



HAL
open science

Le procès environnemental

Eve Truilhé-Marengo, Mathilde Hautereau-Boutonnet

► **To cite this version:**

Eve Truilhé-Marengo, Mathilde Hautereau-Boutonnet. Le procès environnemental: Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2019. halshs-02143713

HAL Id: halshs-02143713

<https://shs.hal.science/halshs-02143713>

Submitted on 29 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Convention de recherche n° 216.09.28.12 du 29 septembre 2016

Publié en mai 2019

Rapport final de recherche

LE PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

DU PROCÈS *SUR* L'ENVIRONNEMENT

AU PROCÈS *POUR* L'ENVIRONNEMENT

Sous la direction de : Ève Truilhé, Directrice de recherche au CNRS, Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) et Mathilde Hautereau-Boutonnet, Professeure à l'Université Jean Moulin-Lyon 3 (CNRS, UMR 5600 EVS, IDE)

Ont également contribué à ce rapport de recherche :

Michel Bélanger, Avocat au Barreau de Québec ; Olivera Boskovic, Professeure à l'Université Paris Descartes (CEDAG EA 1516) ; Sophie Bourges, Juriste en droit de l'environnement ; Estelle Brosset, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Michel Degoffe, Professeur à l'Université Paris Descartes (CEDAG EA 1516) ; Sabrina Dupouy, Maître de conférences à l'Université d'Auvergne (Centre Michel de L'Hospital) ; Laurence Gay, Chargée de recherche au CNRS, Université d'Aix-Marseille (GERJC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Paule Halley, Professeure titulaire à l'Université Laval (Québec) ; Mathilde Hautereau-Boutonnet, Professeure à l'Université Jean Moulin-Lyon 3 (CNRS, UMR 5600 EVS, IDE) ; Marie Lamoureux, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Sophie Lavallée, Professeure titulaire à l'Université Laval (Québec) ; Olivier Le Bot, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (GERJC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Sébastien Mabile, Avocat au Barreau de Paris, Président de la Commission "Droit et Politiques environnementales" du comité français de l'UICN ; Sandrine Maljean-Dubois, Directrice de recherche au CNRS, Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Jean-François Marchi, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Julia Motte Baumvol, Maître de conférences à l'Université Paris Descartes Descartes (CEDAG EA 1516) ; Jean-Baptiste Perrier, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (LDPSC, EA 4690) ; Nathalie Rubio, Professeure à l'Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Marthe Stefanini, Directrice de recherche au CNRS, Université d'Aix-Marseille (GERJC-DICE – UMR 7318, CNRS) ; Marie Toussaint, Présidente de l'Association Notre Affaire à Tous ; Ève Truilhé, Directrice de recherche au CNRS, Université d'Aix-Marseille (CERIC-DICE – UMR 7318, CNRS)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention de recherche n° 216.09.28.12 du 29 septembre 2016). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

REMERCIEMENTS

Les auteurs du rapport remercient les personnes suivantes pour les éclairages apportés à l'occasion d'échanges et entretiens :

Juan Pablo Arístegui Rapporteur au Second Tribunal de l'environnement du Chili, Santiago

Carina Costa De Oliveira, Professeure à l'Université de Brasilia (UNB)

Christel Cournil, Maîtresse de conférences à l'Université Paris 13 (PRES Sorbonne Paris Cité, CERAP)

Marie-Angèle Hermitte, Directrice honoraire de recherche au CNRS

Tsuyoshi Hondou, Professeur à l'Université de Tohoku (Japon)

Ximena Insunza, Juge au Second Tribunal de l'environnement du Chili, Santiago

Lorena Lorca, Conseil de la défense de l'État (Chili)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur à l'Université de Limoges

Pilar Moraga, Professeure à l'Université du Chili

Tadashi Otsuka, Professeur à l'Université de Waseda (Japon)

Xavier Tarabeux, Procureur de la République près le TGI de Marseille

Kazuhiko Yamamoto, Professeur à l'Université de Hitotsubashi (Japon)

Katsumi Yoshida, Professeur à l'Université de Waseda (Japon)

SOMMAIRE

RECOMMANDATIONS

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE - L'OUVERTURE DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

Chapitre 1 – Les règles gouvernant l'action en justice : le défi de la nature collective du litige

Section 1 – L'élargissement des sujets de droit autorisés à agir : une évolution difficilement acceptable

Section 2 – Les dérogations à l'exigence d'un intérêt personnel : une solution plus acceptable

Chapitre 2 – Les règles gouvernant la compétence du juge : le défi de la nature transnationale du litige

Section 1 – L'action engagée contre l'État : des obstacles à contourner

Section 2 – L'action engagée contre l'entreprise : des évolutions à encourager

SECONDE PARTIE - LE DÉROULEMENT DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

Chapitre 1 – Les règles gouvernant le cours de l'instance : le défi de la nature complexe des faits du litige

Section 1 – Les règles probatoires : une évolution difficile

Section 2 – Le recours à l'expertise scientifique : une amélioration possible

Chapitre 2 – Les règles gouvernant l'issue de l'instance : le défi de la nature complexe de la solution au litige

Section 1 – La prévention des atteintes à l'environnement : un existant à améliorer

Section 2 – La réparation des atteintes à l'environnement : un tournant à opérer

Recommandations à l'intention des acteurs du procès et/ou du législateur

L'étude des règles gouvernant l'ouverture et le déroulement du procès environnemental conduit aux recommandations suivantes :

- 1) Encourager les victimes à porter leur action devant les juridictions internes ou régionales face aux limites du droit d'agir devant la Cour internationale de Justice**
- 2) Encourager la poursuite d'une réflexion sur l'opportunité de la création des droits de la nature et d'une *actio popularis* encadrée devant les juges internes**
- 3) Encourager la création d'actions attitrées dans les ordres nationaux sous l'influence notamment d'une convention internationale favorisant l'ouverture de l'accès au juge dans le domaine environnemental, tel le Pacte mondial pour l'environnement**
- 4) Encourager l'assouplissement des conditions de l'intérêt à agir devant le juge de l'Union européenne**
- 5) Encourager le contrôle des actes préparatoires devant le juge administratif**
- 6) Encourager la diffusion dans les différents ordres nationaux, sous l'influence du législateur ou du juge, du devoir de vigilance pour favoriser la compétence du juge du for**
- 7) Encourager dans les différents ordres nationaux la reconnaissance d'un for de nécessité**
- 8) Encourager la référence à la *Nomenclature des préjudices écologiques* pour mieux prouver et mieux réparer, comme l'avait déjà proposé le Rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique**
- 9) Encourager l'amélioration des compétences de l'expert et son financement, comme l'avait déjà proposé le Rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique**
- 10) Encourager la mise en place de procédures de rationalisation du recours à l'expertise pour le règlement des litiges environnementaux les plus sensibles, sur le modèle de la « *concurrent evidence* »**
- 11) Encourager la création de parquets spécialisés en environnement**

- 12) Encourager la création de « pôles environnement » au sein de juridictions judiciaires
- 13) Encourager la création d'un juge administratif « à guichet unique » en droit de l'environnement
- 14) Encourager l'élargissement du contrôle de légalité aux actes préparatoires
- 15) Encourager la réflexion sur l'opportunité de la mise en place d'un référé spécial en matière d'environnement
- 16) Encourager la reconnaissance de la finalité préventive de l'action en responsabilité civile
- 17) Encourager la création d'un guide des mesures préventives et réparatrices à l'intention des juges et parties
- 18) Encourager la création d'une action en réparation du préjudice écologique devant le juge administratif
- 19) Encourager le renforcement de l'efficacité des mesures réparatrices par un dispositif invitant le responsable à soumettre à l'avis de l'Autorité environnementale un plan de réparation précisant les types de mesures et les modalités de la réparation en nature ou par affectation
- 20) Encourager le renforcement de l'effectivité de la réparation du préjudice écologique en imposant au responsable ou bénéficiaire des dommages-intérêts affectés à la réparation des atteintes à l'environnement d'informer l'Autorité environnementale de son exécution et d'autoriser l'État, en cas d'échec, à adopter les mesures au frais des intéressés
- 21) Encourager la reconnaissance du contrat de réparation du préjudice écologique conclu entre les parties après avis de l'Autorité environnementale pour mettre en œuvre les mesures de réparation
- 22) Encourager l'adoption d'un guide du procès environnemental

INTRODUCTION

« Droit relatif à l'environnement »¹, le droit de l'environnement est défini de manière téléologique. Indissociable de sa finalité, il est un « droit pour l'environnement »², tourné vers la protection de l'environnement ou, plus précisément, « un droit qui par son contenu contribue à la santé publique et au maintien des équilibres écologiques »³. En ce sens, il s'articule autour des droits, devoirs et principes qui, s'ils sont consacrés en France dans la Charte constitutionnelle de l'environnement depuis 2005⁴, se retrouvent pour la plupart dans les différents ordres juridiques. En substance, ils ont pour finalité, avec l'appui d'une multiplicité de règles et techniques juridiques, de prévenir autant que réparer les atteintes à l'environnement.

La capacité de ce droit à être effectif, c'est-à-dire, selon le Doyen Carbonnier, à être appliqué dans les faits⁵ est régulièrement mise en doute. La doctrine pointe du doigt les faiblesses des différents ordres pour garantir le respect d'une norme⁶. Comme le montre un récent ouvrage sur le sujet, qu'il s'agisse du droit de l'environnement interne, international ou de l'Union européenne, il est nécessaire de renouveler les techniques renforçant l'effectivité du droit de l'environnement⁷.

Parmi les voies d'une meilleure effectivité, si le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement et celui du droit pénal en tant que sanctionnateur de la délinquance écologique a déjà fait l'objet d'études doctrinales importantes sur lesquelles nous ne

¹ M. Prieur (dir.), *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2016, p. 9.

² S. Maljean-Dubois, *Quel droit pour l'environnement*, Hachette 2008.

³ M. Prieur (dir.), *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2016, p. 9.

⁴ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005 p. 3697.

⁵ V. son célèbre article, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 133. Sur la notion d'effectivité, v. le mot Effectivité in J. Commaille, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. Alland et S. Rials, PUF. Pour d'autres définitions de l'effectivité en relation avec la recherche portant sur le droit de l'environnement, S. Maljean-Dubois (dir.), « The Effectiveness of Environmental Law : A Key Topic », in S. Maljean-Dubois (dir.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Intersentia, 2017, p. 1 et s.

⁶ Il s'agit de sa garantie normative, 3^e pôle de la force normative, v. C. Thibierge *et alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.

⁷ S. Maljean-Dubois (dir.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Intersentia, 2017. Pour un renforcement de l'effectivité du droit de l'environnement, v. aussi le rapport 2015 du Club des juristes : <http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-renforcer-lefficacite-du-droit-international-de-lenvironnement-devoirs-des-etats-droits-des-individus/>

reviendrons donc pas⁸, le procès mérite d'être regardé de plus près⁹. En tant que « mécanisme destiné à assurer la paix sociale à l'issue d'une procédure réglée permettant, en principe, à un tiers impartial de dire le droit entre des intérêts potentiellement divergents », le procès a principalement vocation à résoudre les litiges¹⁰. Il peut, *a priori*, par la solution juridique qu'il prescrit, participer à l'effectivité du droit de l'environnement¹¹, ce qui correspond finalement au sens latin du mot procès *-procedere-* aller de l'avant. Peu étonnant alors que les procès environnementaux se multiplient à travers le monde. Les plus médiatisés, connus sous le nom de l'« Erika » en France, « Bello Monte » au Brésil, « Deep Water » aux États-Unis, « Shell » au Nigéria et en Hollande, « Probo Koala » en Côte d'Ivoire, « Chevron » en Équateur et aux États-Unis, « Exxon » aux États-Unis, ne sont que la face visible de la multiplicité des litiges environnementaux qui, au quotidien, se déroulent devant l'ensemble des prétoires. En atteste la multiplication dans les revues spécialisées de chroniques qui apportent un éclairage sur les différents contentieux environnementaux¹². Marées noires, constructions de barrages ou autres infrastructures, exploitations minières, déforestation, changement climatique, abandons de déchets et déversements de produits toxiques, pollutions de l'air, des sols ou de l'eau : plus un juge n'échappe au litige environnemental.

Encore faut-il s'entendre sur ce qu'on entend par **litige environnemental**. Certains litiges sont proprement environnementaux dans le sens où la prétention soumise au juge est faite directement par rapport à une norme de droit de l'environnement. C'est le cas par exemple de l'action formée par quatre ONG françaises (Fondation pour la nature et l'homme, Greenpeace France, Notre Affaire à Tous et Oxfam France) contre l'État français pour son action insuffisante contre le réchauffement climatique. Dans d'autres cas, la dimension environnementale n'apparaît que de façon incidente. Une partie ou les parties soumettent alors leurs prétentions de droit, lesquelles, pour pouvoir être tranchées, vont impliquer de façon accessoire ou incidente la référence à un droit contenu dans une norme

⁸ Dans les deux cas, il s'agit de projets soutenus par la Mission de recherche Droit et Justice : S. Maljean-Dubois et O. Lecucq (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, 2008 ; L. Neyret (dir.), *Des écrocimes à l'écocide : le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015.

⁹ Il a d'ailleurs fait l'objet d'une première attention : S. Amrani Mekki, Le procès, vers un droit processuel de l'environnement ? Actions préventives et principe de précaution, in M. Mekki (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 2018, p. 187.

¹⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis-PUF, 2^e éd. 2013, p. 39.

¹¹ Comme l'affirme S. Amrani Mekki, « La procédure est une matière qui a longtemps été délaissée car elle est un droit sanctionnateur, souvent perçu comme une simple mécanique de réalisation des droits substantiels. Pourtant son importance est vitale pour l'effectivité des droits », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1081, mot Procès.

¹² V. notamment les chroniques concernant les contentieux des différents ordres, publics ou privés, judiciaires, constitutionnels ou administratifs dans les revues suivantes : RJE, Énergie-Environnement, BDEI.

environnementale. Ici, la norme environnementale n'est pas celle sur laquelle est *directement* fondée la prétention, mais elle va devenir un élément de la *ratio decidendi* du juge. Nous pourrions ici évoquer l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* tranchée par la Cour internationale de Justice¹³ et dans laquelle les prétentions des États sont faites essentiellement par rapport au respect d'un Traité conclu entre les parties en 1977 et des instruments y afférents, et ne portent pas directement sur un droit substantiel tiré d'une norme environnementale. La Cour s'y penche pourtant abondamment dans l'arrêt rendu en 1997. Pour cette étude, cette distinction importe peu. Nous avons étudié les affaires qui impliquaient directement ou indirectement l'application d'une norme environnementale, avec pour objectif de déterminer dans quelle mesure le traitement juridictionnel du différend permettait une meilleure effectivité de cette norme, que celle-ci soit l'objet principal ou incident du litige. Mais d'autres litiges sont portés devant le juge qui comportent un caractère environnemental « caché » ou « négatif ». Bien qu'à la marge, ils ont été ponctuellement abordés dans notre recherche. Nous pensons ici aux « poursuites-bâillons », mieux connues sous l'acronyme anglais SLAPP, pour « *strategic lawsuit against public participation* ». Désignant une poursuite judiciaire abusive entreprise dans le but d'entraver la mobilisation publique, ces actions ont été évoquées en ce qu'elles peuvent freiner les victimes à agir en justice pour des raisons de coût¹⁴. Il en va de même en ce qui concerne les litiges en lien avec le droit des investissements internationaux. Les actions étudiées dans le cadre de la recherche sont le plus souvent portées par des sociétés privées contre des États ayant mis en place une exigence environnementale au détriment d'un traité d'investissement. L'issue de tels litiges emporte des conséquences importantes sur le terrain de l'application des normes de protection de l'environnement car leur résolution conduit souvent à les évincer au profit d'autres règles. Ils ont pu, ici et là, être abordés sous l'angle de la comparaison avec les autres litiges.

Mais le procès est-il réellement apte à garantir l'effectivité du droit de l'environnement ? Il s'agit là sans doute d'une des questions fondatrices de la recherche. Y répondre passe nécessairement par la prise en compte des règles qui gouvernent le procès à travers les différents ordres juridiques. En effet, s'il est une institution vers laquelle la société se tourne pour « obtenir justice », le procès est lui-même encadré par le droit, de son ouverture à sa clôture. La notion de procès « désigne non seulement le litige porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie, c'est-à-dire la

¹³ CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil 1997.

¹⁴ V. en particulier l'étude menée par Paule Halley sur le régime des poursuites-bâillons en droit québécois.

soumission du litige au juge, autrement dit la procédure »¹⁵. Il faut donc raisonner en tenant compte des règles composant le droit processuel, défini comme « la théorie générale de la procédure applicable dans un pays donné », si l'on raisonne en droit national¹⁶. Or, il apparaît assez rapidement que celles-ci ne sont pas nécessairement favorables à l'application du droit de l'environnement. Les litiges environnementaux présentent des spécificités qui constituent autant de difficultés lors de l'ouverture du procès et au cours de celui-ci. De ce fait, pour savoir si le procès est bien une institution apte à renforcer l'effectivité du droit de l'environnement, encore faut-il observer de plus près la manière dont les règles processuelles appréhendent les litiges environnementaux.

C'est justement l'ambition de notre projet de recherche intitulé « Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement » et soutenu par la Mission Droit et Justice¹⁷, Les mots doivent être bien compris. Si le « procès » étudié s'entend ici strictement de celui qui est soumis à la compétence d'un juge d'État, le « procès environnemental » ne peut être vu ici comme une catégorie spéciale de procès prévue par le droit positif. En droit français, international, et de l'Union européenne, contrairement à d'autres droits étrangers – à l'instar du droit des Philippines –, il n'existe pas de droit spécial du procès gouvernant les litiges environnementaux. Certes, l'on voit des traces ici ou là de dérogations au droit commun, comme, en droit français, la création d'actions attitrées dans le domaine environnemental¹⁸ ou l'encadrement des pouvoirs du juge concernant la réparation en nature du préjudice écologique¹⁹ qui pourraient conduire à une réflexion sur la spécialisation, telle qu'elle est menée par des auteurs pour d'autres contentieux, économiques, familiaux²⁰. Toutefois, ces spécificités demeurent marginales en comparaison avec la place qu'occupe ici le droit commun. **La notion de « procès environnemental » relève dans notre esprit davantage d'une catégorie d'ordre conceptuel qui vise la manière dont les règles processuelles qui s'appliquent aux litiges environnementaux peuvent participer à l'effectivité du droit de l'environnement et permettre d'opérer le passage des procès *sur l'environnement au procès pour l'environnement*.**

¹⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis-PUF, 2^e éd. 2013, p. 306.

¹⁶ E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ 3^e éd., 2014, p. 28, n° 7.

¹⁷ Contrat GIP n° 216.09.28.12.

¹⁸ Voir par exemple les dispositifs prévus aux articles L. 142-1 et suivants du Code de l'environnement et à l'article 1247 du Code civil.

¹⁹ V. l'article 1248 du Code civil.

²⁰ E. Jeuland, ouvrage préc., n° 19.

Partant de l'observation et de l'appréciation de la manière dont les règles processuelles appréhendent les litiges environnementaux dans l'ordre national, de l'Union européenne et international, la recherche met en évidence leurs atouts et faiblesses en vue d'une meilleure effectivité du droit de l'environnement. *In fine*, il s'agit surtout de proposer des solutions propices à la création d'un modèle de « procès environnemental »²¹.

Cela invite à apporter trois précisions quant aux prémices de la recherche.

D'abord, il nous faut admettre que la notion même de procès environnemental est révélatrice du fait que notre recherche ne vise pas absolument la neutralité, qu'elle contient une part d'engagement, comme sans doute toute démarche scientifique²². L'étude n'en demeure pas moins une analyse strictement scientifique du droit.

Ne pas chercher à être neutre c'est supposer d'abord que le droit de l'environnement mérite une meilleure effectivité. C'est supposer ensuite que les règles du procès peuvent et doivent évoluer pour davantage s'adapter aux litiges environnementaux. En effet, face à l'importance de la dégradation de l'environnement, l'on peut imaginer que les évolutions ne proviennent pas uniquement du droit substantiel, mais aussi du droit processuel, considéré comme servant du premier. L'hypothèse de la recherche présentée est alors que pour « mieux servir » le droit substantiel de l'environnement, comme cela a déjà été proposé pour d'autres matières²³, le droit processuel doit évoluer et, selon l'expression de Soraya Amrani Mekki, se transformer en « droit processuel de l'environnement »²⁴. Cela n'échappe pas au juge et au législateur qui, à plusieurs reprises, dans les différents ordres, ont opéré des évolutions allant en ce sens, qu'elles tendent à faciliter l'accès au juge ou à s'adapter à la complexité des litiges pour mieux les résoudre.

La recherche est ensuite fondée sur le présupposé selon lequel le procès peut être vu comme une voie d'effectivité du droit de l'environnement. Cela peut surprendre, nous en convenons. En revenant à la définition du procès, l'on se souvient qu'il a vocation à résoudre le litige

²¹ M. Hautereau-Boutonnet et E. Truillhé-Marengo, « Quel modèle pour le procès environnemental ? », D. 2017, p. 827.

²² Dans ce sens voir : M.-X. Catto, J. Gaté, C. Girard, S. Hennette-Vauchez, C. Vergel-Tovar, « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in S. Hennette-Vauchez, M. Möschel et D. Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 3 et s.

²³ L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse, Préf. L. Cadiet, IRJS éd., 2010.

²⁴ S. Amrani Mekki, « Le procès, vers un droit processuel de l'environnement ? Actions préventives et principe de précaution », préc.

entre deux parties aux intérêts divergents. De ce fait, il s'agit avant tout de rétablir les droits subjectifs méconnus. La notion d'action va en ce sens. Si pour Motulsky, elle est un droit subjectif processuel dont la fonction est la protection du droit subjectif substantiel²⁵, le droit positif va en ce sens lorsqu'il la définit comme étant « le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »²⁶ en exigeant, au titre de la recevabilité, la démonstration d'un intérêt personnel à agir résidant dans les lésions des intérêts personnels²⁷. Toutefois, notre présupposé est le suivant : c'est à l'occasion de la résolution du litige que les règles gouvernant la matière environnementale, qu'elles soient tournées vers la prévention ou réparation des atteintes à l'environnement, peuvent prospérer. Notre hypothèse trouve ses racines dans le fait que, comme le rappelle Emmanuel Jeuland, certains litiges ne mettent pas toujours en jeu des droits subjectifs, à l'instar des litiges faisant l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou fondés sur la défense des intérêts collectifs²⁸. Elle est renforcée par le fait que la multiplication des solutions individuelles participe, de fait, à la finalité environnementale du droit de l'environnement : la prévention et la réparation des atteintes à l'environnement.

La recherche est également fondée sur le présupposé que l'action menée devant un juge peut être vue comme un remède à l'ineffectivité du droit de l'environnement. Cela invite à justifier le domaine de l'étude²⁹. Et d'abord préciser les raisons ayant présidé au choix des juges étudiés. Le terme de juge au singulier, déjà, est employé ici pour désigner un collectif, celui des juges qui ont fait l'objet de notre attention, choisis davantage au regard de la pertinence des litiges tranchés qu'à la qualification formelle de juge. L'acceptation large de la notion de juge, nous pousse mécaniquement à devoir expliciter le choix de se focaliser sur le procès au détriment d'autres modes de règlement des différends. Ces autres techniques processuelles n'ont, en réalité, pas été mises à l'écart. L'arbitrage bien évidemment a été étudié. Juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige, l'arbitre peut légitimement être considéré comme un juge et les décisions rendues, revêtues de l'autorité de la chose jugée, entrer dans le champ de la présente étude ; la transaction également en ce qu'elle est certainement la phase invisible de la résolution des litiges. Mais aussi de nouvelles formes de règlements des litiges *ad hoc*, aux allures de « Soft procès », ne donnant lieu qu'à des recommandations, telle que

²⁵ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p. 215.

²⁶ Article 31 du Code de procédure civile français.

²⁷ Sur la théorie de l'action, L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, ouvrage préc., p. 333 et s.

²⁸ Ouvrage préc., n° 272.

²⁹ Sur la théorie de l'action, L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, ouvrage préc., p. 409 et s.

celle soumise à la compétence des points de contact nationaux des principes de l'OCDE³⁰. À l'analyse, certaines techniques peuvent conduire à renforcer l'effectivité et l'efficacité du procès environnemental. L'on pense ici à la possibilité pour les parties de conclure un contrat au cours du procès destiné à mettre en œuvre les mesures prescrites par le juge en matière de réparation des atteintes à l'environnement. Elles ont alors été intégrées dans l'étude comme appui au procès environnemental. Toutefois, si ces techniques nous ont intéressées c'est surtout parce que l'étude fait apparaître que, pour une grande part, elles plaident au contraire en faveur du soutien du procès environnemental tant l'application du droit de l'environnement n'en ressort pas nécessairement gagnante.

Notre présupposé sur le besoin de procès nous semble confirmé par la multiplication des procès fictifs en matière environnementale. Fictif, symbolique, « vrai-faux » procès, le terme désigne les différentes formes de simulations judiciaires, c'est-à-dire d'un ensemble d'actes à travers lesquels des acteurs s'appliquent, en dehors des institutions reconnues par les États, à reproduire le rituel judiciaire et à rendre des jugements prétendument fondés en droit avec l'objectif affiché de combler les carences étatiques. Depuis le tribunal dit « Russell/Sartre », fondé en novembre 1966 par Lord Russel et le philosophe français pour juger les violations du droit international commises par les États-Unis durant la guerre du Vietnam, les procès fictifs ne cessent de se multiplier, en matière environnementale et notamment en matière climatique. Parmi lesquels, les audiences climatiques, Oxfam, le Tribunal International des Droits de la nature en 2015 en marge des négociations de l'Accord de Paris et, le plus emblématique, celui qui a eu, en 2016, à traiter des violations commises par Monsanto : le Tribunal international Monsanto organisé le 15 au 16 octobre 2016 à La Haye. Si d'un côté ces procès s'inspirent des « vrais procès » dans la reproduction de certaines règles processuelles et avec la finalité de faire évoluer le droit, d'un autre côté, ils s'affranchissent de certaines règles processuelles et particulièrement celles exigeant un intérêt à agir, pour ouvrir plus largement l'accès au juge. Témoignant du besoin de recourir au juge, fut-il un ersatz de juge, ces procès fictifs montrent alors combien il est nécessaire de regarder de plus

³⁰ Ces différends modes de résolution des litiges ont fait l'objet d'un séminaire organisé à l'Université Paris V publié à la revue *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n°4, avril 2019, avec les contributions de Olivera Boskovic, Michel Degoffe, Sébastien Mabile, Mathilde Hautereau-Boutonnet, Eve Truilhé et Julia Motte-Baumvol.

près si le droit processuel ne devrait pas être plus à même de traiter un plus grand nombre de litiges environnementaux³¹.

L'on comprend alors que, partant du constat de son rôle pivot dans l'application du droit de l'environnement (I), le projet ait vocation à proposer des solutions remédiant aux éventuelles inadaptabilités du droit processuel aux litiges environnementaux (II).

I – Les origines de la recherche : le constat du rôle pivot du droit processuel

La recherche résulte du constat dressé, années après années, au gré du contentieux et des analyses doctrinales, du rôle déterminant des règles du procès dans l'effectivité du droit de l'environnement, pourtant trop souvent masqué par l'importance accordée au droit substantiel. Il est apparu que les règles du procès pouvaient tout autant être un obstacle qu'un levier à son application. À trop vouloir changer le droit de l'environnement en focalisant l'attention sur la teneur du droit substantiel, on en avait presque oublié combien le droit processuel était le servent du droit substantiel de l'environnement.

Car ce sont bien les règles processuelles qui se trouvent au cœur, encore aujourd'hui, de nombreuses problématiques soulevées par des litiges environnementaux.

Il en est ainsi de la problématique concernant le préjudice écologique qui montre bien comment les règles sont le pivot de sa réparation. Certes, pour une part, consacrer le préjudice écologique invite à une évolution d'une condition déterminante du droit de la responsabilité civile, à savoir opérer le passage de la notion de préjudice subjectif (tourné vers la personne) à celle de préjudice objectif (tourné vers l'intérêt digne de protection)³². Mais pour une autre part, cette évolution du droit substantiel est vouée à rester lettre morte en cas de contentieux si le droit processuel ne la sert pas, ou la dessert. En effet, pour que le juge puisse réparer le préjudice écologique, encore faut-il que, au regard des règles processuelles en vigueur, le juge puisse tout à la fois, admettre la recevabilité de l'action, comprendre la complexité

³¹ Voir l'article publié sur ce sujet dans le cadre du projet : E. Truilhé, « Les procès fictifs en matière environnementale : faux-procès, vrais effets ? », *Energie - Environnement – Infrastructures*, n° 4, avril 2019, p. 10.

³² L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préf. C. Thibierge, LGDJ Bibliothèque de droit privé, Tome 468, 2006.

scientifique du litige et prescrire des mesures adéquates à sa réparation. C'est ainsi que derrière l'admission, sur le plan substantiel, de la réparation du préjudice écologique, se cachent nécessairement des questions relatives à l'intérêt à agir, la preuve, l'expertise et les pouvoirs du juge. De ce fait, prenant la suite du juge dans l'affaire de l'Erika³³, le législateur français ne s'y est pas trompé en créant, à l'occasion de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité et des paysages³⁴, un régime spécial de réparation du préjudice écologique qui, inséré aux articles 1246 et suivants du Code civil, s'appuie sur une définition du préjudice écologique et s'organise autour d'une nouvelle action attitrée en réparation et d'une redéfinition des pouvoirs du juge pour favoriser la réparation en nature. En revanche, malgré l'importance de son récent arrêt du 2 février 2018 dans l'affaire *Nicaragua c. Costa-Rica*³⁵, la Cour internationale de Justice n'a, de notre point de vue, pas franchi un pas suffisant au niveau processuel pour réparer efficacement le préjudice écologique. Certes, elle consacre bien substantiellement la notion de préjudice écologique. Cependant, nous le verrons, le droit processuel ne la sert pas : parce que l'action est engagée au nom d'un État pour protéger ses propres intérêts et qu'elle ne peut affecter les dommages-intérêts à la réparation effective de la nature, elle ne peut rendre une décision ayant parfaitement vocation à réparer le préjudice écologique lui-même.

Topique est également la problématique concernant le principe de précaution qui, derrière les débats bien connus sur ses conditions d'application, met à l'épreuve autant la preuve que les pouvoirs du juge. Si ce principe a suscité d'importants débats doctrinaux, sur le plan substantiel, quant aux conditions de sa mise en œuvre par ses destinataires (États, autorités publiques ou personnes privées)³⁶, il invite nécessairement à se poser la question de sa portée sur le droit de la preuve et les pouvoirs du juge lors d'un procès. Observant la jurisprudence, à travers les ordres, la doctrine a ainsi pu constater l'impossibilité pour la victime de se passer de la preuve malgré le principe de précaution et les limites des pouvoirs du juge pour faire cesser certains dommages non imminents malgré leur gravité ou, au fond, prescrire des

³³ Cass. 25 septembre 2012, n° 10-82938.

³⁴ *JORF* n° 0184 du 9 août 2016.

³⁵ Arrêt du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica*, non encore publié au Recueil. Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « La reconnaissance du préjudice écologique par la Cour internationale de Justice », *Droit de l'environnement*, Victoires édition, 2018, pp. 90-91.

³⁶ Not. Ph. Kourilsky et G. Viney, dir, *Le principe de précaution : rapport au premier ministre*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, 253 ; Ch. Leben et J. Verhoeven, dir, *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

mesures de prévention avant la réalisation du dommage³⁷. Cela montre combien le juge ne peut participer à l'effectivité d'une règle relevant du droit de l'environnement qu'à la condition que les règles processuelles puissent l'appréhender.

Ce constat est aujourd'hui exacerbé par la montée en puissance des procès climatiques³⁸. Ces procès occupent aujourd'hui une place particulière dans le domaine environnemental. Très médiatisés, ils se déroulent dans un grand nombre de pays du monde. Selon le récent Rapport de l'UNEP (Programme des Nations unies pour l'environnement) et du *Sabin Center For Climate Change Law, The Status of Climate Change Litigation*³⁹, le contentieux climatique – avec des affaires encore pendantes – se manifeste aujourd'hui dans plus de 24 pays, sans compter les procès se tenant devant la CJUE. Il a donné lieu à 654 procès aux États-Unis et 230 dans les autres États, principalement en Australie, mais aussi en Nouvelle Zélande, en Espagne, en Autriche, au Royaume Uni, en Belgique, en Colombie, etc. Ce phénomène donne à voir un paradoxe : alors que son instrumentalisation à travers le monde montre qu'il est vu comme une institution apte à trouver des solutions de justice dans la lutte contre le changement climatique, le procès peut, à l'analyse, être source de déception pour les victimes tant les règles qui le gouvernement constituent d'importants obstacles pour y parvenir. Ici le droit processuel peine à servir le droit substantiel. Que l'on songe aux limites relatives à l'ouverture du procès⁴⁰. Parfois, c'est l'exigence de l'intérêt personnel, que l'on retrouve dans les différents droits, qui bloque l'accès au juge⁴¹. D'autres fois, c'est la compétence du juge qui nuit à son ouverture. C'est le cas lorsque le juge américain refuse de juger un litige qui supposerait, pour y trouver une solution, d'empiéter sur le pouvoir politique ou qui relève

³⁷ La littérature concernant la nature et la portée du principe de précaution est immense. Nous renvoyons ici uniquement aux différents rapports de la Mission de recherche Droit et Justice ayant porté sur le sujet : L. d'Ambrosio, D. Fantoni-Quinton et J. Saison-Demars (dir.), *Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique : l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire* 2016 : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480575/document>; G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *Dynamiques normatives du principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité juridique*, 2016 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/dynamiques-normatives-du-principe-de-precaution-et-metamorphoses-de-la-responsabilite-juridique-2/> ; M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé, 2016 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/01/L'INFLUENCE-DU-PRINCIPE-DE-PRÉCAUTION-SUR-LE-DROIT-DE-LA-RESPONSABILITÉ-CIVILE-ET-PÉNALE-COMPARÉ-15-décembre-avec-annexe-rapport-GIP.pdf>

³⁸ Sur ce développement, C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques, entre le national et l'international*, préf. M. Delmas-Marty, éd. A. Pedone, 2019 ; C. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant 2018.

³⁹ <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envt-CC-Litigation.pdf>

⁴⁰ Sur ce développement v. l'importance des analyses doctrinales récemment publiées, not. Ch. Cournil et L. Varison, ouvrage préc. Ch. Huglo, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, préf. F. Picod, Bruylant 2018.

⁴¹ Not. *Native Volllage of Kivalana and City of Kivalana v. Exxon Mobil corporation et al.*, req. n° C 08-1138 SBA

d'une question de société⁴². Et si la victime parvient à se faire entendre du juge, elle se trouvera bien souvent bloquée par l'exigence de preuve, en partie celle du lien de causalité, qui, dans tous les ordres, malgré l'existence des présomptions, ne peut totalement s'abstraire de la causalité scientifique⁴³. Enfin, l'on peine à voir comment le juge pourrait, au regard de ses pouvoirs encadrés par le droit, prescrire des mesures parfaitement adéquates à la solution du litige. Plus que la réparation, ne faudrait-il pas accéder ici sur la prévention ? Mais alors comment concilier dans ce domaine intérêts économiques et sociaux ? Le juge, peut-il interdire des activités pourtant autorisées par l'État ? Si non quelles mesures de prévention prescrire ?

On le voit, derrière toutes ces questions, c'est celle de l'adaptabilité du droit processuel aux litiges environnementaux d'une grande complexité qui surgit, question au cœur de l'objectif de la recherche présentée.

II – L'objectif de la recherche : le dépassement des inadaptabilités du droit processuel

À bien y regarder, si les litiges environnementaux mettent à l'épreuve le droit processuel et invitent à apprécier son adaptabilité, c'est parce qu'ils possèdent parfois, de manière pas nécessairement cumulative, trois caractères.

En premier lieu, un caractère collectif. Si une grande majorité de litiges met en jeu les intérêts propres des demandeurs, ce n'est pas toujours le cas : supposons qu'une activité bénéficiant d'une autorisation étatique par la voie d'un arrêté préfectoral soit source de pollutions des nappes phréatiques. Certes, la pollution peut avoir des conséquences pour une personne, tel le riverain qui la subit. Mais elle lèse également les intérêts de l'ensemble des personnes soucieuses de l'environnement et les intérêts de l'environnement lui-même. Or, parce que l'action est traditionnellement individualiste, se pose la question de la recevabilité de l'action pour défendre des intérêts collectifs. En effet, au regard des différents ordres étudiés, le risque est ici que le juge ne puisse pas ouvrir le procès.

⁴² City of Oakland v. BP P.L.C and al., in The United States District court for the northern district of California, Case 3:17-cv-06011-WHA, 25 June 2018, p. 16.

⁴³ Not. M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015, n° 8/9, p. 56.

En second lieu, certains litiges sont de nature transnationale. Supposons que cette même pollution soit due à une activité exercée par une entreprise qui n'est pas située en France. Parce que le dommage a lieu sur un sol distinct de celui où s'est produit le fait générateur, les victimes vont devoir partir à la recherche d'un juge qui, une fois reconnue sa compétence, pourrait leur permettre de bénéficier d'une loi propice à défendre leurs intérêts. Le risque est cette fois que l'ouverture du procès ne puisse avoir lieu devant le juge le plus à même de satisfaire les victimes.

En dernier lieu, il faut noter la nature complexe de certains litiges. Supposons en plus que les causes de la pollution demeurent incertaines et qu'il ne soit pas possible de réparer les dommages écologiques en résultant. Outre les faits du litige qui nuisent à la possibilité pour la victime de prouver le lien de causalité et au juge de bien les comprendre, ce sont les solutions à prescrire qui sèment le doute : comment réparer un préjudice écologique considéré comme irréversible ? Les questions montrent cette fois combien la complexité peut nuire au traitement même du litige.

Dans tous les cas, l'on perçoit comment l'inadaptation des règles processuelles à ce type de litiges peut freiner la possible application du droit de l'environnement : si sa nature collective et/ou transnationale défie les règles gouvernant son ouverture, sa complexité défie celles gouvernant son déroulement.

La question posée dans cette recherche est alors la suivante : existe-t-il des solutions, en droit positif, qui permettent aux règles processuelles d'appréhender ces caractères et, à défaut, faut-il proposer certaines évolutions ?

Pour y répondre, notre souhait a été d'adopter **un regard global** sur les règles processuelles, à travers les ordres juridiques, et cela pour deux raisons.

Première raison, le réalisme juridique. Aujourd'hui, les problématiques environnementales se constatent et se discutent à l'échelle mondiale. Les atteintes à l'environnement sont partout et ont des points de rattachements dans les différents ordres : si une juridiction nationale peut avoir à traiter des conséquences d'une autorisation donnée à une activité polluante et la Cour de justice de l'Union européenne peut vérifier la conformité de l'autorisation au regard du droit de l'Union européenne, une juridiction internationale comme la CIJ, peut juger de la

responsabilité d'un État sur lequel serait domiciliée une entreprise ayant causé des dommages environnementaux sur un territoire étranger tandis que la Cour européenne des droits de l'homme peut connaître d'un recours par lequel les demandeurs demanderaient la sanction de leur État pour avoir autorisé cette activité en méconnaissance de leur droit de vivre dans un environnement sain. Au final, c'est parfois un même litige environnemental qui peut conduire à l'ouverture de différents procès. C'est dire que l'application du droit de l'environnement se joue devant toutes les juridictions et que, c'est en observant de plus près les règles processuelles qui leur sont propres, que l'on peut apprécier leur capacité à traiter du litige environnemental.

Seconde raison, l'opportunité juridique. Si la recherche privilégie un regard global, c'est aussi pour bénéficier, dans une étude ayant vocation à rechercher des solutions, des atouts du droit comparé. Au-delà de l'enrichissement culturel, le droit comparé présente l'intérêt de découvrir des techniques qui, défailtantes dans certains ordres, pourraient opportunément être transposées. C'est le cas des actions attitrées⁴⁴. Reconnues par le droit français, pourraient-elles servir de modèle aux autres ordres, supranational et nationaux ? C'est aussi le cas aussi des tribunaux environnementaux : existant dans différents ordres nationaux, comme le Chili, pourraient-ils inspirer le législateur français pour une meilleure spécialisation des juges⁴⁵ ? Surtout, adopter un regard global, c'est penser le tout dans son ensemble et permettre ainsi, une fois la comparaison effectuée, de rechercher des solutions aux faiblesses processuelles constatées du côté de la complémentarité des ordres, et non uniquement de leur réforme : les conditions de l'intérêt à agir dans l'ordre interne peuvent-elles être un remède aux conditions trop strictes exigées par l'ordre international ? Lors d'un litige environnemental transnational, les demandeurs n'ont-ils pas davantage intérêt à porter leur action devant un juge de l'ordre interne que de l'ordre international ? C'est en utilisant « le tout » dans l'ensemble processuel que le « procès environnemental » pourrait se construire.

Cette construction est de ce fait le fruit d'un travail collectif et de discussions nourries entre des chercheurs qui, loin d'être tous des spécialistes de droit de l'environnement, ont apporté des éclairages spécifiques et variés à la question de recherche⁴⁶. Aux compétences de droit

⁴⁴ V. dans ce rapport les développements consacrés à l'intérêt à agir.

⁴⁵ V. dans ce rapport les développements consacrés à la spécialisation des juges.

⁴⁶ Nous remercions également ici le Professeur Jean-Pierre Marguénaud et Monsieur Xavier Tarabeux, Procureur de la République près le TGI de Marseille, pour les éclairages qu'ils nous ont fournis ainsi que les différents interlocuteurs que nous avons pu interroger à l'étranger : Carina Costa de Oliveira, Pilar Moraga, Ximena

interne en France (Jean-Baptiste Perrier, Marie Lamoureux, Laura Canali, Sabrina Dupouy, Olivier Le Bot, Mathilde Hautereau-Boutonnet, Sébastien Mabile, Marie-Angèle Hermitte, Christel Cournil, Michel Degoffe) et ailleurs (Sophie Lavallée, Paule Halley, Michel Bélanger), se sont ajoutées celles de droit de l'Union européenne (Estelle Brosset, Nathalie Rubio et Ève Truilhé), de droit international privé (Olivera Boskovic) et public (Sandrine Maljean-Dubois, Jean-François Marchi, Julia Motte-Baumvol) et de droit comparé (Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay).

