En novembre 1989, les manifestations massives des différents groupes d'opposition ont atteint leur paroxysme, provoquant la chute du Parti Communiste, la démission du gouvernement, et l'organisation d'élections libres.

Après la séparation de la Tchécoslovaquie en deux Républiques distinctes²³ et le début effectif des grandes réformes, la sévérité des conditions économiques et environnementales des deux pays a été révélée au grand public par l'intermédiaire des organes démocratiques nouvellement rétablis. Le gouvernement tchèque a rapidement pris de nombreuses mesures, allant de la privatisation de la pro-

priété d'Etat à la libéralisation des prix, en passant par l'ouverture des changes monétaires internationaux²⁴. Les vastes programmes de privatisation, ouverts à la fois aux nationaux et aux étrangers, visaient d'abord à restaurer la propriété privée et attirer les investissements en provenance de l'Ouest, ceci dans le but de stimuler l'activité économique du pays.

Dans le contexte de crise écologique que l'on sait, les flux d'investissements étrangers ont suscité deux craintes, l'une émanant des écologistes, l'autre des entreprises étrangères²⁵. D'un côté, les Ministres européens de l'Environnement souhaitaient éviter que les entreprises occidentales investissent à l'Est pour profiter des standards environnementaux moins élevés.

De l'autre, les investisseurs étrangers craignaient d'entrer au capital de sociétés tchèques potentiellement responsables pour des méfaits environnementaux passés. Les réformes politiques et économiques qui ont suivi la Révolution de Velours ont donc forcé la République tchèque à trouver un subtil équilibre : revoir à la hausse ses normes environnementales, tout en évitant d'instaurer un régime de responsabilité trop strict qui refoulerait les capitaux étrangers.

B- Une nouvelle conception de la politique environnementale : réformes économiques et

protection de l'environnement en République tchèque

Les lois de protection de l'environnement adoptées au début du processus de transition se sont donc avérées aussi nécessaires à la restauration du milieu naturel tchèque que dangereuses pour le développement économique du pays. Face à ce dilemme, le gouvernement s'est tourné vers une conception nouvelle du droit de l'environnement, de moins en moins basée sur des mesures conservatrices et davantage orientée vers une action positive de restauration et de gestion de l'environnement²⁶.

En décembre 2004, un groupe d'expert a été constitué dans le but d'informer le gouvernement tchèque sur les objectifs à atteindre et les moyens à utiliser pour mettre en œuvre une réforme de la fiscalité écologique²⁷. Résultant principalement de la transposition de la directive 2004/96/CE, cette réforme s'est d'abord traduite par la hausse des taxes sur les carburants et le pétrole, le charbon, le gaz et l'électricité.

Parallèlement, des allègements fiscaux ont été introduits pour favoriser le développement des énergies renouvelables comme le biogaz, la production combinée de chaleur et d'électricité ou les véhicules propres. Plus récemment, des systèmes plus complexes de permis à polluer, de consigne et de rap-



ports d'information ont été développés sur l'ensemble du territoire²⁸.

Souvent imparfaites, ces mesures en faveur de l'environnement fondées sur le marché ont tout de même eu le mérite de créer les conditions permettant aux individus et aux entreprises de s'engager dans la voie de l'innovation technologique. En remplaçant ainsi la créativité et l'initiative personnelle au cœur de la révolution écologique, le pays a souhaité privilégier l'efficacité économique pour atteindre ses objectifs environnementaux²⁹. Tout en devenant partie au *contrat naturel* à travers la Révolution naturelle, la République tchèque est parvenue à réviser son *contrat social* au cours d'une Révolution libérale et démocratique.

C- L'amélioration de l'environnement par le développement économique: l'accomplissement des deux Révolutions tchèques

La façon dont ces deux Révolutions ont interagi l'une avec l'autre apparaît notamment dans la façon dont le gouvernement tchèque est parvenu à financer et à renforcer sa Révolution naturelle en se basant sur les innovations institutionnelles, politiques et économiques amenées par la Révolution libérale.

