

Une Newsletter pour décrypter, suivre & anticiper le Droit de la Finance Durable

ÉDITORIAL



SFDR, Taxonomie, Actes délégués, article 173 VI, article 29, CSRD, indice transition climatique, éco-blanchiment, degré de durabilité environnementale, contribution substantielle, do not significantly harm, technical screening criteria... Les législateurs français et européens ne cessent d'enrichir le lexique de la finance durable, et annoncent déjà leur volonté d'accélérer. Au-delà d'un jargon abscons, cette terminologie reflète en réalité l'émergence d'un véritable corpus juridique nouveau, le Droit de la finance durable.

Les textes cités ci-avant ne sont en effet pas seulement des documents techniques dont la mise en œuvre soulève interrogations et inquiétudes, mais constituent avant tout de véritables textes de droit, s'imposant à tous et encadrant tant les activités que les acteurs de la finance durable.

Ce faisant, ils sonnent le glas de la « soft law », et du temps où finance durable rimait avec engagements volontaires.

Parce qu'ils sont avant tout des textes de droit, ils seront compris, interprétés et in fine appliqués par des juges, qui ne manqueront pas de sanctionner ceux qui ne les respecteraient pas ou pas assez. Et les juristes expérimentés savent qu'en présence de textes techniques, le pouvoir d'interprétation des juges prend tout son sens...

A cet égard, les tribunaux français ont d'ores et déjà commencé leur œuvre, et ont pour la première fois sanctionné les impacts climatiques négatifs d'une société, en l'espèce Total, sur la base des effets constatés en « scope 3 » de son activité en France (cf. analyse infra).

Une première jurisprudentielle donc, qui fera date et ne manquera pas d'inspirer l'interprétation juridique des volets « ESG Climat » de la réglementation tant française qu'europpéenne du Droit de la finance durable, et notamment du décret d'application de l'article 29 de la loi énergie-climat dont on nous a annoncé la publication imminente au Journal officiel.

Décrypter, suivre et anticiper le développement de ce nouveau droit est ainsi l'ambition de l'Observatoire du Droit de la Finance Durable.

N'hésitez pas à nous contacter !

Olivier LAFFITTE
Président
Expert associé auprès du FIR
Avocat à la Cour
olaffitte.esglegal@gmail.com

Au sommaire de cette Newsletter :

- [ESG & Climat](#) - 1^{ère} sanction des tribunaux français sur la base du « scope 3 » : Total obligé de revoir son bilan « climat »
- [ESG & Publicité](#) - Du « name and shame » au « name and claim » : le Droit de la finance durable s'empare de la publicité ESG
- [ESG & Réglementation](#) - Le « Grand Bond en avant » de la Finance Durable

ESG & CLIMAT

1^{ère} sanction par les Tribunaux français de l'impact climatique négatif d'une entreprise sur la base des effets constatés en « scope 3 » de son activité en France

Pour la première fois en effet, un tribunal français a pris juridiquement en compte les effets négatifs d'une activité industrielle conduite en France et constatés en « scope 3 », pour sanctionner le bilan climatique d'une entreprise.

Le jugement en question, rendu en date du 1^{er} avril 2021 par le Tribunal administratif de Marseille, est d'autant plus emblématique qu'il concerne une entreprise et un secteur particulièrement scrutés par la communauté des investisseurs durables, à savoir le groupe Total, mais également un projet industriel qui se voulait être un fer de lance de la nouvelle stratégie « climat » de cette entreprise.

Sans entrer dans les détails de cette affaire complexe, nous rappellerons cependant que souhaitant verdier son activité, le groupe Total ambitionnait de transformer une ancienne raffinerie de pétrole brut située dans le sud de la France, en une raffinerie nouvelle génération dédiée à la production de biocarburants. Pour ce faire, il lui appartenait d'obtenir une autorisation environnementale dite « ICPE », délivrée par le Préfet sur la base de diverses réglementations du Code de l'environnement. Dès cette autorisation ICPE obtenue, des associations de protection de l'environnement saisirent le Tribunal administratif de Marseille afin de voir déclarée illégale l'autorisation d'exploitation délivrée par le Préfet, aux motifs notamment que l'étude d'impact présentée par Total à l'appui de sa demande avait été faussée par la non-prise en compte des effets climatiques indirects, constatés en « scope 3 », de l'activité de la bioraffinerie.

