

Préface à La transformation écologique du droit économique

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Préface », in *La transformation écologique du droit économique*, 2025.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/foreword/2025-preface-a-la-transformation-ecologique-du-droit-economique>

Benoit Frydman

L'ouvrage que les lecteurs et lectrices s'apprêtent à découvrir contient des propositions concrètes, pratiques, réalistes pour transformer les différentes branches qui composent le droit économique afin d'intégrer en son cœur des règles, des procédures et des dispositifs de nature à favoriser et même à imposer la transformation écologique de nos sociétés.

Ces propositions, qui s'appuient sur des recherches et analyses fouillées, résultent d'un constat et d'un projet théorique parfaitement clair. L'étude dresse un constat globalement négatif de l'impact produit jusqu'à présent par le droit de l'environnement sur la nécessaire transformation de la logique extractrice et maximisatrice qui domine le droit économique. Elle en impute la responsabilité au statut du droit de l'environnement en tant que branche du droit séparée du droit des affaires, ce qui ne lui permet pas d'exercer une influence décisive sur le cours de celles-ci. Lors même que des préoccupations de développement durable sont introduites dans les instruments de droit économique, elles sont réduites à un rôle ancillaire, dans lequel les différents acteurs juridiques s'obstinent à les cantonner, et passent en conséquence toujours au second plan, en le cédant aux impératifs de croissance et de profit.

L'ouvrage porte la stratégie inverse d'une transformation du droit économique par une réforme substantielle de ses règles qui le mobilise en un instrument clé de la transition écologique. Ce projet s'appuie sur la théorie du droit substantiel de l'École de droit économique de Nice, formulée d'abord par Gérard Farjat et, dans le domaine environnemental, développée par Gilles Martin, qui a co-dirigé cette recherche avec Aude-Solveig Epstein et Marie-Alice Chardeaux. Les enseignants-chercheurs formés à l'École de Nice fournissent d'ailleurs une partie substantielle de l'important contingent qui a contribué à cette recherche de grande ampleur. Selon G. Farjat, le développement économique de nos sociétés nécessite la construction d'une « économie de droit » qui vienne s'ajouter aux garanties de l'État de droit. Réguler la société industrielle, tel était d'ailleurs le projet des penseurs réformateurs du 19^e siècle qui ont inventé la notion de « droit économique ». Dans ce cadre ont été introduites dès cette époque les premières législations luttant contre la pollution de certaines activités industrielles. Le rôle du droit économique contemporain consiste à réguler substantiellement les activités économiques pour assurer que celles-ci ne détruisent pas la santé, la sécurité, le bien-être des populations, préserve les ressources naturelles et, pour ce faire, assure la transition indispensable.

L'École de Nice prend ainsi l'exact contrepied de l'École de Hayek, développée dès avant la guerre à Vienne puis sur les bords du Léman avant d'essaimer dans tout l'Occident, dont l'objectif consiste

Préface à La transformation écologique du droit écon...

à préserver absolument le principe du libre-échange de toute intervention politique étatique, y compris celles qui visent à assurer aux travailleurs et aux populations un certain niveau de protection sociale et bien sûr aussi celles qui visent à préserver les ressources environnementales. Cette École a trouvé sa branche française dans le courant de la *lex mercatoria* développé par Berthold Goldmann et les disciples qu'il a formés dans le cadre de l'École de Dijon. Contrainte de progresser dans l'ombre dans le climat dirigiste de l'après-guerre et interventionniste des 30 glorieuses, cette École, qualifiée vaguement et faute de mieux de « néolibérale », a creusé son sillon au sein des organisations internationales économiques et financières comme le GATT et le FMI. Au sein même de l'ordre juridique européen elle a contribué activement à la constitutionnalisation des grandes libertés économiques, qui se voient conférer un statut hiérarchiquement supérieur au droit européen matériel, notamment de la protection de l'environnement. Elle a ensuite triomphé, comme on sait, à partir des années 1980, avec l'arrivée presque simultanée au pouvoir de M^{me} Thatcher et de M. Reagan, dont les politiques suivaient fidèlement les préceptes de Hayek et de l'École de Chicago, son compagnon de route étatsunien.