Affaiblie économiquement par quarante années de communisme, la République tchèque

disposait de très peu de ressources financières allouables aux programmes environnementaux. En 1991, le gouvernement a par exemple dépensé 8 milliards de Couronnes tchèques (environ 300 millions d'euros), soit 3% seulement de son budget total, dans des dispositifs écologiques. C'est précisément la raison pour laquelle les investisseurs étrangers ont pris une importance particulière dans la nouvelle stratégie environnementale du pays. Après avoir balayé l'héritage communiste centralisateur par des privatisations massives et revivifié la société civile³¹ en instaurant des garanties constitutionnelles protégeant les droits et libertés, le gouvernement a mis en œuvre une politique environnementale décentralisée.

Sous le contrôle renouvelé de la société civile, les investisseurs étrangers ont ainsi constitué un pilier central dans la coordination des plans de privatisation et la promotion d'investissements écologiquement responsables. Dès le début des années 1990, de nombreuses multinationales d'origine occidentale avaient déjà inclus des mesures favorables à l'environnement dans leurs stratégies de conquête du marché tchèque. L'entreprise américaine Procter & Gamble a par exemple alloué une part substantielle de ses investissements dans une entreprise tchèque de détergents à l'amélioration des conditions environnementales et sanitaires de ses usines³¹. La réforme du droit tchèque des

sociétés a également favorisé ce mouvement, par la multiplication des joint-ventures. Celle formée entre la société américaine Badger Engineers Inc. et la société tchèque Chemprojekt, toutes deux spécialisées dans l'ingénierie, s'est, elle, traduite par deux initiatives d'envergure : un projet de décontamination des sols autour d'une raffinerie d'une part et un projet d'incinération des déchets d'autre part, contribuant ainsi à stimuler l'économie du pays tout en améliorant sa qualité environnementale.

D'une révolution à l'autre, du *contrat naturel* au *contrat social*, du monde naturel au monde des institutions politiques et économiques,

l'histoire récente de ce pays de retour en Europe est finalement riche d'enseignements. Le plus significatif d'entre eux est sans doute celui-ci : condamnés à la réforme constante, contraints de s'adapter aux réalités économiques et écologiques de plus en plus liées mais aussi de plus en plus changeantes, les gouvernants sont condamnés à déployer leur action dans des cadres nouveaux à la fois au sein du droit et hors du droit, à faire preuve d'une intelligence, d'une créativité, d'une inventivité toujours plus grande. La moins mauvaise des nouvelles est qu'ils semblent, peu ou prou, en avoir progressivement pris conscience. ■