Certes, malgré tout, l'on peut craindre les difficultés de la démarche globale. Adopter un regard sur le droit processuel du côté des ordres nationaux autant que supranationaux peut sembler périlleux. Toutefois, pour parvenir à répondre à la question posée – celle de l'adaptabilité des règles processuelles- il ne s'agit aucunement de s'emparer de l'ensemble des procédures applicables devant toutes les juridictions, de faire une recherche sur « le droit commun du procès environnemental », mais de délimiter la recherche au regard des obstacles les plus communément rencontrés.

Car, dans les différents ordres, ce sont bien les mêmes difficultés que l'on retrouve tout au long du temps du procès. Dans un premier temps, les règles gouvernant l'ouverture du procès, qu'elles concernent l'action du demandeur et la compétence du juge, peuvent être un obstacle à l'ouverture d'un procès portant sur un litige environnemental. Dans un second temps, une fois ouvert le procès, ce sont les règles gouvernant son déroulement qui peuvent s'avérer inadaptées au cours et à l'issue de l'instance. Or, si d'un côté l'application du droit de l'environnement nécessite l'ouverture du procès, d'un autre côté, son déroulement le conditionne⁴⁷.

C'est pourquoi, la recherche présentée entend poser les premières pierres d'un **modèle de procès environnemental** qui, construit en tenant compte des atouts et faiblesses du droit processuel existant, exige aussi bien de mieux utiliser les techniques à l'œuvre en droit positif que d'opérer certaines évolutions pour l'avenir. Susceptible à l'avenir, par souci de clarification, sécurité et progrès juridique, de faire l'objet d'un « guide » qui, comme cela

Insunza, Juan Pablo Arístegui, Lorena Lorca, Tadashi Otsuka, Katsumi Yoshida, Kazuhiko Yamamoto, Tsuyoshi Hondou.

⁴⁷ Sur cette distinction entre l'ouverture du procès et son déroulement comme grille d'analyse de l'adaptabilité des règles processuelles, v. la thèse de L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse, Préf. L. Cadiet, IRJS éd., 2010.

existe déjà dans certains pays, réunit les règles le régissant⁴⁸, le procès environnemental que nous appelons de nos vœux devrait alors être celui dont les règles gouvernant son ouverture (Première partie) et son déroulement (Seconde partie) permettent, en traitant les litiges environnementaux, de rétablir l'application du droit de l'environnement.

⁴⁸ V. aux Philippines le guide sur les "*Rules of Procedure For Environmental Cases*".

PREMIERE PARTIE

L'OUVERTURE DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

L'ouverture du procès dépend avant tout de la possibilité pour les demandeurs d'accéder au juge. Sans accès au juge, le procès ne peut avoir lieu et, en prolongement, la justice ne peut être rendue. Il en est de même pour tout procès mettant en jeu l'application des règles environnementales. Or, si d'emblée, cet accès trouve un soutien juridique certain dans le domaine environnemental, l'étude montre qu'il faut se méfier de certains obstacles qui nuisent particulièrement à sa possible ouverture et donc à la mise en œuvre du droit substantiel de l'environnement.

Certes, outre qu'il est un droit garanti par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁹, le droit d'accéder à la justice constitue un élément du volet procédural du droit de l'homme à un environnement sain, qui sinon resterait « théorique et illusoire » pour reprendre les mots de la CEDH⁵⁰. Il est le moyen concret de faire valoir le droit subjectif au respect des dispositions protégeant l'environnement. C'est pourquoi ce droit a été consacré par la déclaration de Rio en 1992 au principe 10 selon lequel « Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré »⁵¹. En Europe, ce droit reçoit également le soutien de la Convention sur l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dite « Convention d'Aarhus » signée par 39 États le 25 juin 1998⁵² et approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2005/370 du 17 février 2005⁵³. Extrêmement détaillé, le texte oblige chaque Partie à garantir le droit d'accès à la justice en matière d'environnement dans trois hypothèses distinctes : en relation avec l'accès

⁴⁹ Sur ce rappel, not. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis, 2^e éd. 2013, n° 149.

⁵⁰ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A n° 41, § 26 ; 13 mai 1980, *Artico c/ Italie*, Série A n° 37, §33.

⁵¹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée par la conférence des nations unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 1992, <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm#three>

⁵² Texte disponible ici : <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43f.pdf>

⁵³ Décision 2005/370, du 17 février 2005, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOCE* du 17/05/2005, n° L 124

à l'information⁵⁴, avec le processus décisionnel⁵⁵ et de façon plus générale afin de contester toute hypothèse de violation de dispositions nationales (et de droit de l'Union) protégeant l'environnement⁵⁶.

Toutefois, la Convention d'Aarhus n'impose aucunement aux États de prévoir un droit d'accès absolu. L'article 9-3 relatif à l'« accès à la justice » prévoit que : « sans préjudice des procédures de recours visées aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Ainsi, si le texte consacre bien un droit au juge en matière d'environnement, il autorise les États à l'encadrer.

Or, l'étude réalisée par les membres de l'équipe montre que, dans l'ensemble des ordres, en cas de litige environnemental, les conditions exigées par le législateur pour accéder au juge peuvent constituer des obstacles à l'ouverture du procès. En l'absence de procès, le droit substantiel de l'environnement qui a été violé, ne peut être rétabli. Pour remédier à cette limite, le droit doit évoluer et admettre des conditions plus souples en ce qui concerne deux éléments indispensables à l'ouverture d'un procès environnemental : les règles gouvernant l'action en justice et celles relatives à la compétence du juge. Les premières peuvent permettre de relever le défi de la nature collective du litige (Chapitre 1), les secondes celui de sa nature transnationale (Chapitre 2). Dans les deux cas, la recherche montre que certaines évolutions, déjà en cours dans certains ordres, sont envisageables.

⁵⁴ Article 9-1 : « Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que toute personne qui estime que la demande d'informations qu'elle a présentée en application de l'article 4 a été ignorée, rejetée abusivement, en totalité ou en partie, ou insuffisamment prise en compte ou qu'elle n'a pas été traitée conformément aux dispositions de cet article, ait la possibilité de former un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi ».

⁵⁵ Article 9-2 : « Chaque Partie veille, dans le cadre de sa législation nationale, à ce que les membres du public concerné a) ayant un intérêt suffisant pour agir ou, sinon, b) faisant valoir une atteinte à un droit, lorsque le code de procédure administrative d'une Partie pose une telle condition, puissent former un recours devant une instance judiciaire et/ou un autre organe indépendant et impartial établi par loi pour contester la légalité, quant au fond et à la procédure, de toute décision, tout acte ou toute omission tombant sous le coup des dispositions de l'article 6 et, si le droit interne le prévoit et sans préjudice du paragraphe 3 ci-après, des autres dispositions pertinentes de la présente Convention ».

⁵⁶ C. Larssen, B. Jadot, « La convention d'Aarhus », in C. Larssen, M. Pallemarts *et alii* (dir.), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Bruylant, 2005, p. 219.

Chapitre 1

Les règles gouvernant l'action en justice : le défi de la nature collective du litige

L'action en justice est définie comme un « droit »⁵⁷ pour un justiciable de « saisir le juge de la prétention considérée, d'accéder au tribunal et déclencher à son profit le fonctionnement du service » de la justice⁵⁸. La question est de savoir si, au regard des conditions fixées par le droit, selon les ordres concernés, le droit d'agir s'avère suffisamment ouvert pour permettre au procès de s'ouvrir et, par conséquent, d'appliquer le droit de l'environnement⁵⁹. Or, l'étude montre que, à l'occasion d'un litige environnemental, deux difficultés peuvent freiner la possibilité pour les justiciables d'engager une action en justice.

La première concerne la délimitation des sujets de droit autorisés à porter leur action en justice. Traditionnellement, dans l'ensemble des ordres étudiés et en tenant compte des disparités, le droit d'agir est accordé aux personnes physiques ou morales, de droit public et de droit privé. Or, lorsqu'une activité crée un risque de pollution et qu'elle entraîne une atteinte à la nature, ce ne sont pas seulement les sujets de droit qui sont atteints, mais la nature qui, majoritairement, relève dans les différents ordres de la catégorie juridique des « objets »⁶⁰. La question se pose alors de savoir si, pour opérer le passage du procès sur l'environnement vers le procès pour l'environnement, il ne devient pas nécessaire d'accorder la qualité de sujet de droit à la nature ou à certains de ses éléments. Si d'emblée, cela peut surprendre, le pas a en effet été franchi par certains droits étrangers.

La seconde difficulté est liée aux conditions selon lesquelles ces sujets de droit peuvent agir en justice, à savoir la présence d'un intérêt à agir⁶¹. Dans l'ensemble des droits l'on

⁵⁷ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., p. 333.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sur ce sujet v. J. Bétaille (dir.), *Le droit à l'accès à la justice en matière d'environnement*, LGDJ Lextenso Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016.

⁶⁰ Sur ce rappel, not. : M.-A. Hermitte, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *Revue française d'administration publique (RFAP)*, 1990, n° 53, p. 33 ; « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2011/1, n° 66, p. 173 ; L. Neyret, « Construire la responsabilité écologique », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), PUF 2015, p. 124.

⁶¹ Sur les conditions de l'action en justice, S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, Coll. HyperCours, 2017, 5^e éd., n° 66 et s. ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., n° 81 et s.

retrouve, au moins sur le principe, cette même exigence, fruit d'un nécessaire équilibre à réaliser entre justice et sécurité juridique. Puisque le juge a vocation à trancher un litige et non à faire respecter la légalité en général⁶², l'action en justice n'est recevable que si le demandeur démontre le caractère personnel de son intérêt à agir, à savoir que non seulement ses intérêts sont personnellement lésés mais qu'en plus le résultat de l'action sera un remède à sa situation⁶³. Or, dans le domaine environnemental, cette exigence est source de difficultés : lorsqu'une rivière est polluée, s'il est vrai que les propriétaires avoisinants en jouissant régulièrement peuvent voir leurs intérêts lésés, d'autres intérêts sont atteints à travers tous ceux qui sont attachés à la protection de l'environnement. Là encore, la question est de savoir s'il ne faudrait pas, pour que le procès puisse davantage participer à l'effectivité du droit de l'environnement, prévoir une dérogation à ces règles dans le domaine environnemental. La question se pose d'autant plus que des évolutions en ce sens ont été opérées dans différents droits, tel en droit français. Celui-ci connaît ici d'importantes dérogations autorisant certains justiciables à défendre des intérêts autres que ceux qui leur sont personnels. Selon le vocabulaire de la doctrine, à côté des actions banales existe en effet un certain nombre d'actions attitrées⁶⁴. Toutefois, la question se pose de savoir s'il est possible d'aller plus loin et d'exporter ce modèle dérogatoire dans les autres ordres.

Ainsi tout en mettant en évidence les différences existant selon les ordres, la recherche envisage deux types d'évolution pour renforcer la vocation du procès à appliquer le droit de l'environnement : l'élargissement des sujets de droit autorisés à agir (Section 1), et l'assouplissement de l'exigence de l'intérêt à agir (Section 2). Sous le prisme de la politique juridique, la seconde évolution s'avère plus acceptable que la première, tout au moins dans certains ordres.

Section 1 – L'élargissement des sujets de droit autorisés à agir : une évolution difficilement acceptable

⁶² Sur ce rappel, L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., n° 81 ; M.-L. Niboyet, Dictionnaire de la culture juridique, mot Action en justice, préc. p. 20.

⁶³ Sur la définition, S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, préc. n° 71 ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, préc., p. 347, n° 82.

⁶⁴ La terminologie processualiste est l'œuvre de G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1996, 3^e éd., p. 335 : « En dehors des cas dans lesquels le droit d'agir est réservé par la loi aux personnes qu'elle détermine (action attitrées), l'action est ouverte à tout intéressé (action banale).

Les litiges environnementaux se retrouvent aujourd'hui dans tous les ordres. Si une pollution génératrice de dommages pour des personnes physiques peut être due à l'autorisation accordée par un État à une activité ou de la Commission européenne à un produit, un État peut aussi subir sur son territoire une atteinte à l'environnement en raison de l'activité industrielle exercée sur le territoire d'un autre État. Il est alors important de veiller à ce que, au sein de tous les ordres concernés, un nombre suffisant de sujets de droit bénéficie d'un droit d'action pour faire valoir *in fine* le respect des règles substantielles méconnues. Sur ce point, nos travaux ont mis en évidence deux résultats : d'une part, traditionnellement et de manière majoritaire dans les différents ordres, la détermination des sujets de droit autorisés à agir relève d'un modèle « anthropo et statocentriste » qui, en son sein, a peu de chance d'évoluer (§1). Ici c'est davantage la voie de la complémentarité entre les ordres qui doit être retenue. D'autre part, plus exceptionnellement, une minorité de pays se sont ouverts à un modèle « éco-centriste ». Or, bien que ce modèle mérite l'attention, son extension incite à la prudence (§2).

§ 1 – Le modèle majoritaire du sujet de droit autorisé à agir : la voie de la complémentarité

Le modèle « anthropo et statocentriste » se retrouve dans l'ensemble des ordres juridiques. **Il consiste, par opposition au modèle écocentriste, à limiter l'accès au juge aux personnes physiques et morales, étatiques et non étatiques, de manière plus ou moins ouverte.** Il faut ici noter le contraste entre certaines juridictions internationales (A), et les autres juridictions, qu'elles soient régionales ou nationales (B). Cela s'explique aisément : alors que l'ordre international a pour destinataire les États, les autres ordres visent plus largement les sujets de droit public et privé qu'ils gouvernent et pour lesquels le droit d'accès au juge est un droit fondamental⁶⁵. Toutefois, dans une perspective de litige environnemental, chaque juridiction a un rôle à jouer de manière complémentaire.

A/ Une délimitation stricte devant les juridictions internationales

Dans l'ordre international, comme le rappelle Jean-François Marchi dans la recherche, les

⁶⁵ Sur ce droit fondamental, M. Douchy-Oudot, V. Magnier, S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, X. Lagarde, L. Sinopoli, J.-M. Sorel, C. Delicostopoulos, I. Delicostopoulos, H. Ruiz-Fabri, *Droit processuel*, Précis Dalloz, 2017, 9^e éd., n° 232 et s.

actions interétatiques obéissent à une attribution volontaire du contentieux au juge, par voie de clause compromissoire insérée dans un traité ou par voie de compromis *a posteriori*. L'accès à la **Cour internationale de Justice**, en particulier, s'avère en effet très fermé. Selon le Statut de la Cour et sa jurisprudence, la Cour ne peut exercer ses fonctions juridictionnelles qu'à l'égard des États auxquels elle est ouverte⁶⁶ et qui ont, en outre, consenti à sa compétence⁶⁷ à travers la clause facultative de juridiction obligatoire. En conséquence, seuls les États l'ayant acceptée, d'une manière ou d'une autre, sont autorisés à agir (et ils ne le seront, en outre, qu'à l'encontre d'un État ayant également accepté la compétence de la Cour). C'est aussi le cas, de façon générale, devant le **Tribunal International du droit de la Mer (TIDM)**⁶⁸, et *a fortiori* en matière d'arbitrage interétatique. La pratique révèle que les arbitrages ont trouvé leur origine dans une clause conventionnelle d'arbitrage obligatoire⁶⁹ ou plus rarement dans un compromis⁷⁰. En raison de l'impossible accès des personnes physiques et des ONG au juge international, le contentieux environnemental se déroulant devant ces « *fors* empruntés », non spécialisés dans ce domaine⁷¹, demeure en conséquence rare.

Convient-il alors de proposer des améliorations pour favoriser l'application du droit international de l'environnement ? Certains auteurs vont en ce sens. C'est ainsi que le rapport *Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement* dirigé par le Club des juristes (2015) propose de « promouvoir l'élargissement des juridictions internationales à certaines catégories d'acteurs non-gouvernementaux, telles les ONG, afin de contrôler l'effectivité

⁶⁶ Selon l'article 34 de son statut « Seuls les États ont qualité pour se présenter devant la Cour ».

⁶⁷ Article 36-2 du Statut de la Cour.

⁶⁸ Le principe est celui d'une saisine par les États, reposant sur une clause conventionnelle facultative de juridiction obligatoire pour les différends entre États parties « surgissant entre eux à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention ». Article 287, « 1. Lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un État est libre de choisir, par voie de déclaration écrite, un ou plusieurs des moyens suivants pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention : a) le Tribunal international du droit de la mer constitué conformément à l'annexe VI, b) la Cour internationale de Justice ; c) un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ; d) un tribunal arbitral spécial, constitué conformément à l'annexe VIII, pour une ou plusieurs des catégories de différends qui y sont spécifiés. »

⁶⁹ En application du Protocole du 25 septembre 1991 à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, article 13, à la demande des Pays-Bas ; en application de l'article 32 de la Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, à la demande de l'Irlande, dans l'affaire Mox ; en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans l'affaire du Thon à nageoire bleue à la demande de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande contre le Japon.

⁷⁰ Voir par exemple : le compromis conclu par les Pays-Bas et la Belgique dans l'affaire du *Rhin de fer*.

⁷¹ Expression de P.-M. Dupuy et J. E. Vinuales, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruylant 2015, p. 334 s.

d'une convention internationale » (Proposition 14)⁷². Il est vrai que rien n'empêche cette évolution sur le plan de la technique juridique. Toutefois, le réalisme politique laisse peu de chance de succès à cette proposition qui fait fi de la « méfiance des États » à l'égard des acteurs non-gouvernementaux et de la « crainte » qu'un élargissement soit à « l'origine d'instances qu'ils n'auraient pas souhaitées »⁷³. Rien n'empêche en revanche les victimes de se tourner vers d'autres juridictions plus à même à recevoir leur action, car plus ouvertes à l'égard des sujets du droit d'agir.

B/ Une délimitation plus ouverte devant les autres juridictions

La délimitation des sujets de droit est en effet plus ouverte devant les autres juridictions.

Premièrement, en ce qu'elles sont ouvertes aux saisines individuelles, **les juridictions d'ordre régional veillant au respect des droits de l'homme** constituent un cadre propice pour porter un litige environnemental. À condition que les voies de recours au niveau national soient épuisées, outre que les États parties peuvent saisir la **Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)** de tout manquement à la Convention européenne des droits de l'homme commis par un autre État partie (art. 33), par le biais des requêtes individuelles, les personnes également non étatiques ont accès au juge⁷⁴. Si aujourd'hui les collectivités locales demeurent encore exclues de l'accès au juge européen, grâce à l'interprétation souple que la Cour retient de la victime, directe ou indirecte voire potentielle, les personnes morales de droit public ne bénéficiant d'aucune prérogative de puissance publique et les personnes privées sont autorisées à agir. Ici, l'accès des ONG environnementales au juge et le regroupement possible des victimes concernées sont des atouts importants pour la défense de l'effectivité du droit de l'environnement par la voie du procès. À plusieurs reprises déjà des particuliers ont pu saisir la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵, sur le fondement notamment des articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

⁷² V. le rapport en ligne : https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ_Rapports_Renforcer-lefficacite_Nov.2015_FR.pdf

⁷³ H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel et A. Geslin, Fasc. 216, *Organisation judiciaire internationale – CIJ*, Jurisclasseur droit international.

⁷⁴ Article 34 de la Conv. EDH « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier qui se prétend victime d'une violation par l'une des hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ».

⁷⁵ Sur ce rappel, J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 7^e éd. 2016, p. 3 et s. S. Nadaux, « Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, LGDJ, PU Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 25 et s.

fondamentales par lesquels elle tend à protéger les « droits environnementaux »⁷⁶. Notons en ce sens l'importance de l'arrêt *Cordella* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 janvier 2019⁷⁷ qui, pour reprocher à l'Italie sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de ne pas mettre en place des « mesures visant à assurer la dépollution du territoire concerné » (paragraphe 123) a admis la recevabilité de l'action engagée par 161 personnes vivant sur ce territoire et, pour ce faire, une importante dérogation à l'exigence d'épuisement des recours (voir *infra*). Reste que, nous le verrons, contrairement au requérant étatique, le requérant individuel doit établir qu'il a un intérêt à agir.

Il en va de même pour la **Cour interaméricaine des droits de l'Homme** dont la compétence contentieuse est facultative, et résulte d'une déclaration qui peut être faite à n'importe quel moment, inconditionnellement ou sous réserve de réciprocité, pour une durée déterminée ou à l'occasion d'espèces données⁷⁸. Dans le cas où les États concernés dans une affaire ont reconnu la compétence de la Cour d'une façon générale, celle-ci est habilitée à connaître de toute affaire relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Et de la même manière pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le protocole de Ouagadougou de juin 1998 prévoit un système de déclarations unilatérales étatiques pour les requêtes individuelles⁷⁹.

Deuxièmement, c'est du côté du **juge de l'Union européenne (Cour de Justice et Tribunal de l'Union européenne)**, que les intéressés au litige environnemental peuvent porter leur action. Dans notre étude, la saisine du juge de l'Union européenne⁸⁰ a fait l'objet d'une particulière attention, à la fois en raison de l'intérêt qu'elle peut représenter (l'Union est dotée

⁷⁶ Expression consacrée dans l'arrêt *Hatton c/ Royaume Uni* du 8 juillet 2003, requête n° 36022/97.

⁷⁷ CEDH, 1^{ère} section, 24 janvier 2019, n° 54414/13, *Cordella et autres c. Italie*. V. S. Nadaud et J.-P. Marguénaud, « La consécration européenne du droit à la dépollution », D. 2019, p. 674.

⁷⁸ Art. 62 de la Convention américaine. En revanche devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le droit au recours individuel est consacré de manière obligatoire, c'est-à-dire sans reconnaissance spéciale de la part de l'État. Selon l'article 44 de la Convention américaine, [t]oute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation peut soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État Partie.

⁷⁹ Article 5§3 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté à Ouagadougou, Burkina Faso, le 10 juin 1998. Le texte du Protocole est disponible sur le site Internet de l'Union africaine [<http://www.africa-union.org>].

⁸⁰ L'expression désigne à la fois la Cour de justice, qui traite les demandes de question préjudicielle adressées par les juridictions nationales, ainsi que certains recours en annulation et pourvois ; le Tribunal, qui statue sur les recours en annulation introduits par des particuliers, des entreprises et, dans certains cas, les États membres et le Tribunal de la fonction publique, qui statue sur les différends opposant l'UE et son personnel.

d'un ensemble normatif particulièrement dense en matière de protection de l'environnement, cumulant instruments sectoriels et instruments de nature transversale) et des spécificités relatives au droit d'action des personnes privées.

Certes, certains recours sont totalement fermés aux personnes privées. C'est le cas du recours en manquement (articles 258-260 TFUE) qui autorise la Commission (de sa propre initiative ou sur demande d'un État membre) à saisir la Cour pour qu'elle reconnaisse qu'un État a manqué à ses obligations découlant du droit de l'Union. Ce recours ne peut donc être formé que par la Commission ou un autre État membre et il ne semble pas, en réalité que l'on puisse espérer une évolution sur ce terrain. Toutefois, le rôle des personnes privées face à un État qui violerait les obligations environnementales qu'il tient de l'ordre juridique européen, n'est pour autant pas négligeable. Ces derniers peuvent alerter la Commission sur un cas de mauvaise application du droit de l'environnement par le biais du mécanisme des plaintes. Par le biais de ce mécanisme très peu formaliste, toute personne peut, par simple lettre, télécopie, courriel ou en utilisant le formulaire disponible en ligne⁸¹, mettre en cause un État membre en déposant une plainte auprès de la Commission européenne pour dénoncer une mesure législative, réglementaire ou administrative ou une pratique imputable à un État membre qu'elle estime contraire à une disposition ou à un principe de droit de l'Union. À l'inverse des recours juridictionnels, les particuliers n'ont ni à démontrer l'existence d'un intérêt à agir ni à prouver qu'ils sont principalement et directement concernés par l'infraction dénoncée. Les associations de protection de la nature utilisent régulièrement cette voie afin de dénoncer la violation par un État de ses obligations environnementales. Reste que la plainte est un instrument à l'efficacité aléatoire puisque la décision de former, ou non, un recours en manquement relève de l'entière discrétion de la Commission.

En revanche, notons la possibilité d'agir sur le fondement de trois autres recours.

Une voie très utile aux personnes privées est le **renvoi préjudiciel**. Prévue à l'article 267 TFUE, cette procédure interrompt le cours d'un procès devant une juridiction nationale, afin de permettre à cette dernière de poser au juge communautaire une question portant sur l'interprétation (renvoi en interprétation) ou l'appréciation de validité (renvoi en appréciation de validité) d'une norme européenne applicable au litige dont elle est saisie. Permettant de

⁸¹ Voir : http://ec.europa.eu/eu_law/your_rights/your_rights_forms_fr.htm (le 20 février 2014)

faire apparaître la contradiction qui pourrait exister entre la règle nationale et la règle européenne, la procédure complète le recours en manquement d'autant plus utilement que les particuliers n'ont pas les moyens d'intenter un tel recours ni d'obliger la Commission à le faire. **Le renvoi en appréciation de validité** constitue, quant à lui, une voie indirecte permettant de contester la légalité d'un acte communautaire et complète, à ce titre, le recours en annulation permettant de demander l'annulation d'un acte de droit de l'Union européenne. Toutefois, théoriquement ouvert aux personnes privées ce recours leur est difficilement accessible en pratique. En effet, comme nous le noterons plus loin, telles que délimitées à l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les conditions d'ouverture du recours en annulation demeurent encore trop étroites malgré l'élargissement opéré par le Traité de Lisbonne⁸².

Enfin, d'autres recours, s'ils sont *a priori* plus ouverts ne sont, dans le domaine environnemental, quasiment jamais activés. C'est le cas du **recours en responsabilité extracontractuelle**⁸³. Aucune condition n'est imposée quant à l'intérêt pour agir des requérants mais les conditions, posées par la Cour de justice, sont appréhendées strictement. Il faut d'abord prouver une « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». La responsabilité de l'Union par exemple n'a pas été retenue pour les mesures d'urgence interdisant la pêche du thon rouge adoptées par la Commission dans la mesure où elles sont prévues par le règlement relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques⁸⁴.

En dernier lieu, il faut noter que, si les personnes privées ne peuvent pas agir devant la CIJ et, pour certains recours, devant la CJUE, elles peuvent agir devant les **juridictions nationales**.

⁸² Voir : E. Brosset, E. Truilhé, « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*, 2018 chron. n° 07, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/laces-au-juge-dans-le-domaine-de-lenvironnement-le-hiatus-du-droit-de-lunion-europeenne/>.

⁸³ Cette voie est tout à fait ouverte aux personnes physiques et morales puisqu'aucune condition ne leur est imposée quant à leur intérêt pour agir. Toutefois, les conditions de la responsabilité sont telles que ce recours n'a quasiment jamais été activé pour demander la réparation de préjudices dans le domaine de l'environnement. Les contentieux portent pour l'heure exclusivement sur des comportements des institutions qui – dans l'objectif de protéger l'environnement – créent des préjudices économiques dans le chef de particuliers. Voir par exemple CJUE, 14 octobre 2014, *Jean-François Giordano c/ Commission*, Aff. C-611/12 P, *Rec. p.* 22821. Des mesures d'urgence interdisant la pêche du thon rouge dans l'océan Atlantique et dans la Méditerranée adoptées par la Commission n'engagent pas la responsabilité de l'Union dans la mesure où elles sont prévues par le règlement (CE) n° 2371/2002, relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques. Il n'y a dès lors pas d'illegalité du comportement de la Commission et les préjudices économiques liés à l'interdiction de l'activité de pêche ne pourront pas être indemnisés.

⁸⁴ CJUE, 14 octobre 2014, *Jean-François Giordano c/ Commission*, Aff. C-611/12 P.

En effet, dans les ordres nationaux, tout sujet de droit bénéficie d'un droit à l'action qu'implique sa capacité de jouissance. Ainsi, devant le juge administratif et judiciaire, les actions en justice concernant les litiges environnementaux se trouvent engagées autant par l'État que des personnes physiques et morales, de droit privé comme de droit public, des ONG et des collectivités publiques. L'affaire de l'*Erika*⁸⁵ est topique puisqu'elle donne à voir la présence d'un grand nombre de ces sujets de droit, y compris le ministère public. Par ailleurs, du côté du Conseil constitutionnel, alors que le contrôle *a priori* relève d'une saisine réservée à certaines autorités politiques, la QPC (question prioritaire de constitutionnalité) peut être soulevée par les parties au litige se déroulant devant les juridictions de fond, qu'elles soient des personnes physiques ou morales, dès lors que les conditions exigées par la loi sont remplies.

⁸⁵ Cass. Crim, 25 sept. 2012, n° 10-82-938.

Les demandeurs à l'action dans le contentieux climatique
Entretien avec Christel Cournil
(Maîtresse de conférences à l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité)

Si les personnes privées ne peuvent agir devant la CIJ, en revanche, il leur est possible de se tourner vers le juge national pour faire avancer leur cause. C'est ce que montre le contentieux climatique. Pour contester la politique étatique d'un État et l'inviter à réduire leur rejet de gaz à effet de serre source de risque globaux, les personnes privées se tournent aujourd'hui vers les ordres nationaux plus à même de recevoir leur action. Selon le Rapport de l'UNEP « *The Status of Climate Change Litigation* »⁸⁶, fruit d'une collaboration avec le *Sabin Center For Climate Change Law*, l'enjeu du changement climatique a déjà donné lieu à plus de 564 procès aux États-Unis et 230 dans les autres États. Il invite à se demander qui sont ces demandeurs.

Le contentieux climatique montre que la société civile se mobilise en portant leurs actions devant les juges. Quelle est cette société civile ?

Cette société civile est très hétérogène. Elle est constituée d'individus comme l'agriculteur péruvien qui a intenté un recours contre l'énergéticien allemand RWE ou encore l'agriculteur Pakistanais dans l'affaire *Leghari*. Des actions ont aussi été portées par des groupes d'individus. C'est le cas des 886 citoyens se sont joints au recours de l'ONG *Urgenda* contre le gouvernement des Pays-Bas ou encore des 21 jeunes qui ont intenté une action aux États-Unis avec l'affaire « *Juliana* ». Ces individus sont le plus souvent aidés par des ONG.

Parmi les « profils » des requérants ayant agi récemment contre leur État, on retrouve des ONG spécialisées en matière de défense de l'environnement ou/et de défense des droits de l'homme. Parfois même, des *think tank* ou centre de recherches juridiques les aident à la préparation des requêtes. C'est le cas de l'ONG *Earthlife Africa Johannesburg* et du *Centre for Environmental Rights* (CER) qui a aidé à la rédaction du recours Sud-africain. On peut citer également l'exemple du recours mené contre l'État colombien et gagné par 25 enfants et jeunes juridiquement accompagnés par l'ONG *Dejusticia*, ONG « généraliste » travaillant sur les questions de droit, justice et société ou encore l'ONG *Our Children's Trust* aux États-Unis qui milite depuis longtemps pour le droit des générations futures et aide les actions climatiques. En Europe, la requête déposée devant le tribunal de l'UE par 11 familles est soutenue par l'ONG *Can Action network* (un réseau mondial de plus de 1 300 ONG) ; ONG très impliquée sur les questions de gouvernance climatique en Europe.

Certaines de ces ONG sont habituées à mener des actions d'activisme judiciaire comme Greenpeace : *Greenpeace Nordic* qui a déclenché un recours en Norvège, *Greenpeace Southeast Asia* qui a déposé une pétition devant la Commission des droits de l'homme aux Philippines. Greenpeace France déposera sous peu avec 3 autres associations un recours devant le Tribunal administratif de Paris. D'autres ONG ont été créées spécifiquement pour porter un recours devant un juge national comme l'ONG belge *Klimaatzaak* ou l'association française Notre affaire à tous (NAAT). Cette dernière a inscrit dans ses statuts, lors de sa création en septembre 2015, qu'elle défendrait la mise en œuvre de la justice climatique. Elle regroupe des juristes spécialisés en droit de l'environnement et en droits de l'homme.

Pour autant, ces demandeurs sont-ils toujours recevables à agir ?

Les demandeurs ont parfaitement « intégré » les risques d'irrecevabilité et développent de véritables stratégies contentieuses pour maximiser leur chance de réussite. Et d'autant plus que ces questions procédurales sont très différentes selon les systèmes juridiques nationaux. D'ailleurs, face à la technicité des actions contentieuses climatiques, les requérants (ONG et individus) sont aidés dans leur démarche par des praticiens du droit souvent chevronnés comme les avocats conseils Roger Cox, Dennis Van Berkel d'*Urgenda* et de *Klimaatzaak*, Julia Olson qui est la directrice exécutive et chef en conseil juridique de l'ONG *Our Children's Trust*, ou encore Roda Verheyen avocate allemande dans l'affaire du *Climate People's Case* et l'affaire RWE. Ces juristes, qui se sont spécialisés sur ces dossiers singuliers, collaborent désormais ensemble pour

⁸⁶ <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envt-CC-Litigation.pdf> . Voir la version en français : http://fr.boell.org/sites/default/files/the_status_of_climate_change_litigation_-_a_global_review_-_un_environment_-_may_2017_-_fr.pdf

s'entraider, malgré les spécificités nationales. S'est dessiné, en moins un an, un mouvement transnational d'activistes qui utilisent « l'arme du droit » pour faire avancer la cause climatique. Ce sont des membres d'ONG, des avocats, des universitaires, des citoyens, qui partagent leur savoir-faire autour de ces contentieux nationaux pour former une sorte de mouvement mondial de justice climatique.

Ainsi, l'on en retient que, bien que certains sujets de droit ne se voient pas suffisamment accorder le droit d'agir en justice devant certains tribunaux, en adoptant une vision globale du procès, il est possible de constater une certaine complémentarité entre les ordres. Reste que, dans tous ses ordres, traditionnellement, le modèle a des limites. Convient-il d'aller plus loin et, pour que le procès devienne davantage « environnemental », s'ouvrir davantage au modèle « écocentriste » des sujets de droit autorisés à agir qui tend aujourd'hui à se développer dans certains droits étrangers ?

§ 2 – Le modèle minoritaire du sujet de droit autorisé à agir : la voie de la prudence

Aujourd'hui, les droits de la nature font l'objet d'une attention croissante et, pour certains, pourraient être un atout dans la protection de la nature⁸⁷. La question se pose alors de leur possible extension. Or, la recherche menée dans cette étude montre qu'il faut rester prudent à l'égard ce modèle (B). Pour le comprendre, il faut en premier lieu le présenter (A).

A/ La présentation du modèle « écocentriste »

L'étude réalisée par Sabrina Dupouy dans cette recherche montre qu'un nombre croissant d'États accorde la qualité de sujet de droit à la nature en général ou à un élément de la nature en particulier. Or, cela n'est pas anodin car, au-delà de l'accueil que le droit substantiel fait alors à l'évolution des connaissances scientifiques concernant les caractères de la nature et aux relations spécifiques entre l'homme et la nature indissociables de considérations culturelles et spirituelles propres à certains peuples, l'attribution de la qualité de sujet de droit à la nature permet, sur le plan processuel, de défendre ses droits, et potentiellement de se faire entendre directement et spécifiquement par le juge. C'est en ce sens que, dès 1972 le Professeur Stone plaidait pour la reconnaissance des droits de la nature dans un article

⁸⁷ Sur ce sujet v. M.-P. Camproux-Duffrène et J. Sohnle, *La représentation de la nature devant le juge, approches comparative et prospective*, Hors Série Vertigo Sept 2005, <https://journals.openedition.org/vertigo/16159>. V. les travaux de V. Cabanes, *Homo Natura, En harmonie avec le vivant*, coll. Dans le vif, Buchet Chastel, 2017 ; *Un nouveau droit pour la terre*, coll. Anthropocène Seuil, 2016.

s'intitulant « *Should Trees Have Standing ? Toward legal rights for Natural Objects* » au sujet de l'affaire *Sierra Club v. Hickel*⁸⁸.

Il en est ainsi en **Équateur**. Ce pays reconnaît dans sa Constitution adoptée le 28 septembre 2008 la notion de *Pacha Mama* (Terre Mère) et, au nom de l'harmonie avec la nature pour accéder au bon vivre (le *sumak kawsay*), affirme que « la Nature ou Pacha Mama, où se reproduisent et se réalise la vie, a le droit à ce que l'on respecte intégralement son existence et le maintien et régénération de ses cycles vitaux, sa structure, ses fonctions et ses processus évolutifs » (art. 72). C'est aussi la **Bolivie** qui, après avoir reconnu dans sa Constitution du 29 janvier 2009 que le droit à un environnement sain s'exerce en permettant « aux individus et communautés des générations présentes et futures, ainsi que les autres êtres vivants, de se développer normalement et de façon permanente » (art. 33) a adopté la loi « sur les droits de la Terre mère »⁸⁹ qui accorde à la nature le droit à la vie, à la diversité, à l'accès à l'eau, à l'air pur, à l'équilibre, à la restauration et à une existence sans pollution (art. 7 de la loi).

D'autres pays accordent la personnalité juridique à des éléments spécifiques de la nature. Certains auteurs y voient une « nouvelle vague des droits de la nature »⁹⁰, se développant sous l'influence du juge et du législateur. Alors que le législateur est venu offrir la personnalité juridique au fleuve Whanganui en Nouvelle Zélande, par une loi du 14 mars 2017 entérinant un accord conclu entre le gouvernement et les représentants des tribus Maories riveraines du fleuve⁹¹, la High Court de Uttarakhand dans le nord himalayen de l'Inde a reconnu la

⁸⁸ Publié in *Southern California Law Review* et réédité in *Oxford University Press*, NY, 2010. La version traduite en française vient d'être éditée : *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, Lyon, Le Passager clandestin, 2017. Du côté français v. not. M.-A. Hermitte, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut juridique de la nature », in B. Edelman et M.-A. Hermitte, in *L'homme, la Nature et le Droit*, Christian Bourgois, 1988, p. 238 ; « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *RFAP*, 1990/53, p. 33 ; plus réc. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2011/1, n° 66, p. 173, Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant, in P. Descola (dir.), *Natures en question. Colloque de rentrée du Collège de France*, Ed. Odile Jacob, 2018, p. 257 et s.; E. Forman et E. Gaillard (dir.), « À chaque objet son sujet ! Les révolutions juridiques de la relations homme-nature », Editions Peter Lang, à paraître ; v aussi les entretiens de M.-A. Hermitte avec Francis Chateauraynaud, *Le droit saisi au vif – Sciences, technologies, formes de vie*. éd. Petra, 2013.

⁸⁹ Loi n° 071, « Derechos de la Madre Tierra », *Gaceta Oficial de Bolivia*, 21 déc. 2010.

⁹⁰ V. V. David, « La nouvelle vague des droits de la nature, La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement (RJE)*, 2017/3, Vol. 42, p. 409 s.

⁹¹ <http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2016/0129/latest/d56e357.html>. Sur le processus législatif, v. D. Shelton, « Nature as a legal person », in : *La représentation de la nature devant le juge, approche comparative et prospective*, 2015, *Vertigo*, Hors-série 22-2015 ; en ligne : <https://journals.openedition.org/vertigo/16188>; C. J. Iorns Magallanes, « Nature as an Ancestor : Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand », *idem*, <https://journals.openedition.org/vertigo/16199>

personnalité juridique au Gange et à son principal affluent, le Yamuna⁹². C'est enfin, en sus de certains États fédérés américains⁹³, la Colombie qui a franchi le pas à l'occasion de deux récents jugements attribuant la personnalité juridique respectivement à une rivière et à l'Amazonie colombienne⁹⁴,

Dans tous les cas, la nature bénéficiant d'une capacité de jouissance et non d'exercice, elle ne peut agir en justice que par le biais de représentants *ad agendum* susceptibles d'agir à l'action directement en son nom⁹⁵. S'il en est ainsi de toute personne du côté de l'Équateur et la Bolivie par le biais d'une *actio popularis*⁹⁶, ce n'est pas le cas en **Inde** et en **Nouvelle Zélande**. Alors que le Gange et son affluent seront représentés par le Secrétaire Général et l'Avocat Général de l'État d'Uttarakhand, le fleuve Whanganui est représenté par différentes parties prenantes réunies au sein de différents comités organisant sa gestion et protection, dont deux personnes physiques.

Par ailleurs, la tendance connaît un certain soutien sur la scène internationale, en particulier au sein des Nations Unies par la voix des peuples autochtones. Si dès 2009 l'Assemblée générale a adopté une résolution mettant en place une « Journée internationale de la Terre nourricière », ainsi que différentes résolutions prônent la notion d'harmonie avec la nature⁹⁷. Notons aussi que le préambule de l'Accord de Paris sur le climat affirme qu'il « importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans, et à la protection de la biodiversité, reconnue par certaines cultures comme la Terre nourricière ». Nous devons donc nous interroger sur l'opportunité d'opérer ce tournant écocentrisme pour renforcer la finalité environnementale du procès.

⁹² *Mohd. Salim v. Stata of Uttarakhand and others*, Writ Petition, n° 126, 2014, *High Court of Uttarakhand* at Nainital, 20 mars 2017. <https://drive.google.com/file/d/0BzXilfcxe7yuM3VRWTZDeEtmSGc/view>
V. aussi, le jugement rendu de nouveau par la *High Court of Uttarakhand* le 30 mars 2017 qui accorde la personnalité juridique aux glaciers Gangotri et Yanotri ainsi qu'aux forêts, arbres et ruisseaux : <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload662.pdf>

⁹³ Sur ce rappel, V. Cabanes, *Homo natura. En harmonie avec le vivant*, Buchet Chastel, 2017, p. 95.