Les auteurs de l'ouvrage pensent avec raison que ces théories ont percolé du droit économique international et européen vers les droits économiques nationaux et ainsi durablement entravé l'incorporation des contraintes environnementales au cœur de ceux-ci. Ils se prononcent sévèrement contre les instruments financiers en matière environnementale, introduits par les tenants de l'École de Chicago¹, comme les marchés du carbone pour la lutte contre le réchauffement climatique, qu'ils qualifient d'entrée de « fiasco ». Il est exact que ces instruments ont été utilisés pour « assouplir » c'est-à-dire déforcer les dispositions écologiques, en particulier l'ambitieuse loi américaine sur la protection de l'air de 1970 (*Clean Air Act*). Diffusés par le canal de l'OCDE, ils ont été introduits au niveau international pour l'exécution du Protocole de Kyoto, sans lendemain faute d'accord politique de la plupart des États de s'engager jusqu'à aujourd'hui sur des réductions d'émission chiffrées. Ils sont dans le même temps devenus « la pierre angulaire » de la politique européenne de lutte contre le réchauffement, avec le soutien du gouvernement français de Lionel Jospin et de Dominique Voynet, à l'époque ministre de l'Environnement. Les auteurs ont raison de penser que cette politique a longuement erré, produisant des effets dilatoires préjudiciables au moins jusqu'à la réforme de 2018. Il n'en demeure pas moins que, avec un prix actuel-

1. L'idée de droits d'émission négociables a été introduite par John Dales, un économiste canadien proche matériellement et intellectuellement de Chicago, dans son ouvrage *Pollution, Property and Prices : An Essay in Policy-Making & Economics* (Toronto U.P. 1968). Ce livre, qui se base sur le théorème de Ronald Coase, fondateur de l'analyse économique du droit, se préoccupait à l'époque de la pollution des eaux.

Benoit Frydman

lement fixé à 70€ la tonne de CO₂², ce dispositif joue un rôle important, même si à ce jour la moitié de ces quotas sont encore distribués à titre gratuit par la Commission. L'Union européenne a décidé d'élargir son dispositif notamment aux secteurs des transports et de l'isolation des bâtiments. Malheureusement, elle a privilégié un mécanisme qui pèsera bientôt comme une taxe sur le consommateur final, notamment les automobilistes et les locataires de logement, alors qu'une ingénierie plus subtile aurait pu faire peser, de manière plus efficace, le poids de la décarbonation d'abord sur les entreprises des secteurs immobilier et automobile ou d'autres acteurs, y compris publics, mieux à même de favoriser la transition. N'oublions pas non-plus qu'est lié au marché européen du carbone le montant de la taxe carbone aux frontières qui frappera bientôt en principe les produits en provenance d'États qui n'ont pas mis en place de dispositions similaires ou au même niveau, dont les États-Unis et dans une moindre mesure la Chine. La fin du règne du libre-échange, accélérée par la guerre des droits de douane enclenchée tous azimuts par l'administration Trump, rend l'entrée en vigueur de ce type de mesures moins irréaliste que par le passé. De manière plus générale, si les auteurs de l'ouvrage refusent l'idée de l'économiste anglais du 19^e siècle Alfred Marshall selon laquelle la seule manière de protéger la nature, c'est de lui fixer un prix, ils sont peut-être moins hostiles à l'idée de son disciple Arthur Pigou, l'inventeur des taxes du même nom dont les écotaxes dérivent, qui visent à décourager les activités nuisibles à la collectivité. La pollution a un coût pour la collectivité qu'il faut, selon le principe européen du « pollueur-payeur » faire supporter à celui qui en est l'auteur (auquel j'ajouterai personnellement celui qui se trouve en position de la faire cesser ou de la réduire). Le droit fiscal environnemental, qui n'est pas traité dans l'ouvrage, constitue ainsi une arme majeure dans les mains des autorités publiques pour mener à bien la transformation écologique. De la même manière, la transformation de l'État libéral en État social n'aurait pas été possible sans qu'on ajoute aux réformes substantielles du droit social une importante politique fiscale et para-fiscale permettant de financer les services publics et la sécurité sociale ainsi que d'opérer des transferts de revenus. Il faut donc à mon sens penser ensemble la réforme écologique du droit économique et celle du droit fiscal.