Notes

1. WARD B., DUBOS R., *Only One Earth*, p. 1 (1983). C'est nous qui soulignons.
2. Sur ces derniers, BRUNET R., REY V., *Géographie universelle. Europes orientales, Russie, Asie centrale*, Belin-Reclus, 1996, pp. 52-53.
3. Des extraits de cette lettre sont reproduits dans WILSON B., "The Communist Influence of Global Warming", WDC Media News, 21 Mars 2007.
4. L'environnementalisme peut se définir comme un mouvement social cherchant à influencer le processus de décision politique par des activités de lobbying, d'activisme et d'éducation dans le but de protéger les ressources naturelles et les écosystèmes.
5. KLAUS V., "The Other Side of Global Warming Alarmism", allocution prononcée à la Chatham House, Londres, 7 novembre 2007.
6. Sur ce point, on peut se référer à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, U.N. Doc. A/CONF. 48/14/Rev.1 (1973).
7. DUBOS R., *The Wooing of Earth*, 1980, p. 1.
8. SERRES M., *Le Contrat naturel*, Champs Flammarion, 1992, cf. pp. 87-149.
9. SERRES M., "Revisiting the Natural Contract", consultable en ligne sur <http://www.ctheory.net/articles.aspx?id=5>.
10. La Révolution américaine a abouti à la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1776, la Révolution française à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Une comparaison avec la Révolution de Velours de 1989 semble encore plus appropriée, cette dernière s'étant davantage produite de façon sous-terrain et non-violente.
11. EARNHART D., "Enforcement of Environmental Protection Laws Under Communism and Democracy", 40 *J.L. & Econ.*, (1997), pp. 377-400.
12. Parmi beaucoup d'autres, on peut citer par exemple : la loi n° 282/1991 sur l'Inspection Tchèque de l'Environnement et sa compétence pour la protection des forêts, la loi n° 338/1991 portant création d'un Fond d'Etat pour l'environnement, etc.
13. Une traduction officielle en langue anglaise de ces textes figure sur le site de la Cour constitutionnelle : http://angl.concourt.cz/angl_verze/index_angl.php.
14. L'article 7 de la loi constitutionnelle n° 1/1993 affirme l'existence d'un devoir, pour l'Etat, de protéger la prospérité environnementale. De la même manière, les articles 35, 11 et 14 de la Charte des libertés fondamentales (loi n° 2/1993) consacrent constitutionnellement un droit à un environnement sain et favorable.
15. Articles 181(a) et 181(b) du Code pénal tchèque notamment.
16. Pour un exposé synthétique en langue anglaise de ces innovations législatives : DAMORSKY M., *Czech Environmental Law*, Second Edition, Charles University in Prague, Faculty of Law, 2007, pp. 25-31.
17. Eminemment globale, la Révolution naturelle a en effet été initiée d'abord à l'échelle internationale puis européenne, la République tchèque adoptant la majorité de ses lois de protection de l'environnement en application de directives communautaires ou de conventions internationales.

18. Une version anglaise de chacune de ces lois est disponible sur Internet à l'adresse suivante: <http://www.mzp.cz/ris/vis-legcz-en.nsf/>.
19. CEVROSKY Jan, « The Wealth of Protected Areas in the Czech Republic », disponible en ligne : <http://www.biopolitics.gr/HTML/PUBS/CZECH/cerovsky.htm>.
20. Nous reprenons ici le concept anglais « Earth law » développé dans : ROBINSON N. A., "IUCN As Catalyst For a Law of the Biosphere: Acting Globally and Locally", 35 *Envtl. L.*, (2005), p. 256.
21. Czech Ministry of the Environment, *Environment of the Czech Republic: Evolution, Situations, and Trends to the End of 1989* (1990).
22. SERRES M., « Le droit peut sauver la nature », *Pouvoirs* 2008/4, n°127, p. 12.
23. ENGELBERG S., "Czechoslovakia Breaks in Two, to Wide Regret", *N.Y. Times*, 1er janvier 1993, pp. 1-14.
24. SUMANN R., "Investing in Czechoslovakia", 24 *Vand. J. Transnat'l L.* 369 (1991).
25. Ce phénomène est très bien analysé par SMETANA S., "Sustainable Development in the Czech Republic and Slovakia: The Integration of Environmental Protection and Economic Development", 5 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 786 (1991).
26. Sur cette évolution dans le contexte français, JEGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs* 2008/4, n°127, p. 23-33.
27. BURSIK, MARTIN, "Ecological Tax Reform in Czech Republic", Presentation at Ecotaxes in the New Member States, Green Budget Germany Conference, Berlin (12 octobre 2005). Disponible sur : <http://www.eco-tax.info/3events/NewEU.html>.
28. La plupart de ces instruments ont été introduits par la loi n°76/2002 sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution, entrée en vigueur le 1er janvier 2003.
29. Ceci « pour le meilleur et pour le pire », la gestion par le marché de la protection de l'environnement ayant donné lieu à de nouveaux risques.
30. Plus développée en République tchèque que dans d'autres pays postcommunistes, la société civile a joué un rôle central dans la Révolution de Velours. Il fut ainsi essentiel de l'associer à la Révolution naturelle. L'article 18 de la Charte des droits et libertés fondamentaux garanti le droit de pétition, l'article 20 a permis aux citoyens de constituer de puissantes ONG écologistes, et la loi n° 84/1990 a renforcé leur droit de réunion. Ces garanties constitutionnelles ont à leur tour agit comme de puissants moyens de contrôle sur les entreprises, notamment quant à leur conformité vis-à-vis des standards et objectifs environnementaux (ceci à travers, notamment, des processus modernes de shaming –« atteinte à la réputation »– et de promotion de la responsabilité environnementale des entreprises).
31. Environ 5 millions de dollars US sur un investissement total de 20 millions de dollars US selon SMETANA S., op. cit. note 23, p. 810.