⁹⁴ Il s'agit de deux décisions de la Cour suprême du 5 avril 2018 (<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/Fallo-Corte-Suprema-de-Justicia-Litigio-Cambio-Climático.pdf>) et du 10 nov. 2016, <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2017/05/sentencia-t-622-de-2016-rio-atrato.pdf>

⁹⁵ À ne pas confondre avec la représentation à l'instance *ad litem* par le biais de l'avocat, N. Cayrol, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Cours, 2017, 1^{ère} éd., p. 693 et s.

⁹⁶ V. not. la Constitution de l'Équateur, art. 71 al. 2 : « Toute personne, communauté, peuple et nation peut en appeler aux autorités publiques pour mettre en œuvre les droits de la nature ».

⁹⁷ Sur ce rappel T. Deleuil, « La protection de la « Terre nourricière » : un progrès pour la protection de l'environnement ? », *RJE*, 2017-2, p. 265 (pp. 255 à 272)

B/ L'appréciation du modèle « écocentriste »

Nos conclusions sur ce point s'avèrent prudentes et invitent davantage à poursuivre la réflexion qu'à plaider la réforme immédiate. Malgré le fait que certains arguments doivent être entendus, la complexité ne peut être ignorée.

Techniquement rien n'empêche d'accorder la personnalité juridique à la nature et d'opérer ainsi le passage des droits de l'homme environnementaux aux droits de la nature elle-même. Déjà, au début du siècle dernier, René Demogue avait défendu l'idée d'accorder la personnalité juridique aux sociétés dans son célèbre article « le sujet de droit »⁹⁸. Au même titre qu'elle a permis d'offrir la personnalité juridique à certains groupements humains, la technique de la fiction juridique pourrait accorder la qualité de sujet de droit à des entités vivantes non humaines⁹⁹.

Surtout, du point de vue de l'opportunité, certains arguments venant de la doctrine méritent l'attention. Ainsi, selon Christopher D. Stone, cette reconnaissance pourrait conduire les juges à mieux entendre et apprécier ses revendications. Dans son ouvrage, l'auteur explique que, s'il est vrai que d'autres voies existent pour défendre les intérêts de l'environnement dans les systèmes juridiques, en particulier via l'assouplissement de l'intérêt à agir des personnes, le symbolisme du « droit à » peut jouer un rôle important dans le procès. L'expression elle-même pourrait inviter le juge à être plus sensible et ouvert à la protection de l'environnement : « Les juges qui pourraient impunément faire référence aux « droits juridiques environnementaux » seraient encouragés à développer une jurisprudence viable qui leur corresponde – pour partie du simple fait de la disponibilité et la force de cette expression »¹⁰⁰. C'est aussi en ce sens que Marie-Angèle Hermitte, au-delà de la reconnaissance substantielle des « droits à », plaide pour la nécessité de dépasser le modèle des personnes juridiques défendant en justice « leur amour pour les non-humains » à « la satisfaction de leurs besoins en parlant leur langage » : « Pour cela, des non-humains, y compris les écosystèmes, devraient devenir des sujets de droit capables de se présenter et

⁹⁸ R. Demogue, « La notion de sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.)*, 1909, p. 1.

⁹⁹ Sur l'ensemble des techniques permettant processuellement la défense de la nature, v. E. Jeuland, « L'être naturel, une personne morale comme les autres dans le procès civil? », à paraître aux Mélanges G. Parléani en 2019 : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01990141/document>

¹⁰⁰ V. la traduction en français, p. 95 de l'ouvrage *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, préc.

d'exprimer directement leurs besoins devant un tribunal »¹⁰¹. Surtout, l'auteure n'hésite pas, pour convaincre de l'importance des droits de la nature sur le plan processuel, à faire appel aux principes gouvernant le droit du procès lui-même. Constatant que « pour que la dynamique du procès soit efficace, il faut respecter le principe de l'égalité des armes dont le premier acte est l'existence de sujets de droits », elle en conclut que « d'une certaine manière, on peut donc dire que, sans attribution de la qualité de sujet de droit aux non-humains, ce n'est pas un vrai procès qui s'engage »¹⁰².

Certes, ces auteurs n'ignorent pas que la consécration de la qualité de sujet de droit n'est pas la panacée. Comme le laissait déjà entendre Christopher D. Stone dans son article¹⁰³ et comme le confirme aujourd'hui l'observation assez décevante de la jurisprudence étrangère provenant des droits ayant consacré le droit d'agir de la nature¹⁰⁴, la proclamation de « droits » n'est pas automatiquement garante en elle-même d'une meilleure protection de la nature¹⁰⁵ : le contenu du droit de l'environnement et la détermination des droits accordés à la nature sur le plan substantiel, l'importance des devoirs humains pour la préserver et la place des autres droits subjectifs venant en opposition et invitant à la conciliation, telle la liberté d'entreprendre, les conditions de l'exercice du droit d'agir en justice pour la nature, les difficultés de preuves lors du procès en cas d'atteintes à l'environnement : tous ces paramètres demeurent déterminants dans l'issue du litige. L'attribution de la qualité de sujet de droit à la nature ne fera pas automatiquement du procès un procès « pour l'environnement » car, au fond, d'autres arguments en faveur de la liberté d'entreprendre et de l'application de règles justifiant l'atteinte à la nature peuvent l'emporter. Le droit processuel n'est que le servant du droit substantiel la qualité de sujet de droit ne pallie pas ses carences.

¹⁰¹ M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », préc. p. 102.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ L'auteur n'hésite pas à rappeler que son raisonnement relève de « la perception » qu'il a du symbolisme des droits à, p. 96.

¹⁰⁴ V. les rares applications concernant l'article 72 de la Constitution de l'Équateur, E. Fernandez Fernandez, « Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Équateur) », *Vertigo*, Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 07 août 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16214>; DOI : 10.4000/vertigo.16214

¹⁰⁵ L. Neyret, « Comment construire la responsabilité juridique », in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 125.

Face à l'accélération de la dégradation de l'environnement, il convient de privilégier un raisonnement pragmatique¹⁰⁶. Il convient de vérifier si, dans un ordre au sein duquel existe déjà un corpus juridique environnemental soucieux de la protection de l'environnement, la personnalisation de la nature pourrait être un progrès supplémentaire. Les intérêts de la nature seront-ils davantage entendus par le juge si la nature peut elle-même se défendre ? Le poids de sa parole sera-t-il plus convaincant si un représentant parle en son nom directement ?

« Faut-il accorder un droit d'agir à la nature ? »

Questions à Marie-Angèle Hermitte (Directrice de recherche au CNRS, directrice d'études à l'EHESS)

1) S'il est possible techniquement de créer un droit d'agir pour la nature, faudrait-il délimiter son champ d'application et ses conditions d'exercice ?

Votre question en comporte en fait trois que je vais décliner.

a) Faut-il créer un droit d'agir pour la nature ?

Pour la nature, certainement pas. Dans une civilisation à base scientifique comme la nôtre, il y a des faits scientifiques, tel "l'effet de serre" et, d'autre part, des lois scientifiques qui gouvernent les conséquences de l'envoi dans l'atmosphère des différents gaz à effet de serre. La nature des sociétés scientifiques est constituée de cet ensemble faits/lois que l'on peut utiliser mais pas modifier. À ce titre, je n'ai aucun besoin de donner aux lois scientifiques un droit d'agir, elles le prennent toutes seules : en face d'une inondation, ne disons-nous pas « la nature reprend ses droits ». Dans ce même contexte occidental, le mot nature prolonge inéluctablement la rupture nature-culture qui est à l'origine de la mise en coupe réglée des entités naturelles non humaines par les humains. Sur ce point, je renvoie à Philippe Descola et tout le courant de pensée qu'il contribue à organiser. Les sujets dont je parle sont la biodiversité, un écosystème, une espèce, jamais « la nature » – sujet mythique et poétique – et pensons entités naturelles, humaines et non humaines.

b) Faudrait-il délimiter le champ d'application du droit des entités naturelles ?

Il faut déjà déterminer quelles sont les entités naturelles qui devraient avoir des droits. Le mot entités naturelles est très large. Une espèce est une entité naturelle, de même que chacun de ses membres, et ils ont des besoins. Un écosystème est un ensemble de relations entre entités naturelles géographiquement situé ; il a donc besoin de certaines conditions pour assurer les fonctionnalités qui permettent à ses habitants de continuer à interagir. Le climat est un phénomène évolutif complexe. Qu'il soit chaud ou froid, il est ; à ce titre, il est indifférent à sa propre évolution, à l'inverse de l'écosystème qui en perdant ses habitants cesse d'exister. Or, pour revendiquer des droits, il faut que vos besoins puissent être compris pour nourrir une revendication dans l'enceinte d'un Parlement et un intérêt à agir devant un tribunal. Tous les écosystèmes et leurs habitants, tels qu'ils existent à un moment donné, ont certainement des besoins pour continuer d'exister et d'évoluer dans un sens favorable aux interactions entre habitants et, parmi ces besoins, des conditions météorologiques qui, elles, dépendent du climat. Il est donc effectivement nécessaire d'établir quelles entités non humaines, présentes dans le vrai monde, ont intérêt à venir délibérer et revendiquer dans le monde du droit.

c) Faudrait-il en déterminer les conditions d'exercice ?

¹⁰⁶ En ce sens les propos de F. Ost revenant sur sa première opinion à l'égard des droits de la nature et affirmant qu'il est temps de ne plus raisonner uniquement de manière idéologique mais davantage en termes pragmatique d'efficacité. V. Conférence au Collège de France prononcé le 20 oct. 2017, *La nature sujet de droit ?*, <https://www.college-de-france.fr/site/colloque-2017/symposium-2017-10-20-11h15.htm>

Sans aucun doute, et c'est une tâche complexe car elle dépend des ordres juridiques dans lesquels on évolue. C'est pour cette raison que j'ai essayé de distinguer les divers "chemins" qui sont empruntés pour aller vers une subjectivisation des entités naturelles. J'en ai à ce jour distingué trois, dont il faut préciser qu'ils ne sont pas totalement séparés ; ils s'influencent et rien n'empêche qu'un quatrième chemin apparaisse ainsi que des chemins de traverse. J'ai ainsi distingué la voie autochtoniste, la voie religieuse - spiritualiste et la voie scientifique, sachant que des hybridations sont visibles. Mais on voit tout de suite les conséquences que cela peut avoir sur la légitimité du représentant. Il est bien évident que, dans la voie autochtoniste, les peuples autochtones liés à l'entité naturelle doivent assurer, pas forcément seuls, la représentation de l'entité. C'est ainsi que, pour la rivière Whanganui, un système complexe dans lequel la tribu « enfant » de la rivière occupe des fonctions importantes, tant dans la prise de décision que dans l'imposition de solutions inspirées de sa cosmogonie propre. Mais elle n'est pas la seule : elle partage nombre de décisions avec "la Couronne", les intervenants économiques ayant un usage du fleuve, etc. Par ailleurs, les aspects scientifiques et économiques ne sont pas absents (hybridation). Ce que l'on peut appeler l'Occident, pour dire vite, a produit une société démocratique, où chacun peut s'exprimer et prétendre représenter un intérêt, et basée sur la science ou plus exactement sur les sciences. Car il n'existe pas une science du végétal, mais de multiples branches scientifiques qui ne disent pas la même chose du même végétal. Entre celui qui étudie le génome du chêne et celui qui étudie les interrelations qui se produisent entre ses racines avec d'autres organismes ou le même type d'interactions autour de la canopée, il y a encore le plus souvent des discours parallèles. Qui représentera l'espèce « chêne », les chênes d'une forêt déterminée caractérisée par un environnement spécifique (taille de la forêt, ancienneté, parasites, pollutions atmosphériques, climat ...), ce chêne d'Allouville qui aurait mille ans ? Chacun des intérêts, celui de l'espèce et celui de la forêt, appelle des scientifiques différents qui peuvent agir seuls ou à plusieurs. Le chêne d'Allouville, lui, ne requerra un scientifique qu'à la marge car il a tissé tant de liens avec le village et le pays qu'il est devenu une sorte d'ancêtre de la nation, tiré du côté de l'humain.

2) Vous avez soutenu dans l'un de vos articles qu'accorder un droit d'agir à la nature permettrait de respecter l'égalité des armes dans le procès : pouvez-vous nous en dire plus ?

Je crains que la question ne soit, à l'heure actuelle, prématurée. Seule la multiplication de procès avec des sujets de droit non humains permettra de comprendre exactement quels sont les besoins processuels spécifiques des non humains, par essais et erreurs.

Mais l'idée est simple. Doter les humains des mêmes armes est relativement simple car ils partagent les mêmes caractéristiques. C'est beaucoup plus difficile s'il faut franchir la barrière d'espèce. Ainsi, lorsque l'un des plaideurs ne parle pas la langue des magistrats, il doit bénéficier d'un traducteur. Mais lorsqu'il ne s'agit plus de mettre à égalité des langages de même nature, mais des modes de communication différents, il faut plus d'imagination. Et par exemple utiliser l'image, filmer l'intimité de la vie des écosystèmes. Alors, pour l'instant, je pose seulement la question : pour l'espèce dauphin, il faut certes un représentant, par exemple « les amis des dauphins de Méditerranée » qui vont engager le procès, mais il faut aussi un traducteur qui permette au président du tribunal « d'entendre » les sifflements et les « clics », ou plus encore le fonctionnement des sonars. Les humains s'y sont intéressés... pour embarquer les dauphins dans la détection des mines, mais cela a aussi permis d'équiper de balises certains filets de pêche pour que les dauphins puissent les voir et donc les éviter ; en revanche, on n'écoute pas assez les dauphins siffler le danger des sonars de bateaux, eux qui portent atteinte à leur appareil acoustique et brouillent leurs conversations. On manque de traducteurs compétents capables de brouiller les échanges au sein du tribunal, de le saturer de clics pour enfin comprendre ce qui se passe. La tenue d'un procès est influencée par les corps présents. L'oiseau mazouté qui impose au tribunal la longue séquence de son agonie demande réparation mieux que toute explication, et la disponibilité de ces images a sans doute été pour quelque chose dans l'évolution de la jurisprudence sur les marées noires, principaux supports du préjudice écologique pur à ce jour.

3) Pensez-vous que cela permettrait au juge français de renforcer l'effectivité du droit de l'environnement alors qu'il existe déjà des actions attitrées dans ce domaine ?

Peut-être, car ce changement procédural qui peut aider à changer le regard sur les non humains incite à remonter au politique et à reformuler votre question. Car on ne se poserait plus la question de l'effectivité du droit de l'environnement, mais celle de droit des écosystèmes partagés, droit des interactions humains/non humains. La subjectivisation procédurale oblige à reconsidérer le fond

du droit pour le rendre compatible avec la nouvelle ontologie juridique ainsi créée. C'est ce que j'ai appelé l'animisme juridique qui colore divers ordres juridiques et pas seulement ceux qui sont d'inspiration indigéniste comme on le croit trop souvent.

Le législateur pourrait y réfléchir et le gouvernement pourrait appeler à la création d'un groupe de travail qui, tout en faisant un bilan du droit étranger, s'interrogerait sur les voies de la réforme, si elle s'avère opportune. C'est alors que devront être abordés les éléments suivants : l'étendue des droits de la nature, le choix entre une attribution générale (comme en Équateur) ou spéciale (un fleuve, une rivière, une montagne, une forêt), selon le modèle néo-zélandais ou indien, la substance des droits et l'organisation de leur exercice par la voie de la représentation (*actio popularis* ou représentation spéciale avec désignation d'un tuteur ?). L'on voit bien que le débat est immense et que l'évolution proposée appelle des discussions techniques.

Dans l'objectif de renforcer la capacité du procès à garantir la protection de l'environnement, l'élargissement des sujets de droit autorisés à agir s'avère donc être une option encore largement discutable. Ce n'est pas le cas de l'assouplissement de l'exigence d'un intérêt personnel comme condition de recevabilité de l'action. Cette option permet de renforcer la défense des intérêts environnementaux devant le juge tout en conservant le modèle anthropocentriste plus acceptable.

Section 2 - Les dérogations à l'exigence d'un intérêt personnel : une solution plus acceptable

Si dans la plupart des ordres, existe un nombre suffisant de sujets de droit autorisés à agir, cela ne signifie pas que ces derniers peuvent défendre tous les intérêts qu'ils souhaitent. Bien au contraire. Il faut rappeler que, au stade de la recevabilité de l'action, même si le vocabulaire varie selon les ordres, le demandeur doit démontrer la présence de son intérêt à agir personnel¹⁰⁷.

Cette règle processuelle peut nuire à l'ouverture du procès en matière environnementale. En effet, les litiges environnementaux présentent bien souvent la spécificité suivante : au-delà des intérêts personnels, c'est-à-dire ceux touchant une personne susceptible alors d'agir en justice, ils atteignent les intérêts d'un grand nombre de personnes, ceux de la société dans son ensemble, et l'environnement lui-même. Or, en principe, de par l'exigence de l'intérêt personnel, seul le demandeur démontrant que l'illégalité de l'acte administratif au regard du

¹⁰⁷ Sur cette exigence dans les différents ordres, v. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., n° 83 et s.

droit de l'environnement ou le dommage découlant d'une activité polluante lèse ses propres intérêts et que l'action envisagée permettra d'y remédier pourra agir en justice¹⁰⁸. L'on devine la difficulté : si tout acte ou dommage qui n'entraîne aucune conséquence personnelle pour le demandeur ne peut faire l'objet d'une action en raison de son irrecevabilité, les responsables – personnes publiques ou privées - échappent à toute condamnation potentiellement favorable à l'environnement. La règle processuelle freine alors la possible application du droit de l'environnement par le juge.

Face à cette difficulté, l'étude montre que des remèdes, sous forme de dérogations, existent. En ce sens, le législateur français n'a pas hésité à créer des actions « attitrées » en accordant une « qualité à agir », par dérogation à l'exigence d'intérêt à agir à certaines personnes. Cela leur permet d'agir en justice pour défendre des intérêts environnementaux, malgré leur absence d'intérêt personnel. La question est alors de savoir si, dans l'ensemble des ordres, il ne faudrait pas assouplir cette exigence pour renforcer la possibilité pour le procès de rétablir les règles du droit de l'environnement. Les réponses délivrées par la recherche invitent à distinguer entre les actions portées devant un juge national (§1) et celles portées devant un juge supranational (§2).

§ 1 – Devant un juge national

Notre étude montre qu'il convient de distinguer le cas français qui se montre, par le biais de dispositifs avancés, assez largement ouvert aux actions environnementales (I), des autres systèmes nationaux marqués par une grande diversité (II).

A/ En France : des dispositifs avancés

En droit français, un état des lieux montre qu'il existe d'importantes techniques permettant à certains sujets de droit déterminés par la loi de défendre des intérêts non personnels. Cela permet d'ouvrir un procès alors que le litige ne concerne pas l'intérêt propre du demandeur. La question est de savoir si, pour une meilleure application de la loi, il faudrait poursuivre cette évolution (1) en promouvant l'*actio popularis* entendue comme le droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public (2).

¹⁰⁸ *Ibid.*

1) Les évolutions réalisées

L'exigence de la preuve de l'intérêt personnel à agir se retrouve aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif. Ce n'est que devant le juge constitutionnel que la question de l'intérêt à agir ne se pose pas dans les mêmes termes.

Procès environnemental et Conseil constitutionnel

Questions à Laurence Gay et Marthe Fatin-Rouge Stefanini (Aix Marseille Université)

1) Comment l'intérêt à agir est-il apprécié par le Conseil constitutionnel ?

La notion d'intérêt à agir n'est pas vraiment adaptée à l'office du juge constitutionnel ; du moins présente-t-elle devant lui des spécificités¹⁰⁹. Il convient à cet égard de distinguer entre les deux principales voies de droit qui déclenchent le contrôle de constitutionnalité de la loi.

Pour ce qui est du contrôle *a priori*, on sait que le droit de saisir le Conseil constitutionnel (CC) appartient aux autorités politiques énumérées par l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Ces autorités ne défendent pas un intérêt personnel au succès ou au rejet de la saisine. Elles sont porteuses d'un intérêt objectif, celui au maintien de la légalité constitutionnelle. Leur qualité pour agir est établie par la Constitution. Une fois la saisine parvenue au Conseil, leurs auteurs ne peuvent d'ailleurs pas la retirer. Ceci vaut pour tous les cas de contrôle *a priori* : lois ordinaires et organiques, traités et règlements des assemblées.

Pour ce qui est du contrôle *a posteriori*, par le biais de la QPC, les choses sont plus nuancées. On sait en effet que le constituant a entendu consacrer le droit du justiciable de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition porte atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution. Le Conseil constitutionnel l'a souligné à l'occasion du contrôle de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1. Le justiciable à l'origine de la QPC présente donc bien en principe un intérêt à ce que la disposition de loi – qui doit lui être applicable – soit déclarée inconstitutionnelle et abrogée. Toutefois, une fois la question renvoyée au Conseil constitutionnel, elle est dissociée du litige au fond, pour déboucher sur un contrôle objectif de la conformité de la loi aux droits et libertés. L'intérêt à agir ne joue donc pas de rôle devant le juge constitutionnel. Ce dernier estime parfois qu'une partie des dispositions contestées ne sont en réalité pas mises en cause par la question ; mais il s'agit alors pour lui de préserver la possibilité de futures QPC sur lesdites dispositions, non de dénier leur applicabilité au litige et l'intérêt subséquent du requérant à leur abrogation.

En définitive, dans la procédure de QPC, l'intérêt du justiciable à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi transparaît donc à travers la condition d'applicabilité de la disposition de loi au litige. Cette condition est vérifiée tant par le juge au fond si la QPC est soulevée devant lui, que par les Cours suprêmes à qui la question est posée ou transmise. Il reste que cette condition est rédigée de façon compréhensive. Cela ressort nettement d'une comparaison avec les procédures de renvoi préjudiciel dans les pays proches de la France ; ainsi, en Allemagne, Espagne, Italie ou encore en Belgique, les textes exigent plus classiquement que la réponse à la question de constitutionnalité *commande* ou *conditionne* l'issue du litige au fond. La formule plus souple retenue par le législateur organique français est donc favorable à une plus grande ouverture de la QPC ; la possibilité d'un contrôle de la loi au regard des droits et libertés, y compris des droits et libertés en matière environnementale pour ce qui nous intéresse, est donc *a priori* facilitée. Une hypothèse intéressante s'est d'ailleurs présentée dès la QPC en 2010 : les requérants critiquaient une disposition de loi en tant qu'elle ne s'appliquait pas à eux. Autrement dit, ils mettaient en cause un champ d'application (*rationae personae*) de la loi trop strict. Le Conseil d'État a accepté de renvoyer cette question, ce qui témoigne d'une acception large de la notion d'applicabilité ; le moyen des requérants revenait finalement à mettre en cause ce que l'on vise en contentieux constitutionnel comparé comme une omission législative relative. L'hypothèse n'est pas rare en QPC. Le CC sanctionne à l'occasion de telles omissions. Cela ouvre des perspectives pour le droit de l'environnement dès lors que les droits et principes consacrés dans la Charte de 2004 se traduisent en grande partie par des obligations d'agir à la

¹⁰⁹ V. N. Belloubet, « Existe-t-il un intérêt à agir devant le Conseil constitutionnel ? », in C. Teitgen-Colly (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, L.G.D.J., collection Grands colloques, 2016, p. 47-69.

charge du législateur. Par contre, il faut émettre des réserves vis-à-vis de la tendance jurisprudentielle contraire, perceptible devant la Cour de cassation plus que devant le Conseil d'État, à resserrer cette condition d'applicabilité et à rejeter des QPC au motif que la déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait pas d'incidence concrète sur la situation du justiciable. Cette tendance jurisprudentielle ne paraît pas conforme à la lettre de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1.

2) Quels sont les critères d'admission des tierces interventions devant le Conseil constitutionnel et faudrait-il selon vous les modifier ?

Sur ce point, il convient à nouveau de distinguer entre contrôle *a priori* et QPC.

Commençons cette fois par la QPC. Le Conseil constitutionnel n'avait rien prévu concernant les interventions de tiers dans le règlement de procédure établi avant l'entrée en vigueur de la QPC. Après l'admission en pratique de telles interventions, il a finalement modifié le règlement sur ce point par décision du 21 juin 2011. Il est désormais prévu que des observations en intervention peuvent être produites par une personne justifiant d'un *intérêt spécial* ; elles doivent parvenir au Conseil dans le délai qui a été donné aux parties pour produire leurs observations écrites. Le tiers admis à intervenir est traité comme une partie : ses observations sont versées à la procédure, son représentant peut intervenir à l'audience.

En pratique, on a constaté l'existence de trois types d'intervenants¹¹⁰ :

1 - l'intervenant qui a posé une QPC identique à celle examinée mais qui n'avait pas ou pas encore été renvoyée au Conseil.

2 - l'intervenant qui est un des seuls destinataires des dispositions de loi qui sont en cause : ce fut par exemple le cas de la Française des jeux avec loi sur les jeux de hasard

3 - l'intervenant ayant, selon la formule de l'ancien Secrétaire général Marc Guillaume, « un intérêt spécifique, souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la loi ». Cette catégorie comprend des personnes morales, syndicats, associations, dont évidemment celles de défense de l'environnement. Ainsi, sur 22 QPC se référant à la Charte de l'environnement, 4 ont fait l'objet d'une intervention d'une ou plusieurs associations.

Si le prétoire du Conseil semble donc largement ouvert, la pratique suivie n'est pas exempte de critiques. Alors que dans les deux premières hypothèses (avoir soulevé la même QPC ou être l'un des destinataires exclusifs de la norme), les interventions sont admises sans difficulté dès lors que la situation juridique subjective de l'intervenant est en cause, les critères de l'intérêt spécial sont en revanche flous dans la troisième hypothèse. Le Conseil constitutionnel ne les précise pas dans ses décisions. Quant aux décisions de refus d'intervenir, elles ne sont pas rendues publiques mais ne sont pas non plus motivées selon les témoignages. Cette opacité a été illustrée par la QPC sur la loi interdisant l'exploration et l'exploitation des gaz de schiste. Le Conseil y a admis l'intervention de *France nature environnement* et celle de *Greenpeace France*. Les autres ont été rejetées, sans que l'on sache pourquoi¹¹¹. La doctrine comme le monde associatif ont critiqué l'absence de critères précis pour l'admission et le rejet des interventions, et l'absence de motivation et de publicité des refus. Une évolution de la pratique suivie, au besoin confortée par une modification du règlement de procédure, apparaît souhaitable.

Il faut rappeler ici que la situation est bien plus critiquable encore en ce qui concerne le contrôle *a priori*, pour lequel le Conseil constitutionnel n'a jamais adopté de règlement de procédure. Or, il existe de longue date une pratique totalement informelle que le Doyen Vedel avait qualifiée de « portes étroites ». Il s'agit également d'interventions envoyées de façon spontanée au Conseil constitutionnel, par les personnes les plus diverses, du particulier aux grandes entreprises. Ces portes étroites – ou contributions extérieures - ne sont pas réglementées : elles ne sont pas publiques et pas même communiquées au Secrétariat général du Gouvernement qui défend la loi. Cette absence de soumission au principe du contradictoire est d'autant plus controversée que les portes étroites semblent être devenues une voie de lobbying privilégiée de la part du monde économique et financier. Selon certains, cela ne serait pas sans lien avec la censure, au nom du respect des libertés économiques – droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle –, de lois poursuivant des objectifs sociaux ou environnementaux. Auteure d'un rapport critique sur cette forme de lobbying devant le Conseil constitutionnel mais aussi le Conseil d'État, la fédération les amis de la Terre France a demandé l'adoption d'un règlement de procédure pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, afin notamment qu'il soit donné un cadre aux

¹¹⁰ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, mai 2018, § 315.

¹¹¹ O. Mamoudy, « Précisions sur le régime de l'intervention volontaire et l'invocabilité de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC », *Petites Affiches*, 19 déc. 2013, n° 253, p. 12. Les motivations mises en avant par le rapporteur sont toutefois présentées par N. Belloubet, « Existe-t-il un intérêt à agir devant le Conseil constitutionnel ? », préc., p. 55.

portes étroites ; en l'absence de réponse du juge constitutionnel, la fondation a intenté un recours devant le Conseil d'État en octobre dernier. Compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'État, en particulier de l'arrêt d'Assemblée Brouant de 2002¹¹², ce recours a peu de chances d'aboutir mais la question est désormais posée. Nous sommes de ceux qui pensent qu'un cadre officiel doit en effet être donné à ces contributions extérieures, de façon à les rendre publiques et soumises au contradictoire. Les objections tenant au risque d'encombrement du Conseil, compte tenu notamment du délai d'un mois pour statuer, ne nous paraissent pas recevables. D'ordre purement technique, ces objections pèsent peu face aux arguments de principe : en effet, la question est autant celle de la transparence quant aux règles d'accès au prétoire du Conseil que celle de la légitimité au fond des décisions, comme l'atteste la dénonciation du poids des contributions extérieures dans l'orientation libérale de la jurisprudence constitutionnelle des années récentes. S'il faut en passer par un allongement du délai pour statuer – ce qui nous semblerait de toute façon une bonne chose, l'article 61 al. 3 de la Constitution, qui pose le délai d'un mois, doit donc être modifié.

3) Les décisions du Conseil constitutionnel peuvent être décrites comme abstraites ou concrètes : dans quelle mesure cela influence-t-il la protection des droits et libertés ?

Il n'y a pas d'accord doctrinal sur ce qui permet de caractériser un contrôle concret ou un contrôle abstrait en contentieux constitutionnel. La définition originelle d'un contrôle concret est qu'il surgit à l'occasion d'un litige concret. Cela semble donc pouvoir s'appliquer au mécanisme de renvois incidents aux Cours constitutionnelles, du type de la QPC. Toutefois, en réalité, la question de savoir si la décision rendue par la Cour à la suite d'un tel renvoi est véritablement concrète demeure ouverte : le raisonnement tenu, la motivation tiennent-ils compte de faits concrets et lesquels ? C'est sur ce point que la discussion existe. Pour certains auteurs, le raisonnement serait concret dès lors qu'il prendrait en compte les faits du litige à l'origine de la question posée au juge constitutionnel. Devant certaines Cours à l'étranger, cela peut se traduire par exemple par des décisions concluant à la conformité de la loi à la Constitution, *sauf en tant qu'elle ne réserve pas la situation du justiciable ayant soulevé la question*. Or, on sait que le Conseil constitutionnel français refuse en principe, dans le cadre de la QPC, de rendre des décisions de ce type. Pour d'autres auteurs, dont nous sommes, on peut retenir une acception plus large du contrôle concret comme étant celui qui prend en compte des faits généraux qui conditionnent ou entourent l'application de la loi. Cette voie de concrétisation du contrôle, bien que moins forte que la première, favorise, elle aussi le constat d'atteintes à des droits et libertés qui n'aurait pu être fait dans un cadre *a priori*. C'était au demeurant un des arguments en faveur de la QPC, que de permettre de sanctionner des inconstitutionnalités surgissant à l'application de la loi. Il faut donc souhaiter que la démarche, déjà empruntée par le Conseil constitutionnel, soit approfondie dans l'objectif d'une meilleure protection des droits et libertés et ce, même s'il n'existe pas à ce jour d'exemple probant concernant les droits et libertés environnementaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Toutefois, l'exigence n'est pas absolue. **L'article 31 du Code de procédure civile** dispose : **« L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé »**¹¹³. Si cette disposition pose, au niveau de la recevabilité de l'action, le principe de l'exigence de l'intérêt personnel à agir, elle permet au législateur d'accorder exceptionnellement une qualité pour agir à des sujets de droit ne bénéficiant aucunement d'un intérêt personnel à agir. Il s'agit de créer, selon le vocabulaire des processualistes, à côté des

¹¹² Cet arrêt rejetait un recours en annulation contre la décision du Conseil constitutionnel définissant un régime particulier pour l'accès à ses archives. Le Conseil d'État avait estimé qu'il n'était pas compétent pour connaître d'un tel acte dont l'objet « n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution ».

¹¹³ V. aussi l'article 2 du Code de procédure pénale. Pour le procès administratif : v. B. Seiller et M. Guyomar, *Contentieux administratif*, Dalloz, HyperCours, 2017, 4^e éd., n° 617 et s. ; D. Bailleul, *Le procès administratif*, LGDJ col. Systèmes Droit, 2014, p. 43 et s.

actions banales, des actions attitrées permettant à une personne déterminée par le législateur de défendre un intérêt précis.

Certes, l'action banale peut, malgré ses faiblesses, contribuer à la défense des intérêts de tous, au-delà des intérêts individuels du demandeur. C'est le cas concernant le recours pour excès de pouvoir de nature objective et des actions en responsabilité civile lorsqu'elles conduisent incidemment à la cessation d'un dommage pour le bien de la collectivité. Toutefois, si aucune action banale ne peut être exercée, les actions attitrées prennent opportunément le relais pour rétablir les règles environnementales dans l'intérêt de tous et de l'environnement.

Il convient d'abord de rappeler que, en matière de protection de l'environnement, la défense des intérêts environnementaux est pour une part, en raison de son recoupement avec la défense de l'intérêt général, attribuée au ministère public. Représentant de l'ordre public devant les juridictions, celui-ci peut en effet déclencher l'action publique pour demander l'application de la loi devant les juridictions pénales. Il peut aussi, devant les juridictions civiles, selon l'article 423 du Code de procédure civile, en dehors de certains cas prévus par la loi, « agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Ainsi, dans le domaine environnemental, dès lors que l'atteinte à l'environnement entre dans la défense de l'ordre public, l'intervention du ministère public à l'action civile peut permettre de demander la réparation des préjudices d'ordre « social », c'est-à-dire causant un trouble à l'ordre public, à la société¹¹⁴.

Par ailleurs, **les actions attitrées se multiplient**. Années après années, certaines personnes morales se sont vues attribuer un droit d'agir en justice pour contester une décision administrative et/ou demander réparation de certains dommages résultant d'atteintes à l'environnement en raison des intérêts qu'elles défendent, parfois qualifiés de collectifs¹¹⁵, déterminés dans leur objet social ou dans leur statut légal.

En premier lieu, comme le rappelle Olivier Le Bot dans cette étude, **devant le juge administratif**, les **associations agréées de protection de l'environnement**, selon les

¹¹⁴ V. sur ce rappel, L. Neyret, « Le préjudice collectif né du dommage environnemental », in L. Neyret et G.J. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2011, p. 198.

¹¹⁵ Sur cette distinction, M. Lucas, « La représentation de la nature par les collectivités territoriales devant le juge judiciaire à la lumière de l'article L. 142-4 du Code de l'environnement », in *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, préc. n° 19 et s. <https://journals.openedition.org/vertigo/16248>

conditions fixées par la loi et plus particulièrement par l'**article 142-1 du Code de l'environnement**, ont le droit « **d'agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec son objet et ses activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elle bénéficie d'un agrément** »¹¹⁶. Si ce texte pose ainsi une présomption d'intérêt à agir, la disposition pose certaines conditions précises, en particulier la nécessité de la cohérence de la demande avec l'objet social et le champ d'action de l'association. L'exigence d'une décision administrative signifie aussi que les actes préparatoires ne peuvent être contestés¹¹⁷. Pourtant de l'avis de certains auteurs, dans le domaine de l'environnement, il pourrait être utile d'intervenir plus tôt et donc permettre à ces associations de contester la régularité d'une enquête publique ou d'une étude d'impact sans attendre la décision qui sera au final prise. Notons aussi qu'il existe une limite supplémentaire importante : lorsque le litige environnemental soulève aussi un enjeu touchant au **droit de l'urbanisme**, outre qu'un requérant ne peut agir contre une autorisation d'urbanisme que si l'aménagement ou les travaux contestés sont de nature « à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance » (art. L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme)¹¹⁸, tout justiciable doit notifier son recours au bénéficiaire et à l'auteur de l'autorisation. Il n'est pas possible de contester un vice de forme ou de procédure à l'encontre des documents d'urbanisme six mois après sa prise d'effet et le juge apprécie très sévèrement l'intérêt à agir des associations. On précisera enfin que le législateur cherche à limiter l'accès à la justice d'associations de circonstances, créées pour une occasion spécifique, en matière de droit de l'urbanisme. Aux termes de l'**article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme**, une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si elle est constituée avant que n'intervienne l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

En second lieu, **du côté judiciaire**, l'on assiste à une **multiplication et un affinement des actions attitrées** destinées à réprimer les comportements néfastes pour l'environnement et, incidemment, réparer les dommages en résultant.

¹¹⁶ Sur ce rappel, M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, HyperCours, 2017, 4^e éd., n° 617 et s.

¹¹⁷ *Idem*, n° 674.

¹¹⁸ G. Kafleche et C. Morot-Monomy, « La limitation organisée de l'accès à la justice en droit de l'urbanisme », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, ouvrage préc., spéc. p. 282 et s.

C'est le cas, d'abord, lorsque le législateur accorde à certaines personnes morales le droit de se constituer partie civile et, par conséquent, outre de forcer au déclenchement de l'action publique, de demander réparation des préjudices résultant de l'atteinte aux intérêts qu'elle défend, à savoir le préjudice social.

En ce sens, après avoir multiplié les habilitations spéciales, la loi Barnier du 2 février 1995¹¹⁹ a posé le principe d'une habilitation générale en ce qui concerne les associations de protection de l'environnement. Plusieurs fois modifié, l'**article L. 142-2 du Code de l'environnement** dispose aujourd'hui : « Les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application »¹²⁰. Cette disposition fait l'objet d'une interprétation libérale de la Cour de cassation en faveur de la recevabilité de l'action des associations. En effet, interprétant très soupagement le texte, elle affirme qu'une « association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social »¹²¹. Se pose ensuite uniquement la question de l'appréciation par le juge des conditions exigées par la loi au niveau de la recevabilité de l'action, en particulier la concordance entre la demande et l'objet social de l'association de protection de l'environnement. Ainsi, récemment, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé qu'une association de protection de l'environnement qui avait pour objet, au regard de ses statuts, la protection de l'environnement, n'était pas recevable à agir pour demander réparation des préjudices résultant de la diffusion d'informations

¹¹⁹ L. n° 95-101 du 2 février 1995, JO 3 fév. 1995, p. 1840.

¹²⁰ Selon le second alinéa : « Ce droit est également reconnu, sous les mêmes conditions, aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et qui se proposent, par leurs statuts, la sauvegarde de tout ou partie des intérêts visés à l'article [L. 211-1](#), en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives à l'eau, ou des intérêts visés à l'article [L. 511-1](#), en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives aux installations classées ».

¹²¹ 3^e civ., 26 sept. 2007, n° 04-20.636, FS+B+R+I, v. les observations de P. Jourdain, *RTD Civ.* 2008, p. 305 ; Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, n° 99-10.709, FS-P+B+R : *Juris-Data* n° 2001-009336. – V. aussi, Cass. 2^e civ., 27 mai 2004, n° 02-15.700, FS-P+B : *Juris-Data* n° 2004-023895) ; Cass. 2^e civ., 5 oct. 2006, n° 05-17.602, FS-P+B : *Juris-Data* n° 2006-035253 ; *Environnement* 2007, comm. 10, obs D. Gillig.

environnementales fausses¹²². La rédaction judiciaire de l'objet social est donc une garantie de recevabilité de l'action en justice.

Notons aussi que, au regard de leurs compétences fixées par la loi, le législateur est également venu accorder à certaines personnes morales le droit de se constituer partie civile. D'une part, selon l'**article L. 132-1 du Code de l'environnement**, « L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, l'Office national des forêts, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, l'Agence française pour la biodiversité, les agences de l'eau, l'Office national de la chasse et de la faune sauvage, le Centre des monuments nationaux et l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts qu'ils ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, ainsi qu'aux textes pris pour leur application ». D'autre part, en vertu de l'**article L. 142-4 du Code de l'environnement** : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel ils exercent leurs compétences et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement ainsi qu'aux textes pris pour leur application ».

Dans tous les cas, contrairement à un particulier non touché par l'atteinte à l'environnement, en se constituant partie civile, ces actions peuvent conduire à l'ouverture d'un procès pénal qui, par le biais de la sanction pénale et de l'indemnisation du préjudice social, participe de l'application des règles du droit de l'environnement. Les actions existantes offrent d'importantes perspectives du côté du recours pour excès de pouvoir autant que de l'action en responsabilité civile. Il faut en effet rappeler que le premier est considéré comme peu coûteux parce qu'il n'exige pas la représentation par avocat, bien qu'en pratique le recours à l'avocat soit courant et qu'il soit nécessaire d'y ajouter des frais d'expertise. Le second permet en greffant l'action civile à l'action publique de bénéficier là aussi d'importants avantages financiers en raison, certes là encore du fait que selon l'infraction l'avocat peut ne pas être

¹²² Cass. 3^e civ., 24 mai 2018, n° 17-18866.

obligatoire, mais surtout du fait que la recherche de la preuve incombe à l'État et que le justiciable n'a pas à faire appel à un expert¹²³.

Globalement, les associations leur reconnaissent certains atouts. Benoist Busson, avocat au Barreau de Paris et membre du directoire de France Nature Environnement¹²⁴ estime que, devant le juge administratif, l'aide juridictionnelle est loin d'être accordée à titre exceptionnel et que, si elle est insuffisante pour porter une action devant le Conseil d'État, en revanche « elle permet de couvrir environ la moitié des frais d'avocats d'un dossier simple et empêche la condamnation aux frais de justice en cas de rejet du recours ». Devant le juge judiciaire, l'avocat souligne son accueil libéral et bienveillant dès lors que les statuts des associations sont bien rédigés. Quant à Sophie Bourges, membre du groupe de recherche et juriste à France Nature Environnement de la région PACA lors de l'élaboration de cette recherche, tout en regrettant la longueur de la procédure et certains risques en résultant telle que la procédure de recours abusif, elle souligne l'intérêt du recours pour excès de pouvoir qui, outre son faible coût présente l'avantage d'une procédure écrite qui, de ce fait ne demande pas des qualités d'orateurs pour convaincre. Surtout, s'agissant du juge judiciaire, même s'il correspond moins aux objectifs d'une association de protection de l'environnement car intervient une fois le dommage causé, au-delà des avantages en termes de coût de se constituer partie civile, l'intéressée reconnaît certains avantages au juge civil, en particulier une procédure plus rapide, une non exigence de représentation par avocat devant les tribunaux d'instance et une possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés que devant le juge pénal et de récolter ainsi des fonds pour préparer de futures actions.