On comprend cependant parfaitement que la présente recherche ait souhaité mettre l'accent, pour une fois, non pas sur les mesures fiscales et les instruments de marché, qui ont focalisé principalement l'attention des acteurs et des observateurs au cours de ces trente dernières années, comme l'arbre qui cache la déforestation, et considérer les réformes substantielles qu'il convient d'apporter à notre droit pour favoriser le développement durable. Les lecteurs seront frappés par

2. Au moment d'écrire ces lignes au début du mois de juin 2025. Les permis d'émission, en baisse en raison de l'état dépressif de la conjoncture, frôlaient 85€ la tonne en janvier dernier.

Préface à La transformation écologique du droit écon...

l'ampleur des domaines explorés et du champ des réformes avancées. Si ces propositions sont axées sur le droit français, les auteurs ont eu tout à fait raison à mon sens de ne pas se limiter à celui-ci dans leurs analyses et de prendre en compte, de manière globale et spécialement dans leurs effets, les normes de tous niveaux, internationales, européennes et nationales, qu'elles soient d'ordre public ou privé, cette approche holistique constituant le préalable nécessaire toute réflexion et action pratiquement efficace. Les propositions touchent pratiquement à toutes les branches du droit économique, du droit des sociétés au droit de la consommation, en passant par le droit comptable et financier, le droit commercial, le droit administratif de l'économie, et bien d'autres encore. Je me borne ici à en évoquer quelques-unes qui, parmi d'autres, me paraissent particulièrement significatives.

D'abord la réforme de la comptabilité pour mieux faire ressortir les risques écologiques et leurs coûts. L'adoption au niveau européen du principe dit de la « double matérialité » constitue à cet égard une avancée importante en imposant d'inscrire dans le « rapport de durabilité » l'impact écologique des activités non plus uniquement en termes de coût ou de risque pour l'entreprise elle-même mais également pour la collectivité dans son ensemble. De nouvelles normes européennes (dites ESRS) fourniront non seulement aux organes de l'entreprise mais aussi aux pouvoirs publics et aux parties prenantes tierces qui surveillent les entreprises des informations précieuses notamment pour la prévention des risques et l'évaluation des mesures et réformes à mettre en place. Les plus grandes entreprises seront amenées à se fixer des objectifs chiffrés, mesurés par des indicateurs et soumis à vérification, dans les domaines du développement durable, ainsi que des droits sociaux et des droits de l'homme affectés par les activités de l'entreprise. Elles sont notamment invitées à fixer ses objectifs de réduction des gaz à effet de serre qu'elles émet dans son activité (scope 1), par l'utilisation de sources d'énergie fossiles (scope 2) ou qu'elle induit chez ses partenaires et ses clients (scope 3). Elles peuvent certes en théorie s'y soustraire en expliquant leurs raisons (*comply or explain*), mais un tel silence pourrait être interprété comme une négligence fautive dès lors que les entreprises ont désormais l'obligation juridique de contribuer proportionnellement aux objectifs de réduction fixés par l'Accord de Paris et les règles européennes.

Ensuite, l'obligation de vigilance imposée, par la loi française de 2017 puis par la directive européenne de 2024, aux très grandes entreprises sur la chaîne de production et de distribution qu'elles contrôlent économiquement. Ces entreprises devront désormais identifier sur cette chaîne les risques sociaux et environnementaux et planifier leur suppression ou leur réduction. Cette obligation s'accompagne d'un ensemble de micro-institutions, procédures et outils pour identifier et mesurer les risques ainsi que les effets des mesures adoptées, obliger les sous-traitants à en faire régulièrement rapport et les entreprises

Benoit Frydman

à contrôler ceux-ci, créer au sein des entreprises des organes pour recevoir les plaintes des parties prenantes et organiser des procédures de règlement des différends. Ces nouvelles règles s'inscrivent plus largement dans la réforme de la gouvernance des entreprises, largement traitée dans l'ouvrage, qui vise à donner davantage de poids aux représentants des valeurs de la transition écologique au sein des organes de l'entreprise et d'organiser des cadres et procédures spécifiques d'information, de consultation et de concertation avec ces parties prenantes.