DANIEL KADAR

Vers un « Big Bang » pour les hébergeurs internet ?



(SP 1995)
Avocat au Barreau de Paris
Reed Smith Paris

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a rendu en mai dernier une décision qui pourrait faire date dans la jurisprudence concernant la lutte contre la contrefaçon de produits de luxe dans le commerce électronique. Après quatre décisions remarquées en juin 2008, qui ont successivement condamné eBay face à Hermès International et face à des sociétés du groupe LVMH, qui ont prononcé de lourdes condamnations (38 millions d'euros de dommages-intérêts), un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris rendu le 13 mai 2009 a rejeté les demandes de L'Oréal de voir eBay condamnée et revient à une définition orthodoxe de l'hébergeur.

1. Les hébergeurs sont définis aux termes de l'article 6-1 2° de la Loi de Confiance en l'Economie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004 comme « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

Ces hébergeurs « ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circon-

stances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

La connaissance du caractère illicite des données est présumée lorsque sont notifiées à l'hébergeur plusieurs informations, telles l'identité de la personne qui notifie, la description des faits litigieux et leur localisation précise, la mise en évidence des motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, avec mention des dispositions légales et des justifications de fait. La liste est plus longue, mais la jurisprudence tend à alléger les conditions requises.

Ces dispositions prévoient donc une responsabilité limitée pour les hébergeurs, lesquels ne sont donc, en principe, pas soumis à une obligation générale de surveillance des contenus postés sur leur site.

2. Devant ce statut protecteur, certaines décisions ont, pour échapper à celui-ci, imaginé adjoindre au statut d'hébergeur des statuts plus contraignants : ainsi en est-il du statut de courtier, ou d'éditeur. C'est ce qu'avaient fait les décisions eBay de juin 2008.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a réfuté toute double-qualification de l'activité d'eBay : constatant que les prestations

commerciales sur Internet sont de plus en plus complexes, le Tribunal a estimé « qu'il n'est plus possible de raisonner pour un prestataire en activité principale et en activité accessoire, cette distinction n'étant plus pertinente dans le commerce électronique ». Et il en a déduit que le rôle d'intermédiation dans le rapprochement des vendeurs joué par eBay, même au moyen de services dédiés dont il note qu'ils sont automatisés, n'implique pas de la part d'eBay le contrôle des annonces postées. D'autres arguments déjà retenus par des décisions antérieures tels que la structuration du site résultant d'une conception propre d'eBay, ou que eBay soit rémunérée pour les annonces qui sont postées, ont été rejetés, le Tribunal mettant en avant l'absence de contrôle d'eBay sur les contenus et le fait que la rémunération est librement consentie par les vendeurs.

Ce retour à une qualification unique d'hébergeur semble se généraliser : c'est dans le même sens que la Cour d'Appel de Paris est allée dans un arrêt du 6 mai 2009, refusant que Daily Motion soit également qualifiée d'éditeur, et retenant là aussi le critère de « la capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne », autrement dit le contrôle sur les contenus.

3. L'autre élément marquant de cette décision est un changement radical de stratégie que tente d'insuffler le Tribunal de Grande Instance de Paris. Constatant que la contre-

façon se propage et que les condamnations des hébergeurs ne font avancer ces derniers que lentement - et sous la contrainte - dans la lutte contre la contrefaçon, les juges ont ouvert une nouvelle voie : la coopération.