Certes, des lacunes existent : outre que, devant le juge administratif, les actions attitrées sont réservées à la contestation d'une décision administrative et ne s'étendent pas au plein contentieux de la responsabilité administrative, il existe des limites en matière d'urbanisme et il est impossible de contester des actes préparatoires.

Par ailleurs, existe aussi aujourd'hui une **action attitrée spécialement en droit de la responsabilité civile, destinée à réparer le préjudice écologique**. Il ne s'agit pas ici, ni de

¹²³ V. Jaworski, « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal : entre intérêts général, individuel et collectif », *Vertigo*, Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 03 décembre 2018, URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16272> ; DOI : 10.4000/vertigo.16272

¹²⁴ B. Busson, « Le droit d'obtenir justice en matière d'environnement : le point de vue des associations », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, préc., p. 297 et s.

déclencher l'ouverture du procès pénal, ni d'obtenir réparation du préjudice résultant des atteintes aux intérêts collectifs défendus dans le domaine environnemental.

C'est à l'occasion de la **loi du 8 août 2016 sur la biodiversité**¹²⁵ que le législateur a franchi un nouveau pas en créant un régime spécial de réparation du préjudice écologique. Si dorénavant sur le plan substantiel, « **Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer** » (**art. 1246 C. civ.**), du côté processuel, seules certaines personnes désignées par la loi ont le droit d'en demander réparation. En effet, selon l'**article 1248 du Code civil** : « L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement ». Pour ces personnes, il ne s'agit plus de se constituer partie civile pour obtenir, en sus de la sanction pénale, des dommages intérêts réparant l'atteinte aux intérêts qu'elles défendent, mais d'agir en responsabilité devant le juge pour obtenir réparation du préjudice causé à l'environnement.

Enfin, notons que, remédiant aux carences de l'action en représentation conjointe qui exige une représentation des victimes¹²⁶, le législateur a consacré **l'action de groupe** dans le domaine environnemental. Comme le rappelle Marie Lamoureux dans cette étude, certaines associations de protection de l'environnement ont dorénavant le droit d'agir devant les juges civil et administratif pour demander, non seulement la réparation des préjudices personnels résultant d'une atteinte à l'environnement, corporels et matériels, subi par un grand nombre de personnes, mais aussi la cessation du manquement à l'origine (**art. L. 142-3-1-III Code de l'environnement**)¹²⁷. Plus précisément, selon l'**article L. 142-3-1-II du Code de l'environnement**¹²⁸ : « Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire

¹²⁵ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016.

¹²⁶ Article L. 142-3 du Code de l'environnement.

¹²⁷ V. aussi : M. Bacache, « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/3 Etude 8. De manière plus générale, S. Amrani-Mekki, « Le socle commun de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle », *JCP G.* n° 50, 12 déc. 2016, 1340.

¹²⁸ À la suite de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (JO 18 mars 2014, p. 5400) venant créer l'action de groupe en droit de la consommation et la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 l'étendant au domaine de la santé ((JO 27 janv. 2016, texte n° 1), c'est à l'occasion de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (JO 19 nov. 2016, texte n° 1) que l'action de groupe environnementale a vu le jour. Elle est gouvernée à la fois par une disposition spéciale du Code de l'environnement, l'article L. 142-3-1, et les

subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative ». Celle-ci a pour finalité de conduire « à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins » (art. L. 142-3-1-III). Il ne faut pas s'y tromper. Bien que le résultat de l'action bénéficie à des personnes ayant vu leurs intérêts individuels lésés, il s'agit bien d'une action attitrée. En effet, les associations désignées titulaires par le législateur¹²⁹ n'ont aucunement l'obligation de démontrer un quelconque intérêt personnel à agir pour que l'action soit recevable. Par cette action, là encore, le juge peut être appelé à rétablir les règles substantielles favorables à la protection de l'environnement : réparer les conséquences personnelles résultant d'une atteinte et surtout mettre fin à la source de l'atteinte.

Cette extension des actions attitrées est donc importante car elle vient multiplier les chances de voir s'ouvrir un procès environnemental. Dorénavant, à titre d'exemple, une association de protection de l'environnement peut exercer, en sus d'une éventuelle action banale, trois actions attitrées distinctes selon les objectifs poursuivis : l'action en défense des intérêts collectifs qu'elle défend, l'action de groupe environnementale et l'action en réparation du préjudice écologique¹³⁰. L'on peut même se demander si cette extension ne pourrait pas aller plus loin en matière de préjudice écologique. Il convient aussi de noter l'ambiguïté de la formule retenue par le législateur. Si d'un côté, une liste de personnes morales comme titulaires de l'action est désignée, d'un autre côté, en utilisant l'expression « telle que », cette liste apparaît comme non exhaustive. En effet le législateur affirme que l'action « est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir ». Or, parce qu'en droit français c'est l'intérêt personnel qui offre la qualité à agir, l'on peut se demander si, sans le vouloir, la disposition ne pourrait pas permettre au juge d'admettre que toute personne qui démontre que l'atteinte à l'environnement lui cause une atteinte à ses propres intérêts ne peut pas également, à cette

dispositions relevant du cadre commun procédural que la loi du 18 novembre 2016 a inséré dans les Codes de procédure civile (v. les articles 826-2 et suivants sous le sous-Titre V : L'action de groupe) et administrative.

¹²⁹ À savoir, selon l'article L. 142-3-1-IV du Code de l'environnement, il s'agit des associations, agréées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres et des associations de protection de l'environnement agréées en application de l'article L. 141-1 du même code.

¹³⁰ M. Hautereau-Boutonnet, « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/06.

occasion, devenir titulaire de l'action en réparation du préjudice écologique¹³¹. Or, ce serait faire un pas ici vers la création d'une *actio popularis*, non envisagée dans les travaux ayant mené au texte et à laquelle le droit français demeure réfractaire.

2) Les évolutions réalisables

Le droit français s'avère bien outillé en matière d'actions attitrées. Faudrait-il franchir un pas et admettre que toute personne puisse agir pour défendre les intérêts de l'environnement ? Le droit français y est hostile. Alors que la Cour de cassation n'a jamais accepté la possibilité pour un particulier de faire-valoir des intérêts autres que ceux qui lui sont propres, le **Conseil d'État affirme clairement que « les stipulations de l'article 9 de la Convention d'Aarhus n'ont en tout état de cause, ni pour objet, ni pour effet d'ouvrir à toute personne un droit au recours contre toute décision ayant une incidence sur l'environnement »**¹³². Dans cette affaire, un particulier avait exercé un recours pour excès de pouvoir pour contester un arrêté ministériel relatif aux périodes de chasses. Or, le Conseil d'État a fait fi de l'intérêt que ce particulier « porte à la faune sauvage et à sa préservation, qui s'est traduit par la publication de nombreux articles dans des revues spécialisées, de son engagement, depuis plusieurs années, comme membre fondateur ou administrateur d'associations de protection de l'environnement, et de ce qu'il a pris part à la procédure de participation du public mise en œuvre, en application de l'article L. 120-1 du Code de l'environnement, sur le projet d'arrêté attaqué ». Il confirme sa jurisprudence selon laquelle les dispositions de la Charte de l'environnement, en particulier le droit à vivre dans un environnement sain (art. 1), « le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » (art. 2), ou le droit à la participation (art. 7), n'impliquent aucunement d'accorder à toute personne qui l'invoque un intérêt à agir pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative¹³³.

¹³¹ Ainsi pour Laurent Neyret : « Nul doute qu'au-delà des personnes visées par l'article 1248 du code civil, les entreprises, les agriculteurs, les opérateurs de compensation, les communautés autochtones, et, plus généralement, tous les professionnels travaillant en lien avec l'environnement pourraient avoir un intérêt à agir en réparation du préjudice écologique », in « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil, D. 2017, p. 924 et s. ; en ce sens aussi ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, spéc. n° 237.

¹³² CE, 26 oct. 2015, n° 392550, note de M. Deffairi, « La reconnaissance de la spécificité de l'intérêt à agir dans le contentieux administratif environnemental, encore une occasion manquée ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, Fév 2016, Comm. 12.

¹³³ V. CE, 3 août 2011, n° 330566, B. et a. : *Environnement et dév. Durable*, 2011, comm. 124, note P. Trouilly.

Qu'en penser ? D'un côté, l'on comprend la méfiance à l'égard de l'*actio popularis* et le risque d'encombrement des tribunaux et d'atteinte à la sécurité juridique qu'elle pourrait entraîner. Par ailleurs, en raison de leurs compétences dans leur domaine, les associations de protection de l'environnement s'avèrent naturellement plus à même de défendre les causes environnementales les plus importantes à leurs yeux. De plus, certaines actions banales permettent déjà d'aboutir à la défense des intérêts environnementaux en sus de leurs intérêts personnels. Il en est ainsi lorsque, à l'occasion de l'atteinte à un intérêt personnel, un requérant demande l'annulation d'un acte réglementaire ou une victime d'un trouble environnemental demande sa cessation. Dans les deux cas, le résultat de l'action profite à tous.

D'un autre côté, bien qu'un grand nombre d'associations de protection de l'environnement peuvent déjà agir en justice en raison de leur agrément¹³⁴, l'on peut aussi supposer que, plus le nombre de personnes pouvant agir en justice pour défendre les intérêts collectifs liés à la protection de l'environnement sera important, plus le procès environnemental pourra s'ouvrir. En effet, un particulier pourrait combler l'inaction, à la fois du ministère public qui peut décider du classement sans suite et des associations qui, face au grand nombre de situations environnementales problématiques, pour des raisons d'effectifs et de coût, sont parfois appelées à faire un choix parmi les actions à engager. Par ailleurs, il est possible pour éviter tout abus de poser des conditions à l'*actio popularis*. Sans admettre que toute personne peut agir en défense de l'environnement au nom des différents droits fondamentaux reconnus dans la Charte de l'environnement, l'on pourrait ouvrir cet intérêt à agir à toute personne démontrant sa compétence spéciale dans le domaine concerné. C'est alors que, comme les autres personnes morales habilitées à agir pour cette même raison, elle pourra tout aussi bien contester la légalité d'un acte contrevenant au droit de l'environnement que demander la réparation des atteintes à l'environnement. L'on pourrait même aller plus loin et, poursuivant l'interprétation effectuée au sujet de l'article 1248 du Code civil créant l'action attitrée en matière de réparation du préjudice écologique, exiger aussi que le demandeur ait lui-même subi une atteinte à ses intérêts personnels. En sus de son action banale, il serait titulaire d'une action attitrée et contribuerait alors à renforcer, par le biais du procès, l'effectivité du droit de l'environnement. Ou encore en s'inspirant du droit chilien, l'on pourrait admettre que toute personne vivant dans le voisinage du lieu de pollution peut agir en défense des intérêts

¹³⁴ V. la liste au niveau national : <http://www.driee.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/liste-des-associations-agreees-et-associations-r1029.html>

collectifs environnementaux¹³⁵. **Pour favoriser une plus grande ouverture du procès environnemental, consacrer une *actio popularis* encadrée pour éviter tout abus est donc possible. Reste que, du point de vue de l'opportunité, il conviendrait de regarder de plus près les droits étrangers la reconnaissant pour évaluer plus concrètement sa portée dans le contentieux environnemental avant d'initier toute réforme sur ce point.**

¹³⁵ V. l'encadré sur le droit chilien p. 153. Le tribunal environnemental chilien interprète en ce sens la disposition accordant un droit d'agir en réparation du préjudice écologique aux « personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui ont souffert d'un dommage ou d'un préjudice, les mairies, pour les faits qui ont eu lieu dans leur commune, et l'État, par l'intermédiaire du Conseil de défense de l'État ».

B/ Dans les autres pays : des résultats contrastés

Du côté des autres ordres nationaux, les solutions s'avèrent contrastées. Si l'exigence de la preuve de l'intérêt personnel à agir se retrouve de manière très semblable dans la plupart des droits étrangers, des exceptions existent. Il faut ici distinguer le cas des États européens influencés par la Convention d'Aarhus et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) (1) des autres États (2).

1) En Europe

La majorité des pays européens demeurent réfractaires à la reconnaissance de la défense des intérêts collectifs et campent sur l'exigence de l'intérêt personnel à agir¹³⁶ parfois clairement prévue par le législateur en matière civile, à l'instar des droits espagnol (Loi sur la procédure civile 7 janvier 2000) roumain (art. 33 § 1 du Code de procédure civile) ou italien (not. art. 100 du Code de procédure civile). Le juge joue un rôle déterminant puisque, de par son interprétation, il peut aussi refuser d'entendre simplement cette exigence. Ainsi, si en droit anglais, le juge admet que les associations puissent contester des décisions administratives, en revanche, pour demander réparation ou cessation des atteintes à l'environnement, elles doivent être titulaires d'un droit réel sur le terrain endommagé¹³⁷. Quant au juge italien, il rappelle régulièrement que les personnes morales, collectivités territoriales ou ONG, ne peuvent demander réparation du préjudice écologique que si elles démontrent subir un dommage patrimonial ou extrapatrimonial en découlant¹³⁸. De manière encore plus stricte, certains pays, en particulier l'Autriche, l'Estonie et l'Allemagne, subordonnent la recevabilité de l'action à la preuve de l'atteinte à un droit subjectif, c'est-à-dire à la lésion d'une norme spécifiquement adoptée pour protéger le droit subjectif¹³⁹. En contraste, sans aller jusqu'à admettre au niveau constitutionnel, à l'instar du droit portugais, une *actio popularis* (art. 52-3)

¹³⁶ V. pour un premier état des lieux le rapport « *Access to Justice in Environmental Matters* » pour la Direction générale de l'environnement de la Commission européenne, <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/accesstojustice/en.pdf>

¹³⁷ S. Taylor, « Law of Torts et préjudice écologique en droit anglais », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, Dossier 13.

¹³⁸ Sur cette jurisprudence, M. Infantino, « L'action en réparation du préjudice écologique », Rapport italien, in *La responsabilité environnementale, Recueil des travaux du Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et l'Assurance (GRERCA)*, dir. P. Jourdain, Bruylant 2019, spéc. p. 291.

¹³⁹ C. Pirotte, « L'accès à la justice en matière d'environnement en Europe : état des lieux et perspectives d'avenir », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2009, numéro spécial, *Le juge en Europe et le droit communautaire* p. 25 et s.

pour défendre la qualité de vie, la protection de l'environnement et le droit à vivre dans un environnement sain et écologiquement équilibré et le devoir de le défendre (art. 66-1), les exemples hollandais et belge sont intéressants. Le droit hollandais se contente de la preuve d'un intérêt à agir « suffisant » et donne ainsi accès à la justice aux ONG au regard de leur objet social (art. 3 :303 du Code civil néerlandais : « *Without sufficient interest no one has a right of action* »). Le droit belge, grâce au juge, dépasse l'obstacle de l'intérêt à agir personnel (art. 17 du Code judiciaire) en admettant incidemment, en droit de la responsabilité civile, la possible défense des intérêts collectifs des ONG environnementales par le truchement du préjudice moral qu'elles subissent du fait de l'atteinte à leur objet social¹⁴⁰.

Intérêt à agir et contentieux climatique

Les disparités entre les États membre de la Convention d'Aarhus en matière d'intérêt à agir se manifestent aujourd'hui dans le contentieux climatique. Du côté hollandais, alors que le juge de La Haye n'a pas admis l'intérêt à agir des citoyens eux-mêmes, l'ONG Urgenda a été jugé recevable à agir en raison, non seulement du fait qu'elle avait dialogué avec le défendeur pour lui demander d'effectuer certaines mesures (exigence supplémentaire prévue par le Code civil néerlandais), mais aussi de son objet social tourné vers la défense d'une société durable, des générations présentes et futures, des citoyens néerlandais mais aussi des intérêts plus largement des sociétés humaines subissant les effets du changement climatique¹⁴¹. Et si le juge autrichien a accordé aux ONG et certains citoyens le droit d'agir pour contester la validité de l'extension de l'aéroport de Vienne¹⁴² et le juge norvégien a admis la recevabilité notamment de l'ONG Greenpeace *Nordic Ass'n* pour contester les licences d'exploitation pétrolière en mer¹⁴³, en revanche, la *High Court of Ireland* a dénié un droit d'agir à l'association « *Friends of the Irish Environment* » composée de particuliers pour là aussi contester l'extension d'un aéroport – celui de Dublin¹⁴⁴. Pour le juge, les requérants ne peuvent contester ce type d'actes car ils n'ont pas pris part au processus décisionnel en amont et que la Convention d'Aarhus n'est pas directement invocable¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Cass. 11 juin 2013, P12.13989, N, TMR 2013/4, p. 393, note P. Lefranc. Sur ce développement, X. Thunis, Les préjudices écologiques, Rapport belge : encore du chemin à faire, in *Le préjudice écologique en droit comparé*, ouvrage préc., p. 271 et s.

¹⁴¹ Sur ce rappel, C. Cournil, A.-S. Tabau, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE* 2015/4, Vol. 40, p. 672 et s.

¹⁴² V. l'arrêt du 2 fév 2017, <http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-vienna-schwachat-airport-expansion/>

¹⁴³ *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, 4 janvier 2018: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20180205_16-166674TVI-OTIR06_press-release.pdf

¹⁴⁴ *Friends of the Irish Environment v. Fingal County Council*, 21 nov. 2017: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20171121_2017-No.344-JR_judgment.pdf

¹⁴⁵ P. 13 du jugement.

Face à cette diversité, l'adhésion à la Convention d'Aarhus peut-elle conduire à certaines évolutions ? La réponse est nuancée. Certes, les États membres de la Convention d'Aarhus doivent respecter ses termes. Celle-ci a été approuvée au nom de la Communauté européenne¹⁴⁶, elle s'impose donc à l'Union et à chacun des États membres¹⁴⁷. Toutefois, rappelons que si son article 9-3 consacre bien un droit au juge en matière d'environnement, il permet clairement aux États parties d'établir des critères spécifiques auxquels les membres du public habilités à contester les violations du droit de l'environnement doivent répondre. Il ne consacre en aucune manière un accès inconditionnel des membres du public à la justice, une *actio popularis* environnementale¹⁴⁸. Par ailleurs, tout comme la CJUE qui, estimant que la disposition ne contient aucune obligation claire et précise de nature à régir la situation des particuliers¹⁴⁹, conclut à l'absence d'effet direct de l'article 9-3, les juridictions internes interdisent aux requérants de se prévaloir des dispositions de la Convention d'Aarhus pour justifier leur droit d'agir. C'est ce qu'a récemment rappelé le juge irlandais, à l'instar du juge français, dans la décision précitée « *Friends of the Irish Environment* ».

Certes encore, le comité chargé du respect de la convention pointe du doigt les défaillances. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la législation belge, il a affirmé que les États devaient veiller à ce que les conditions prévues concernant le droit d'agir des associations de protection de l'environnement ne doivent pas être rigoureuses au point d'« empêcher la totalité ou quasi-totalité des associations de l'environnement de contester des actes ou omissions allant à l'encontre du droit national de l'environnement »¹⁵⁰. De plus, au-delà de l'exigence trop stricte de l'intérêt à agir personnel, c'est aussi le coût trop important de l'action qui est régulièrement critiqué¹⁵¹. N'oublions pas en effet que l'article 9-4 demande aux États parties de veiller à ce que le coût des procédures ne soit pas prohibitif. Toutefois, il ne s'agit ici que de recommandations : le comité ne peut juger un État membre et prescrire des sanctions.

¹⁴⁶ Décision 2005/370, du 17 février 2005, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *JOCE* du 17/05/2005, n° L 124.

¹⁴⁷ C. Pirotte, « L'accès à la justice en matière d'environnement en Europe : état des lieux et perspectives d'avenir », *RJE*, 2009, numéro spécial *Le juge en Europe et le droit communautaire* pp. 25-29.

¹⁴⁸ K. Andrusevyvh, *Case Law of the Aarhus Convention, 2004-2011*, p. 80.

¹⁴⁹ CJUE arrêt du 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, aff. C-240/09, *Rec. p.* 1255.

¹⁵⁰ V. la recommandation du 28 juillet 2006, C/11.

¹⁵¹ UK (C/23, C/27, C/33, C/77, C/85, C/86).

Comme le rappelle Estelle Brosset et Eve Truilhé dans cette étude, tout autre chose est l'influence exercée par la Cour de justice de l'Union européenne dans ce domaine. Face aux réticences de certains États, la Cour a développé une jurisprudence très favorable à l'élargissement de l'accès au juge des ONG afin qu'elles puissent défendre les intérêts collectifs¹⁵². Malgré la non applicabilité directe de la Convention d'Aarhus, dans l'affaire emblématique¹⁵³ des ours bruns slovaques¹⁵⁴ elle a admis qu' : « [i]l appartient [...] à la juridiction de renvoi d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de (...) la convention d'Aarhus qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement (...) de contester en justice devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement »¹⁵⁵.

La CJUE invite alors les juges nationaux à accorder aux associations de défense de l'environnement un droit d'agir suffisant pour défendre la cause environnementale. En ce sens, elle a aussi affirmé que les règles procédurales étatiques « ne doivent pas risquer de vider de toute portée les dispositions communautaires selon lesquelles ceux qui ont un intérêt suffisant à contester un projet et ceux aux droits desquels celui-ci porte atteinte, parmi lesquels les associations de protection de l'environnement, doivent pouvoir agir devant les juridictions compétentes »¹⁵⁶. C'est ainsi que la CJUE a imposé à l'Allemagne – puis à la Suède et la Slovaquie – dans un arrêt rendu le 12 mai 2011 dans l'affaire *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*¹⁵⁷, d'interpréter plus souplesment la théorie des droits publics subjectifs, en particulier l'exigence d'atteinte à un droit, pour la rendre compatible avec les objectifs de la Convention d'Aarhus, appropriée à garantir un large accès à la justice et au

¹⁵² V. aussi. J.-F. Delile, « La protection juridictionnelle dans le domaine environnemental en droit de l'Union européenne : la victoire de l'incohérence », in : *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, déjà cité, p. 100.

¹⁵³ Elle l'est car elle concerne une décision d'une autorité publique d'autoriser la chasse à l'ours brun, dérogeant aux dispositions de la directive « Habitats » dont les dispositions « ne visent pas à protéger les personnes mais l'environnement, dans l'intérêt général du public ».

¹⁵⁴ CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, Affaire C-240/09, *Rec. p.* 1255.

¹⁵⁵ Pt. 51 de l'arrêt.

¹⁵⁶ CJCE, 15 oct. 2009, *Djurgarden-Lilla Värtans Miljöskyddsförening c. Stockolm kommun genom dess marknämnd*, C-263/08 *Rec. p.* I – 9967.

¹⁵⁷ CJUE arrêt du 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV*, aff. C-115/09, *Rec. p.* 3673.

respect des normes concernées tournées vers l'intérêt général¹⁵⁸. À cette occasion, elle n'a pas hésité à affirmer qu'il « serait contraire à l'objectif d'assurer au public concerné un large accès à la justice » que d'empêcher les associations de protection de l'environnement « de faire valoir l'atteinte à des normes issues du droit de l'Union de l'environnement au seul motif que celles-ci protègent les intérêts collectifs »¹⁵⁹. Précisons malgré tout que si la jurisprudence de la Cour invite à la défense des intérêts collectifs, elle ne prône aucunement la mise en place d'une *actio popularis*. Comme l'a affirmé Eleanor Sharpston dans ses conclusions du 2 juillet 2009 au sujet de l'affaire *Djurgarden-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*, le droit d'agir des associations constitue « un contrepoids à la décision de ne pas instaurer une action populaire sur les questions d'environnement »¹⁶⁰.

Accès et juge et coûts de l'action en justice

Il s'agit d'éviter que les requérants ne soient pratiquement empêchés de former ou de poursuivre un recours juridictionnel à cause de la charge financière qui pourrait en résulter, ce qui participe à l'évidence au principe d'effectivité des recours. La jurisprudence de la Cour s'intéresse à cet aspect de l'accès à la justice et devrait conduire les États à lever les obstacles à l'accès à la justice non seulement en élargissant l'intérêt à agir mais également en limitant le coût des coûts de procédure. Le paragraphe 4 de l'article 9 de la Convention exige que les procédures prévues soient objectives, équitables et rapides et que leur coût ne soit prohibitif. L'article 9-5, de la Convention prévoit, en ce but, l'obligation de mise en place de mécanismes appropriés d'assistance visant à éliminer ou à réduire les obstacles financiers ou autres qui entravent l'accès à la justice. Dans le même esprit, l'article 47, troisième alinéa, de la Charte des droits fondamentaux prévoit le principe d'une aide juridictionnelle. En l'absence de mise en place de mécanisme particulier en matière de protection de l'environnement, la CJUE est intervenue à propos de certains systèmes nationaux, en particulier le système juridictionnel britannique. Dans l'affaire *Edwards et Pallikaropoulos*¹⁶¹, elle a considéré que dans le cas des particuliers et des membres d'associations, le coût d'une procédure ne doit « ni dépasser les capacités financières de l'intéressé ni apparaître, en tout état de cause, comme objectivement déraisonnable »¹⁶². L'affaire a conduit à ce que le juge se prononce sur la règle « perdant payeur ». Sans remettre en cause le principe de la condamnation de la partie défaillante, la Cour affirme que l'exigence de coût non-prohibitif oblige à tenir compte tant de l'intérêt de la personne qui souhaite défendre ses droits que de l'intérêt général lié à la protection de l'environnement. Dans le cadre de cette appréciation, le juge national ne saurait se fonder uniquement sur la situation économique de l'intéressé, mais doit également procéder à une analyse objective du montant des dépens en tenant compte : des chances raisonnables de succès du demandeur, de la gravité de l'enjeu pour celui-ci et pour la protection de l'environnement, de la complexité du droit et de la procédure applicables, du caractère éventuellement téméraire du recours à ses différents stades ainsi que de l'existence d'un système national d'aide juridictionnelle ou d'un régime de protection en matière de dépens. Saisie d'un recours en manquement contre le Royaume-Uni¹⁶³, la Cour a également envisagé un système de plafonnement des dépens estimant que la possibilité pour le juge saisi d'octroyer une ordonnance de protection des dépens assure une plus grande prévisibilité du coût du procès et participe du respect de l'exigence relative aux coûts non prohibitifs.

¹⁵⁸ V. aussi CJCE, 25 juillet 2008, Dieter Janecek c. Freistaat Bayern, C-237/07, Rec. I – 6221

¹⁵⁹ Point 47 de l'arrêt *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV*.

¹⁶⁰ Point 45.

¹⁶¹ CJUE, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos*, Aff. C-260/11, Rec. p. 221.

¹⁶² CJUE, 11 avril 2013, *Edwards et Pallikaropoulos*, Aff. C-260/11, Rec. p. 221, Pt. 40.

¹⁶³ CJUE, 13 février 2014, *Commission / Royaume-Uni*, Aff. C-530/11, Rec. p. 67.

Action environnementale et poursuites-bâillons
Un encadrement nécessaire

Il convient également d'évoquer les coûts indirects de l'action en justice à travers les poursuites-bâillon, mieux connue sous l'acronyme anglais SLAPP, pour « *strategic lawsuit against public participation* », désignant une poursuite judiciaire abusive entreprise dans le but d'entraver la mobilisation publique¹⁶⁴. La poursuite judiciaire est alors dirigée contre un individu ou une association militante ayant pris part au débat public, notamment sur une question touchant l'environnement, lui reprochant, le plus souvent, des écrits ou des propos diffamatoires rendus publics. Une telle action peut également suivre le dépôt d'une action en justice. L'un des objectifs de telles actions est d'épuiser financièrement les requérants. À ce titre, elles jouent un rôle non-négligeable dans le choix d'aller ou non en justice pour défendre la cause environnementale. Comme l'a montré Paule Halley au cours de la recherche, l'inégalité économique qui caractérise les rapports entre les parties se trouve paradoxalement réaffirmée par l'entremise d'une institution qui a pourtant vocation à remettre les parties en situation d'égalité. De telles poursuites-bâillons constituent de ce fait un problème suffisamment sérieux pour justifier l'adoption d'une loi permettant de les contrer. C'est le cas, par exemple, des États-Unis, où 28 États se sont dotés de pareille législation, de l'Australie, du Canada¹⁶⁵ mais pas encore en France¹⁶⁶.

L'on en retient que, sous l'influence de la jurisprudence développée par la CJUE, les États-membres devraient à l'avenir renforcer l'accès à la justice des ONG, en veillant à assouplir l'exigence de l'intérêt à agir, élargir la liste des actes attaquables et prévoir des dispositifs limitant le coût de l'action.

¹⁶⁴ Voir : G. W. Pring et P. Canan, *SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphie, Temple University Press, 1996.

¹⁶⁵ Exemple au Québec : *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, LQ 2009, c 12.

¹⁶⁶ Voir le rapport rédigé par la Commission présidée par D. Mazeaud, à la demande de M. Thierry Mandon, Secrétaire d'État chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, disponible sur : https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport_Commission_Mazeaud_754502.pdf

2) Hors Europe

Ici les résultats sont contrastés.

En Asie, comme le montre un programme de recherche mené au **Japon** sur le sujet¹⁶⁷, certains pays se sont depuis ces dernières années ouverts – certes à des degrés variables selon les conditions exigées et les recours concernés – à la possible défense des intérêts collectifs. L'on pense aux **Philippines**¹⁶⁸ qui a mis en place un recours citoyen (*citizen suit*, rule 2, sect. 5). Comme l'expliquent Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay dans cette étude, celui-ci est ouvert à « tout citoyen philippin représentant d'autres personnes, y compris des mineurs ou des générations qui ne sont pas encore nées, peut tenter une action pour faire respecter des droits ou des obligations en vertu des lois environnementales ». C'est ainsi qu'un groupe d'enfants a, sur le fondement du recours « *citizen suit* » reconnu dans un premier temps par le juge, obtenu des mesures de cessation de la déforestation sur certains terrains¹⁶⁹. De manière plus emblématique, **l'Inde** connaît l'action en défense des intérêts collectifs depuis de nombreuses années (milieu des années 1980) – *public interest lawsuits* –, celle-ci trouvant une base constitutionnelle. L'action confine ici à l'*actio popularis* puisque toute personne qui démontre son intérêt pour la protection de l'environnement a intérêt à agir. Certains particuliers, parfois de formation juridique, se sont même spécialisés dans ce type de recours et ont permis au juge de rendre des décisions importantes en matière de protection d'eau potable. C'est *via* ce type de recours que la *High Court* de Nainital a accordé la personnalité juridique au Gange et à son affluent le Yamuna¹⁷⁰. C'est aussi ce type de recours que l'on retrouve au **Pakistan** et qui a permis à la *Lahore High Court Green Bench* de condamner ce pays à renforcer ses mesures de lutte contre le changement climatique¹⁷¹. Par contraste, le Japon et la Corée restent hermétiques à la possible défense des intérêts collectifs et les actions engagées par les associations pour défendre leurs intérêts même individuels sont très rares¹⁷². Les entretiens menés par les membres de l'équipe à Tokyo en avril 2017 ont

¹⁶⁷ Sous la direction de Noriko Okubo de l'Université de Osaka, programme *Greenaccess Project*, not. *Principle 10 and Developments in Asia*, UNECE, 2014, p. 154 s.

¹⁶⁸ V. aussi l'Indonésie, la Chine, Taiwan et le Bangladesh, N. Okubo, préc.

¹⁶⁹ Arrêt du 30 juillet 1993, *Oposa et al. V. Fulgencio S. Factoran, Jr et al.*, G.R. n° 10183.

¹⁷⁰ *Mohd. Salim vs State of Uttarakhand and others*, Writ Petition n° 126/2014, 10 mars 2017.

¹⁷¹ *Leghari v. Republic of Pakistan* (2015), WP n° 25501/2015.

¹⁷² N. Okubo, préc.

confirmé les difficultés des personnes privées à saisir les juridictions d'actions tendant à protéger des intérêts collectifs¹⁷³.

Du côté sud-américain, là aussi, notons des différences : alors que le **Chili** reste attaché à la preuve de la lésion des intérêts personnels et, tout en reconnaissant la possibilité pour les ONG de demander réparation du préjudice écologique, limite leur accès au juge en exigeant que, comme toute personne physique, elle démontre être affectée directement par le dommage causé à l'environnement (loi 19.300 20.600 de 1994)¹⁷⁴, le **Brésil** a créé spécialement des actions en défense des intérêts diffus et des intérêts collectifs dans le domaine de la responsabilité civile environnementale (loi 7.347 de 1985)¹⁷⁵, le **Costa Rica** tend, de par sa jurisprudence interprétative, à faire défendre plus largement les intérêts collectifs par une *actio popularis*¹⁷⁶ et l'**Équateur** l'admet largement, y compris pour défendre les droits de la nature.

Notons enfin demain le récent « **Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes** » adopté le 4 mars 2018, sur le modèle de la Convention d'Aarhus, pourrait exercer une influence en ce qu'il prône non seulement a « *broad active legal standing in defence of the environment, in accordance with domestic legislation* » (art. 8.3.c), « *measures to minimize or eliminate barriers to the right of access to justice* » (art. 8.4.a)

Le droit brésilien : un exemple de droit processuel de l'environnement

Comme le montre Carina Oliveira dans cette recherche, le droit brésilien manifeste tout l'intérêt du droit processuel dans la réparation et prévention des atteintes à l'environnement (v. C. Costa de Oliveira, « la procédure civile comme instrument par excellence de la procédure civile environnementale », *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures* août 2016, Dossier 16 ; « Le droit brésilien : un modèle en matière de réparation du préjudice écologique », *Revue Environnement* 2014, oct. Entretien 5 ; C. Costa de Oliveira, L. Paxao Silva Oliveira et P. Pereira de Andrade, « Environmental Damage Caused By Oil Exploitation in Brazil : the "Conduct Adjustment Agreement (TAC)" as a means to circumvent civil liability ineffectiveness » in *The Effectiveness of*

¹⁷³ Entretiens auprès du professeur K. Yoshida (Waseda University) et de T. Nakamura (Japon, avocate, Lybra).

¹⁷⁴ P. Moraga, « La réparation du dommage environnemental en droit chilien, réflexions sur le droit d'agir », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 15.

¹⁷⁵ C. Oliveira, « Le cas brésilien : la procédure civile, l'instrument par excellence de la responsabilité civile environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 16.

¹⁷⁶ E. Fernandez Fernandez, « Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Équateur) », Vertigo, Hors-série 22 septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 07 août 2018. URL: <http://journals.openedition.org/vertigo/16214>; DOI: 10.4000/vertigo.16214

Environmental Law, dir. S. Maljean-Dubois, éd. Intersentia, p. 199 s. ; P. Affono Leme Machado, La mise en œuvre de l'action civile publique environnementale au Brésil, *RJE* 2000, p. 63 s. ; L. Roberto Barroso, La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la *Class Action* américaine, <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>.

Ses traces sont visibles à l'ouverture du procès et durant tout son déroulement. Il faut rappeler que la réparation des atteintes à l'environnement est prévue à l'article 225 paragraphe 3 de la Constitution fédérale et à l'article 4, VII, de la loi sur la politique nationale de l'environnement. L'environnement est, selon la Constitution, un bien d'utilité publique qui ne peut être approprié. L'on comprend alors qu'il ait donné lieu à deux types de règles. D'une part, sur le fond, le droit brésilien admet depuis la loi 7.347 du 24 juillet 1985 sur la responsabilité civile environnementale la réparation des atteintes à l'environnement. Il s'agit d'une responsabilité objective pouvant mener à la réparation du préjudice d'ordre matériel, moral et écologique. D'autre part, au niveau processuel, le droit brésilien a créé, par cette même loi, le dispositif de **l'action civile publique**. Cette loi a en effet une ambition plus générale, tournée vers la protection de tout un ensemble de valeurs sociales. Il s'agit par le biais de cette action de protéger l'environnement, les consommateurs, les biens et droits de caractère artistique, esthétique, historique, touristique et paysager et plus généralement, tout autre intérêts diffus ou collectifs. Cette action civile publique a pour objectif d'obtenir la réparation par une somme d'argent des préjudices en jeu et/ou leur prévention par l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Plus précisément, elle englobe trois types d'action applicables au domaine environnemental : **la défense des droits diffus, des droits collectifs et des droits individuels homogènes**.

Les droits diffus et les droits collectifs ont pour point commun d'être « transindividuels » et indivisibles (selon l'expression de R. Barroso, art. préc.), c'est-à-dire que, détenus par plusieurs personnes, ils ne sont pas susceptibles d'être fractionnés. Alors que les droits diffus sont, selon la constitution, « de nature indivisible » et ont comme « titulaires des personnes indéterminées liées par une situation de fait » (selon la définition donnée par l'art. 81, § unique, I du Code de défense du consommateur, L. 8.078, 1990), les droits collectifs sont certes indivisibles mais les titulaires sont déterminables en raison du caractère plus restrictif des personnes concernées (selon le même article). Dans le premier cas, une action civile en défense des droits diffus pourra être engagée lorsque l'atteinte à un milieu naturel, comme une rivière, nuit au droit de vivre dans un environnement sain. La situation nuit finalement à l'ensemble de la société sans qu'une personne ne soit précisément identifiée. Dans le second cas, une action civile en défense des droits collectifs sera engagée si la pollution des sols nuit à leur qualité dont dépendent certaines personnes identifiées, tels des habitants identifiables d'un village développant une activité agricole. Quant aux droits individuels homogènes, ils sont envisagés par la loi comme ceux ayant « une origine commune ». Divisibles, ils peuvent donner lieu à une action civile publique proche de ce qu'il est convenu d'appeler l'action de groupe. L'on peut alors imaginer le cas d'une eau polluée qui, destinée à la consommation, entraîne une action de groupe en raison du préjudice de masse causé aux consommateurs.

Les deux premières actions sont les plus utilisées dans le domaine de l'environnement et répondent à une même originalité procédurale. D'une part, le droit d'action est accordé à un nombre de personnes délimité : le Ministère public, l'État fédéral, les États-membres, les communes et les associations dès lors qu'elles démontrent avoir un an d'existence et avoir un objet social relatif à la protection de l'environnement. L'on notera la généralité de cette expression qui permet aux associations d'accéder facilement au juge. Certes, dans cette liste, nulle trace de l'action des citoyens. L'action civile publique n'est pas une *actio popularis*. Toutefois, en remède, outre que les victimes peuvent demander réparation selon le droit commun ou l'action de groupe de leurs propres préjudices, elles ont un droit d'agir sur le fondement d'une *actio popularis* spéciale, dite l'action populaire environnementale, destinée à rétablir le respect des droits constitutionnels (art. 5 LXXIII de la Constitution). D'autre part, au terme de l'instance, l'on voit aussi se préciser les pouvoirs du juge. Pour satisfaire l'objectif attribué à l'action civile publique, il peut certes condamner le défendeur à verser des dommages-intérêts, mais aussi prescrire des mesures de prévention et de cessation. Il peut par exemple ordonner la cessation d'une activité polluante, sous peine d'exécution forcée ou de paiement d'une astreinte journalière, indépendamment de la demande du requérant. Par ailleurs, s'il y a des sommes d'argent en réparation du préjudice environnemental, le juge ne peut les accorder à la victime : elles doivent être versées à deux fonds spécialement créés par la loi de 1985, un au niveau fédéral et un autre au niveau des États membres, le « *Fundo de Defesa de Direitos Difusos* ». Ces sommes ont vocation à réparer les milieux endommagés.

Surtout, pour renforcer l'effectivité et l'efficacité des mesures de prévention et réparation du dommage, les parties – exceptées les ONG- ont la possibilité de conclure un **Accord d'Ajustement de Conduite (TAC)** depuis la loi du 6 juin 1990 (Article 42). Celui-ci peut être négocié avant ou pendant le procès, ce qui permet d'éviter d'attendre plusieurs années pour voir imposer des mesures. Outre que, en théorie, cela ne ferme pas la porte au procès, il ne s'agit pas d'une transaction car aucune concession réciproque ne peut avoir lieu pour des

raisons d'ordre public. Il s'agit d'un contrat dirigé qui formellement doit contenir certaines clauses indiquant les noms des parties, l'objet du contrat, les obligations de faire ou de ne pas faire, la durée d'exécution, etc. En cas de non-exécution, outre le contrat, la loi prévoit que le contractant-défendeur sera pénalement poursuivi et devra payer une amende.

En pratique, un nombre important de procès environnementaux donne lieu à ce type d'accords, dans le domaine de la déforestation, de l'atteinte à la biodiversité etc. Certains sont mis en ligne et d'autres sont publiés au Journal officiel (ceux conclus avec l'administration). Trois accords concernant des dommages causés par des fuites de pétroles sont ainsi bien connus et ont fait l'objet de l'attention de la doctrine brésilienne (C. Costa de Oliveira, L. Paxao Silva Oliveira et P. Pereira de Andrade, art. préc.) : le « **TAC REDUC** » **conclu entre l'État de Rio et l'entreprise Petrobras** qui a imposé à celle-ci notamment l'installation d'une usine de traitement de la rivière Irajá ; le **TAC conclu entre le procureur de Bahia et l'entreprise Coastal BM- CAL-4 Ltda** (TAC COASTAL) qui impose à celle-ci un programme de protection de l'environnement sur la zone endommagée avec un système de contrôle, de planification ; le « **TAC Chevron** » **ayant pour partie Chevron et l'établissement de protection de l'environnement de Brésil (IBAMA) et l'agence nationale du pétrole (ANP)** qui prévoit, de manière très détaillée, un programme surveillé et délimité dans le temps de réparation des atteintes à l'environnement. Dans tous les cas sont prévues, outre des pénalités importantes en cas de non-respect qui, si le contrat le dit, peuvent être reversées à certains organismes comme le fond national pour l'environnement (TAC COASTAL), des obligations monétaires pour financer la mise en place des obligations de réparation en nature. Surtout, au-delà des mesures de réparation, bien souvent les défendeurs se voient imposer des obligations de prévention des atteintes à l'environnement qui dépassent parfois leur propre litige : alors que Chevron s'est engagé à développer des actions de campagne d'éducation environnementale, Coastal a accepté de soutenir un programme de projet citoyens dans la protection de l'environnement organisé par l' *Instituto de Defesa, Estudo e Integração Ambiental* (IDEIA). Ainsi, on en conclut que le droit brésilien de la responsabilité civile est emblématique de l'instrumentalisation de la procédure pour parvenir à certaines fins : la réparation et prévention des atteintes à l'environnement. Toutefois, si le système mérite d'être regardé de plus près pour apprécier sa possible importation en droit français, il faut aussi soulever certaines limites. Outre que l'on peut se demander si certaines des obligations ne confinent pas à faire de ce contrat une sanction pénale cachée, l'on peut craindre que les sommes versées au titre du préjudice écologique ne soient pas suffisamment affectées à la réparation des atteintes à l'environnement. Ne faudrait-il pas admettre ce contrat de manière encore plus encadrée ?