Plus précisément, se posait la question de savoir si le groupe Total aurait dû, pour apprécier le bilan « climat » de son projet industriel, analyser les effets directs et indirects induits par l'importation d'huile de palme en provenance d'Asie du Sud-Est, et utilisée sur le site pour la production de biocarburant.

A cet égard, la réponse du Tribunal fut d'une clarté absolue. Il commença d'abord par rappeler « qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, l'utilisation d'huile de palme pour la production de biocarburants présente des impacts négatifs sur l'environnement, en particulier sur le climat et la biodiversité, reconnus comme tels par les institutions tant au niveau national que communautaire. La production d'huile de palme provoque ainsi notamment un risque de changement indirect dans l'affectation des sols, dit effet CIAS, phénomène qui se produit lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine ou animale et que

ESG & PUBLICITÉ

Du « name and shame » au « name and claim »... Le Droit de la finance durable s'empare de la publicité ESG

La publicité et la communication entourant les pratiques ESG de certaines entreprises multinationales ou certains acteurs financiers majeurs ont souvent été dénoncées comme relevant d'un « greenwashing » de façade.

Jusqu'à ce jour, et faute d'outils juridiques appropriés pour sanctionner des déclarations qui relevaient in fine d'un simple engagement volontaire, sans portée juridique, seul le « name and shame » pratiqué par certaines ONG permettait de dénoncer ces pratiques.

Depuis peu cependant, le Droit de la finance durable s'attache à les encadrer, et sera désormais le vecteur juridique ad hoc qui permettra de sanctionner des communications ESG par trop ambitieuses ou éloignées de la réalité.

A cet égard, les récentes initiatives de l'ONG britannique ClientEarth ayant dénoncé pour publicité mensongère les campagnes de communication d'ExxonMobil, Shell et Total s'inscrivent dans ce mouvement.

De même que l'article 4 du projet de loi « portant lutte contre le dérèglement climatique » interdisant, à l'instar du tabac, toute publicité pour l'énergie fossile, ainsi que son article 5 imposant des règles de « bonne conduite » pour les annonceurs des autres secteurs, via un code de bonne conduite qui transcrirait les engagements pris au sein d'un "contrat climat" conclu entre les médias et les annonceurs d'une part et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, d'autre part, afin de réduire la publicité pour les produits polluants, par des engagements volontaires ambitieux.

Ces initiatives juridiques démontrent à quel point la publicité et l'information en matière de pratiques et performances ESG, jusqu'ici gérées sans contrainte par les

ESG & RÉGLEMENTATION

Les nouvelles réglementations européennes ESG d'avril 2021 : le « Grand Bond en avant » de la Finance durable

Sans entrer dans le détail des textes réglementaires adoptés en avril 2021 par la Commission européenne, nous rappellerons cependant que ce paquet de mesures ambitieuses et particulièrement denses constitue un apport décisif à la régulation européenne du Droit de la finance durable.

A cet égard, le paquet de mesures inclut :

- L'acte délégué relatif au volet climatique du Règlement Taxonomie ;
- Une proposition de directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD) ;

cette demande supplémentaire intensifie la pression qui s'exerce sur les terres et peut se traduire par une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre ». Ce faisant, le Tribunal affirmait que pour évaluer l'impact environnemental d'une activité, il convenait de prendre en compte ses effets sur le climat, mais aussi sur la biodiversité.

Par ailleurs, et fort de ce constat, le Tribunal estima, dans un considérant de principe, que « compte tenu de l'impact sur le climat que l'utilisation d'huile de palme dans la production de biocarburants est susceptible de générer (...), l'étude d'impact du projet devait ainsi comporter une analyse de ses effets directs et indirects sur le climat, notion qui ne saurait être entendue de manière strictement locale dans le seul périmètre immédiat du projet ».