Notant d'emblée que les critères de notification à eBay des actes de contrefaçon ne sont pas réunis et que l'Oréal n'a donc pas respecté ceux-ci, les juges ont cependant constaté que les actes existaient bel et bien, et que les parties en étaient conscientes et avaient échangé sur le sujet.

Or, plutôt que de se prononcer sur la contrefaçon, et en laissant entendre que la connaissance des faits de contrefaçon était avérée pour eBay, les juges ont proposé aux parties une médiation judiciaire pour qu'elles collaborent afin de mettre en place des mesures de contrôle « tenant compte des contraintes de l'autre », et qu'elles s'entendent même sur le financement de ces mesures.

Ainsi, malgré le retour à la qualification de simple hébergeur qui aurait pu avoir un effet exonératoire de responsabilité pour eBay, ce jugement instaure en réalité une obligation de surveillance renforcée pour l'hébergeur, obligation d'autant plus contraignante qu'elle aura été librement consentie au terme d'une médiation, et donc contractualisée. ■

ARNAUD BERDOU

Les atouts des offres publiques négociées en période de crise financière



Elève de M2 de Droit Economique
Mention Droit et Globalisation Economique
Vice-Président de l'AJSP, responsable du pôle conférences

En période de crise financière, les offres publiques de prise de contrôle sont mieux perçues par les marchés lorsqu'elles sont concertées, comme l'illustrent l'échec de l'offre non sollicitée de Gemalto SA sur Wavecom, et l'intervention *in fine* d'un chevalier blanc. Partant de ce constat, l'Association des Elèves et Diplômés Juristes de SciencesPo (AJSP) a organisé le 2 juillet dernier, peu après la publication par l'Autorité des Marchés Financiers de son rapport annuel faisant état de cette opération, une conférence-débat sur les offres publiques dans le contexte économique actuel, étant rappelé que l'AJSP avait déjà abordé la question des prises de contrôle en droit boursier (H. Brillon, L'état de la transposition de la directive OPA du 21 avril 2004 dans l'Union européenne, Droit des sociétés n° 3, mars 2007, alerte 11 ; A. Mialon et E. Tohme, Action de concert et prises de contrôle rampantes, Focus, Droit des sociétés n° 10, octobre 2007, alerte 43).

L'AJSP s'est entourée pour l'occasion d'acteurs intervenus dans l'opération précitée. Se sont ainsi exprimés deux avocats associés du Cabinet Jones Day (conseil de la société cible), M^e Linda Hesse et M^e Renaud Bonnet, ainsi que M. Renaud Mortier, professeur à l'Université de Rennes I, et M. Pierre Cosnier, Directeur juridique de la société Wavecom.

Compte tenu du niveau des cours de bourse

des sociétés, dont les titres sont admis sur un marché réglementé, relativement peu élevé en cette période, de nombreux « prédateurs » sont encouragés à déposer des offres non sollicitées. C'est dans ce contexte que le 6 octobre 2008, la société Gemalto SA a déposé un projet d'offre publique d'achat auprès de l'AMF visant les titres de la société Wavecom.

La société cible étant cotée en France et aux Etats-Unis, l'offre comportait deux branches, l'une soumise au droit français et l'autre au droit américain. Or, M^e Hesse a souligné les différences entre ces deux droits, et notamment le fait qu'une offre publique soumise au droit américain peut être partielle et révocable, de sorte à assurer à l'initiateur d'une offre hostile une protection minimale que le droit français ne permet pas. L'offre publique soumise au droit français est en effet à l'inverse irrévocable, et porte - sauf exception - sur l'intégralité du capital de la cible ou des titres y donnant accès à terme (AMF règl. gén., art. 231-6), et ne peut être soumise qu'à des conditions suspensives limitativement prévues par le Règlement général de l'AMF.

M^e Bonnet, le Professeur Mortier et M. Cosnier ont ensuite expliqué la portée du caractère irrévocable des engagements pris par l'établissement présentateur d'une offre lorsque l'initiateur est confronté aux mesures de défense mises en œuvre par la cible.