Concernant spécialement les **pays nord-américains**, malgré l'existence, non seulement de régimes spéciaux de protection de l'environnement créateurs d'une *actio popularis* (dite *citizen suits*) destinée à les faire respecter, à l'instar du *Clean air Act*, mais aussi d'une jurisprudence accordant parfois un droit d'action à des personnes publiques pour protéger les ressources naturelles au nom de l'intérêt général (en tant que *parens patriae*) en droit administratif¹⁷⁷, le **droit américain** demeure très attaché à l'exigence de l'intérêt personnel au regard des exigences constitutionnelles (en particulier de la *due process clause*) en particulier en droit des torts¹⁷⁸. Seule une interprétation suffisamment souple du juge permet incidemment aux victimes de défendre via leur intérêt personnel des intérêts collectifs. L'attestent en matière de contentieux climatique les décisions contrastées¹⁷⁹. À titre

¹⁷⁷ G. Bradford, « Simplifying State Standing: The Role of Sovereign Interests in Future Climate Litigation », *Boston College Law Review*, n°52, 2011, p. 1065.

¹⁷⁸ V. l'article III al. 2 de la Constitution qui impose de prouver un préjudice réel, personnel et non hypothétique (*injury in fact*), la traçabilité d'un lien causal entre la lésion et la conduite du défendeur (*causation*) et la possibilité que l'action mène à la réparation du préjudice (*redressability*).

¹⁷⁹ V. L. Canali, « Contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspective », in *Les procès climatiques*, ouvrage préc. p. 67 et s.

d'exemples, alors que la Cour suprême des États-Unis a jugé recevable les actions engagées, non seulement contre l'EPA (*Environmental Protection Agency*) par différentes villes, États et ONG estimant que le gouvernement fédéral était responsable de la perte de la réduction des terres côtières¹⁸⁰, mais aussi contre le « *Department of Ecology* » de l'État de Washington par des jeunes enfants¹⁸¹, à l'inverse, dans l'affaire *Comer v. Murphy oil USA* opposant certaines victimes de l'Ouragan Katrina à des entreprises chimiques et pétrolières, la Cour d'appel n'a pas admis la recevabilité de l'action au regard de l'impossibilité de relier leurs dommages à la conduite des défendeurs¹⁸². Quant au **Canada**, comme le montre Paule Halley, s'il se trouve ici influencé par le droit américain quant à la défense des intérêts collectifs pour faire valoir le respect des lois environnementales et, sous l'action des tribunaux des différentes provinces, a assoupli son appréciation de la définition de l'exigence de l'intérêt suffisant en matière de *Common Law* (droit public), la loi sur la qualité de l'environnement de 1978 augure d'une possible *actio popularis*. En reconnaissant que toute personne a droit au respect de cette loi, le législateur ouvre la possible défense des intérêts collectifs par le biais d'un recours individuel¹⁸³.

Ainsi, en droit interne, l'étude montre la coexistence d'au moins trois modèles : le premier campant sur l'exigence de l'intérêt à agir personnel, le second consacrant des dérogations à l'exigence de l'intérêt personnel en accordant un droit d'agir en particulier à des associations et le troisième ouvert plus largement à l'*actio popularis*.

Pour les États réfractaires à l'ouverture de l'intérêt à agir, sans aller jusqu'à plaider la consécration d'une *actio popularis*, il faudrait au moins encourager l'adoption d'actions attitrées. Cela pourrait passer par une convention internationale invitant l'ensemble des États à assouplir les conditions prévues par les États en matière d'accès au juge. Notons ici tout l'intérêt du Pacte mondial pour l'environnement faisant actuellement l'objet de négociations au sein de l'ONU. L'article 11 dispose en effet que « Les Parties veillent à garantir un droit d'accès effectif et à un coût abordable aux procédures administratives et judiciaires, notamment pour des réparations et des recours, pour contester les actions ou omissions des

¹⁸⁰ *Massachusetts v Environmental Protection Agency*, 549 US 497 (2007). 28.

¹⁸¹ Affaire *Foster*: Superior Court of the State of Washington for King County, Z. and S. Foster v. Washington Department of Ecology, 19 nov. 2015: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2015/20151119_docket-14-2-25295-1_order.pdf

¹⁸² *Comer v. Murphy Oil USA*, req.n° 1:05-CV436-LG-RHW, 2, 839 F.Supp. 2d 849 (2012), p. 14.

¹⁸³ Sur ces aspects et l'influence ici du droit américain, P. Halley, « L'accès à la justice en matière d'environnement en droit québécois et canadien », in *Le droit à la justice en matière d'environnement*, ouvrage préc., p. 342 et s.

autorités publiques ou des personnes privées qui contreviennent au droit de l'environnement, prenant en considération les dispositions du présent Pacte ». En cas d'adoption, le Pacte pourrait ici être porteur d'évolution et favoriser la recevabilité des actions dans le domaine environnemental. Cela permettrait aussi opportunément de combler les lacunes existant au niveau supranational, comme le montre notre étude.

§ 2 – L'action devant un juge supranational

La saisine d'une juridiction internationale peut être d'un grand secours dans le cas d'un litige environnemental. Notamment lorsqu'il s'agit de pousser un État à adopter un comportement plus protecteur. Toutefois, l'étude montre que, à l'analyse, ce secours demeure relativement théorique compte tenu, en plus du difficile accès des personnes privées, du peu d'ouverture des juridictions supranationales à la défense des intérêts collectifs, qu'il s'agisse du juge de l'Union (A), de la Cour européenne des droits de l'homme (B) ou de la Cour internationale de Justice (C).

A/ Le juge de l'Union européenne

Ayant déjà analysé supra la question des titulaires du droit à l'action en droit de l'Union européenne, il convient d'aborder celle des conditions de l'action. Dans quelles conditions, une personne physique ou morale peut-elle saisir la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'elle estime que les institutions ou les organes européens ont violé les droits qu'elle tire des dispositions protectrices de l'environnement ? Dans quelle situation se trouve un individu ou une organisation non gouvernementale qui souhaite remettre en question la validité d'un acte de l'Union susceptible de porter atteinte à la protection de l'environnement, que l'acte en question soit de nature législative ou exécutive ? La réponse n'est pas favorable aux actions environnementales. Délimitées à l'article 263 du TFUE, les conditions d'ouverture du recours en annulation, permettant à des personnes privées de demander l'annulation d'un acte de droit de l'UE demeurent en effet étroites malgré l'élargissement opéré par le Traité de Lisbonne¹⁸⁴.

En vertu de cette disposition, toute personne physique ou morale peut d'abord former un recours contre un acte dont elle n'est pas le destinataire, mais qui la concerne directement et

¹⁸⁴ E. Brosset, E. Truilhé, « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF*, 2018 chron. n°07, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/laces-au-juge-dans-le-domaine-de-lenvironnement-le-hiatus-du-droit-de-lunion-europeenne/>.

individuellement mais aussi, c'est l'apport du Traité de Lisbonne, « contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Lorsque la mesure contestée comporte une mesure d'exécution, ce qui est très souvent le cas, les requérants privés doivent donc toujours démontrer qu'ils sont affectés de manière directe et individuelle. Et la démonstration de ce lien direct et individuel entre l'acte réglementaire et le requérant est délicate à apporter, la jurisprudence ayant opté pour une interprétation particulièrement restrictive. Si le lien direct est assez facile à démontrer¹⁸⁵, ce qui pouvait être relativement facile à démontrer¹⁸⁶, l'exigence du lien individuel pose de grandes difficultés. En effet depuis son arrêt de principe du 15 juillet 1963 *Plaumann*¹⁸⁷, la Cour a estimé que le requérant devait démontrer qu'il était atteint par l'acte « en raison de certaines qualités qui lui sont propres ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire ». Il faut donc apporter la preuve que le ou les requérants touchés le sont à l'exception de tous les autres requérants potentiels. En application de ce critère, les recours individuels contre des actes à portée générale, règlements et directives, n'étaient que très exceptionnellement considérés comme recevables¹⁸⁸. Et aucune exception procédurale environnementale n'a jamais été admise qui tiendrait compte du fait qu'en matière environnementale les intérêts sont par nature collectifs et qu'il est donc difficile d'identifier un cercle fermé de requérants satisfaisant aux critères retenus par la jurisprudence. L'arrêt *Stichting Greenpeace*¹⁸⁹ est topique. Greenpeace International demandait l'annulation d'une décision de la Commission relative au concours financier apporté par le Fonds européen de

¹⁸⁵ CJCE arrêt du 3 mai 1978, *Tøpffer*, aff. jointes 106 et 107/63, *Rec.* p. 526 ; 5 mai 1998, *Société Louis Dreyfus*, aff. C-386/96, *Rec.* p. 2309, pt. 43.

¹⁸⁶ Il faut démontrer que l'acte a pour effet de priver le requérant d'un droit ou lui impose une obligation nouvelle de façon automatique c'est-à-dire sans qu'intervienne le relais d'une autre décision émanant d'une autorité publique et à l'égard de laquelle cette autorité disposerait d'un pouvoir d'appréciation.

¹⁸⁷ CJCE, arrêt du 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. contre Commission*, Aff. 25-62, *Rec.* p. 199.

¹⁸⁸ Hors du champ de l'environnement, la Cour avait toutefois admis ce lien individuel même pour de tels actes. C'est le cas lorsque le règlement constitue en réalité un ensemble de mesures individuelles : par exemple un règlement qui limite la production d'isoglucose avec l'établissement de quotas pour un nombre déterminé de producteurs dans la Communauté : CJCE arrêt du 29 octobre 1980 *SA Roquette Frères c. Conseil*, n° 138/79, *Rec.* p. 3333. Voir également CJCE, arrêt du 18 mai 1994, *Cordoniu*, Affaire C-309/89, *Rec.* p. 1853 : La société espagnole Codorniu, qui élabore et commercialise des vins mousseux sous la marque graphique « Gran Cremant de Codorniu », enregistrée en Espagne en 1924, est concernée individuellement par le règlement du Conseil qui établit des dispositions particulières relatives aux vins de qualité produits dans des régions déterminées et qui, en réservant le droit d'utiliser la mention « crémant » aux seuls producteurs français et luxembourgeois, aboutit à empêcher Codorniu d'utiliser sa marque graphique. Certains domaines (antidumping notamment) semblent être plus propices à cette reconnaissance : voir CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation c. Commission* C-239/82 *Rec.* p. 1005 ou encore 16 mars 1991, *Extramet*, aff. n° 358/89, *Rec.* p. 2501.

¹⁸⁹ Ordonnance TPICE du 9 août 1995, *Greenpeace e.a./Commission* (T-585/93, *Rec.* p. II-2205) confirmée par l'arrêt de la Cour du 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. / Commission des Communautés européennes*. Affaire C-321/95 P., *Rec.* p. 1651.

développement régional à la construction de deux centrales électriques aux îles Canaries. Les requérants défendaient l'idée que la jurisprudence *Plaumann* ne pouvait être transposée dans des cas où les intérêts légitimes affectés par la décision attaquée ne sont pas de nature économique, mais sont liés aux conséquences négatives pour l'environnement. L'Avocat général lui-même avait plaidé en faveur d'un « souhaitable élargissement de la jurisprudence »¹⁹⁰ du fait de la nature particulière des actes dans le domaine de l'environnement qui, en effet, sont susceptibles d'affecter de larges catégories de citoyens de manière générale et abstraite ce qui peut aboutir à écarter, en application de la jurisprudence *Plaumann*, pour cette seule raison, tous les recours formés. Le Tribunal puis la Cour n'ont pas repris ces propositions et ont, au contraire, clairement affirmé la jurisprudence *Plaumann* et concluent à l'irrecevabilité du recours¹⁹¹. Cette jurisprudence n'a pas, depuis lors, changé. Les seuls recours recevables ont concerné les cas où les associations ou ONG étaient destinataires d'une décision¹⁹². La modification induite par le Traité de Lisbonne aurait pu modifier la donne et ouvrir de nouvelles opportunités d'accès au juge, mais pour l'heure ce n'a pas été le cas.

Le caractère restrictif des conditions de l'action dans l'ordre de l'Union européenne pourrait ne pas être si problématique puisque le contentieux relatif aux actes et activités ayant possiblement un impact sur l'environnement se déroule principalement devant les tribunaux nationaux. La saisine de juges nationaux, couplée à l'utilisation du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, peut en effet permettre de compenser et compléter les voies de recours devant le juge de l'Union. C'est ce qu'affirme notamment la Commission dans une Communication sur l'accès à la justice en matière d'environnement¹⁹³. De son point de vue, « les exigences figurant actuellement dans l'acquis de l'Union (...) fournissent déjà un cadre

¹⁹⁰ Conclusions de l'Avocat général Georges Cosmas présentées le 23 septembre 1997, affaire C- 321/95 P, pt. 104.

¹⁹¹ Ordonnance TPICE du 9 août 1995, *Greenpeace e.a./Commission* (T-585/93, Rec. p. II-2205) confirmée par l'arrêt de la Cour du 2 avril 1998, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e.a. / Commission des Communautés européennes*. Affaire C-321/95 P. Rec. p. 1651.

¹⁹² Cela a été le cas à propos de l'accès à l'information environnementale. Parce que les ONG avaient été destinataires de décision de refus de demande d'accès à un certain nombre de documents, lorsqu'elles ont décidé d'introduire des recours en annulation à l'encontre desdites décisions, elles ont mécaniquement été considérées comme recevables à agir. Cela a été également le cas à propos de demandes de « réexamen » de mesures prises au titre du droit de l'environnement et ce, en application du règlement pris par l'Union pour appliquer la Convention d'Aarhus.

¹⁹³ COM du 28 avril 2017, C(2017) 2616 final. Cette communication peut être vue comme une réponse – anticipée- de la Commission précisément à la décision du Comité en charge de l'application de la Convention d'Aarhus : la jurisprudence de la Cour sur l'accès aux prétoires nationaux y est présentée comme la marque du respect de cet engagement international par les institutions de l'Union.

cohérent pour l'accès à la justice dans ce domaine »¹⁹⁴. Toutefois, ce serait oublier qu'au plan pratique, un nombre non négligeable de décisions, plus exactement des autorisations de faire et de ne pas faire, sont prises au niveau de l'Union, par la Commission européenne, qu'il s'agisse des décisions d'approbation de plans au niveau national (en matière d'émissions industrielles, de réduction de gaz à effet de serre) ou encore des décisions de soutien d'activités (financement de création de centrales électriques).

Un assouplissement des conditions de l'action en faveur de la défense des intérêts collectifs est, pour cette raison-là au moins souhaitable¹⁹⁵. C'est d'ailleurs ce que préconise le comité d'examen du respect de la Convention d'Aarhus. Dans une décision du 17 mars 2017 qui fait suite à une première décision rendue en 2011¹⁹⁶, ce comité qui examine la manière dont les États parties respectent les dispositions de la Convention et émet des « conclusions » et des « recommandations » à leur encontre¹⁹⁷, a considéré que le droit de l'Union ne respectait toujours pas la Convention d'Aarhus, l'interprétation du nouvel article 263-4 du TFUE étant excessivement restrictive. Le comité a recommandé que la jurisprudence de la Cour intègre pleinement la Convention ou, à titre subsidiaire, que l'Union européenne modifie son règlement Aarhus ou adopte une nouvelle législation. Dans les deux décisions, le comité a bien rappelé que les voies de recours devant les tribunaux nationaux (conjuguées à la question préjudicielle) « ne doivent pas être un motif pour refuser » une évolution de la jurisprudence rigoureuse à l'égard de laquelle elles ne sont pas une « contrepartie »¹⁹⁸. Une telle évolution pourrait se faire par la voie jurisprudentielle bien sûr, fermée jusqu'ici sur la question de l'accès à son propre prétoire, la CJUE étant connue pour être un juge ambitieux et protecteur du droit de l'environnement. Mais plus sûrement par la voie d'une modification des Traités, qui suppose l'adhésion des États membres.

L'étude met en évidence les difficultés de la possible défense des intérêts collectifs en partant d'un cas concret : le recours en annulation formé par onze familles s'agissant des trois

¹⁹⁴ Point 210 de la Communication.

¹⁹⁵ L'intérêt symbolique d'une telle évolution nous semble évident.

¹⁹⁶ Décision du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus concernant l'Union européenne n° ACCC/C/2008/32 du 14 avril 2011 (disponible sur www.unece.org/env/pp/pubcom.htm).

¹⁹⁷ J. Ebbesson, *L'accès à la justice en matière d'environnement en droit international : pourquoi et comment ?* in : *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, préc.

¹⁹⁸ Pt. 124 de la seconde décision.

paquets législatifs récents fixant la politique climatique de l'Union pour la période 2021-2030¹⁹⁹.

Le People Climate Case²⁰⁰ – Un test pour le droit d'action environnementale devant le juge de l'UE

Le 24 mai dernier, onze familles d'Europe, d'Afrique et du Pacifique ont formé un recours contre la politique climatique de l'Union européenne, accusant le législateur européen de ne pas lutter suffisamment efficacement contre les changements climatiques. Le recours adressé au Tribunal de l'Union européenne, compétent pour statuer sur les recours formés par des particuliers, demande à ce que les objectifs de l'Union à l'horizon 2030 – baisse d'au moins 40 % de ses émissions de gaz à effet de serre par rapport aux niveaux de 1990 – soient reconnus comme insuffisants pour garantir les droits fondamentaux à la vie, la santé, la propriété des populations, et pour atteindre les objectifs fixés par l'accord de Paris sur le climat. Les familles (apiculteurs Portugais dont l'activité est menacée par la variabilité des températures affectant les abeilles, professionnels italiens souffrant économiquement de l'absence de neige et de glace, famille Kenyane dont la santé et l'accès à l'éducation sont mis en danger par les vagues de chaleur, les sécheresses et la désertification ou des Fidjienne, affectées par la multiplication et l'intensification des cyclones et la hausse des températures) demandent à l'Union européenne de rehausser ses ambitions, et d'agir concrètement pour atteindre ces objectifs. Soutenues par la fédération d'associations européennes CAN Europe et défendues par trois avocats allemands et britanniques, les familles forment un recours en annulation (article 263 TFUE) s'agissant des trois paquets législatifs récents fixant la politique climatique de l'Union pour la période 2021-2030 : directive 2018/41 du 14 mars 2018 établissant le système d'échange de quotas d'émission (SEQE), règlement relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions des États membres de 2021 à 2030 qui fixe des objectifs pour les activités non couvertes par le marché carbone (transports, agriculture, bâtiment), règlement relatif à la prise en compte des émissions résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie. Les mesures attaquées nécessitant toutes des mesures d'exécution, les requérantes devront prouver que le critère de l'affectation « individuelle » est rempli en l'espèce. Dans cet objectif, la requête fait référence aux situations particulières de chacune des familles qui souffre de manière spécifique des conséquences du changement climatique. Elles entendent également, sur la base de l'article 340 du TFUE, engager la responsabilité de l'Union pour les dommages causés par les changements climatiques à leur santé, leurs biens et leurs revenus.

B/ La Cour européenne des droits de l'homme

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'individualisme est également très présent et peu de place est accordée à la défense des intérêts collectifs²⁰¹. Si l'article 34 de la convention autorise les saisines individuelles, il n'institue pas une *actio popularis* qui permettrait à toute personne de dénoncer toute violation de la convention par un État partie. Pour se prévaloir de cette disposition, un requérant doit remplir deux conditions : il doit entrer

¹⁹⁹ https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/05/24/climat-des-citoyens-attaquent-l-ue-en-justice_5303867_1652612.html

²⁰⁰ <https://peoplesclimatecase.caneurope.org>

²⁰¹ V. F. Voefray *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Graduate Institute Publications, Genève, 2004, Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1185>> paragraphes 70 et s., v. <https://books.openedition.org/iheid/1206>

dans l'une des catégories de demandeurs mentionnés dans cette disposition de la Convention, et doit pouvoir se prétendre victime d'une violation de la Convention. La notion de « victime » doit être interprétée de façon autonome et indépendante des notions internes telles que celles concernant l'intérêt ou la qualité pour agir. Par ailleurs, pour qu'un requérant puisse se prétendre victime d'une violation de la Convention, il doit exister un lien suffisamment direct entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée²⁰². S'il s'agit d'une personne morale, elle doit avoir été victime en tant que telle. Une association de protection de l'environnement, par exemple, n'est pas recevable à dénoncer une violation résultant d'un acte lésant les intérêts collectifs qu'elle s'est donnée pour mission de défendre. Toutefois, elle admet une conception suffisamment large de la notion de victime pour que les ONG puissent défendre les intérêts des personnes qu'elle représente et ses propres intérêts.

En ce sens, dans son arrêt *Gorraiz Lizarraga c. Espagne* du 27 avril 2004²⁰³ elle rappelle l'importance du rôle des ONG environnementales pour défendre les intérêts particuliers des citoyens qui se regroupent en association et reconnaît la qualité de victime aussi bien à l'association demanderesse qui a organisé leur défense qu'aux requérants personnes physiques. Une approche trop formaliste de la notion de victime, rendrait selon elle « inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention ». La Cour avait été saisie par des personnes physiques et par une association (Coordinadora de Itoiz) concernant la construction d'un barrage impliquant l'inondation de trois réserves naturelles et de plusieurs petits villages, dont Itoiz. La qualité de victime de l'Association dont l'objet, selon ses statuts, est notamment de « coordonner les efforts de ses membres pour s'opposer à la construction du barrage d'Itoiz et de militer pour un autre choix de vie sur le site, de représenter et défendre la zone touchée par ce barrage ainsi que ses intérêts devant toute instance et à tous les niveaux – local, provincial, national ou international –, ainsi que de faire prendre conscience à l'opinion publique des impacts de cet ouvrage », ne pose pas de difficulté particulière à la Cour²⁰⁴. La qualité de victime des requérants individuels se posait ici en lien avec l'exigence relative à l'épuisement des voies de recours internes, certains des

²⁰² Voir, notamment, *Taura et autres c. France*, no 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports (DR) 83-A, p. 112 ; *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France*, no 38192/97, décision de la Commission du 1er juillet 1998, DR 94-A, p. 124 ; affaire *Comité des médecins à diplômes étrangers et autres c. France* (déc.), nos 39527/98 et 39531/98, 30 mars 1999.

²⁰³ CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, Requête no 62543/00 ; <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2004/CEDH001-66289>

²⁰⁴ §36 de l'arrêt.

requérants n'ayant pas été parties aux procédures internes en leur nom propre mais par l'intermédiaire de l'Association. La Cour va évacuer cette difficulté en rappelant que l'exigence posée à l'article 35 § 1 « doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »²⁰⁵. Elle ajoute que « le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers ». La Cour estimera, pour cette raison, que les requérants peuvent se prétendre victimes des violations alléguées, et qu'ils ont épuisé les voies de recours internes²⁰⁶, facilitant ainsi, de fait, les recours des individus regroupés en association. L'arrêt *Cordella* poursuit ce mouvement, laissant penser à une dispense de cette condition en matière environnementale, du moins en ce qui concerne le droit à la dépollution²⁰⁷.

La situation est différente lorsque la Cour admet la recevabilité de l'action engagée par l'association « Collectif Stop Melox et Mox » contre le décret autorisant la COGEMA à étendre son usine de recyclage de plutonium²⁰⁸. Dans l'affaire *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine melox – collectif stop melox et mox c/ France*²⁰⁹, l'association requérante a été reconnue recevable à agir car l'acte administratif attaqué l'était en raison d'un manquement au droit du public à l'information et à la participation au processus décisionnel lorsqu'il s'agit d'autoriser une activité présentant un danger pour la santé ou l'environnement. Ainsi, pour la Cour si l'objet de la procédure litigieuse était essentiellement la défense de l'intérêt général, la contestation soulevée par l'association requérante présentait « un lien suffisant avec un « droit » dont elle pouvait se dire titulaire en tant que personne morale ».

En revanche, l'affaire *Greenpeace contre France*²¹⁰ donne l'occasion à la Cour de refuser clairement le recours en défense d'intérêt collectif, sur le fondement de l'article 6 § 1 qui garantit le droit à un procès équitable. La Cour déclare le recours irrecevable au motif que l'intérêt général de la protection de l'environnement constituait l'objet et l'enjeu du litige. Greenpeace entendait dénoncer des modalités susceptibles de conduire au stockage illégal de

²⁰⁵ Voir, parmi d'autres, *Cardot c. France*, arrêt du 19 mars 1991, série A no 200, p. 18, § 34.

²⁰⁶ §39 de l'arrêt.

²⁰⁷ S. Nadaud et J.-P. Marguénaud, préc. p. 676.

²⁰⁸ Arrêt du 28 mars 2006, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine melox – collectif stop melox et mox c/ France*, req. N° 75218/01.

²⁰⁹ S. Nadaud, J.-P. Marguénaud, *Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (août 2011/juillet 2012), *RJE*, 2012/4, pp. 697-714.

²¹⁰ CEDH, 13 décembre 2011, *Greenpeace France c/ France*, 55243/10.

quantités importantes de tels déchets en France. Son action en justice visait avant tout à la défense de l'intérêt général face à ce qu'elle percevait comme un risque environnemental, alors que l'article 6 § 1 exige que soit en jeu un « droit » de « caractère civil » de la requérante.

La Cour continue d'ailleurs de refuser de procéder à un contrôle abstrait des actes législatifs nationaux. Certains auteurs le regrettent et pointent l'incohérence avec l'esprit même de la Convention européenne des droits de l'Homme qui tend à garantir le plus largement possible le respect des différents droits reconnus. « Cet intérêt collectif qui anime l'ensemble du système conventionnel devrait trouver aussi son expression dans une appréciation plus libérale de la qualité pour présenter une requête individuelle »²¹¹. Par ailleurs, cette non reconnaissance s'accorde mal avec d'autres aspects de la jurisprudence de la Cour selon laquelle, s'agissant de la recevabilité des requêtes, « il faut avoir égard en particulier à l'objet et au but de la Convention qui, en tant qu'elle constitue un traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives »²¹². Certaines évolutions pourraient alors être attendues et ainsi permettre une défense plus adaptée du respect des droits de l'homme environnementaux par la Cour européenne des droits de l'homme.

D'ores et déjà une faille peut être exploitée. Puisque comme on vient de le voir, certaines associations peuvent incidemment défendre l'intérêt général, lorsque la requête s'appuie sur l'atteinte aux intérêts individuels de leurs membres qui recoupe l'intérêt général qu'elles défendent, elles peuvent veiller à la recevabilité de leur requête en s'assurant que, au-delà ou en plus de leur vocation à défendre l'intérêt général environnemental, les membres qu'elle réunit sont directement concernés par la violation des droits en jeu. Il s'agit au final de contourner les difficultés en instrumentalisant la défense des intérêts individuels. Et ce sont aussi les particuliers de manière autonome qui peuvent, en faisant valoir leur propre atteinte, incidemment défendre les intérêts collectifs. Le récent arrêt *Cordella* rendu par la Cour le 24 janvier 2019 est topique. Accordant la qualité de victimes à 161 habitants des zones relevant des secteurs pollués déterminés par une délibération du Conseil des ministres -, il crée une

²¹¹ P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., La Haye, 1998, p. 361. V. aussi F. Voefray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, préc.

²¹² Not. *Yasa c. Turquie*, 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, § 64.

« *actio regionalis* »²¹³ car il attribue du même coup la qualité de victimes potentielles pour les 265 000 personnes supposées vivre dans cette zone. Pour satisfaire les victimes, la Cour décide, non pas d’octroyer une somme au titre du préjudice moral, mais d’affirmer le simple constat de la violation de la convention. En agissant pour leurs propres intérêts en tant que victime touchée par l’absence de dépollution, une seule victime concernée peut donc oeuvrer pour la mise en place effective des mesures de dépollution qui profiteront à l’ensemble des habitants et à l’environnement.

À l’avenir c’est aussi le contentieux sur le changement climatique qui pourrait se retrouver devant la Cour. Les arguments fondés sur les droits de l’homme y ont ici une place majeure²¹⁴ et montrent que, devant les instances nationales et plus récemment devant le juge de l’Union de simples individus, isolés ou regroupés en associations revendiquent la nécessité pour les États d’adopter des mesures plus efficaces en matière de lutte contre le changement climatique au nom du respect de certains droits de l’homme, que ces derniers résultent d’une reconnaissance au niveau national, en particulier constitutionnel, ou international²¹⁵. Dans ce dernier cas, les parties invoquent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme qui tend à garantir l’effectivité du droit de vivre dans un environnement sain, sur le plan substantiel et procédural, par le biais des articles 2 (droit à la vie), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 13 (droit à un recours effectif)²¹⁶. À l’avenir, l’on pourrait alors imaginer, une fois les recours épuisés, que certaines de ces actions soient portées devant la Cour par des individus. Elle pourrait alors être amenée, lors de l’examen de la recevabilité de la requête, à admettre que malgré le fait que l’action tend à contribuer à la protection du climat dans l’intérêt général, elle s’avère recevable au regard du fait que les demandeurs ont la qualité de victimes non pas des dommages causés par le changement climatique lui-même aujourd’hui, mais de l’inaction des États appelé à mettre en place des mesures de lutte contre le changement climatique pour garantir le droit à vivre dans un environnement sain...

²¹³ Selon l’expression de S. Nadaud et J.-P. Marguénaud, préc.

²¹⁴ C. Cournil, « Les convergences des actions climatiques contre l’État. Étude comparée du contentieux national », in : M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois (dir.), *Après l’Accord de Paris, quels droits face au changement climatique*, RJE, n° spéc. 2017, p. 243 et s. Pour un panorama des droits de l’homme invoqués, v. aussi le rapport UNEP précité.

²¹⁵ C. Cournil, C. Perruso, « Réflexions sur « l’humanisation » des changements climatiques et la « climatisation » des droits de l’Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l’homme*, 14 | 2018, mis en ligne le 11 juin 2018, consulté le 25 janvier 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3930>; DOI : 10.4000/revdh.3930.

²¹⁶ V. par exemple, l’affaire *Urgenda* préc.

C/ La Cour internationale de Justice

La juridiction, nous l'avons montré *supra*, n'est ouverte qu'aux saisines étatiques. Mais, comme le rappellent Jean François Marchi et Sandrine Maljean-Dubois dans cette étude, **l'exigence de l'intérêt à agir et du consentement à la juridiction sont également des obstacles de taille à d'éventuelles actions en défense de l'intérêt environnemental.**

S'agissant de l'intérêt à agir d'abord, seuls les sujets lésés pourront chercher à engager la responsabilité de l'auteur du fait illicite et la notion d'État lésé est entendue assez strictement par le juge international. En effet, en règle générale²¹⁷ le droit international ne reconnaît pas l'action populaire. En 1966, la Cour affirmait : « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas »²¹⁸.

L'existence des obligations *erga omnes*, créant des droits *omnium*, au respect desquels chacun peut prétendre, pourrait permettre d'imaginer une évolution des conditions de l'action internationale dans la mesure où le principe même de la notion est que tout État a un intérêt à agir en cas de violation d'une telle obligation. C'est bien ce que la Cour relevait dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en énonçant « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »²¹⁹. Il est ainsi bien admis qu'une violation de l'interdiction du génocide « donne à tout autre État le droit d'exiger que ces actes ne soient pas commis. N'importe quel autre sujet international pourra donc exiger d'un autre État qu'il ne perpètre pas d'actes de génocide, ou du moins qu'il y mette fin. Tous les États du monde ont le droit de demander impérativement que l'interdiction soit observée »²²⁰.

²¹⁷ Ceci n'exclut pas l'existence de mécanismes de ce type dans un cadre conventionnel restreint, éventuellement assortis d'un dispositif institutionnel, et dans lequel les parties s'accordent sur un tel droit d'action *dans* le cadre judiciaire institué. Exemple : la procédure de plaintes de l'OIT qui peut être déclenchée par tout État membre de l'organisation, mais aussi par n'importe quel délégué à la Conférence internationale du travail.

Ou encore certains traités relatifs aux droits de l'homme (art. VIII des conventions sur le Génocide ou sur l'apartheid, art. 41 de la conv. Pour l'élimination de la discrimination raciale, art. 41 du PIDCP). Mais aucun ne s'apparente à un véritable droit d'action populaire. Ils relèvent plutôt du contrôle politique des conditions d'applications des principes et d'une procédure de type administrative.

²¹⁸ CIJ, *Sud-Ouest africain, Deuxième phase, Recueil CIJ 1966*, p. 47 ; voir CIJ, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, 5 octobre 2016, §§33-40.

²¹⁹ *Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd, deuxième phase* (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, p. 32. *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt sur les exceptions préliminaires*, 11 juillet 1996, *Recueil CIJ*, p. 615, § 31.

²²⁰ A. Cassese, « La Communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges. Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, p. 186.

Néanmoins, en l'absence d'une évolution qui aurait permis de mettre en œuvre la notion d'obligation *erga omnes* sur le terrain contentieux en modifiant les règles relatives à la compétence des juridictions internationales ou à la recevabilité d'une demande²²¹, l'existence d'une *actio popularis* n'est toujours pas une réalité. Il en va de la même manière en ce qui concerne les obligations dites « interdépendantes », pour lesquelles la qualité de partie à un traité suffit à établir l'intérêt pour agir, dans la mesure où aucune personne tiers ou partie ne peut être isolée en tant que créancier de l'obligation. La plupart des obligations contenues dans les traités de protection de l'environnement semblent faire partie de cette catégorie. Le projet d'articles de la Commission de droit international (CDI) sur la responsabilité des États admet qu'un État autre qu'un État lésé peut invoquer la responsabilité d'un État tiers si « a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble » (art. 48)²²². Il ressort des commentaires de la CDI que l'alinéa a) vise notamment les obligations de protection de l'environnement²²³. Dans son avis consultatif du 1^{er} février 2011, la Chambre du TIDM s'est appuyée sur les travaux de la CDI pour considérer que « Tout État Partie pourrait également prétendre à réparation au vu du caractère *erga omnes* des obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone »²²⁴. Cependant, le projet d'article n'a pas été adopté ni les difficultés liées à au droit d'action et à la compétence de la Cour levées. La Cour a déjà clairement affirmé que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes »²²⁵ et que : « le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait donner compétence à la Cour pour connaître de ce différend. Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère -elle parlait du génocide en l'espèce-, ne saurait en lui-même fonder la

²²¹ Jean-François Marchi rappelle que l'abandon de l'*actio popularis* lors des travaux de la CDI sur la responsabilité, a tenu, non pas à l'insertion des fameux « crimes » mais aux difficultés de prévoir une modalité d'action en justice adaptée. Pour s'assurer de la mise en œuvre de ce régime controversé, le quatrième Rapporteur spécial, Arangio-Ruiz, avait suggéré de créer un *droit d'action populaire* devant la CIJ aux fins de permettre à n'importe quel État de la saisir, *via* un système assez complexe de filtrage par l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité. La proposition avait également été rejetée.

²²² CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II(2)*, p. 343.

²²³ *Ibid.*, p. 345.

²²⁴ TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, §180.

²²⁵ CIJ, *Portugal c. Australie*, affaire dite du « timor oriental », *Rec.* 1995, p. 102, par. 29.

compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties »²²⁶.

En résumé, au contentieux, comme le note Jean-François Marchi dans cette étude, la Cour continue de refuser le passage de « l'intérêt juridique au respect d'une norme » à « l'intérêt à l'action ». En conséquence, la possibilité d'intenter une *actio popularis* devant la Cour internationale de Justice ou devant un autre organe de règlement des différends demeure théorique en ce qu'elle continue de dépendre de l'existence d'un titre de compétence juridictionnelle. Le projet d'articles sur la responsabilité des États ne contient pas de dispositions à ce sujet. Enfin, indiquons que l'arrêt rendu dans l'affaire *Costa-Rica/Nicaragua*, en reconnaissant le caractère indemnisable du préjudice écologique pur²²⁷, ne bouleverse pas pour autant les règles relatives à la possibilité de saisir la Cour. On peut voir dans cet arrêt une extension bienvenue de la notion de dommage mais pas des conditions d'accès au juge international.

Au terme de ce chapitre, l'analyse montre combien les conditions de l'action en justice sont dans tous les ordres un élément déterminant de l'ouverture d'un procès. Plus elles sont restrictives, plus il est difficile, lorsque le litige a une dimension collective, d'accéder au juge pour demander la prévention ou la réparation des atteintes à l'environnement. Toutefois, à l'examen, les solutions existent et des évolutions sont souhaitables. **En ce sens, l'étude conclut à la nécessité d'encourager, lorsque cela est réalisable, l'ouverture du droit d'agir au moins à certaines personnes morales comme les ONG, et ce pour qu'elles puissent défendre les intérêts collectifs, de renforcer la réflexion sur l'ouverture du droit d'agir à la nature et la création d'une *actio popularis*, et à défaut, d'inviter les demandeurs à l'action à se tourner vers un ordre plus accueillant.**

²²⁶ CIJ, *République démocratique du Congo c. Rwanda*, 3 février 2006, *Rec.* 2006, p. 6.

²²⁷ CIJ, *Costa Rica c/ Nicaragua*, 2 fév. 2018, Rôle général n° 157 et 165 : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-FR.pdf>

Chapitre 2

Les règles gouvernant la compétence du juge : le défi de la nature transnationale du litige

Certes, l'ouverture du procès environnemental dépend des conditions de l'action en justice. En cas de litige à dimension collective, le demandeur autorisé à agir devant le juge doit être qualifié pour défendre des intérêts dépassant ses propres intérêts. Toutefois, il ne pourra être entendu par le juge que si celui-ci se reconnaît compétent. Or, la compétence du juge, selon les règles qui la gouvernent, est source de difficulté dans le domaine environnemental. C'est en particulier le cas lorsque le litige est de nature transnationale.

Les éléments sous-jacents au litige transnational se trouvent sur différents territoires. Il en est ainsi lorsqu'un dommage ou risque de dommage environnemental, telle une pollution de l'air ou de l'eau, subi sur un territoire B, trouve ses origines directement ou indirectement dans une activité exercée sur un territoire A. Selon notre étude, si l'activité en jeu est avant tout celle des entreprises, deux types d'actions sont tout de même envisageables : alors que l'une consiste dans la mise en jeu de la responsabilité de l'État devant le juge international pour mettre en cause la manière dont il réglemente sur sa juridiction les activités susceptibles de causer des dommages environnementaux sur les autres États, la seconde consiste à mettre en jeu directement la responsabilité de l'entreprise devant le juge national pour sanctionner son comportement. Ainsi, si les deux actions ont pour une part une même finalité, à savoir faire cesser l'activité néfaste ou obtenir réparation des dommages en résultant, les défendeurs mis en cause sont distincts.

L'étude réalisée par certains membres de l'équipe montre que, dans les deux cas, que le défendeur soit l'État ou l'entreprise, les conditions exigées par le droit quant à la compétence du juge pour juger de leur responsabilité peuvent freiner l'ouverture du procès environnemental. Toutefois, les solutions envisageables pour dépasser les difficultés peuvent être distinguées : alors que dans le cas d'actions engagées contre les États, c'est la voie du contournement des obstacles qui est prônée (Section 1), s'agissant des actions engagées contre les entreprises, les évolutions en cours doivent être encouragées (section 2).

Section 1 – L’action engagée contre l’État : le contournement des obstacles

À l’analyse, l’étude montre que c’est à la fois dans l’ordre international (§1) et interne (§2) que se manifeste le possible contournement à la nécessité de trouver un juge compétent pour juger du litige transnational contre l’État.

§ 1 – Le contournement dans l’ordre international

L’enjeu est ici de trouver un juge compétent auquel les parties peuvent confier le litige. Or, cela ne va pas de soi. Comme l’expliquent certains auteurs, aujourd’hui les for à même de sanctionner un État non respectueux de certaines règles environnementales dans l’ordre international se multiplient²²⁸. En l’absence de tribunaux spécialisés à l’échelle internationale, les litiges sont surtout portés devant les « for empruntés »²²⁹. Face aux obstacles à la compétence de la Cour internationale de Justice (A), la compétence d’autres for peut parfois être trouvée même si elle doit être largement nuancée au regard des objectifs du procès environnemental, à savoir un procès pour l’application du droit de l’environnement (B).

A/ Les obstacles à la compétence de la Cour internationale de Justice

Il convient de rappeler que la CIJ peut parfaitement traiter d’un litige environnemental et *in fine* rétablir l’application des règles environnementales internationales méconnues. La jurisprudence internationale développée au sujet des obligations de diligence imposées aux États sied parfaitement à la résolution d’un litige environnemental transnational interétatique. Rappelons que les dommages environnementaux transfrontières résultent avant tout de l’activité des entreprises. Or, si le droit international public ne peut imposer des obligations à celles-ci, en revanche, il peut prescrire des obligations aux États leur demandant de veiller à ce que les activités des entreprises ne soient pas source de dommage. C’est ainsi que, comme le rappelle Sandrine Maljean-Dubois²³⁰, si dès 1941, dans l’affaire *Fonderie du Trail*, un tribunal arbitral a posé le principe de l’interdiction faite à un État de causer des atteintes environnementales sur le territoire d’un autre État, depuis, les obligations de diligence

²²⁸ P. M. Dupuy et J. E. Vinuales, *Introduction au droit de l’environnement*, ouvrage préc., p. 329 et s.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Sur ce développement, S. Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l’environnement », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journées SFDI 2017, Pedone, p. 145 et s.

environnementale de nature conventionnelle ou coutumière se sont multipliées, avec le même intérêt : imposer à l'État de prendre des mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières. De ce fait, si une entreprise est à l'origine d'un dommage environnemental transfrontière, l'État sur lequel elle exerce son activité pourrait être attiré devant le juge international afin qu'il vérifie s'il a pris les mesures appropriées pour que cette activité ne soit pas source de dommages.