Ces quelques réformes, parmi beaucoup d'autres proposées dans l'ouvrage, qui touchent à la fois au droit des sociétés, au droit comptable, au droit de la responsabilité, etc., se rejoignent dans un projet implicite mais qui apparaît assez clairement visant à modifier le statut des grandes entreprises. Celles-ci ne sont plus traitées en purs acteurs privés légitimement fondés à poursuivre exclusivement leur intérêt égoïste de maximisation du profit. Les réformes tentent de les transformer en des organisations socialement et écologiquement responsables dans leur sphère d'influence par le moyen de règles et procédures qui se rapprochent de celles qui encadrent l'action des autorités publiques : obligation de publicité, de transparence et de reddition de comptes ; délégations, à la faveur du processus désormais classique de corégulation, de fonctions proto-réglementaires et proto-judiciaires, à l'égard d'autres acteurs privés qui se trouvent sous l'emprise de son pouvoir économique ; droits d'information, de consultation et d'action conférés aux tiers parties prenantes dans l'intérêt général. En ce sens, elles participent au projet d'une véritable transformation du et par le droit économique qui est porté par ce livre.

Les réformes que je viens de mentionner ont d'ores et déjà été votées et sont à l'aube de leur mise en œuvre. Elles ne sont pas limitées à un seul État mais s'appliqueront dans toute l'Union européenne et même au-delà de par la portée extraterritoriale de leurs dispositions. Mais elles demeurent pourtant fragiles. Nul n'ignore qu'après avoir été votées sous la Commission von der Leyen I, au nom du *Green New Deal*, elles ont été presque aussitôt différées, atténuées ou carrément supprimées par le paquet dit *Omnibus*, proposé en 2025 par la Commission von der Leyen II, au nom de la simplification, de la dérégulation et de l'efficacité économique. Les institutions européennes ont ainsi cédé à la mobilisation sans précédent des milieux d'affaires contre ces réformes, à la politique virulemment hostile à la transition de la nouvelle administration Trump, mais aussi à la volonté politique des citoyens européens exprimée lors des élections au Parlement européen, qui ont sanctionné durement les partis écologistes européens. L'ampleur des résistances illustre paradoxalement l'importance de ces réformes, avec lesquelles, après des années d'atermoiements, de déclarations non suivies d'effets et d'initiatives réglementaires éden-tées, nous avons commencé d'entrer dans le dur. Cela illustre aussi

Préface à La transformation écologique du droit écon...

le caractère indispensable d'une volonté politique durable pour les mener à bien.

Ce n'est pas pour autant le moment de baisser les bras ni d'abandonner la partie. Certes l'entrée en vigueur des réformes a été différée, parfois de plusieurs années. Leur champ d'application a été réduit de 80% pour la directive sur le rapportage durable, passant d'environ 50.000 entreprises concernées à seulement 10.000 (dont seulement 2.000 sociétés étrangères). L'étendue du devoir de vigilance des entreprises a été restreinte à leurs sous-traitants ou partenaires directs. Cependant, les réformes n'ont pas été abandonnées, du moins pas encore à ce jour. Elles s'appliqueront aux 10.000 plus grandes entreprises actives dans l'Union européenne, soit davantage que le nombre d'entreprises concernées par la réduction des émissions industrielles depuis 2008. Enfin, le devoir de vigilance, dont la portée est réduite, s'étendra quand même à tous les sous-traitants ou partenaires du groupe dès lors que ceux-ci auront effectivement connaissance d'un risque. Cela annonce à n'en pas douter, comme nous en avons fait l'expérience dans d'autres domaines, le développement, à l'initiative des organisations de la société civile, d'une grande et longue campagne et procédure de dénonciation des risques sociaux et environnementaux dans les chaînes de valeur globales des plus grandes entreprises. Autant dire que l'énergie, l'imagination et l'inspiration qui nourrissent les réflexions et les propositions développées dans ce livre sont plus que jamais à l'ordre du jour pour mener les luttes pour le droit qui s'annoncent.