En effet, dans le cas Wavecom, la société cible avait convoqué une AG à l'effet de se protéger (distribution exceptionnelle de dividendes et émission de bons d'offre). Dans le même temps, la société Wavecom faisait valoir auprès de l'AMF que l'offre initiale ne pouvait pas être retirée, ni ses termes ajustés, empêchant ainsi Gemalto SA de recalibrer les conditions financières de son offre pour tenir compte des mesures de défense envisagées.

Il convient en effet de rappeler que l'initiateur peut renoncer à son offre, soit en cas de dépôt d'une surenchère, soit avec l'autorisation préalable de l'AMF si « l'offre devient sans objet ou si la société visée, en raison des mesures qu'elle a prise, voit sa consistance modifiée pendant l'offre » (AMF règl. gén., art. 232-11). Or, pour Wavecom, les mesures envisagées n'avaient pas pour effet de modifier sa consistance.

L'appréhension des termes de « mesures » et de « consistance » est toutefois délicate. Selon le Professeur Mortier, l'émission de bons d'offre, la distribution de réserves ou de dividendes, la cession ou l'acquisition d'actifs importants (« crown jewels » ou « ugly lady »), la modification de certaines dispositions statutaires (plafonnement des droits de vote, droits de vote double), et enfin l'augmentation de capital en cours d'offre, pourraient légitimer le retrait par l'initiateur de son offre.

Il a été toutefois coupé court à ce débat dans la mesure où, Wavecom ayant trouvé un chevalier blanc en la personne de Sierra Wireless n'a finalement pas réuni l'AG convoquée, de sorte que les moyens de défense anti-OPA sont restés à l'état de dissuasion. Il reste que cette opération a donné l'occasion au régulateur d'exposer sa conception, particulièrement extensive, de la définition de modification de la consistance de la cible, laquelle recouvre

la seule approbation par l'AG d'une délégation de compétence tenant à l'attribution de bons d'offre, « quand bien même ces bons n'auraient pas été encore attribués aux actionnaires par le conseil d'administration » (AMF, Rapport général 2008, p. 122).

Au final, l'offre de Sierra Wireless fait l'objet d'un « tender offer agreement » assorti d'un « break-up fee » tant en France (AMF, Décision n° 208C2322, 24 décembre 2008, dépôt de la note d'information) qu'aux Etats-Unis. La stipulation d'une indemnité de rupture destinée à rembourser l'offrant des frais qu'il a engagés dans l'hypothèse où l'offre ne serait pas recommandée par le conseil d'administration, à la charge des actionnaires de la cible ou de la cible elle-même (comme ce fut ici le cas) est de plus en plus fréquente (SAP/Business Objects, 2007 ; IBM/ILOG, 2008). ■

Glossaire :

- Break-up fee : indemnité de rupture. Indemnité destinée à indemniser l'initiateur d'une partie de ses frais.
- Offer tender agreement : accord d'acquisition privé. Pratique d'origine américaine.
- Crown jewels/ugly lady : actifs importants. Pendant la période d'offre, la cible vend ses actifs les plus importants à des sociétés tiers, avec qui elle avait préalablement conclu des promesses de vente qui pouvaient être levées lors d'offres publiques hostiles seulement.

ANNONCE

La prochaine conférence de l'AJSP : faut-il supprimer le juge d'instruction ?

Sciences-Po
Jeudi 15 Décembre - 8h/10h
Amphithéâtre Jacques Chapsal
27 rue Saint-Guillaume, 75007 Paris

Rares sont ceux qui contestent encore que la procédure pénale française doive se renouveler. C'est dans ce contexte, qu'en 2008, la Garde des Sceaux a confié à une commission de juristes, dirigée par l'ancien haut magistrat français Philippe Léger, la tâche de rédiger un rapport proposant une refonte de la procédure pénale afin de « rendre le droit plus cohérent et plus lisible ». Les phases préliminaire et de jugement ont été examinées avec soin afin d'offrir les solutions les plus pertinentes possibles pour améliorer le système. Rendu au Président de la République en septembre dernier, le rapport Léger n'est pas passé inaperçu. En effet, de nombreux aspects ont été fortement critiqués, à l'image de la proposition de suppression du Juge d'Instruction.