Toutefois, encore faut-il que le juge international soit compétent pour en juger. Or là est la difficulté : sa compétence reste tributaire de son acceptation par les parties avant ou à la survenance du litige. Le principe est celui de l'attribution volontaire du contentieux. Les parties doivent être d'accord pour accepter la compétence du juge international. Certains traités environnementaux prévoient ainsi l'insertion d'une clause de règlements de différends, permettant aux États membres, s'ils l'acceptent, de saisir ou d'être jugé par la CIJ. Citons en ce sens la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'Ozone de 1995 ou la Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique (CNUCC) de 1992. Plus rarement, d'autres traités, comme la Convention sur la protection physique des matières nucléaires de 1979, prévoient que la procédure juridictionnelle est applicable dès lors que l'État en devient partie, sauf s'il en décide autrement au moment de la conclusion. L'acceptation de la compétence du juge international peut aussi intervenir ultérieurement par voie de compromis.

Quoi qu'il en soit aucun État ne subira un procès s'il n'a pas auparavant accepté la juridiction du « tribunal » dans ses rapports avec le demandeur. Malgré ce principe, la CIJ a pu juger d'importants litiges environnementaux interétatiques. L'on pense aux affaires *Gabcikovo-Nagymaros* (1997), *Usines de pâte à papier* (2010), *Chasse à la baleine* (2014) et, plus récemment au différend opposant le Costa Rica au Nicaragua ayant mené aux arrêts précités des 16 décembre 2015 et 2 février 2018. Toutefois, les États demeurent réticents dans leur acceptation d'être jugé. L'attestent, dans cette étude, les propos de Sandrine Maljean-Dubois au sujet de futurs litiges concernant l'interprétation ou l'application du régime international du climat²³¹ selon lesquels « l'État se heurtera à l'obstacle du principe du consentement à la juridiction internationale. Il lui sera ainsi difficile de trouver une juridiction compétente, à

²³¹ Sur ce développement, S. Maljean-Dubois, « La responsabilité internationale de l'État pour les dommages climatiques », C. Cournil L. Varison, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pedone, 2018, p. 214 et s.

moins que les États n'acceptent de se soumettre à la juridiction une fois le différend survenu ». Concrètement, l'auteur ajoute que :> seuls les Pays-Bas ont accepté la compétence de la CIJ et le recours à l'arbitrage, tandis que les îles Salomon et Tuvalu ont consenti à l'arbitrage obligatoire de l'article 14 § 2. Du fait de l'exigence de réciprocité, la clause ne pourrait donc jouer qu'entre les Pays-Bas et Tuvalu et les Îles Salomon, ou entre Tuvalu et les Îles Salomon. À moins que les deux Parties en conflit l'acceptent postérieurement à la survenance d'un différend ; ce qui est à nouveau très hypothétique »²³². En revanche, comme l'explique encore cet auteur, rien n'empêche de trouver un remède devant d'autres for de l'ordre international pour rechercher la responsabilité d'un État.

B/ L'opportunité des autres for de l'ordre international

Dans l'ordre international, des « for empruntés » peuvent également connaître d'un litige ayant une dimension environnementale. S'agissant de juridiction ou quasi-juridictions ayant une compétence spécifique autre qu'environnementale, l'appréciation portée sur l'apport possible de ces derniers sur l'application du droit de l'environnement est variable. Nous distinguerons ici entre les juridictions compétentes en matière économique et commerciales et celles qui sont chargées de l'application des droits de l'homme.

1) For économiques

Les juridictions et organes de jugement compétents en matière économique, sont régulièrement amenés à traiter de questions environnementales.

Il en est ainsi de l'**Organe de règlement des différends** de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Si l'environnement ne relève pas de la compétence de l'OMC, le juge de l'OMC²³³ est appelé à être un acteur important de l'arbitrage commerce/environnement²³⁴. D'abord parce que les liens entre commerce et environnement sont tangibles : les mesures prises pour protéger l'environnement par les États parties viennent très souvent enfreindre les

²³² S. Maljean-Dubois, « La responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages climatiques », *préc.*.

²³³ Nous employons ce terme sciemment en tenant compte des doutes qui pourraient encore peser concernant la qualité de juridiction de l'Organe de règlement des différends n'exerçant pas des fonctions juridictionnelles mais seulement assistance au règlement des différends, en adhérant à l'analyse du professeur Hélène Ruiz Fabri qui désigne la juridictionnalisation de l'ORD comme « *un processus plutôt qu'un état ou un produit fini* ».

²³⁴ E. Truilhé-Marengo, M.-P. Lanfranchi, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JCL*, Fascicule 2300.

principes du commerce international. Ensuite parce que les accords de Marrakech ont par ailleurs considérablement renforcé le mécanisme de règlement des différends jusque-là à l'œuvre dans le cadre du GATT²³⁵. Les nouvelles procédures prennent appui sur un accord spécifique : le Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) qui institue un système très attractif²³⁶ car de nature à assurer efficacement la sanction des règles gouvernant désormais les échanges internationaux. Mais la compétence du juge de l'OMC est bornée. En premier lieu par le principe de la compétence d'attribution et le droit applicable au différend. Les instances de règlement des différends (groupes spéciaux et Organe permanent d'appel) accomplissent leur mission dans les limites du MARD lequel précise que les instances de jugement examinent les questions portées à leur connaissance à la lumière « des dispositions pertinentes » des accords de l'OMC. Par ailleurs, l'un des objets du système de règlement des différends étant le maintien de l'équilibre de l'acquis négocié (« préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés » art 3.2 du MARD), le juge de l'OMC ne peut faire dire aux textes que ce qu'ils disent, pas plus mais pas moins. C'est la raison pour laquelle s'il est amené à se prononcer sur des litiges comportant des éléments environnementaux, ce for ne constitue sans doute pas un lieu idéal pour faire avancer le droit de l'environnement. Notons qu'ici, la dimension environnementale ne constitue qu'un aspect incident du différend qui a pour objet principal l'application des règles du commerce international.

Pour illustrer notre propos, parmi les affaires de ce type tranchée par l'ORD²³⁷, nous pouvons prendre l'exemple de l'affaire *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*²³⁸. Confronté à l'augmentation du nombre de pneus rechapés sur son territoire et aux difficultés environnementales et de santé que posent l'accumulation et l'élimination de ces produits, le Brésil décide, à partir de 2000, d'en interdire l'importation en provenance des

²³⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *JDI*, 1997, pp. 709 et ss ; E. Anal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2008, 209 p.

²³⁶ H. Ruiz Fabri, « Le cadre de règlement des différends environnementaux : pouvoir d'attraction du système de règlement des différends de l'OMC et concurrence avec les mécanismes de règlement des accords multilatéraux environnementaux », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 345-378.

²³⁷ Voir également : *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, Rapport de l'Organe d'appel du 22 avril 1996 ; *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R ; Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, Rapport de l'organe d'appel du 30 janvier 2012, WT/DS394/ ; Communautés européennes — Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque, WT/DS401/ rapport de l'Organe d'appel du 22 mai 2014.

²³⁸ WT/DS332/R, rapport du groupe spécial 12 juin 2007, WT/DS332/R, et de l'Organe d'appel 3 décembre 2007, WT/DS332/AB/R. E. Truilhé-Marengo, M.-P. Lanfranchi, « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JCL*, Fascicule 2300.

Communautés européennes. L'interdiction est assortie de sanctions financières en cas d'importation, vente, stockage de ces produits. Deux exemptions sont toutefois instaurées. La première concerne les entreprises brésiliennes qui peuvent importer des squelettes de pneus usagés pour les rechapier, après avoir obtenu une autorisation en ce sens du juge national. La seconde concerne les pneus rechapés en provenance du Mercosur. La mesure est attaquée par les Communautés européennes devant le juge de l'OMC. Au final, si le juge a reconnu la légitimité du refus d'importer des déchets dangereux pour la santé et l'environnement, le jeu de l'exception environnementale prévue à l'article XX ne sera pas admis et la mesure sera jugée illégale. L'affaire illustre assez bien le peu d'ouverture du juge de l'OMC aux questions environnementales. En vertu de l'article XX, pour être exemptée la mesure attaquée ne doit ainsi pas être appliquée de façon à constituer « une discrimination arbitraire ou injustifiable » entre les pays où les mêmes conditions existent et ne doit pas être appliquée de façon à constituer une « restriction déguisée au commerce international ». Il s'agit d'éviter le recours abusif aux exceptions et, de fait, fait échec assez souvent aux mesures de protection de l'environnement ou de la santé.

Notons aussi que les **arbitres internationaux** sont régulièrement amenés à traiter de litige comportant un aspect de protection de l'environnement. La compétence du **centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)**, tribunal arbitral créé en vertu de la Convention de Washington, est également soumise d'une façon ou d'une autre à la règle du consentement²³⁹. Cependant, en pratique compte tenu du nombre important de traités bilatéraux d'investissement il est de plus en plus difficile à un État d'échapper à la compétence du CIRDI pour ses différends avec des investisseurs transnationaux. Devant le CIRDI, les titulaires du droit d'agir sont la personne privée investisseur et l'État-hôte de l'investissement. La catégorie des personnes privées est large : l'investisseur peut autant être une personne morale que physique. Mais il est difficile de classer ces litiges parmi les litiges environnementaux, entendu comme des litiges portant sur

²³⁹ Selon l'article 25§1 de la Convention de Washington : « [l]a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Selon l'article 25§4, « Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ». Et l'article 2 du règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI permet la constitution d'un tribunal arbitral notamment dans le cas où l'investisseur privé n'est pas ressortissant d'un État partie à la Convention de Washington ou l'État-hôte n'est pas partie à la convention de Washington.

l'application du droit de l'environnement. Les actions étudiées par Jean-François Marchi et Olivera Boskovic dans le cadre de la recherche, sont le plus souvent portées par des sociétés privées contre des États ayant mis en place une exigence environnementale au détriment d'un traité d'investissement relevant de la Convention de Washington²⁴⁰ et donc de la compétence du CIRDI.

L'arbitrage CIRDI *Metalclad Corporation c/ Mexique*²⁴¹ est topique. L'entreprise américaine de traitement de déchets hautement toxiques Metalclad, s'était installée au Mexique en 1996, en vertu du traité de libre-échange ALENA. Elle échappait ainsi aux critiques des écologistes nord-américains et allait traiter les déchets toxiques chez le voisin du Sud. En 1998, les autorités locales lui interdisaient d'installer un dépôt de déchets hautement toxiques. Metalclad entamait alors devant le CIRDI une procédure contre l'État mexicain pour violation du traité de protection de l'investissement. Le CIRDI a statué en 2000 en faveur de Metalclad, condamnant l'État mexicain à lui verser une indemnisation de 16,7 millions de dollars, au motif qu'il y avait eu expropriation qui n'était ni juste ni équitable. La motivation de l'interdiction des autorités mexicaines n'est pas prise en compte. Plusieurs autres affaires aboutissent à la même solution²⁴².

En ce qui concerne les litiges environnementaux liés à l'activité économique des entreprises, on peut également mentionner le rôle intéressant des **points de contact nationaux pour l'application des Principe directeurs de l'OCDE**. Recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers, ces principes ont pour objectif de favoriser leur conduite raisonnable en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement

²⁴⁰ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965.

²⁴¹ Affaire *Metalclad Corporation v. États-Unis du Mexique*, CIRDI, Affaire n ARB(AF)/97/1, décision du 30 août 2000.

²⁴² Même cas de figure dans la sentence *TECMED c. Mexique de 2003*. CIRDI, *TECMED c. Mexique*, 29 mai 2003. L'entreprise de traitement de déchets dangereux Tecmed s'était heurtée à une interdiction d'activité résultant d'une décision de l'Institut national d'Écologie du Mexique. Tecmed a poursuivi l'État devant le CIRDI, demandant à être indemnisée. Le CIRDI a condamné le Mexique à lui verser une indemnisation de 5,5 millions de dollars au motif que : « il y a privatisation de propriété du fait de la privatisation de bénéfices ou d'une interférence dans l'utilisation du bien, même si le titre de propriété n'est pas affecté ». La sentence ajoute : « pour obtenir une indemnisation il n'est pas nécessaire d'avoir subi une expropriation formelle ou une dépossession. » L'entreprise de traitement de déchets dangereux Tecmed s'était heurtée à une interdiction d'activité résultant d'une décision de l'Institut national d'Écologie du Mexique. Tecmed a saisi le CIRDI contre le Mexique, demandant à être indemnisée. Le CIRDI a condamné le Mexique à lui verser une indemnisation de 5,5 millions de dollars. Le tribunal CIRDI estime « qu'il n'y a pas lieu de retenir les motivations ou les intentions qui ont mené à l'adoption d'un décret écologique ». Voir également : *Ethyl Corp/Canada*, sentence du 24 juin 1998, *Journal of international Arbitration*, 1999, vol. 16, n° 3, pp. 149 et s.

admises. Dans cette étude, Julia Motte-Baumvol s'est intéressée à l'application de ces principes, qui peuvent à l'évidence soulever des difficultés en matière environnementale, par les points de contact nationaux de l'OCDE²⁴³. Il en ressort, que ces points de contact nationaux peuvent constituer une alternative intéressante au juge, justement en raison d'une compétence très largement envisagée : ils sont compétents pour connaître d'un litige concernant toute partie intéressée²⁴⁴ à l'encontre de l'activité de toute entreprise et de ses relations d'affaires²⁴⁵ et ce partout où elle exerce ses activités²⁴⁶. L'absence de formalisme et la rapidité de traitement sont également des atouts non négligeables.

On le voit, devant ce type de « juge », « presque juge », si question de la compétence n'est pas l'obstacle principal qui tient dans le droit applicable, en revanche le droit substantiel qui doit être réformé pour une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux dans le cadre de ce contentieux. La compétence des tribunaux ayant en charge l'application des droits de l'Homme paraît alors plus opportune.

2) Juridictions en charge des droits de l'homme

La saisine d'un **organe juridictionnel en charge des droits de l'homme**, peut constituer un moyen efficace de faire valoir le droit de l'environnement dans un contexte transnational. Ces organes, telles la Cour européenne des droits de l'homme ou la Commission interaméricaine des droits de l'homme, présentent l'intérêt de pouvoir être saisis par des personnes privées, une fois les recours nationaux épuisés. En ce sens, ils sont plus ouverts que les juridictions internationales généralistes. En outre, on sait que les dommages environnementaux peuvent donner lieu à des plaintes devant les organes de protection des droits de l'homme, le plus souvent par « ricochet » à travers la protection d'autres droits tels les droits à la vie, au respect du domicile, à la vie privée et familiale etc.

Cependant l'apport des for empruntés aux droits de l'homme à la protection de l'environnement dans un contexte transnational demeure limité. Effectivement, malgré la

²⁴³ Voir l'article publié dans le cadre du projet : Julia Motte-Baumvol, Les points de contact nationaux de l'OCDE, une alternative au juge en droit de l'environnement ? *Énergie - Environnement – Infrastructures*, n° 4, avril 2019, p. 10.

²⁴⁴ Lignes directrices de procédure, I) C) et Commentaires, § 25.

²⁴⁵ Principes directeurs, Chapitre I Paragraphe 4 et Chapitre II, § 14.

²⁴⁶ Principes directeurs, Chapitre I § 3.

prise en compte de plus en plus large de la protection de l'environnement par le prisme des droits fondamentaux garantis, l'obstacle de la compétence territoriale demeure.

L'exemple de la **Cour inter-américaine des droits de l'homme** peut être retenu. La possibilité de mettre en jeu la responsabilité extraterritoriale pour des dommages environnementaux devant cette juridiction demeure limitée. Dans son avis C23 rendu le 15 novembre 2017, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne dit pas autre chose. Certes elle réaffirme que la juridiction des États, quant à la protection des droits humains des personnes sous la Convention américaine relative aux droits de l'homme²⁴⁷, ne se limite pas à leur espace territorial. Les obligations des États doivent donc s'étendre en dehors de son territoire lorsqu'une personne est soumise à sa « juridiction ». Ce concept devant s'entendre, au sens de l'article 1.1 de la Convention américaine, comme couvrant les situations dans lesquelles un État exerce une autorité ou un contrôle effectif sur les personnes, à l'intérieur ou en dehors de son territoire. L'interprétation de la notion de « juridiction » étatique est donc sensiblement la même pour la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour précise également très clairement que l'exercice de la juridiction en dehors du territoire de l'État est une situation exceptionnelle qui doit être analysée en concret et de façon restrictive²⁴⁸. Elle admet néanmoins que « les personnes dont les droits ont été enfreints du fait d'un dommage transfrontalier, se trouvent sous la juridiction de l'État à l'origine du dommage – dans la mesure où ce dernier exerce un contrôle effectif sur les activités qui se déroulent sur son territoire ou sous sa juridiction »²⁴⁹, ce qui ouvre sans doute la voie à des actions transnationales.

§ 2 – Le contournement dans l'ordre interne

Il peut sembler incongru de voir dans la compétence du juge interne une possibilité de résoudre un litige transnational à l'encontre d'un État. Pourtant, cela peut être le cas lorsque sa compétence lui permet de rendre une décision dont les effets peuvent incidemment conduire à la cessation d'un risque d'atteinte à l'environnement ou la réparation des

²⁴⁷ Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme. Version française disponible ici : <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>.

²⁴⁸ Cour Interaméricaine des Droits Humains, Avis consultatif OC23/17, rendu le 15 novembre 2017, §81. Disponible sur : http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Voir notamment : L. Burgogue Larsen, « Environnement et droits de l'homme : de l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Énergie – Environnement-Infrastructures*, n° 6, juin 2018.

²⁴⁹ § 95-103 de l'arrêt.

dommages environnementaux au bénéfice, non seulement des citoyens de sa juridiction, mais aussi des autres. L'on pense en particulier au cas de risques globaux, tel le changement climatique. Ici, les décisions prises par l'État ont des conséquences sur le changement climatique au niveau mondial. Il est alors opportun qu'un juge national puisse admettre sa compétence car, selon la mesure judiciaire prescrite, l'État devra agir pour faire cesser le risque sur son territoire et incidemment sur les autres États. Surtout, plus le nombre de juges nationaux se reconnaissant compétents s'accroîtra, plus le procès participera à l'effectivité du droit de l'environnement à un niveau mondial.

L'étude pointe en ce sens du doigt les vertus de la compétence des juges nationaux dans le contentieux du changement climatique²⁵⁰. Selon le Rapport de l'UNEP « *The Status of Climate Change Litigation* »²⁵¹, fruit d'une collaboration avec le *Sabin Center For Climate Change Law*, l'enjeu du changement climatique a déjà donné lieu à plus de 564 procès aux États-Unis et 230 dans les autres États, dont une grande part contre les États. Si l'on ne compte plus les procès se déroulant aux États-Unis, à l'instar de l'affaire Juliana dans laquelle 21 jeunes ont engagé une action contre l'État américain que le juge du district de l'Oregon a jugée recevable le 10 novembre 2016²⁵², bien d'autres États se retrouvent aujourd'hui devant le juge. En attestent, à titre d'exemple, le recours intenté par 28 requérants contre l'État autrichien au sujet de la décision d'extension d'un aéroport ayant donné lieu à une décision du 29 juin 2017 rendue par la Cour constitutionnelle autrichienne²⁵³, le recours de l'association *Greenpeace Nordic Association and Nature and Youth* contre l'État norvégien au sujet de l'autorisation de l'exploitation de ressources fossiles ayant mené au jugement du tribunal du district d'Oslo le 4 janvier 2018²⁵⁴, le recours engagé par l'association *Friends of the Irish Environment* contre l'État irlandais là encore au sujet de l'extension d'un aéroport, jugé par la Hight Court irlandaise le 21 novembre 2017²⁵⁵, le recours engagé par un agriculteur contre le

²⁵⁰ Sur l'ensemble de ces affaires citées, v. les travaux de Ch. Cournil, not : « L'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in *Les procès climatiques*, ouvrage préc., p. 85 et s.

²⁵¹ <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envt-CC-Litigation.pdf>. Voir la version en français : http://fr.boell.org/sites/default/files/the_status_of_climate_change_litigation_-_a_global_review_-_un_environment_-_may_2017_-_fr.pdf

²⁵² <http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>

²⁵³ <http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-vienna-schwachat-airport-expansion/>

²⁵⁴ 8 janvier 2018, Oslo Distric Court: <http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>

²⁵⁵ <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/ireland/>

Pakistan (*Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*)²⁵⁶ ayant conduit à la condamnation de son État le 4 septembre 2015, le recours engagé par des particuliers à l'encontre de l'État colombien au sujet là encore d'autorisations d'exploitation minières et ayant conduit à la décision de la Cour constitutionnelle de Colombie le 8 février 2016²⁵⁷ et le recours de l'association Klimatzaak par lequel elle demande à l'État belge de revoir sa politique climatique pour respecter certains droits constitutionnels ainsi que l'obligation de protéger la vie des citoyens²⁵⁸.

Surtout, il faut noter l'importance de certains fondements invoqués par les demandeurs qui, lorsqu'ils sont retenus par le juge, sont propices à la création d'obligations favorables à la lutte contre changement climatique à un niveau mondial. L'affaire *Urgenda*²⁵⁹ est ici topique. En l'espèce, pour condamner les Pays-Bas à la réduction de ses rejets de gaz à effet de serre, le juge n'a pas hésité à reconnaître par le biais de la recevabilité de l'action que la Fondation Urgenda défendait certes les intérêts des citoyens sur le sol des Pays-Bas mais aussi, selon l'examen de ses statuts tournés vers la défense d'une « société durable », les intérêts des citoyens dans leur ensemble, présents et futurs²⁶⁰. De ce fait, en reconnaissant que les Pays-Bas devaient répondre d'un *duty of care* à l'égard de ses citoyens, le juge rejette l'argument selon lequel la contribution des Pays-Bas aux émissions mondiales n'étant que de 5 %, sa condamnation n'aurait que peu d'efficacité. Au contraire, selon lui, toute émission, même minime, ayant des conséquences à un niveau mondial, l'État doit prendre des mesures au titre de son devoir de vigilance.

Reste qu'il ne faudrait pas voir la compétence du juge national comme un remède parfait aux limites de la compétence du juge international. Outre que la compétence ne présage pas du fond, il faut rappeler que dans certains ordres nationaux, la théorie de la « question politique »

²⁵⁶ *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, WP.No.25501/2014. <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>

²⁵⁷ <http://climatecasechart.com/non-us-case/decision-c-03516-of-february-8-2016/>

²⁵⁸ <http://climatecasechart.com/non-us-case/vzw-klimaatzaak-v-kingdom-of-belgium-et-al/>

²⁵⁹ *Urgenda Foundation v. The State of The Netherlands*, arrêt rendu par la Cour du District de la Hague, Chambre commerciale, n° C/09/456689/HA ZA 13-1396; v. l'arrêt et ses analyses sur le site de l'association Urgenda: <http://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/> Not. R. Cox, « A climate change litigation precedent: *Urgenda Foundation v. The State of Netherlands* », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2016, vol. 34, n° 2, p. 143 et s.; J. Gupta, « Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change », *RECIEL*, 2007, vol. 16; O. Van Geel, « *Urgenda* beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation », *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, n° 3, p. 58 s.

²⁶⁰ Sur ce rappel, v. E. Petrisko, « De la décision *Urgenda* aux perspectives d'un nouveau contentieux climatique », in *Les procès climatiques, Entre le national et l'international*, ouvrage préc., p. 123 et s.

présente un obstacle important. Il en est ainsi du droit américain qui, en application de sa jurisprudence *Marbury c. Madison* de 1803, interdit au juge de se reconnaître compétent si le traitement du litige risque, parce qu'il s'agit d'une question politique, d'empiéter sur la séparation des pouvoirs²⁶¹. Il s'agit ici d'un obstacle de justiciabilité de l'action. C'est le cas lorsque la constitution américaine considère la question comme politique ou si elle peut l'être par nature, la résolution du litige implique une régulation d'un pouvoir politique, la décision rendue peut nuire aux réformes engagées par les pouvoirs exécutif et législatif ou lorsqu'elle concerne des arguments extra-juridiques. À ce titre, le juge américain a décliné sa compétence dans un grand nombre d'affaires relatives au changement climatique²⁶². Toutefois, d'autres juges américains ont fait preuve de souplesse, à l'instar du Tribunal fédéral du district de l'Oregon statuant dans l'affaire *Juliana*²⁶³. Par ailleurs, outre atlantique, dans des pays accordant aussi une place à la théorie de la justiciabilité, certains juges ont pris leur distance avec sa conception stricte. Il en est ainsi du juge de l'affaire *Urgenda* qui dès la première instance a estimé que le fait que la question climatique ait une dimension politique n'empêche aucunement le juge d'apprécier sa légalité. Ainsi, à l'avenir certaines évolutions pourraient ici s'opérer, à l'instar de ce qui se déroule du côté des actions engagées contre les entreprises.

Section 2- L'action engagée contre l'entreprise : des évolutions à encourager

Différentes situations sont porteuses de litige environnemental transnational susceptibles de mettre en jeu la responsabilité des entreprises, en particulier les sociétés mères transnationales.

Premièrement, pour des raisons économiques, l'on assiste depuis plusieurs années à une **délocalisation des risques environnementaux**. Aujourd'hui les grandes entreprises transnationales situées dans les pays nord exercent leurs activités grâce à une production située dans des pays sud. Les entreprises domiciliées sur ces sols sont parfois à l'origine d'atteintes ou risques d'atteintes à l'environnement, notamment parce que le droit qui leur est applicable demeure insuffisamment protecteur des intérêts sociaux et environnementaux. Pour les victimes d'atteintes à l'environnement désirant obtenir réparation de leurs propres

²⁶¹ Sur ce rappel, Emnet Gebre, « L'affaire *Juliana et Al. C. États-Unis* coordonnée par l'association *Our children's trust* », Enjeux et perspectives, in *Les procès climatiques*, ouvrage préc. p. 132 ; L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises, bilan et perspectives », in *Les procès climatiques*, ouvrage préc. p. 67.

²⁶² Sur ce rappel, L. Neyret, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », D. 2015, p. 2278.

²⁶³ Préc.

dommages autant que des atteintes à l'environnement elles-mêmes, l'enjeu est alors de rechercher, en sus de celle de la filiale, la responsabilité civile de la société mère supposée ici avoir les reins plus solides en termes d'indemnisation. L'atteste l'affaire Shell portée devant le juge hollandais dans laquelle des citoyens nigériens et une ONG hollandaise ont demandé réparation des dommages environnementaux causés par le déversement d'hydrocarbures dans le Delta du Niger autant à la société mère Shell domiciliée aux Pays-Bas qu'à sa filiale nigérienne²⁶⁴.

Secondement, l'on prend conscience, de plus en plus, de la **globalisation des risques environnementaux**. Dans ce cas, certaines activités situées sur un territoire déterminé créent des risques aux conséquences dommageables diffuses à l'échelle planétaire sur un grand nombre d'autres territoires. Il en est ainsi en ce qui concerne les activités émettrices de gaz à effet de serre : l'activité qui en est à l'origine sur un sol A a des conséquences climatiques susceptibles de créer des dommages – telle la montée des eaux – sur un sol B. Et là encore, les victimes concernées sur le sol B, pour des raisons financières, ont tout intérêt à agir contre la société transnationale à l'origine du risque bien que celle-ci ne détienne parfois aucune filiale source de la pollution sur le sol où elles se situent. C'est ce que montre l'affaire actuellement portée par un fermier péruvien contre l'entreprise allemande RWE devant le juge allemand au sujet des dommages climatiques qui seraient causés par l'activité de ce géant de l'énergie situé sur le sol allemand et y exerçant son activité émettrice de GES²⁶⁵.

Dans les deux cas, les victimes souhaitent trouver un juge reconnaissant sa compétence pour statuer aussi bien sur la responsabilité de la filiale que celle de sa filiale. Par souci de simplification et d'efficacité, il s'agit de regrouper les actions devant le juge le plus à même de répondre à leur demande, à savoir dans certains cas le juge du pays où est domiciliée la société mère. En effet, du côté du juge situé sur le sol où a eu lieu le dommage, les victimes craignent que le manque d'indépendance de la justice, les difficultés techniques pour voir traiter le litige, les faits de corruption et parfois la teneur du droit de la responsabilité de l'entreprise ne le conduisent à rejeter sa demande. En revanche, devant le juge du for, les

²⁶⁴ V. l'arrêt rendu par la Cour d'appel de La Haye le 18 déc. 2015 et les commentaires de C. Bright : « Quelques réflexions à propos de l'affaire Shell aux Pays-Bas », in SFDI *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone 2016, p. 127.

²⁶⁵ V. l'affaire *LLuiya v. RWE*, actuellement pendante devant la Cour d'appel de Hamm en Allemagne qui a déclaré l'action recevable le 13 nov. 2017. Pour des commentaires : <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>

victimes ont l'espoir s'il se reconnaît compétent, qu'il puisse sanctionner la société mère et la filiale ou, si la loi applicable ne permet pas de sanctionner la première, qu'elle permette au moins de sanctionner la seconde...

Or, comme le montre l'étude menée dans cette recherche par Olivera Boskovic, en cas de conflit transnational²⁶⁶, la possibilité d'agir devant le juge du pays source de la société mère pour invoquer la responsabilité de cette dernière et de ses filiales ne va pas de soi. Les règles de compétence applicables dans les différents ordres nationaux²⁶⁷ qui, en ce qui concerne le cas de la filiale, invitent nécessairement à faire un long détour vers le fond de l'affaire afin de déterminer, selon cette fois la règle de conflit de loi applicable, la teneur des conditions d'engagement de la responsabilité de la société mère défenderesse, ne sont pas toujours favorables à la reconnaissance de la compétence du juge du for.

Pourtant, dans une finalité de protection de l'environnement, cette compétence est essentielle : elle peut contribuer *in fine* à la réparation des dommages environnementaux et, du même coup, à la dissuasion des comportements néfastes pour l'environnement. Des remèdes doivent alors être trouvés. D'ores et déjà, en imposant récemment à certaines entreprises un devoir de vigilance aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre²⁶⁸, le droit français a amorcé un tournant qu'il convient de mettre en évidence. En effet, parce que sur le fond, il pourrait rendre plus aisée la condamnation de certaines entreprises établies sur le territoire

²⁶⁶ V. aussi, O. Boskovic, « La compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales », *D.* 2018, p. 732. Et sur le droit international privé et la responsabilité délictuelle dans le domaine environnemental, du même auteur, *Fascicule Jurisclasseur Environnement et développement Durable*, DIP et Environnement.

²⁶⁷ Sur ces questions voir aussi le rapport dirigé par G. Skinner, R. Macquodale et O. de Schutter, *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, déc. 2013 : <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2014/09/Le-Troisieme-Pilier-The-Third-Pillar-French-version.pdf>

²⁶⁸ L. n° 2017-399, 27 mars 2017, JO 28 mars 2017, texte n° 1 ; *JCP G* 2017, doct. 545, K. Haeri ; *JCP E* 2017, act. 250. V. le commentaire de S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP G* 2017, p. 622 ; sur son élaboration : N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.* 2015, 1049 ; Y. Queinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas ! Pour être raisonnable et effectif, il doit être coconstruit », p. 21 ; A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610 ; T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une co-régulation », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 380 ; sur son élaboration : N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.* 2015, 1049 ; B. Parance et E. Groult, « Regards croisés sur le devoir de vigilance et la *duty of care* », *Journal du Droit International*, Cluny, 2018/01, p. 21 ; v. aussi « L'influence du droit international de l'environnement sur les entreprises multinationales, à propos de la proposition de loi française relative au devoir de vigilance des entreprises », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel SFDI, Dubin L. (dir.), 2017, éd. Pédone, p. 279 et s.

français pour les dommages causés sur des sols étrangers, ce devoir conduirait le juge français à reconnaître sa compétence pour juger du comportement des filiales ou autres partenaires commerciaux étrangers en sus de celui de la société mère.

Si la présente étude s'interroge essentiellement sur la manière dont les règles de droit international privé françaises – et plus largement applicables à l'ensemble des États membres de l'Union européenne – appréhendent le conflit environnemental traditionnel et permettent au juge français de reconnaître sa compétence, il n'empêche que le droit étranger mérite d'être regardé de plus près. Non seulement parce que, dans une perspective transnationale, d'autres juges peuvent être compétents et d'autres lois applicables, mais aussi parce que dans une perspective de globalisation des procès environnementaux, certaines techniques de droit étranger pourraient influencer l'évolution du droit français vers un renforcement de la compétence du juge français pour juger des comportements environnementaux des sociétés étrangères. L'étude montre alors que si le droit français a opéré une évolution notable (§1), le droit étranger manifeste une évolution en demi-teinte (§2).

§ 1 – Le droit français : une évolution notable

Longtemps le droit français s'est avéré protecteur des intérêts des entreprises transnationales pour les dommages causés par leurs activités à l'étranger. Ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de la **loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance** qui pourrait avoir des incidences à l'avenir sur la responsabilité personnelle des sociétés mères et/ou entreprises donneuses d'ordres, également dans une perspective transnationale. Cela n'est pas anodin en ce qui concerne la compétence du juge français à l'égard des sociétés étrangères à l'origine de dommages environnementaux. Toutefois, malgré l'importance de cette évolution récemment opérée (A), des limites existent qui incitent de s'interroger sur les autres pistes possibles d'évolution en faveur d'une meilleure résolution du litige environnemental transnational (B).

A/ L'évolution opérée

Pour comprendre l'importance de la réforme récemment opérée, il faut comparer la réponse traditionnelle du droit français en cas de litige environnemental transnational ayant pour défendeur une entreprise transnationale (A) et l'évolution récente qu'il a connue (B).

1) La réponse traditionnelle du droit français

D'un côté, pour les pays membre de l'Union, les règles de compétence ne sont pas un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de la société-mère dès lors que celle-ci est domiciliée sur le territoire de l'un des États-membres. Concernant la société mère, le nerf de la guerre ne réside pas dans le conflit de compétence, mais dans la substance de la loi applicable. En effet, **le règlement (CE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, Bruxelles I bis (concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale)** qui leur est applicable prévoit que le demandeur peut saisir le tribunal du domicile des personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre (art. 4.1). Ainsi pour les victimes étrangères est-il possible, en cas de litige environnemental transnational, de saisir le juge français lorsque la société mère est domiciliée en France. Et ce sera le juge allemand dès lors que la société mère est domiciliée en Allemagne, comme le montre la recevabilité de l'action intentée récemment par un fermier péruvien contre l'entreprise énergétique allemande RWE au sujet des dommages climatiques qu'elle causerait sur son territoire²⁶⁹.

D'un autre côté, les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de mettre en jeu la responsabilité d'une entreprise établie sur un sol étranger, en l'occurrence celui sur lequel a eu lieu le dommage. Dans ce cas, selon le même règlement Bruxelles I bis, sauf exception, « Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État » (art. 6). Si du côté français, en vertu des règles de droit commun de la compétence internationale, le juge n'est compétent que lorsque le fait dommageable s'est produit en France ou lorsque la victime est de nationalité française, en revanche, elle admet, dans le cas où il y aurait plusieurs défendeurs, la possibilité d'attirer l'ensemble des défendeurs devant le juge du domicile de l'un d'entre eux (art. 42 al. 2 du Code de procédure civile transposé à l'ordre international), donc de la société mère, dès lors que le « défendeur d'ancrage » est un défendeur sérieux, autrement dit que sa responsabilité pourrait être engagée sur le fond. Il s'agit de la **théorie des codéfendeurs**.

Cependant, la responsabilité de la société mère étant plus qu'aléatoire, le défendeur d'ancrage est rarement considéré comme sérieux. Si le juge est appelé à appliquer la loi française, l'action en responsabilité engagée par les victimes étrangères contre l'entreprise

²⁶⁹ Affaire préc.

transnationale française a peu de chance d'aboutir à sa condamnation, selon les propos d'Olivera Boskovic. Rappelons que, au regard de l'**article 4.1 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (Rome II) relatif à la loi applicable aux obligations non-contractuelles, en matière de responsabilité civile**, si la loi applicable est celle du pays où le dommage est survenu, par dérogation, l'article 7 du règlement permet à la victime, lorsqu'il s'agit des dommages causés à l'environnement, de choisir entre le lieu du dommage et le lieu du fait générateur, et donc en l'occurrence du siège social de la société mère. Or, cela n'y change rien car, en droit français, le principe rappelé dans les différents manuels²⁷⁰ est le suivant : en raison de l'autonomie patrimoniale des sociétés, le « groupe » ne répond à aucune entité juridique et la « société mère » n'est pas responsable des faits dommageables de ses filiales²⁷¹. Il n'existe aujourd'hui aucun principe de responsabilité générale d'une société mère en raison des agissements de ses filiales. Certes, des exceptions existent²⁷². Le voile de la personnalité morale de la filiale peut être levé si les faits montrent sa non-autonomie patrimoniale. Le juge peut estimer que la filiale n'est qu'une société fictive ou, à défaut, se fonder sur les théories de l'apparence aux yeux des tiers et de l'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale pour la rendre débitrice de la dette de sa filiale. Toutefois, ici les conditions de la levée du voile sont rarement réunies. Le domaine environnemental n'y échappe pas²⁷³, comme le rappelle dans le domaine des risques environnementaux l'affaire *Metal Europe*²⁷⁴.

De ce fait, au regard de l'impossibilité sur le fond d'engager la responsabilité de la société mère, le juge français a peu de chance de se reconnaître compétent pour juger de l'ensemble de l'affaire, à l'égard de l'ensemble des protagonistes. Autrement dit, les victimes se retrouvent face à l'impossibilité d'obtenir le pis-aller, la responsabilité de la filiale, sauf à retourner devant son juge national qui pourrait hésiter à la sanctionner. Néanmoins, les choses devraient changer, dans certains cas, en ce qui concerne certaines grosses entreprises, avec la loi du 27 mars 2017 (n° 2017-399) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, ce qui faciliterait le regroupement des actions (société mère et filiale) devant le juge français.

²⁷⁰ Not. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ Lextenso, 6e éd., 2015, n° 1507.

²⁷¹ V. Cass. Com. 15 nov. 2011, n° 10-21.701.

²⁷² V. sur ce rappel le dossier sur *La responsabilité dans les groupes de sociétés*, Actes pratiques et ingénierie sociétaire préc.

²⁷³ V. l'étude de C. Hannoun, « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *Revue Environnement*, juin 2009, étude 7.

²⁷⁴ Cass. Com., 19 avril 2005, n° 05-10.094.

2) La réponse nouvelle du droit français

Les choses « devraient » changer car nous sommes encore ici dans une analyse prospective. La loi est entrée en vigueur mais aucun juge n'a pu encore se prononcer sur sa portée en droit de la responsabilité civile. Surtout, la question ne se posera que lorsque de futurs dommages dus à un manquement au devoir de vigilance se réaliseront. Il convient alors de mettre en évidence la portée de ce texte à partir de ses potentialités²⁷⁵.

C'est en passant par la création d'une obligation comportementale à l'encontre de certaines entreprises, le devoir de vigilance, et d'une obligation d'en répondre en cas de manquement que le droit français a opéré une évolution vers la possible responsabilité des sociétés mères et donneuses d'ordres en cas de dommages causés par leurs filiales et partenaires commerciaux y compris à l'étranger.

Plus précisément, **la loi sur le devoir de vigilance** impose à certaines sociétés, dès lors que ces dernières emploient un certain nombre de salariés (plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés en France et à l'étranger) et ont leur siège social en France, l'obligation d'établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance tendant à prévenir les atteintes à l'environnement causées directement ou indirectement par leur activité. Selon l'article L. 225-102-4-1, al. 3 du Code de commerce, ce plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». Autrement dit, il s'agit de veiller à ce que les activités sur lesquelles une grosse entreprise s'appuie pour exercer sa propre activité et ainsi faire des bénéfices ne soient pas sources de dommages pour les hommes et l'environnement.

À l'instar de toute autre obligation, y contrevenir peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité civile de son débiteur, à savoir ici celle des sociétés mères ou donneuses

²⁷⁵ O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.* 2016, p. 385.

d'ordres. Le nouveau régime prévoit directement cette hypothèse en affirmant : « Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter » (Art. L. 225-102-5 C. com.). Ainsi, à l'avenir, au regard de cette nouvelle disposition et d'un point de vue strictement substantiel, malgré ses conditions restrictives notamment quant à la preuve du lien de causalité, la responsabilité de la société mère devient envisageable²⁷⁶.

Reste à savoir ce qu'il en est dans une perspective de litige transnational. D'emblée, notons la nature extraterritoriale du devoir de vigilance : l'obligation pour les entreprises françaises d'établir et mettre en œuvre de manière effective le plan de vigilance ne concerne pas uniquement les risques causés par leurs activités sur le sol français. Bien au contraire, le but de la loi est de les inciter à prévenir les dommages causés par les activités de leurs filiales et partenaires commerciaux sur les sols étrangers. Comme le rappelle Étienne Pataut, « s'il s'agit de faire peser sur les groupes de sociétés, nationaux et internationaux, une nouvelle obligation, au-delà de la séparation en personnes morales distinctes », « l'objectif est d'autant plus louable que la volonté est ici clairement de ne pas non plus s'arrêter aux frontières de l'État puisque les groupes internationaux dont les filiales sont situées à l'étranger sont directement visés »²⁷⁷. Ainsi, *a priori*, les victimes étrangères auront tout intérêt à se tourner vers le juge français pour obtenir la condamnation de la société mère ou donneuse d'ordre, ainsi que les entreprises locales concernées, à réparer les dommages environnementaux. Comme le rappelle Olivera Boskovic²⁷⁸, encore faut-il que la loi française puisse être appliquée, ce qui demande de nouveau à se tourner vers le règlement Rome II, le nouveau dispositif n'ayant rien prévu en matière de conflit de lois. Or tout l'intérêt en matière environnementale est que les dommages environnementaux bénéficient de la dérogation prévue à l'article 7 du règlement de Rome II, à savoir la possibilité d'invoquer la loi du lieu du fait générateur. Si celui-ci réside dans le non-respect de l'obligation d'établir le plan de vigilance et de le mettre en œuvre de manière effective (responsabilité personnelle et non pas du fait d'autrui), il s'agit alors de la loi française. Nul besoin ici de s'interroger sur la manière

²⁷⁶ V. A. Danis-Fâtome et G. Viney, art. préc. V. aussi J. Lagoutte, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *RCA*, 2015, n° 11.