En conséquence, le Tribunal sanctionna l'illégalité de la décision d'autorisation environnementale délivrée par le Préfet aux motifs que « l'impact sur le climat résultant de la production même de cette huile, quel que soit par ailleurs son lieu de production (en l'espèce, l'Asie du Sud-Est), est plus néfaste que celui d'autres composés susceptibles d'être utilisés pour permettre la production de biocarburants sur le site et peut générer davantage d'émissions de gaz à effet de serre qu'il n'en résulte de la production de carburants fossiles ».

Avec cette décision, une juridiction française interprétait ainsi pour la 1^{ère} fois la méthodologie à appliquer afin d'évaluer l'impact « climat » d'une entreprise, et consacrait une interprétation extensive en jugeant qu'une telle évaluation doit nécessairement prendre en compte les effets indirects de « scope 3 ».

A n'en pas douter, une telle décision constitue un précédent particulièrement important pour le Droit de la finance durable, et ne manquera pas d'inspirer les juristes et les juges lorsqu'il s'agira d'interpréter et surtout appliquer les dispositions « Climat » de la réglementation française et européenne, ainsi que les dispositions « Biodiversité » résultant de l'article 29 de la loi énergie et climat et du Règlement Taxonomie.

Dans cette perspective, les évaluations d'impacts et les stratégies « Climat » des entreprises, ainsi que celles des investisseurs lors de la définition et gestion de leurs produits financiers durables, devraient prendre en compte cette méthodologie.

À défaut, le non-respect des dispositions « Climat » prévues par les réglementations françaises et européennes pourrait leur être reproché, et leur responsabilité pourrait être engagée vis-à-vis tant de l'autorité de régulation que des clients et partenaires avec lesquels ils sont en relation contractuelle.

services « marketing » des entreprises concernées, sont désormais appréhendées par le droit, et en conséquence susceptibles de sanctions tant par les régulateurs que par les juridictions.

Dans cette perspective, l'AMF, garante de la bonne information des investisseurs, a très clairement indiqué dans sa récente communication de décembre 2020 sur la finance durable, qu'elle n'hésitera pas à sanctionner les acteurs financiers dont la communication ESG ne serait pas proportionnée au regard de la qualité des produits financiers concernés. Les pénalités en la matière pourraient vite devenir particulièrement lourdes dès lors qu'elles seraient susceptibles de se calculer en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé sur les produits en question.

De même, la responsabilité contractuelle des acteurs financiers sera désormais susceptible d'être engagée par des clients ou partenaires mécontents, qui ne manqueront pas non plus de s'appuyer sur le Droit de la finance durable et notamment ses nouvelles obligations d'information pré et post contractuelles, pour faire sanctionner ce qui relève désormais d'un manquement contractuel à une obligation d'information, et le cas échéant, à son corollaire naturel, l'obligation de conseil.

Bien évidemment, que ce soit devant l'AMF ou devant les juridictions, les contours de cette nouvelle notion juridique d'« information ESG proportionnée » devront encore être clarifiées.

En attendant des clarifications sur ce sujet de la part des Tribunaux, il appartient d'ores et déjà aux acteurs financiers et aux entreprises concernées de prendre la mesure des nouvelles exigences découlant du Droit de la finance durable en matière de publicité et communication ESG, et d'anticiper et gérer de manière appropriée les nouveaux risques juridiques qui en résultent.

- Enfin, six actes délégués modificatifs relatifs aux devoirs fiduciaires et au conseil en investissement/assurance qui garantiront que les entreprises financières prennent en considération la durabilité dans leurs procédures et dans les conseils en investissement qu'ils prodiguent à leurs clients (seront notamment utilisés à cet effet les réglementations UCITS, MiFID, AIFM).

Véritable « Grand Bond en avant » du Droit de la finance durable, ces textes, de même que le décret d'application de l'article 29 de la loi énergie-climat dont la publication au Journal officiel est imminente, feront l'objet d'une analyse juridique spécifique lors de nos prochaines Newsletters.