Figure ô combien controversée depuis sa création en 1808, le Juge d'Instruction a été à objet de fantasme et de critiques. « À la fois Salomon et Maigret », pour reprendre les mots de Robert Badinter, le Juge d'Instruction a une double casquette qui fait à la fois sa force et sa faiblesse. Afin d'éviter cette double fonction, vue par certains comme une atteinte au principe d'indépendance du juge, il convient de mettre fin à ce système archaïque en clarifiant les rôles et les pouvoirs de chacun. La commission propose de supprimer celui-ci et de donner ses pouvoirs au Parquet qui sera supervisé par un nouveau personnage, le juge de l'enquête et des libertés.

Cependant cette solution a provoqué de vives réactions, certains allant même jusqu'à qualifier cette éventuelle suppression de « régression démocratique ». En effet, transférer les pouvoirs du Juge d'Instruction au Parquet revient à « donner tout le pouvoir au procureur de la République », explique Serge Portelli, vice-président au tribunal de Paris et président de la 12e Chambre correctionnelle. Cette perspective semble en contradiction totale avec l'arrêt rendu par la CEDH à l'encontre de la France en juillet 2008 qui affirme que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire.

Le débat est donc d'une forte actualité ce qui nous a conduit à organiser une conférence à Sciences Po le mardi 15 décembre dans l'amphithéâtre Chapsal. Le titre choisi est volontairement provocateur pour inciter au débat : « Vers une révolution judiciaire, faut-il supprimer le juge d'instruction ? ». Afin de rendre le débat le plus fécond possible, nous avons invité des représentants de toutes les fonctions en jeu dans cette question. Les débats entre Jean-Claude Marin, Procureur de la République de Paris, Edith Boizette, Présidente de la Chambre de l'Instruction de Paris et Me Jean-Yves Le Borgne, Futur vice-bâtonnier de Paris seront conduits par Me Bruno Thouzellier, Ancien Président de l'Union Syndicale des Magistrats. **Le bulletin d'inscription et toutes ces informations sont disponibles sur www.ajsp.fr.**

Arthur Millerand

L'adhésion à l'Association des Élèves et Diplômés Juristes de Sciences Po (AJSP) est réservée aux étudiants et diplômés de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris. Elle sera effective durant 1 an à compter de la réception de ce bulletin et du chèque joint.

NOM :

PRÉNOM :

PROFESSION :

CABINET/SOCIÉTÉ :

PROMOTION :

ADRESSE :

COURRIEL :@.....

TÉLÉPHONE :

Vos coordonnées et vos activités professionnelles ont-elles changé depuis l'année 2007 ?

- oui (par exemple : changement de cabinet ou d'entreprise, déménagement)
 non

Au cours de l'année 2010, l'AJSP va développer les activités suivantes :

- publier 4 numéros de la Lettre des Juristes,
- organiser des conférences juridiques à Sciences Po, à raison de 3 à 4 par an,
- permettre la rencontre entre des praticiens et les étudiants de l'École de droit (petits-déjeuners de présentation, ateliers CV, simulation d'entretiens, conseils aux étudiants),
- réactualiser l'Annuaire des Juristes (dernière édition de 2007),
- créer un Blog des Juristes, complémentaire de la Lettre, où les étudiants pourraient publier.

En tant qu'adhérent je bénéficierai des avantages suivants :

- un tarif promotionnel sur les conférences juridiques (15 euros au lieu de 30 euros pour les non-adhérents),
- la délivrance prioritaire, en version papier, de l'annuaire des juristes.

Je souhaite adhérer à l'AJSP :

- Cotisation pour les diplômés de Sciences Po : 30 euros
 Cotisation de soutien (supérieure à 30 euros) : ... euros

Qu'attendez-vous de l'AJSP ?