²⁷⁷ E. Pataut, « Le devoir de vigilance, aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833.

²⁷⁸ Chronique précitée.

d'échapper aux règles générales prévues à l'article 4 et imposant l'application de la loi du lieu du dommage, tel les recours à l'ordre public, à la loi de police ou à la clause d'exception²⁷⁹.

Tout cela n'est pas anodin en cas de conflit transnational car, en élargissant les chances de succès d'une action engagée contre le débiteur le plus intéressant pour les victimes (la société mère ou la donneuse d'ordre), le dispositif permet incidemment d'élargir les chances de succès d'attirer devant le juge français en tant que codéfendeurs les filiales ou autres partenaires commerciaux situés sur le sol étranger. En effet, le défendeur d'ancrage devient un défendeur « sérieux » : le procès gagne en simplification et en chance de succès de voir condamner les deux protagonistes ou au moins la filiale. C'est alors un procès environnemental qui pourrait s'ouvrir devant le juge français : un procès apte à juger du comportement de l'ensemble des protagonistes pour éviter qu'un autre juge étranger refuse de sanctionner la filiale. De ce fait, bien que le devoir de vigilance relève du droit substantiel, ses implications processuelles dans le domaine environnemental sont importantes. Malgré tout, il ne faut pas en exagérer la portée qui invite à réfléchir à d'autres voies d'évolution possibles.

B/ Les évolutions possibles

La portée de ce devoir dans les conflits transnationaux est limitée (1) mais pourrait être nuancée par l'instrumentalisation de certains leviers (2).

1) Les limites

Le devoir de vigilance possède un champ d'application limité. Il ne concerne qu'un nombre limité d'entreprises, les sociétés anonymes auxquelles il faudrait ajouter, pour certains auteurs, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés en commandite par actions²⁸⁰. Surtout, seules sont visées les plus grandes entreprises « qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger ». Par ailleurs, parmi celles-ci certaines en sont

²⁷⁹ Sur ce rappel, E. Pataut, art. préc. et O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », D. 2016, p. 385.

²⁸⁰ S. Schiller, art. préc.

exemptées. Il en est ainsi des sociétés qui « dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa [et qui] sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L.233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle ». De ce fait, il y aurait autour de 150 entreprises concernées par le devoir de vigilance.

S'agissant des autres grosses entreprises non visées par le devoir de vigilance, un retour au droit commun s'impose. Or celui-ci exclut la responsabilité des sociétés mères. Ainsi, on en retient que le demandeur souhaitant obtenir réparation des dommages liés aux atteintes à l'environnement causées par la filiale ou le partenaire commerciale d'une société mère établie sur le sol français mais non concernée par le devoir de vigilance, malgré la compétence du juge français pour juger du comportement de cette société mère, ne pourra que rarement parvenir à sa condamnation. Et de nouveau, c'est la mise en jeu de la responsabilité de l'entreprise située sur le sol étranger qui aura peu de chance d'aboutir : se posera encore la difficulté de prouver, selon le droit commun français (par renvoi du règlement de Bruxelles I), le caractère sérieux du défendeur d'ancrage pour obtenir la compétence du juge français.

Est-ce à dire que le droit ne puisse évoluer ? Cela n'est pas certain car certains juges pourraient faire preuve d'ores et déjà d'une certaine audace.

2) Les leviers

Plusieurs techniques pourraient servir de leviers afin de faciliter la mise en jeu de la responsabilité de la société mère et, par conséquent, de la reconnaissance par le juge français de sa compétence à l'égard de la filiale.

D'une part, du côté du droit dur, il s'agirait de reconnaître qu'à certaines conditions, la responsabilité de la société mère puisse être engagée sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui. Le juge trouverait ici influence dans différents projets de réformes. En ce sens, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 septembre 2015 (Rapport Catala) avait prévu cette possibilité en présence d'un état de

« dépendance économique »²⁸¹ et le projet du groupe de travail en vue d'une réforme du droit de la responsabilité civile réuni sous la direction de François Terré l'avait conditionnée à la preuve d'une faute (art. 7 « Une personne morale répond du dommage causé par une autre personne morale sur laquelle elle exerce un contrôle de droit ou de fait. Il en va de même lorsque la personne morale crée ou utilise une autre personne morale dans son seul intérêt et au détriment d'autrui »). Surtout, dans le domaine proprement environnemental, le Rapport de la mission confiée à Corine Lepage sur la gouvernance écologique (Doc. Fr. 2008) envisageait que « Toute société répond du dommage environnemental ou sanitaire causé par la faute de ses filiales ou des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce en cas de défaillance de ces dernières » (Proposition n° 68). Toutefois, le nouveau Projet de réforme de la responsabilité civile en date du 13 mars 2007 n'en fait pas état. Par ailleurs, alors qu'un premier pas avait été franchi en faveur de la prise en charge par une société mère, en cas de liquidation judiciaire de sa filiale, des mesures de remise en état imposées à celle-ci au terme de son activité s'il est démontré une « faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale » (art. L. 512-17 C. env.), la loi Biodiversité du 8 août 2016 ayant conduit à l'insertion dans le Code civil du nouveau régime spécial de réparation du préjudice écologique (art. 1246 et s. C. civ.) n'est pas allée plus loin. L'ouvrage devrait alors être remis sur le métier. En ce sens, certains auteurs, comme Charley Hannoun font preuve de proposition pour dépasser le critère de la faute et du contrôle et admettre davantage les critères de l'implication de la société mère dans l'activité polluante et la gravité des dommages causés²⁸².

D'autre part, du côté du droit souple, ce sont d'ores et déjà les instruments de RSE (responsabilité sociale des entreprises) qui pourraient être davantage exploités par le juge, en raison de la portée normative que le juge pourrait offrir à ces instruments²⁸³. Il s'agirait ici de dépasser le problème de la séparabilité des personnes morales en créant une responsabilité personnelle et non pas du fait d'autrui.

²⁸¹ Article 1360 C. civ. : « En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires ».

²⁸² Art. préc.

²⁸³ Sur ce point v. P. Abadie, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », D. 2018, p. 302.

Il faut rappeler que le devoir de vigilance légal prend la suite du devoir de vigilance issu d'instrument de droit souple. Il est issu de différents instruments internationaux qui, de manière générale, invitent les entreprises à faire preuve de diligence en agissant dans leur « sphère d'influence » pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme, à la santé, sécurité des salariés et environnement. Il est ainsi prévu par les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales²⁸⁴. Ces Principes publiés sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE sont, selon les termes mêmes de l'Avant-Propos à leur énonciation, « des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers. Ils contiennent des principes et des normes non contraignants destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises ». Dans leur dernière édition (Principes Généraux II, A-2), il est recommandé aux entreprises d' « Exercer une diligence raisonnable fondée sur les risques, par exemple en intégrant cette dimension dans leurs systèmes de gestion des risques, afin d'identifier, de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, décrites dans les paragraphes 11 et 12, et rendre compte de la manière dont elles répondent à de telles incidences. La nature et la portée de la diligence raisonnable dépendent des circonstances propres à une situation particulière ». Citons aussi la norme ISO 26000 sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des organisations publiée en novembre 2010. Le devoir de vigilance ou la « *due diligence* » y est omniprésent, indissociable de la notion de sphère d'influence, et est appréhendé comme « une démarche globale, proactive d'identification visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels ou potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets et activités » (article 2.4., ISO 26000). Il faut aussi rappeler l'importance des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits fondamentaux élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général John Ruggie chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises et approuvés par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution du 17/4 du 16 juin 2011²⁸⁵ au sein desquels la « *due diligence* » est formellement visée dans les commentaires. Surtout, elle apparaît à plusieurs reprises substantiellement dans le corps des principes. L'une des dispositions (II.B.4°) invite les États à faire peser sur les entreprises « l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ». De ce

²⁸⁴ <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>

²⁸⁵ http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/IntroductionsGuidingPrinciples_fr.pdf

fait, un grand nombre d'entreprises adhèrent à l'ensemble de ces référentiels et s'engagent ainsi à exercer dans leur sphère d'influence un comportement de diligence.

Certes, d'emblée, face à ce monde normatif a-juridique, les engagements volontaires pris au titre de l'adhésion à ces référentiels échappent au monde du droit et, du même coup du procès. Pourtant, les frontières du droit et du non-droit sont poreuses et, comme tout fait ou tout acte, ces engagements de droit souple peuvent faire l'objet, à l'occasion d'un procès, d'un examen du juge au titre de leur qualification. Comme l'explique Pauline Abadie, le juge « est le plus à même de faire entrer les normes de RSE dans le maillage du droit, et cette intégration dans le système juridique est précisément rendue possible par son office ». Et d'ajouter « la pénétration des thématiques RSE va alors se prolonger dans le procès lui-même »²⁸⁶.

Pour une part, la doctrine a montré, au regard de l'analyse de la jurisprudence, que le juge pourrait ici y déceler, selon les contours des instruments en jeu, des engagements unilatéraux, des quasi-contrats ou de simples faits susceptibles de justifier la qualification de faute en cas de dommages pouvant être liés au non-respect de ces engagements volontaires²⁸⁷. Rappelons que d'ores et déjà, dans l'affaire de l'*Erika* (clôturée par un arrêt du 25 septembre 2012 rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation), le juge français n'a pas hésité à s'appuyer sur des normes volontaires pour condamner la société Total sur le plan pénal. Si le contrôle exercé sur sa filiale a été déduit des termes de la charte-partie imposant certaines diligences au profit de la société mère, la carence de ce contrôle a été analysée au regard des règles de *vetting* (instrument contractuel de prévention en droit des transports maritimes) d'origine volontaire mises en place par la société mère elle-même. De ce fait, bien que ces instruments contractuels ne soient pas rattachés à la RSE, par analogie, le juge pourrait s'appuyer sur des engagements volontaires propres à la RSE, tels des codes de bonne conduite ou des chartes, pour examiner la responsabilité civile d'une société mère au regard des dommages causés par ses filiales ou autres partenaires commerciaux sur un sol étranger. Plus cette société fera savoir sa volonté de veiller à ce que son activité et celle de ses filiales et partenaires ne cause pas d'atteintes à l'environnement, plus le juge pourrait, en cas de réalisation de dommages,

²⁸⁶ Chron. préc.

²⁸⁷ Sur ce rappel v. P. Abadie préc., v. aussi, I. Desbarats, « La RSE à la française, où en est-on ? », *Droit social* 2018, p. 525 ; P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant, coll. Thèmes et commentaires Dalloz 2009, p. 122 ; *Responsabilité sociale des entreprises*, Répertoire Dalloz Sociétés, F.G. Trébulle ; M.P. Blin, I. Desbarats, G. Jazottes et V. Vidalens, *Entreprise et développement durable*, Lamy 2011, p. 120.

être appelé à examiner de plus près la portée de ces instruments et les conséquences à leur manquement.

Pour une autre part, de plus en plus d'auteurs se demandent si la densification et multiplication des instruments de RSE ne permettraient pas au juge d'y trouver des éléments permettant de réévaluer les standards de comportement attendu des entreprises, la vigilance devenant un usage, y compris issu de la *lex mercatoria* à un niveau international²⁸⁸. L'idée est la suivante : puisque les entreprises s'engagent en grand nombre à adopter un comportement de vigilance extraterritorial, toute entreprise devrait aller en ce sens. Au final, le droit dur issu de la loi ne serait que le reflet d'un nouvel usage issu de la multiplication des comportements observables dans les faits attendus des entreprises exerçant des activités mondialisées. D'ores et déjà, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 décembre 2013, n'a pas hésité à apprécier la faute d'un dirigeant en affirmant qu' « un nombre croissant d'investisseurs pratiquent "l'engagement" (...) » et « qu'une société cotée ne peut ignorer ses pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui 'normales' »²⁸⁹.

Le résultat serait important dans un conflit environnemental transnational : permettre au juge de condamner, si les conditions de fond sont réunies, une société mère, au titre des dommages causés à l'étranger, en dehors du dispositif légal et, incidemment, faire de la société mère un défendeur d'ancrage suffisamment sérieux pour reconnaître la compétence du juge à l'égard de la filiale. La compétence du juge français permettrait de nouveau l'ouverture du procès environnemental pour l'ensemble des protagonistes à même de répondre aux demandes des victimes.

Surtout, dans une perspective mondiale, il est fort probable que cette tendance ne concerne pas uniquement les entreprises françaises. Ce sont en effet tous les juges à un niveau mondial qui devraient demain être de plus en plus confrontés à la question du standard de comportement attendu des entreprises multinationales. Ainsi, pour que le procès contribue à un renforcement de l'application du droit de l'environnement, notre étude plaide, plus qu'une réforme de droit dur, pour la reconnaissance de la compétence du juge français par une meilleure instrumentalisation du droit souple. L'analyse du droit étranger va aussi en ce sens malgré une évolution en demi-teinte.

²⁸⁸ P. Abadie, art. préc. V. aussi M. Hautereau-Boutonnet, « Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique », *Brazilian Journal of International Law*, 2017, vol. 14 : <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4998>

²⁸⁹ Paris, 19 déc. 2013, n° 12/22644, *Rev. Sociétés* 2014, p. 306, note A. Viandier.

§ 2 – Le droit étranger : une évolution en demi-teinte

Concernant le droit étranger, l'étude d'Olivera Boskovic laisse à penser que si des difficultés persistent pour engager une action en responsabilité contre une entreprise transnationale en cas de dommage environnemental, certaines techniques méritent l'attention. D'un côté, il semble que si, à la lumière de certains arrêts ayant eu à statuer sur la compétence du juge en faisant appel à la *Common Law*, il soit possible de poursuivre les évolutions en cours (A), dans d'autres pays, il est nécessaire de plaider pour une évolution plus radicale des règles de compétences (B).

A/ Poursuivre les évolutions en cours

Rappelons que dans la plupart des États, le droit protège les intérêts des sociétés mères en tenant compte de la séparation des personnes morales au sein du groupe. Malgré certaines exceptions, il reste difficile de lever le voile social. Selon la loi applicable, les demandeurs étrangers risquent alors de se retrouver face à l'impossibilité d'engager la responsabilité de la société mère et, pour les pays membres appliquant comme règle de conflit de compétence la théorie des codéfendeurs, de trouver un juge compétent pour juger du comportement de la filiale ayant causé directement les dommages sur le territoire étranger²⁹⁰.

Toutefois, l'étude montre ici combien l'évolution dans certains pays des règles substantielles du droit de la responsabilité civile est déterminante pour admettre la compétence du juge du for à l'égard de l'ensemble des protagonistes²⁹¹. Plus précisément, comme en droit français mais sous l'action du juge et non du législateur, des évolutions sont en cours en droit du *Common Law*, en particulier du côté des juridictions anglaise, hollandaise et canadienne²⁹².

²⁹⁰ Sur ce rappel en droit comparé, v. le rapport préc. G. Skinner, R. Macquodale et O. de Schutter, *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, p. 73 et s.

²⁹¹ M. Hautereau-Boutonnet, « La vigilance des entreprises, nouvel outil de résolution des conflits environnementaux transnationaux ? », colloque organisé par Aix-Marseille Université (CERIC) et l'Uniceub, juin 2018, Brasilia, *Le droit de l'environnement, laboratoire d'expérience du droit global*, à paraître.

²⁹² Sur cette évolution v. les travaux de : H. Muir Watt, « Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger », *Revue critique de droit international privé* 2017, p. 613 ; R.-C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Droit social* 2016, p. 246. G. Saumier, « L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 775.

En *Common Law*, les règles de fond, mais déterminantes pour la reconnaissance de la compétence du juge, sont les suivantes : il n'existe pas de responsabilité du fait d'autrui des sociétés mères du fait des dommages causés par leur filiale. En revanche, sur le fondement d'une responsabilité personnelle, elles peuvent être sanctionnées en cas de manquement à un devoir de vigilance. Il faut que pèse sur elles au préalable d'un *duty of care*, devoir de vigilance incombant à certaines personnes à l'égard d'autres personnes, qu'elles soient physiques ou morales, en raison de leur relation de proximité²⁹³.

Chaque juridiction possède sa propre interprétation. Par exemple, du côté anglais, l'établissement par le juge d'un *duty of care* dépend de l'appréciation de trois éléments issus de l'arrêt *Caparo Industries plc/ Dickman*²⁹⁴ : 1) la prévisibilité du dommage causé au demandeur 2) la proximité entre le demandeur et le défendeur 3) le caractère juste et raisonnable de la prescription d'un devoir de vigilance au regard des faits de l'espèce ou du contexte politique plus général. Si ces éléments sont réunis, l'entreprise peut potentiellement être condamnée pour avoir manqué de diligence en cas de dommages. C'est en ce sens que, dans l'arrêt *Chandler c/ Cape* rendu le 25 avril 2012²⁹⁵, le juge anglais a condamné civilement une société mère anglaise pour les dommages sanitaires subis par les salariés de sa filiale en raison de l'activité de cette dernière après avoir reconnu que, non seulement elle avait connaissance des risques causés par les activités de sa filiale (prévisibilité), mais aussi qu'il existait des politiques applicables en matière de santé dans l'ensemble du groupe et qu'il était juste et raisonnable que la société mère exerce sur ce point un devoir de vigilance²⁹⁶.

Or, l'examen de la jurisprudence montre que cette possible responsabilité entraîne dorénavant des conséquences sur la compétence du juge anglais, hollandais et canadien.

D'abord, du côté anglais, retenons l'arrêt *Dominic Liswaniso Lungowe c/ Vedanta Resources* rendu par la *Court of Appeal* du Royaume-Uni le 13 octobre 2017 et récemment confirmé par la Cour suprême le 10 avril 2019²⁹⁷. Il s'agissait d'une action engagée par un groupe de victimes zambiennes au sujet du déversement de déchets toxiques dû à l'activité

²⁹³ Not. R.-C. Drouin, art. préc.

²⁹⁴ Arrêt rendu par la Chambre des Lords en 1990, 2 A.C. 605. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626806

²⁹⁵ Arrêt de la Court of Appeal du Royaume-Uni, 25 avril 2012. V. le commentaire de H. Muir Watt, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 632.

²⁹⁶ Sur ce rappel M.-C. Drouin, art. préc.

²⁹⁷ *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others*, 2019, UKSC 20.

minière de la filiale de la société mère Vedanta Ressource située au Zambie²⁹⁸. En l'espèce, pour admettre sa compétence, le juge devait s'assurer de la possibilité pour la société mère d'être éventuellement condamnée sur le fond. Or, à ce stade, il admet que cela est envisageable sur le fondement de la loi applicable, à savoir ici la loi zambienne issue du *Common Law*, identique à la loi anglaise. C'est donc en élargissant sa jurisprudence, non seulement aux dommages subis par des tiers (au-delà des salariés) d'ordre matériel, corporel et environnemental, mais aussi aux dommages causés par les filiales situées à l'étranger, que le juge reconnaît sa compétence à l'égard, en sus de la société mère, de la filiale.

Ensuite, du côté hollandais, il convient de rappeler l'originalité de l'affaire Shell dans laquelle le juge hollandais a admis sa compétence à l'égard de la compagnie Royal Dutch (Shell) et sa filiale nigériane à l'issue d'une action portée par des agriculteurs nigériens demandant indemnisation des préjudices environnementaux (pollution des sols et nappes phréatiques par les hydrocarbures) et des atteintes aux droits de l'homme²⁹⁹. Pour ce faire, les victimes avaient invoqué l'application au fond de la loi nigériane qui, parce qu'il s'agit d'un droit originaire de *Common Law*, applique le *duty of care*. Rappelant la possible condamnation d'une société mère sur le fondement de l'arrêt *Chandler v. Cape*, le juge hollandais a pu reconnaître sa compétence. L'invocation de la loi nigériane s'est donc montrée opportune. Il faut en effet rappeler que, en vertu de l'article 7 du règlement Rome II, le juge aurait pu s'appuyer sur l'option accordée à la victime et apprécier la possible responsabilité de la société mère au regard de son propre droit (loi du fait générateur). Mais le risque était alors grand qu'il décline sa compétence en raison de l'impossible responsabilité de la société mère.

Enfin, du côté du Canada, il convient de citer l'arrêt *Choc c./ Hudbay Minerals Inc* rendu par la Cour supérieure de l'Ontario en 2013. Était encore en cause une entreprise minière³⁰⁰. Si les demandeurs situés sur le sol du Guatemala (membres d'une population autochtone maya) revendiquaient la réparation des atteintes aux droits de l'homme causées par les membres de la sécurité de la filiale de la société canadienne Hudbay, l'affaire est transposable au domaine environnemental. En l'espèce, le juge, pour juger de la recevabilité de l'action, a

²⁹⁸ Royal Court of Justice, 13 oct. 2017, v. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>

²⁹⁹ Affaire préc., v. C. Bright, « Quelques réflexions sur l'affaire Shell aux Pays Bas », préc.

³⁰⁰ *Choc c/ Hudbay minerals*, Superior Court of Ontario, CV-10-411159, Judge Master Graham, 29 juin 2013.

estimé que l'engagement de la responsabilité de la société mère était envisageable car les trois critères du *duty of care* étaient réunis.

L'on voit bien l'importance des règles de fond applicables sur l'ouverture d'un procès environnemental. C'est grâce à la malléabilité du *duty of care* que les juges pourraient être davantage appelés à reconnaître leur compétence et, donc, à offrir aux victimes la possibilité que s'ouvre un procès environnemental. Cela est d'autant plus notable que, à l'examen, cette jurisprudence montre combien l'appréciation de ce devoir est appelée à évoluer sous l'influence de la responsabilité sociale des entreprises transnationales.

En ce sens, dans l'arrêt *Hudbay*, la Cour note l'importance des différents engagements publics pris par la société mère, certains concernant des standards de conduites applicables à son personnel de sécurité, d'autres ayant trait aux droits de l'homme, telle l'adhésion à des principes volontaires en matière de sécurité et de droits de l'homme. Quant à l'affaire *Shell*, elle est aussi topique. Pour reconnaître sa compétence, le juge n'a pas hésité à souligner que le *duty of care* pesant sur la société mère était aussi justifié par le fait que celle-ci le reconnaissait en adoptant certains engagements volontaires tournés vers la prévention des dommages environnementaux, tels des codes de bonne conduite. Et à ce stade, il a même invité le juge du fond à se demander, au regard de différentes questions, si ces engagements volontaires avaient bien conduit à l'adoption de certains dispositifs qui, à défaut, démontrerait sa faute. Ainsi, comme l'explique Renée-Claude Drouin, ces derniers permettent tout à la fois de démontrer, la prévisibilité du dommage, la présence d'un lien de proximité avec les tiers, mais aussi le caractère politiquement acceptable de ce devoir. Si en adhérant à certains instruments volontaires, les entreprises transnationales reconnaissent leur volonté de répondre du manquement à un devoir de vigilance, constatant l'importance prise par les instruments de RSE, le juge pourrait être conduit à réévaluer le standard de comportement attendu au titre du *duty of care*.

De ce fait, si sur le fondement de la loi française, la compétence d'un juge pour juger du comportement de la filiale en sus de celui de la société mère pourrait à l'avenir être facilitée par la loi, sur le fondement de la *Common Law*, c'est du juge que viendra l'évolution. Certes, il ne faut pas confondre compétence et fond et ne jamais présager du fond malgré la compétence d'un juge. Dans l'affaire *Shell*, le juge néerlandais s'est reconnu compétent mais, statuant ensuite au fond, il a estimé que cette dernière n'était pas responsable car elle n'avait

pas manqué à son *duty of care* pour des raisons d'opportunité, de justice et d'équité³⁰¹. Toutefois, la compétence du juge du for demeure un point fort du procès environnemental lorsque son déroulement dans le pays où est domiciliée la filiale pourrait ne pas être équitable. Dans le cas de Shell par exemple, grâce à la compétence du juge hollandais, les victimes ont obtenu la condamnation de la filiale. Reste que, face à la persistance de certaines techniques nuisibles pour l'ouverture d'un procès environnemental, certaines réformes doivent être soutenues.

B/ Réformer les règles de compétence

Il faut noter qu'il existe dans certains droits des règles limitant les chances de succès d'une action engagée par des victimes étrangères devant le juge d'un pays en développement.

Certes, **aux États-Unis**, la responsabilité de la société mère américaine et des codéfendeurs étrangers peut *a priori* être recherchée sur le fondement de l'*Alien Tort Statute* qui permet à toutes victimes, y compris étrangères, d'atteintes aux droits de l'homme de porter le litige devant un juge américain. Il s'agit ici d'un type de compétence universelle. Cela présente un intérêt dans le domaine environnemental en raison, non seulement de la fondamentalisation du droit de l'environnement, mais aussi, à regarder de plus près les litiges, du lien ténu entre violation des droits de l'homme et dommages environnementaux. Toutefois, le juge américain retient depuis l'affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (2013) une conception restrictive des conditions de recevabilité de cette action, en particulier en rappelant l'importance de la présomption de non-extraterritorialité de la loi qui s'avère difficile à combattre³⁰². Si la recevabilité d'une action contre la société mère américaine demeure également aléatoire³⁰³, engager une action contre une entreprise étrangère devant le juge américain s'avère quasiment impossible d'autant que le récent arrêt *Jesner v. Arab Bank* rendu par la Cour suprême le 24 avril 2018 refuse la compétence du juge américain en raison de l'impossibilité de rendre responsable des compagnies étrangères sur le fondement de l'ATS.

³⁰¹ Tribunal District de La Haye, 30 janvier 2013 et Cour d'appel de La Haye, 18 déc. 2015.

³⁰² Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013, n° 10-1491, v. L. Usinier, « feu de la compétence universelle du juge américain pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux garantis par le droit international », *RTD civ.* 2014, p. 324.

³⁰³ Sur ce rappel, v. le rapport précité, G. Skinner, R. Macquodale et O. de Schutter, *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, p. 29 et s.

Il est vrai que rien n'empêche alors les victimes étrangères de rechercher la responsabilité de la société mère américaine sur le fondement du droit des *torts* américain permettant alors de reconnaître la compétence du juge en raison des liens de rattachement que la société entretient avec l'État américain. Toutefois, c'est un autre obstacle qui peut freiner tout espoir de voir le juge américain traiter du litige : **la doctrine du *Forum non conveniens***.

Cette doctrine permet au juge de décliner sa compétence. Dans ce cas, il considère que l'action n'est pas recevable car il existe une juridiction étrangère plus adéquate pour juger. Les victimes des dommages environnementaux causés par Texaco au Pérou et en Équateur en ont fait les frais. En effet, dans l'affaire *Aguinga v. Texaco* (dite affaire Chevron), concernant la pollution des forêts tropicales et des fleuves, le juge du Second circuit a rejeté les deux actions de groupes intentées par les citoyens en affirmant que les tribunaux équatoriens étaient plus à même de traiter du litige malgré le risque de corruption³⁰⁴. C'est aussi le cas, au sujet d'une fuite de gaz et l'explosion d'une usine ayant fait des milliers de victimes, dans l'affaire *Bhopal v. Union Carbide Corporation* : le juge américain a rejeté sa compétence alors que, comme le rappellent certains auteurs, l'on pouvait largement douter de la possibilité pour le juge indien de traiter le litige³⁰⁵.

Compétence du juge américain et refus de juger

En supposant que le juge américain admette sa compétence dans des litiges environnementaux transnationaux, il est des cas où il pourrait refuser de juger de la responsabilité d'une entreprise au nom de la théorie américaine des questions politiques (*political question doctrine*). C'est le cas dans le contentieux climatique (not. : *Native Vill. of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009) (*granting defendants' motion to dismiss*); *California v. Gen. Motors Corp.*, No. C06-05755 MJJ, 2007 WL 2726871 (N.D. Cal. Sept. 17, 2007) (*granting defendants' motion to dismiss*); *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 1:05-CV-436-LG-RHW, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007) (*granting defendants' motion to dismiss*), rev'd, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009), panel opinion vacated en banc, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010); *Connecticut v. Am. Elec. Power Co.*, 406 F. Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005) (*granting defendants' motion to dismiss*), vacated, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009), cert. granted, 79 U.S.L.W. 3342 (U.S. Dec. 6, 2010) (No. 10-174)). Cette théorie impose au juge de se dessaisir d'une question lorsqu'il n'est pas l'organe approprié pour y répondre. Si très souvent le refus est lié au risque d'empiètement sur le pouvoir exécutif, il faut noter que le juge se justifie parfois pour des raisons bien différentes, dépassant la question de la séparation des pouvoirs, liées à l'impossibilité de se prononcer sur des choix sociaux. Ainsi, dans une affaire opposant la ville de Oakland à cinq entreprises pétrolières, le juge a refusé de statuer en affirmant : « *courts must also respect and defer to the other co-equal branches of government when the problem at hand clearly deserves a solution best addressed by those branches* »³⁰⁶. Mais il a estimé aussi qu'il lui était impossible de se prononcer car l'industrie du pétrole et du charbon était l'une des conditions du progrès historique de notre société : « *With*

³⁰⁴ *Aguinda c. Texaco, INC.*, 303 F 3d 470 (2^{ème} circuit, 2002).

³⁰⁵ N° 809 F2d 195 (2^{ème} circuit, 1987). Rapport préc., p. 38.

³⁰⁶ *City of Oakland v. BP P.L.C and al.*, in *The United States District court for the northern district of California*, Case 3:17-cv-06011-WHA, 25 June 2018, p. 16.

respect to balancing the social utility against the gravity of the anticipated harm, it is true that carbon dioxide released from fossil fuels has caused (and will continue to cause) global warming. But against that negative, we must weigh this positive: our industrial revolution and the development of our modern world has literally been fueled by oil and coal. Without those fuels, virtually all of our monumental progress would have been impossible. All of us have benefited. Having reaped the benefit of that historic progress, would it really be fair to now ignore our own responsibility in the use of fossil fuels and place the blame for global warming on those who supplied what we demanded? Is it really fair, in light of those benefits, to say that the sale of fossil fuels was unreasonable? »

C'est aussi dans certains pays de *Common Law* que le juge applique cette théorie. Ainsi, à titre d'exemple dans le domaine environnemental, citons l'affaire *Recherches Internationales du Québec v. Cambior INC* rendue par un juge de la Province de Québec au sujet du déversement de déchets toxiques causé par l'exploitation d'une mine d'or en Guyane³⁰⁷. En l'espèce, le fait qu'un juge étranger soit plus à même de traiter l'affaire a mené au dessaisissement du juge québécois. Toutefois, il faut noter que, outre que cette règle n'est plus admise en droit anglais depuis l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles 1, le Canada l'applique avec prudence. Ainsi, le juge l'a rejetée dans l'affaire *Hudbay* précitée et s'est reconnu compétent.

Pour remédier à cette difficulté et au contraire justifier la compétence d'un juge au regard des risques existants en cas de procès sur le territoire de la filiale en cause, certains droits connaissent une technique intéressante : **le for de nécessité**³⁰⁸. C'est le cas du droit canadien, hollandais ou encore suisse. Cette règle permet à un juge de se reconnaître compétent dans une affaire lorsqu'aucun autre juge étranger pourrait se reconnaître compétent. Plus précisément, c'est le cas lorsque le demandeur, malgré certains critères lui permettant d'accéder à un juge, se trouve face à l'impossibilité d'obtenir ce qu'il souhaite, à savoir l'indemnisation des dommages, en raison de l'impossibilité d'accéder à un procès équitable. Notons que cette technique est soutenue par la Commission européenne qui a suggéré d'inclure cette règle par le biais d'une proposition lors du processus de révision du règlement de Bruxelles I. Cette proposition n'a malheureusement pas été retenue. De ce fait, en France comme d'en d'autres pays, le principe demeure que, malgré certaines évolutions jurisprudentielles notables³⁰⁹, le litige transnational mettant en jeu une société étrangère ne peut être jugé par le juge français si celle-ci n'a aucun lien avec une société mère qui serait

³⁰⁷ Q.J. n° 2554 (CS Qué. Canada), 1998.

³⁰⁸ V. rapport préc., G. Skinner, R. Macquodale et O. de Schutter, *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, p. 42 et s.

³⁰⁹ Sur ce rappel, v. L. Usinier, « feu de la compétence universelle du juge américain », chronique préc.

mise en cause dans le procès³¹⁰. Ainsi, dans une perspective globale et à l'examen du droit étranger, comme le soulignent déjà les recommandations issues du rapport « Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales » commandé par l'*International Corporate Accountability Roundtable* (ICAR), le réseau *corporate-responsability* (CORE) et la Coalition européenne pour la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (ECCJ), il est souhaitable que certaines évolutions aient lieu : à la nécessité de réduire la place occupée par la doctrine du *forum non conveniens* devrait s'ajouter celle d'offrir une place plus importante à la théorie du for de nécessité. Du point de vue de la compétence des juges, ces évolutions seraient un premier pas vers l'institution d'un procès pour un renforcement de la protection de l'environnement.

Ainsi la compétence d'un juge à même de juger les comportements dommageables pour l'environnement de l'ensemble des protagonistes dans un conflit transnational est une question déterminante : sans compétence de ce juge, c'est l'ouverture d'un procès environnemental qui est mise à mal et, incidemment, la réparation des préjudices causés à l'homme et à l'environnement et la sanction des comportements nuisibles pour l'environnement. L'étude conclut alors à la nécessité de poursuivre les évolutions en cours concernant le devoir de vigilance et de soutenir les propositions visant à rejeter la théorie du *forum non conveniens* et à adopter la théorie du for de nécessité.

Au terme de l'étude de l'ouverture du procès environnemental, si l'on en conclut que, dans les différents ordres, des obstacles se présentent aux demandeurs à l'action pour porter le litige devant le juge, il en ressort aussi que des solutions peuvent être trouvées.

Pour opérer le passage du « procès sur l'environnement » au « procès pour l'environnement », l'étude envisage trois types de solutions. D'abord, l'étude plaide pour le contournement des obstacles quand les évolutions du côté du droit positif ne sont pas envisageables du point de vue de la politique juridique. C'est ainsi que, face aux limites des conditions encadrant l'action devant la Cour internationale de Justice (du côté du droit d'agir autant que de la compétence), il est possible de se tourner vers

³¹⁰ Rappelons que selon les articles 14 et 15 du Code civil, les tribunaux français ne sont compétents lors d'une action civile que pour juger des faits commis par les ressortissants français.

d'autres juridictions plus accueillantes. Ensuite, tout en invitant à poursuivre la réflexion en ce qui concerne les dispositifs politiquement difficiles à adopter, l'étude promeut la création de solutions plus acceptables. Ainsi, s'il faut réfléchir à la possibilité d'accorder à la nature un droit d'agir et à la création d'une *actio popularis* dans les ordres internes, il est proposé de soutenir, notamment sous l'impulsion du droit international, la création d'actions attitrées dans les différents ordres nationaux. Enfin, l'étude plaide pour une évolution du droit positif lorsque celle-ci nous paraît tout à la fois techniquement possible et politiquement opportune. C'est ainsi qu'elle soutient, pour dépasser l'obstacle de la compétence dans les litiges transnationaux, la diffusion de l'obligation de vigilance dans les différents ordres nationaux (sous l'impulsion du législateur ou du juge) et qu'elle invite la CJUE à assouplir les conditions de l'intérêt à agir devant son propre ordre s'agissant du recours en annulation. Dans tous les cas, que les solutions proposées permettent d'ouvrir le procès par la voie de l'instrumentalisation du droit positif ou de sa réforme, c'est sa nature « environnementale » qui devrait en ressortir : un procès qui, par son ouverture, pourrait potentiellement participer, selon aussi les règles gouvernant son déroulement, à l'application du droit de l'environnement.

Recommandations

L'étude de l'ouverture du procès environnemental conduit aux recommandations suivantes :

- 1) Encourager les victimes à porter leur action devant les juridictions internes ou régionales face aux limites du droit d'agir devant la Cour internationale de justice
- 2) Encourager la poursuite d'une réflexion sur l'opportunité de la création des droits de la nature et d'une *actio popularis* encadrée devant les juges internes
- 3) Encourager la création d'actions attitrées dans les ordres nationaux sous l'influence notamment d'une convention internationale favorisant l'ouverture de l'accès au juge dans le domaine environnemental, tel le Pacte mondial pour l'environnement
- 4) Encourager l'assouplissement des conditions de l'intérêt à agir devant le juge de l'Union européenne, a minima en matière environnementale
- 5) Encourager le contrôle des actes préparatoires devant le juge administratif
- 6) Encourager la diffusion dans les différents ordres nationaux, sous l'influence du législateur ou du juge, du devoir de vigilance pour favoriser la compétence du juge du for
- 7) Encourager dans les différents ordres nationaux la reconnaissance d'un for de nécessité

SECONDE PARTIE

LE DÉROULEMENT DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

Comme tout procès, une fois ouvert, le procès environnemental a une issue : la résolution du litige. **Après l'ouverture du procès environnemental, vient le temps pour le juge de traiter du litige pour le résoudre.** La question est de savoir si à cette occasion le procès peut participer à l'effectivité du droit de l'environnement. D'emblée, cela ne fait aucun doute : selon les actions, pour résoudre le litige, le juge peut prescrire des mesures tournées vers la prévention et/ou réparation des atteintes à l'environnement. Sur le plan processuel, ses pouvoirs coïncident particulièrement avec les finalités de la matière, prévenir et réparer les atteintes à l'environnement. Pourtant à bien y regarder, **l'étude réalisée par certains membres de l'équipe montre que cela ne va pas de soi au regard des règles gouvernant le cours de l'instance et son issue.**

Il faut en effet rappeler que, dans les différents ordres, le droit prévoit certaines règles qui gouvernent le déroulement du procès. Il en est ainsi de l'administration de la preuve qui implique, de manière sans doute très schématique et mis à part – pour ce qui concerne le droit français – le procès pénal, qu'il appartient au demandeur d'apporter la preuve de son allégation³¹¹. Or, la nature complexe des faits du litige s'accorde mal avec cette règle. La réalité est complexe lorsque « la pensée est incertaine, hésitante ; elle n'arrive pas à trouver la formule, le mot, l'énoncé qui puisse de façon claire et distincte, formuler : voilà de quoi il s'agit »³¹². C'est le cas dans les litiges environnementaux suivants : des citoyens souhaitent engager la responsabilité de leur ville, estimant que les problèmes de santé dont ils souffrent sont liés à la mauvaise qualité de l'air. Si cette mauvaise qualité de l'air fait l'objet d'études scientifiques et de contrôles spécifiques permettant de l'appréhender, il demeure difficile d'attester du fait que la mauvaise santé de ces personnes est liée à celle-ci. La difficulté se retrouve concernant les dommages environnementaux eux-mêmes. Supposons qu'une fédération de pêche constate une importante mortalité de poissons. Derrière le spectacle désolant, c'est la biodiversité qui est atteinte, sans que l'on puisse précisément appréhender

³¹¹ Sur la relativité de ce principe : E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF/Thémis, 2015, p. 198 et s.

³¹² Entretien avec Edgar Morin, « Un philosophe de l'incertain », *Risques*, avril-juin 1993, n° 14, p. 180.

l'importance de cette atteinte au regard des fonctions que ces poissons remplissent au sein de la biodiversité. Alors que dans le premier cas, l'absence de preuve certaine du lien de causalité peut nuire à la réparation des dommages dus à la pollution de l'air et à la cessation du fait qui en est à l'origine, dans le second cas, l'absence de preuve de la teneur exacte du préjudice nuira à la possibilité de prescrire des mesures adéquates à la réparation en nature du préjudice causé à la biodiversité elle-même. C'est alors que, dans les deux cas, l'application du droit de l'environnement peut être défailante.

Certes, des solutions existent pour contourner les difficultés. Sur le plan processuel, dans le procès pénal, la recherche de la vérité incombe, non pas aux parties, mais au juge. Dans notre étude, la recherche menée par Jean-Baptiste Perrier rappelle ainsi tout l'intérêt, en droit français, pour les victimes d'atteintes à l'environnement, de porter leur action devant le juge pénal, plus précisément de greffer l'action civile à l'action publique. Surtout, pour parvenir à prouver et convaincre le juge, au cours de l'instance, les parties peuvent recourir à des expertises, de même que le juge désirent être davantage éclairé³¹³. Toutefois, une fois dépassée la difficulté de la preuve, surgissent de nouvelles difficultés pour le juge, quel qu'il soit. Elles concernent, au terme de l'instance, la détermination des mesures à prescrire pour résoudre le litige. S'il est vrai que, selon les actions, le procès peut aboutir à la prévention et réparation des atteintes à l'environnement, finalités mêmes du droit de l'environnement, à l'analyse, le pouvoir du juge reste encadré et des lacunes existent. L'on remarque ainsi que si la prévention des dommages demeure limitée dans certains ordres, en particulier dans l'ordre international, la réparation en nature des dommages reste peu utilisée et/ou difficile à manier tant elle invite là encore le juge à se mêler de la complexité, non plus seulement des faits du litige, mais aussi des solutions permettant d'y mettre fin.

Or, la recherche présentée montre que, pour opérer le passage vers un « procès environnemental » et défier la complexité des faits et des solutions du litige, le droit pourrait admettre certaines évolutions en ce qui concerne autant les règles gouvernant le cours de l'instance (Chapitre 1) que son issue (Chapitre 2)³¹⁴.

³¹³ Sur le rôle de l'expertise dans les litiges environnementaux v. E. Truilhé-Marengo (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, La documentation Française, 2011.

³¹⁴ Cette distinction doit beaucoup à la logique adoptée par Monsieur Lois Raschel dans sa thèse sur Le droit processuel de la responsabilité civile précitée.