- Participer aux ateliers de rencontre les étudiants (présentation, relecture de CV),
 Assister aux conférences juridiques de l'AJSP,
 Contribuer à la Lettre des Juristes,
 Contribuer au Blog des Juristes (www.ajsp.fr/blog), un identifiant sera créé à cet effet
 Autre (précisez) :

Veuillez nous retourner ce bulletin signé et daté, accompagné d'un chèque de cotisation à l'ordre de l'Association des Juristes de Sciences Po, à l'adresse suivante : Association des Élèves et Diplômés juristes de Sciences Po / Adhésion - Sciences Po Paris - 27, rue Saint-Guillaume - 75007 Paris.

Pour toute demande d'information complémentaire : adhesion@ajsp.fr

SIGNATURE :

DATE :

Mentions légales - Diffusion du fichier et des informations

Les informations recueillies font l'objet d'un traitement informatique. Les informations personnelles (adresse, numéros de téléphone et courriels) sont destinées au secrétariat de l'AJSP et ne seront ni publiées ni transmises à des tiers. Par ailleurs, nous vous informons que :

- Les renseignements demandés, en dehors des informations personnelles, sont destinés à l'AJSP mais peuvent être transmis à toute personne physique ou morale susceptible d'apporter une aide à l'Association ou à ses membres
- En application de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978, vous êtes libres de ne fournir qu'une partie des renseignements.
- En application de l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978, vous bénéficiez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Si vous souhaitez exercer ce droit et obtenir communication des informations vous concernant, veuillez vous adresser à l'AJSP, 27 rue Saint-Guillaume, 75007 Paris ou à : adhesion@ajsp.fr



Appel à contribution : L'arbitrage et ses évolutions

Le thème de notre prochain numéro sera l'arbitrage et ses évolutions. Si le thème n'est pas des plus originaux, nous espérons que la revue offrira un panorama intéressant des différentes évolutions et des débats qu'elles suscitent que ce soit au niveau de la procédure (nouveau règlement CCI, possibilité de *class actions* au sein de l'arbitrage qui se débat aux Etats-Unis...), de l'arbitrabilité des litiges (avec bien sûr, entre autres, l'épineuse question de l'arbitrage impliquant l'Etat) ou encore de l'opportunité de reconnaître l'existence d'un ordre juridique arbitral indépendant.

N'hésitez pas à nous contacter pour:

- nous soumettre un article sur ce thème ou un commentaire d'arrêt ou de loi dans un autre domaine du droit ;
- nous soumettre une offre de collaboration ou de stage ou nous faire part d'une élection, d'une promotion ou d'un changement de poste récent.

Les articles peuvent être écrits en français ou en anglais. Afin de rendre la revue la plus dynamique possible et qu'elle soit à la fois intéressante pour les juristes confirmés et accessible pour les étudiants, nous demandons à ce que les contributions ne dépassent pas, dans la mesure du possible, quatre pages (interligne simple, police 11 ou 12).

Si vous souhaitez participer à ce numéro, nous vous remercions de nous écrire à revue@ajsp.fr :

- Au plus vite et avant le 20 janvier afin de nous soumettre le thème de votre article ;
- Les articles devront être envoyés avant le 20 février.

La *Revue des Juristes*, nous l'espérons, est vouée à devenir un lieu de débat et un ciment de la communauté des anciens exerçant dans les professions juridiques.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons donc avec grand plaisir vos contributions.

Les responsables de la *Revue des Juristes de Sciences Po*

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES
ET DIPLÔMÉS JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)

27 RUE SAINT-GUILLAUME - 75007 PARIS

EMAIL : REVUE@AJSP.FR

SITE : HTTP://AJSP.FR

- DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :

ROMAIN DETHOMAS

- SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER :

GILLES MARTIN

- COMITÉ DE RÉDACTION :

ROMAIN DETHOMAS, ALEXANDRE KOENIG,

CLÉMENT BIRNBAUM

- RÉALISATION GRAPHIQUE :

CLÉMENT BIRNBAUM