Chapitre 1

Les règles gouvernant le cours de l'instance : le défi de la nature complexe des faits du litige

Si la complexité des litiges environnementaux est, de manière générale, due à la technicité des faits les sous-tendant, elle est surtout liée au contexte d'incertitude scientifique qui les entoure. Celle-ci peut prendre des formes et des degrés divers, concerner l'existence même d'un risque, ou plus fréquemment, porter sur la probabilité ou l'étendue de celui-ci, mettre en jeu des connaissances scientifiques insuffisantes et/ou contradictoires. Mais dans tous les cas le problème peut, selon le type de procès, être le même : **au cours de l'instance, la complexité empêche, non seulement les parties se voyant attribuer la charge processuelle de prouver certains éléments, mais aussi le juge de juger en connaissance de cause.** Or, cela n'est pas anodin au regard de certaines règles gouvernant la résolution des litiges dans les différents ordres étudiés.

D'une part, en général, il incombe aux parties de convaincre le juge malgré l'instabilité des données scientifiques pour obtenir, *in fine*, ce qu'elles souhaitent. Si notre étude concerne ici l'issue du procès, il faut d'ailleurs préciser que cette exigence peut surgir dès la recevabilité de l'action. Dans les systèmes exigeant de manière rigoureuse la présence d'un intérêt à agir personnel, l'incertitude scientifique du lien de causalité est un frein à la recevabilité de l'action. En ce sens, en matière de contentieux climatique, plusieurs juges américains ont refusé d'examiner les affaires au fond après avoir constaté que l'incertitude du lien de causalité entre l'activité contestée et le préjudice du demandeur empêchait de prouver l'intérêt à agir³¹⁵.

D'autre part, le juge doit trancher le litige et, dans la plupart des systèmes, ne peut se retrancher une fois le procès ouvert derrière la complexité des faits et l'impossibilité d'en juger, sous peine de déni de justice. Il lui faudra statuer sur l'existence un lien de causalité, évaluer les dommages et en aval de l'instance, choisir les mesures qu'il estime les plus adéquates pour prévenir ou réparer au regard de son appréhension des faits. Or, celui-ci généralement n'est pas formé à la manipulation des données scientifiques qui peuvent, en

³¹⁵ Sur ce point, v. L. Canali, « Contentieux climatiques contre les entreprises : bilan et perspective », in *Les procès climatiques, Entre le national et l'international*, dir. Ch. Cournil et L. Varison, Pedone 2019, p. 67 et s.

outre, être complexes et incertaines. Quelles sont, quelles pourraient être les solutions procédurales qui lui permettraient de statuer en étant le mieux éclairé possible ?

Pour opérer le passage du procès *sur* l'environnement au procès *pour* l'environnement, l'étude réalisée par certains membres de l'équipe montre que deux aspects, règles probatoires et recours à l'expertise, doivent être examinés de concert tant les évolutions peu probables des premières pourraient être contrebalancées par les évolutions souhaitables des secondes. En effet, à y regarder de plus près, si les règles probatoires fixent des limites à l'allègement de la preuve, celles-ci s'avèrent justifiées. Toutefois, en dépit des règles probatoires lui imposant la charge processuelle, le demandeur peut trouver un moyen de mieux convaincre le juge en s'appuyant sur des expertises d'une certaine qualité. Surtout, même dans un système accusatoire, le juge demeure rarement neutre. Il peut, en recourant également à l'expertise, affronter la complexité des faits et, s'il est suffisamment éclairé, juger en connaissance de cause. C'est alors que l'application du droit de l'environnement pourrait en ressortir. Ainsi, si une évolution des règles probatoires nous semble difficile (section 1), une amélioration du recours à l'expertise (Section 2) pour « mieux prouver » et/ou « mieux comprendre » s'avère possible.

Section 1- Les règles probatoires : une évolution difficile

Les éléments que les parties peuvent apporter et la façon dont le juge peut s'en saisir, obéissent à l'ordonnancement de la preuve dans le système juridique concerné³¹⁶. L'importance pratique des règles applicables à la preuve n'est plus à souligner. En permettant, par la démonstration des faits, la reconnaissance de droits subjectifs, elles constituent un terrain charnière, un carrefour entre le fait et le droit, un élément essentiel du procès. C'est encore plus sensible en ce qui concerne le traitement des mesures prises dans les situations d'incertitude scientifique qui caractérisent souvent le champ de l'environnement.

Il est avant tout primordial de savoir laquelle des deux parties va devoir en premier convaincre le juge, autrement dit déterminer **sur qui pèse la charge de la preuve**.

³¹⁶ Sur la preuve, E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, ouvrage préc. V. aussi, A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuel*, LexisNexis, éd. Droit et professionnels, 2017 ; L. Cadiet, M. Mekki et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015 ; sur la preuve et le droit de l'environnement, E. Truilhé-Marengo, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier 2011 ; plus généralement, sur les relations sciences et droit de l'environnement, E. Nain-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, VUB PRESS, 1999.

Traditionnellement, étant à l'origine de l'action, le demandeur supporte le premier la charge de la preuve conformément à l'adage *actori incumbit probatio*. Et cela dans la grande majorité des systèmes juridiques. Certes, l'on a pu se demander si le principe de précaution aurait ici un rôle à jouer en permettant d'opérer un renversement de la charge de la preuve en matière de santé et d'environnement³¹⁷. L'idée est la suivante : en contexte d'incertitude et face à de nouveaux risques, ne reviendrait-il pas à la partie plaignante de prouver que l'activité ou le produit en cause est exempté de risque ? Toutefois, cette solution, présentée comme un nouvel adage *in dubio pro natura*³¹⁸, a été rejetée par la plupart des juridictions³¹⁹, notamment parce que la preuve de l'absence de risque est bien souvent impossible à rapporter.

Reste que l'enjeu est bien de convaincre le juge de la vérité d'une allégation. En raison de la complexité des litiges environnementaux, cela ne va pas de soi. Au regard des différents ordres, nos recherches montrent deux voies pour dépasser ces difficultés probatoires. La première consiste à faciliter la preuve (§ 1), l'autre à l'alléger (§ 2).

§ 1 – Faciliter la preuve

L'étude montre que dans certains systèmes juridiques c'est le droit substantiel lui-même et non le droit processuel qui peut être source de facilitation de la preuve. En effet, il existe certaines règles de droit qui, en décrivant précisément les conditions de qualification d'un élément présent au litige, permettent au demandeur d'y trouver un appui en termes de preuve.

³¹⁷ J. Cazala., *Le principe de précaution en droit international*, LGDJ, Paris, 2006, p. 413. Voir également les références citées par Y. Kerbrat, S. Maljean Dubois, La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), *RGDIP*, jan-mars 2011, pp. 63-64.

³¹⁸ OST F., Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu, in F. Ost, S. Gutwirth. (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 19.

³¹⁹ CEDH, *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, §105 ; Ordonnance du 3 décembre 2001, Affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni), disponible sur le site internet du TIDM : http://www.itlos.org/start2_fr.html; TPICE, 26 novembre 2002, *Artgodan GmbH e.a. c. Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.* 2002, p. II-4945 ; Voir notamment : *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, 3 mai 2008, *Rec. CIJ* 2008, §45 ; *Délimitation maritime en mer Noire*, 3 février 2009, *Rec. CIJ* 2009, §68 ; CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, §164. Pour une illustration récente du maintien des règles classiques d'attribution de la preuve, un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2011, qui confirme qu'il « appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration » en ajoutant tout de même « sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes », Cass. Civ. III, 18 mai 2011, n° 10-17.645. M. Boutonnet, « Les présomptions : un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité », *D.* 2011 p. 2089.

Les précisions légales concernant la qualification d'un fait ont des implications sur le plan processuel lorsqu'il s'agit de le prouver en ce qu'elles permettent au demandeur de s'y référer pour « bien prouver » et ainsi convaincre le juge. Trois exemples peuvent être pris en droit français³²⁰.

Il en est ainsi premièrement du préjudice écologique. En droit de la responsabilité civile, la loi Biodiversité qui a consacré le régime de responsabilité civile pour préjudice écologique lui apporte une définition. Selon l'article 1247 du Code civil, « est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Pour démontrer ce caractère non négligeable, les demandeurs pourraient trouver appui dans le décret d'application du 26 avril 2009 de la loi du 1er août 2008 relative à la prévention et réparation des dommages environnementaux qui transpose la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale. S'il s'agit ici d'un régime de police administratif, il n'empêche que les parties et juges pourraient bien y trouver inspiration lorsqu'ils seront appelés à réparer le préjudice écologique. Ce décret manifeste une grande précision quant à la manière dont il convient d'apprécier le degré de l'atteinte à l'environnement en distinguant clairement les atteintes aux sols, à l'eau, aux habitats et aux espèces. Par exemple, dans ce dernier cas, pour apprécier l'importance de l'atteinte doivent être pris en compte³²¹ :

« 1°Le nombre d'individus, leur densité ou la surface couverte ;
2°Le rôle des individus ou de la zone concernés par rapport à la conservation générale de l'espèce ou de l'habitat ;
3°La rareté de l'espèce ou de l'habitat appréciée, le cas échéant, au niveau régional, national ou communautaire ;
4°La capacité de multiplication de l'espèce, sa viabilité ou la capacité de régénération naturelle de l'habitat ;
5°La capacité de l'espèce ou de l'habitat à se rétablir, par sa seule dynamique naturelle, dans un état équivalent ou supérieur à l'état initial, dans une durée telle que les fonctionnements de l'écosystème ne soient pas remis en cause après la survenance d'un dommage, sans autre intervention que des mesures de protection renforcées. »

En décrivant la consistance du préjudice environnemental selon ces critères légaux, le demandeur est susceptible de réduire le risque de la preuve et, au final, de convaincre plus rigoureusement le juge.

³²⁰ Sur ce développement v. M. Hautereau-Boutonnet, « Le risque de la preuve en droit de l'environnement », *in La preuve, regards croisés*, dir. L. Cadiet, C. Grimaldi, M. Mekki, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 85 et s.

³²¹ C. envir., art. R. 161-3-III.

Deuxièmement, s'agissant encore du préjudice écologique, notons l'importance du droit souple avec la *Nomenclature des préjudices écologiques* élaborée par la doctrine sous la direction des Professeurs Gilles J. Martin et Laurent Neyret³²². Là encore, la qualification des préjudices précisée par les auteurs n'est pas sans incidence sur leur preuve. En distinguant les différents chefs de préjudices écologiques (au sol, à l'air, à l'eau, aux espèces), la nomenclature peut pousser le demandeur à démontrer plus rigoureusement les préjudices³²³. C'est bien en ce sens que ces auteurs précisent au titre « mode d'emploi de la *Nomenclature* » que celle-ci « pourra être utilisée par le juge, éventuellement saisi, pour déterminer la mission de l'expert et faire la liste des dommages qui devront être considérés comme réparables » et qu'elle « l'aidera à identifier les chefs de préjudice qu'il entend réparer³²⁴ ». Et si le président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation affirme dans la préface de l'ouvrage que la *Nomenclature* est un « outil qui permet de distinguer, définir et délimiter méthodiquement les différentes catégories de préjudices environnementaux », il ajoute qu'elle offre à tous les intervenants, notamment les juges et les avocats, « un dispositif d'aide à la décision, un outil de normalisation, de clarification et de sécurité juridique, par là un moyen plus crédible et effectif de défense des intérêts environnementaux et de réparation³²⁵ ». C'est aussi en ce sens que, commentant cette nomenclature, Yann Aguilla précise tout intérêt « pragmatique » en ce qu'il s'agit bien « d'offrir aux praticiens un outil d'aide à la décision pour l'évaluation des préjudices »³²⁶. En prolongement, du côté de la preuve, ce sont bien les demandeurs qui peuvent l'utiliser pour convaincre le juge de l'existence d'un préjudice et, donc, de sa réparation.

De ce fait, si d'ores et déjà la jurisprudence montre que certains demandeurs l'invoquent pour emporter la conviction du juge³²⁷, il conviendrait d'inviter les praticiens à s'y référer plus souvent. Comme l'avait proposé le Rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique, l'idée serait d'insérer une nouvelle disposition au régime de réparation du préjudice écologique dans le Code civil pour indiquer que « Pour la détermination des chefs de préjudices à prouver, il est possible de se référer à la nomenclature établie par décret ».

³²² L. Neyret et G. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012.

³²³ V. dans la *Nomenclature*, la contribution sur la preuve du préjudice, M. Boutonnet, « La qualification de préjudice causé à l'environnement », p. 149 s. et « Les chefs de préjudices causés à l'environnement », p. 163 s.

³²⁴ Ouvrage préc. Introduction, p. 10.

³²⁵ Ouvrage préc. p. X, préf. de M. F. Terrier.

³²⁶ Ouvrage préc. p. XIV.

³²⁷ V. CA Nouméa, 25 fév. 2014 : D. 2014, p. 669.

Troisièmement, l'exemple du devoir de vigilance récemment consacré par le législateur est topique. Rappelons que certaines sociétés doivent élaborer un plan de vigilance de manière effective et que celui-ci a pour but d'éviter la réalisation de certains dommages aux droits de l'homme, à la sécurité, à la santé et à l'environnement. Selon l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, l'établissement du plan de vigilance doit comprendre les mesures suivantes :

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Par ailleurs, l'article L. 225-102-5 de ce même Code affirme que, en cas de manquement à ces obligations, la société engage sa responsabilité et doit « réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». La preuve du manquement à l'obligation d'établir le plan de vigilance selon les indications énoncées, jouera un rôle déterminant dans les futurs litiges environnementaux, en particulier transnationaux. De ce fait, il faut noter combien les demandeurs trouveront dans ces exigences légales une « aide à la preuve ». C'est en démontrant que l'une des mesures exigées par la loi n'apparaît pas dans le plan que le manquement pourrait être prouvé. Cela n'a pas échappé aux ONG qui menacent l'entreprise Total, après avoir constaté que son plan de vigilance restait laconique en ce qui concerne l'identification du risque climatique et des actions le réduisant, d'une action en justice (prévue dans le dispositif même du devoir de vigilance) au regard du non-respect de l'obligation d'établir un plan de vigilance de manière effective. C'est donc en s'appuyant sur la teneur du plan de vigilance que les demandeurs s'apprêtent à prouver le manquement au devoir de vigilance³²⁸.

³²⁸ https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/10/23/le-groupe-total-interpelle-sur-sa-responsabilite-en-matiere-de-changement-climatique_5373325_1652612.html

Ainsi, au regard de l'étude réalisée en droit français, il s'avère que parfois le droit substantiel peut conduire à faciliter la preuve de certains éléments de faits déterminants dans le litige. Les demandeurs doivent les utiliser. Reste que, face à la trop grande complexité des litiges, cela peut ne pas suffire. Ici des techniques d'allègement de la charge de la preuve doivent exister.

§ 2 – Alléger la charge de la preuve

Dans la grande majorité des procès, en mettant ici à part comme nous l'avons dit le procès pénal français, la charge de la preuve incombe aux demandeurs. Ce sont eux qui doivent convaincre le juge du bien-fondé de leur action. Il s'agit alors de trouver des solutions permettant d'alléger cette charge en tenant compte notamment du contexte d'incertitude scientifique. Cela consiste généralement dans le déplacement de l'objet de la preuve³²⁹ avec le recours aux présomptions (A). Toutefois, malgré tout l'intérêt de cette technique, son intérêt a des limites en cas de trop grande incertitude scientifique. La question est alors de savoir si des remèdes peuvent être trouvés en contournant les difficultés de preuve. À l'analyse, l'étude conclut que c'est davantage du côté du déplacement de l'objet de la demande qu'il faut se tourner (B).

A/ Le déplacement de l'objet de la preuve

Dans un litige environnemental caractérisé par une incertitude scientifique et donc la difficulté de prouver, le principe de précaution, s'il ne permet pas nous l'avons dit un véritable renversement de la charge de la preuve, invite à apprécier plus soupagement l'exigence de preuve qui incombe au demandeur. C'est en ce sens que la Convention de Lugano sur la responsabilité civile résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, sans mentionner le principe ni donner plus de précision sur les techniques à mettre en œuvre, s'intéressait à la difficulté de prouver en lien avec les activités dangereuses et prévoyait que les États signataires devraient inviter le juge « à tenir dûment compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangereuse » (art. 10 de la Convention)³³⁰. Si, plusieurs raisonnements juridiques peuvent permettre un tel assouplissement, l'étude réalisée

³²⁹ Sur cette idée : E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF/Thémis, 2015, p. 240.

³³⁰ Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, Lugano, 21 juin, 1993, non entrée en vigueur. Texte disponible sur : <https://rm.coe.int/168007c084> ; G.J. Martin, « La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano », *RJE*, 1994/2-3, p. 121.

montre que finalement, au regard d'un échantillon de juridictions étudiées, beaucoup reviennent à admettre la preuve par présomption qui suppose un déplacement du fait à prouver, l'objet de la preuve glissant du fait qu'il s'agit en définitive d'établir à un autre fait qu'il suffira de démontrer à sa place. C'est le cas, à titre d'exemples, dans l'ordre international (1) et dans l'ordre interne (2).

1) Dans l'ordre international

Le niveau international nous apparaît être un niveau d'analyse pertinent, en raison du fait que les contentieux les plus emblématiques de l'incertitude scientifique finissent par être tranchés à ce niveau. Dans les contentieux emblématiques de l'incertitude scientifique – biotechnologies, résistance aux antibiotiques, effets des hormones et des médicaments sur la santé humaine – les juridictions internationales allègent généralement le fardeau de la preuve en admettant que l'on puisse se contenter de présomptions de preuve. Pour autant, il va de soi que des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique sont exclus du champ d'application du principe de précaution³³¹, ce que le juge de l'Union européenne affirme clairement « le principe de précaution ne peut (...) être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondées sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré »³³² exigeant que la décision soit fondée sur des éléments « solides et convaincants qui, sans résoudre l'incertitude scientifique, peuvent raisonnablement lever des doutes sur la sécurité du produit »³³³.

Une telle formulation est très proche de ce qu'a développé l'Organe de règlement des différends (ORD)³³⁴ de l'Organisation Mondiale du Commerce par exemple³³⁵. Le rapport de

³³¹ En ce sens, notamment, de Sadeleer (N.), *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 176 ; L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution : nature, contenu et limite », in Ch. Leben, Charles et J. Verhoeven (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 81.

³³² Conclusions l'Avocat général Geelhoed (L.A.), 7 septembre 2004, Affaire C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG contre Landrat des Kreises Herford*; affaire C-210/03, *Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd contre Secretary of State for Health*, point 98.

³³³ T-74/00, *Artegodan*, pt 192.

³³⁴ Les groupes spéciaux sont généralement composés de deux diplomates et d'un juriste et ne disposent donc pas de connaissances scientifiques spécifiques. La procédure de règlement des différends se trouve, en outre, enserrée dans des délais très contraignants, laissant peu de place à une étude complète de l'ensemble des éléments fournis.

l'Organe d'appel dans l'affaire dite des Hormones³³⁶, critique le Groupe spécial pour avoir « voulu exclure du champ de l'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 toutes les questions qui ne se prêtaient pas à une analyse quantitative au moyen des méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales communément associées aux sciences physiques ». Il estime que certains des éléments énumérés à l'article 5:2 « ne se prêtent pas nécessairement ni entièrement à une investigation faisant appel à des méthodes de laboratoire comme celles qui sont utilisées, par exemple, en biochimie ou en pharmacologie ». Pour enfin déclarer dans une formule désormais bien connue que « le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent »³³⁷ et surtout qu' « un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des « preuves scientifiques suffisantes » pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes »³³⁸.

La Cour internationale de Justice, quant à elle, dans son arrêt rendu le 2 février 2018 en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa-Rica c. Nicaragua)*³³⁹ reconnaît que, s'agissant des dommages à l'environnement, la preuve du lien de causalité peut être problématique. Parce qu'ils sont possiblement attribuables à plusieurs causes concomitantes ou que le lien de causalité ne peut pas toujours être démontré avec certitude, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques, la Cour appréciera au cas par cas les difficultés de preuve « à la lumière des faits propres à l'affaire et des éléments de

³³⁵ États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, §721.

³³⁶ Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R et WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R

³³⁷ *Ibid.*, §187.

³³⁸ Sur cette question, voir Noiville (C.), *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce – Le cas du commerce alimentaire*, JDI, 2000, p. 263-297.

³³⁹ Arrêt du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, non encore publié au Recueil. Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « La reconnaissance du préjudice écologique par la Cour internationale de Justice », *Droit de l'environnement*, Victoires édition, 2018, p. 90- et s..

preuve présentés à la Cour »³⁴⁰ La preuve probabiliste est donc largement admise au niveau international, même si, dans tous les cas, elle demeure inadaptée au contexte de grande incertitude scientifique.

2) Dans l'ordre interne

Du côté de l'ordre interne, l'étude rappelle que, en particulier en droit privé français, la preuve par présomption est plus strictement encadrée. Elle consiste « pour le législateur ou la jurisprudence à ordonner au juge de tenir pour avéré jusqu'à preuve du contraire un fait inconnu que la preuve d'un autre fait voisin ou connexe permet d'induire »³⁴¹. Comme Loïs Raschel l'a démontré dans sa thèse sur « Le droit processuel de la responsabilité civile »³⁴², les présomptions sont largement utilisées. Or, dans notre domaine d'étude, la responsabilité civile environnementale n'y échappe pas avec une forte utilisation des présomptions de fait en particulier pour démontrer l'un des éléments les plus difficiles à démontrer dans un contexte d'incertitude : le lien de causalité³⁴³. Rappelons en effet que selon l'article 1382 (anciennement 1353) du Code civil³⁴⁴, « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ».

Surtout, ce système de présomptions s'applique en cas d'incertitude scientifique (générale ou abstraite) et juridique (spéciale ou concrète) du lien de causalité³⁴⁵.

Dans le premier cas, il s'agit de l'incertitude du lien causal entre un événement et un dommage envisagé de manière abstraite. Scientifiquement, cette causalité n'est pas toujours certaine. Par exemple, dans le domaine environnemental, si aujourd'hui, le lien causal entre

³⁴⁰ Arrêt du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica*, non encore publié au Recueil, §34.

³⁴¹ P. Brun, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, Thèse Grenoble 2, 1993.

³⁴² L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, Préf. L. Cadiet, RJS éd., 2010. V. aussi S. Amrani-Mekki, « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 1 et s.

³⁴³ Sur la preuve en droit de l'environnement, M. Hautereau-Boutonnet, « Le risque de la preuve en droit de l'environnement », préc.

³⁴⁴ Ancien art. 1353 du Code civil : « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ».

³⁴⁵ Sur ce rappel appliqué au changement climatique, v. M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Énergie-Environnement-Infrastructure*, 2018, n° 8/9, p. 56 et s.

certaines activités humaines et le réchauffement climatique ne fait plus aucun doute, ce n'était pas le cas il y a quelques années. Or, dans le domaine de la santé, parfaitement transposable à la complexité des litiges environnementaux, la cour de cassation admet que le doute sur la causalité scientifique n'empêche pas la preuve de la causalité juridique : la seconde peut être démontrée malgré l'incertitude de la première car la causalité juridique ne se confond pas avec la causalité scientifique. Ainsi, dans le contentieux du vaccin contre l'Hépatite B, pour faciliter la preuve du lien causal entre l'administration du vaccin et la sclérose en plaque, elle détache la causalité juridique de la causalité scientifique en admettant que les doutes concernant la première peuvent être dépassés par la preuve par présomption concernant la seconde. La solution fait d'ailleurs l'objet d'un soutien du côté de la CJUE. Récemment, s'agissant du contentieux de l'Hépatite B et en réponse à des questions préjudicielles posées par le juge français concernant l'interprétation de l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité pour fait des produits défectueux, elle n'a pas hésité à indiquer que le juge est autorisé à recourir à des présomptions du fait de l'homme pour apprécier la preuve de la causalité juridique malgré les doutes quant à la causalité scientifique³⁴⁶. Notons aussi que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Tatar contre Roumanie* du 27 janvier 2009 concernant le lien causal entre une exposition au cyanure et une affection respiratoire, malgré son incertitude scientifique, a admis la possibilité pour les États en présence d'éléments suffisants et convaincants³⁴⁷.

Reste que, dans un contexte d'incertitude scientifique trop importante, les présomptions seront rarement aptes à emporter la conviction du juge au sujet de la causalité juridique. Cela tient à ce que le Code civil exige que les présomptions qui ne sont point établies par la loi, doivent nécessairement être des « présomptions graves, précises et concordantes ». Illustrant les limites du recours aux présomptions en cas d'incertitude scientifique pour prouver le lien causal juridique, un arrêt de la Cour de cassation, du 18 mai 2011, est topique. Le litige était marqué par l'incertitude scientifique : des agriculteurs exploitaient un élevage bovin et porcin sur des terrains et dans des bâtiments situés à proximité d'une ligne à très haute tension et soutenaient que les champs magnétiques émis par les lignes électriques à haute tension étaient bien à l'origine de désordres sanitaires au sein de l'élevage. Invoquant le principe de précaution au titre de la preuve du lien de causalité, ils demandaient à l'exploitant des lignes à haute tension, indemnisation des préjudices matériels et économiques subis. Les juges d'appel

³⁴⁶ CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, *JCP* 2017, 808 G. Viney, et 1174, M. Bacache.

³⁴⁷ CEDH, n° 67021/01, *RJE*, 2010, p. 61, note J.-P. Marguénaud et S. Nadaud.

ont rejeté les demandes en raison de l'incertitude sur le lien de causalité entre les courants électromagnétiques et les désordres causés à l'élevage en considérant que : « il y a certes des indices quant à l'incidence possible des champs électromagnétiques (CEM) sur l'état des élevages mais auxquels s'opposent des éléments sérieux divergents et contraires et qu'il subsiste des incertitudes notables de telle sorte que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, il n'apparaît pas que l'existence d'un lien de causalité soit suffisamment caractérisé ». La Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « la Charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes »³⁴⁸. Autrement dit, le principe de précaution ne dispense pas de la preuve du lien de causalité. En cas d'incertitude scientifique, les victimes sont seulement autorisées à recourir aux présomptions pour démontrer le lien causal.

Quant à l'incertitude juridique qui concerne le lien causal envisagé de manière concrète, celui qui relie l'activité litigieuse aux dommages *in specie*, elle peut elle aussi conduire à l'utilisation des présomptions. Ainsi dans le domaine environnemental, le juge judiciaire a développé le système de preuve par la négative consistant à retenir le fait invoqué à défaut de toutes autres causes possibles. À titre d'exemples, le tribunal de grande instance d'Albertville a ainsi admis la réparation du dommage constitué par une mortalité anormalement élevée des abeilles au motif qu'« à défaut de toute autre cause, la mortalité des abeilles qui, au printemps, descendaient chercher le nectar dans des zones proches mais plus ou moins polluées et dangereuses, ne peut donc s'expliquer que par l'intoxication par le fluor³⁴⁹ », pendant que la cour d'appel de Caen admettait que les demandeurs ont bien démontré la cause de pollution invoquée doit être retenue dès lors « qu'une corrélation entre la mortalité des bovins et la pollution n'est pas exclue »³⁵⁰, le lien de causalité est établi (CA Caen, 13 janv. 2005).

³⁴⁸ Cass. 3^e civ., 18 mai 2011 préc.

³⁴⁹ TGI Albertville, 26 août 1975, *JCP* 1976. II. 18384, note W. Rabinovitch. Pour d'autres exemples, M. Boutonnet, Étude « Responsabilité environnementale », Lamy droit de la responsabilité civile.

³⁵⁰ CA Caen, 13 janvier 2005, Étude préc.

Précisons que ce système de présomptions qui se retrouve aussi dans un grand nombre de droits étrangers comme nous l'avait montré une précédente étude soutenue par le GIP concernant *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*³⁵¹, trouve là encore un soutien du côté de l'ordre de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet admis que les États pouvaient garantir une protection plus effective de l'environnement, en admettant dans un arrêt du 9 mars 2010, Raffinerie Méditerranée (ERG) SpA³⁵² que le lien de causalité pouvait, dans certaines conditions, se présumer. Dans cette affaire relative à l'application de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale, la Cour considère que le texte ne définit pas la manière dont le lien de causalité doit être établi et que cette définition relève ainsi de la compétence des États qui peuvent mettre en place une présomption réfragable de responsabilité en présence d'indices plausibles susceptibles de fonder sa présomption : critère de proximité, correspondance entre les produits polluants retrouvés et ceux utilisés par l'exploitant.

Toutefois, la complexité est parfois telle que les présomptions ont leurs limites. C'est le cas lorsqu'il est difficile d'exclure d'autres causes possibles. Ainsi, comme l'explique Mireille Bacache, c'est bien à cette difficulté que sera confronté le contentieux climatique concernant la responsabilité des entreprises énergétiques et les dommages invoqués par des demandeurs. Outre la nécessité d'établir que l'événement climatique en jeu (tel le rehaussement du niveau de la mer) résulte du réchauffement climatique et non d'une autre cause, il conviendra de démontrer que le dommage *in specie* est causé par cet événement et non d'une autre cause possible. Certes des indices pourraient être utilisés et même fixés par le juge, voire par le législateur³⁵³. Constatant que la CJUE dans son arrêt du 21 juin 2017³⁵⁴ les autorise à se fonder sur des indices d'ordre statistique, l'auteur affirme : « La méthode pourrait encore être envisagée dans le cadre des procès climatiques. Les sciences telles que la météorologie ou l'écologie reposent sur les statistiques et les modélisations ». Toutefois, elle conclut que « la méthode présente ses limites dans la mesure où face à des risques nouveaux la répétition des événements passés fait défaut, de sorte qu'il est difficile d'observer une fréquence statistique avant un certain laps de temps »³⁵⁵.

³⁵¹ Préc.

³⁵² CJUE 9 mars 2010, aff. C-378/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA et Syndial SPA c/Ministero dello Sviluppo economico e.a.*, Rec. p. 1919.

³⁵³ En ce sens, v. les exemples cités par M. Bacache en matière de santé et de nucléaire, préc., p. 58.

³⁵⁴ CJUE du 21 juin 2017, aff. C-621/15, *Sanofi Pasteur*.

³⁵⁵ Art. préc., p. 58.

Ainsi, l'on en retient que, en cas de trop grande incertitude abstraite et/ou concrète, les présomptions s'avèrent une solution limitée. La question est alors de savoir s'il est possible de faire appel à d'autres techniques pour contourner les difficultés de preuve.

B/ Le contournement des difficultés de preuve

D'emblée, pour remédier aux difficultés de preuve en cas de trop grande incertitude, en particulier du lien causal, la solution est la suivante : supprimer la preuve. Toutefois, rejetant cette possibilité (1), notre étude invite les demandeurs à déplacer l'objet de leur demande (2).

1) Le rejet de la dispense de preuve

On peut en effet se demander s'il n'est pas nécessaire, au nom de l'objectif de protection de l'environnement, de prévoir des cas dans lesquels le droit pourrait dispenser les victimes de la preuve. Cela reviendrait à poser des présomptions légales (ou des présomptions de droit) déterminant les conditions dans lesquelles malgré l'importance de l'incertitude scientifique, la causalité juridique doit être prouvée. Un tel mécanisme présenterait certes un intérêt dans le cas des activités dites « à risque ». Techniquement, cela est possible et certains droits étrangers l'admettent.

C'est ainsi que, comme le rappelle Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay dans cette étude, **aux Philippines**, le règlement pour les procès en matière environnementale prévu et approuvé par la Cour suprême en 2010 (« *Rules of Procedure For Environmental Cases* » élaboré par le « Sous-comité aux règles de procédures pour les affaires environnementales ») prévoit, au sein de dispositions consacrées à la preuve, que sur le fondement des actions dites générales, le doute doit bénéficier au droit constitutionnel à un environnement sain et au principe de précaution.

Toutefois, il nous semble que cette solution doit être écartée tant dispenser totalement les demandeurs d'apporter la preuve du lien de causalité s'avère un mécanisme très risqué.

Le but du « procès environnemental » n'est pas de déséquilibrer les droits des parties au nom de l'objectif de protection de l'environnement, mais de faire évoluer certaines règles du procès pour garantir un meilleur rétablissement du droit substantiel de l'environnement tout en tenant compte des intérêts des deux parties. L'application du droit de l'environnement ne

peut se faire au détriment du procès équitable. Pour reprendre les mots de Christophe Radé, « si la causalité juridique ne peut bien entendu pas se confondre avec la causalité scientifique, elle ne peut pas non plus s'en affranchir totalement »³⁵⁶. La CJUE ne dit pas autre chose lorsque, dans son arrêt du 21 juin 2017 précité, elle affirme que l'article 4 de la directive européenne ne permet pas au juge de retenir une présomption de droit. De ce fait, c'est vers une tout autre solution que l'étude propose de se tourner. Plus que de renforcer l'assouplissement de l'allègement de la charge de la preuve jusqu'à la supprimer, il s'agit de déplacer l'objet de la demande.

2) Le déplacement de l'objet de la demande

Nous ne reviendrons pas ici sur un contournement bien connu et parfaitement rappelé dans cette étude par Jean-Baptiste Perrier : la stratégie consistant pour les victimes à choisir le juge en fonction des règles gouvernant l'administration de la preuve et de se tourner ainsi vers le juge pénal pour alléger leur charge processuelle.

En complément, ce sont surtout les techniques moins connues relevant du droit substantiel qui ont attiré notre attention. Ce sont celles qui montrent qu'il est possible pour les demandeurs, de contourner les difficultés de preuve en modifiant légèrement leur demande et en choisissant des fondements juridiques facilitant la preuve. Il ne s'agit pas d'un contournement processuel mais substantiel. Des exemples peuvent être pris, selon notre étude, dans l'ordre interne et international, du côté du contournement de la preuve du dommage (a) et du lien de causalité (b).

a) Le contournement de la preuve du dommage

Face aux difficultés de prouver certains dommages, l'étude du droit français montre par exemple qu'il est possible de changer son fusil d'épaule en demandant réparation d'un autre type de dommage plus aisé à prouver. Le contentieux des antennes-relais est topique. Le risque en jeu étant ici encore très incertain, la réalisation d'un préjudice sanitaire pour les victimes ne va pas de soi. De ce fait, le contentieux a montré qu'il était plus judicieux pour les

³⁵⁶ C. Radé, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.* 2012, p. 116.

victimes d'invoquer un simple préjudice moral³⁵⁷ et surtout un trouble anormal de voisinage résidant dans l'absence de garantie de l'innocuité du risque³⁵⁸. Sur le fondement du trouble anormal de voisinage, l'appréciation du degré d'incertitude est moins importante. C'est le ressenti par rapport à la non-garantie de l'absence de risque qui prime. Autrement dit, en se concentrant sur la preuve du ressenti, les parties évitent d'avoir à apporter une explication scientifique plus affinée et, par là même, tentent de réduire le risque de succomber au procès en raison d'une trop grande incertitude scientifique³⁵⁹.

La preuve du préjudice écologique peut également être source de difficultés. Malgré la reconnaissance de sa réparation à l'article 1246 du Code civil à la suite de la loi Biodiversité du 8 août 2016, il demeure qu'il suscite des difficultés de preuve quant à sa réalité, sa consistance et à ses conditions de réparation. De ce fait, il se pourrait que certaines ONG – demandeurs à l'action – soient plus à même d'invoquer la réparation du préjudice moral résultant de l'atteinte à l'environnement, comme le montrait déjà le contentieux existant avant l'entrée en vigueur de la loi Biodiversité³⁶⁰.

Notons que ce contournement existe aussi dans certains systèmes étrangers. Comme nous l'avions déjà précisé dans le Rapport sur « Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé », c'est en ce sens que le droit japonais instrumentalise certains droits subjectifs, en particuliers le droit à la vie paisible. Face à la difficulté de prouver un dommage en cas d'incertitude scientifique, le juge accepte que certains demandeurs demandent réparation sur le fondement de la méconnaissance du droit à la vie paisible. Le raisonnement est le suivant : le fait de ne pas savoir si telle activité est créatrice de risque ou non entraîne la violation de ce droit. Rappelons que c'est en ce sens que, à l'occasion de ce même rapport, le Professeur Taro Nakahara affirmait : « Il est à noter que le recours à la notion du droit à la vie paisible sert à contourner subtilement l'obstacle à

³⁵⁷ Par exemple, CA Versailles, 4 févr. 2009, P. Jourdain, *RTD civ.* 2009. 327 ; M. Boutonnet, *D.* 2009. Point de vue. 499 ; *RCA* 2009, comm. 75, G. Courtieu ; v. aussi N. Reboul-Maupin et B. Mallet Bricout, *Panorama droit des biens, D.* 2009. 2300 ; TGI Nanterre, n° 07/02173, *D.* 2008. 916, note M. Boutonnet. V. déjà TGI Toulon, 26 mars 2006, *Dr. envir.* 2006. 164, note D. Deharbe et E. Hicter ; P. Stoffel-Munck, « La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution », *D.* 2009. 2817 ; P. Jourdain, « L'incidence du principe de précaution sur le trouble de voisinage », *RTD civ.* 2005. 146 ; M. Boutonnet, *D.* 2004. 2678.

³⁵⁸ CA Versailles, 4 févr. 2009, arrêt préc.

³⁵⁹ V. en part. Versailles, 4 févr. 2009, P. Jourdain, *RTD civ.* 2009. 327 ; M. Boutonnet, *D.* 2009. Point de vue. 499 ; *RCA* 2009, comm. 75, G. Courtieu ; v. aussi N. Reboul-Maupin et B. Mallet Bricout, *Panorama droit des biens, D.* 2009. 2300 ; TGI Nanterre, n° 07/02173, *D.* 2008. 916, note M. Boutonnet. V. déjà TGI Toulon, 26 mars 2006, *Dr. envir.* 2006. 164, note D. Deharbe et E. Hicter.

³⁶⁰ Sur cette confusion, Paris, 30 mars 2010, RG n° 08/02278, p. 438. V. *Envir.* 2010/10. Étude 14, *RLDC* 2010/73, M. Boutonnet ; L. Neyret, *D.* 210. Chron. 2238.

l'admission de la cessation de l'acte dommageable. L'incertitude scientifique est soi-même un élément bouleversant la vie paisible ; le droit à la vie paisible étant donc actuellement menacé, il s'agit effectivement d'une menace certaine au droit subjectif ; l'incertitude scientifique est ainsi internalisée dans la notion du droit subjectif »³⁶¹.

Notons aussi, dans ce registre, l'importance du rôle probatoire joué par les droits fondamentaux. Comme le rappelle Geneviève Viney, « il apparaît de plus en plus clairement aujourd'hui que l'idéologie des droits de l'homme a pénétré très profondément la conscience collective, de sorte que les juridictions nationales sont tout naturellement portées désormais, lorsqu'elles constatent une atteinte à un droit qu'elles considèrent comme fondamental, à ordonner la cessation de cette atteinte et même à indemniser la personne qui l'a subie, sans vérifier l'existence des conditions ordinaires de la responsabilité civile, notamment de la faute et du dommage »³⁶². Le droit français reconnaît à l'article 1^{er} de la Charte constitutionnelle de l'environnement que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de santé »³⁶³. En cas de méconnaissance, certaines victimes pourraient alors s'appuyer sur cette disposition, ou autres dispositions issues de la Convention européenne des droits de l'homme, pour demander aussi bien la réparation d'un préjudice moral sans en apporter la preuve – induit de la simple méconnaissance.

b) Le contournement de la preuve du lien de causalité

Au regard de certains fondements, c'est aussi la preuve du lien de causalité qui peut être évitée.

Le fondement des droits de l'homme joue encore ici un rôle important car, lorsque ceux-ci sont méconnus, ils peuvent permettre aux demandeurs d'en demander le rétablissement, sans avoir à démontrer le lien de causalité entre l'exercice d'une activité et certains dommages déterminés. Ils se révèlent ainsi parfaitement adéquates dans le contentieux environnemental lorsqu'il est difficile pour le demandeur de démontrer que certains dommages sont précisément imputables à l'activité d'une entreprise. C'est le cas en matière climatique qui

³⁶¹ T. Nakahara, « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », préc.

³⁶² G. Viney, *Introduction à la responsabilité civile*, préc., p. 125.

³⁶³ Sur la Charte de l'environnement, A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 4e éd., 2016, p. 158 et s.

manifeste déjà cette possibilité en matière de responsabilité des États³⁶⁴. Il faut ici se tourner par exemple vers l'affaire *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* portée devant un juge du Pakistan. Suite à une procédure de *Public Interest Litigation* engagée par un agriculteur³⁶⁵, le juge a considéré au regard du retard du gouvernement dans la mise en œuvre de la Convention-Climat au niveau national, que ce dernier avait violé les droits fondamentaux des citoyens pakistanais, en particulier le droit à la vie, à la santé et à un environnement sain. Or, la condamnation réside dans la simple violation de ce droit appréciée au regard du non-respect de certaines normes invitant à réduire les rejets de gaz à effet de serre.

L'obligation de diligence pourrait aussi avoir d'importantes conséquences probatoires, notamment dans l'ordre international. Cette obligation impose aux États de « prendre des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif »³⁶⁶. Comme l'explique Sandrine Maljean-Dubois dans cette étude, « la preuve doit être rapportée non pas de l'existence d'un risque, mais que l'État n'a pas mis en place le cadre législatif et réglementaire qui lui aurait permis d'être averti de celui-ci, d'en mesurer la probabilité et la gravité, et de prendre les mesures destinées à éviter qu'il se réalise. La preuve d'un tel manquement ne présente pas de difficulté particulière »³⁶⁷. L'intérêt est évident : les obligations de diligence étant des obligations de comportement, il n'y a plus à prouver l'existence d'un dommage mais simplement que l'État a manqué à ses obligations de comportement en ne prenant pas toutes les mesures qu'il aurait dû prendre »³⁶⁸. L'exemple pris par Sandrine Maljean-Dubois dans le champ du changement climatique est particulièrement parlant : « Imaginons un État du Pacifique A qui met en cause la responsabilité d'un État industrialisé B pour les dommages qu'il subit sur son territoire (montée des eaux et à terme disparition, événements météorologiques extrêmes...). En abordant ce contentieux sous l'angle de la diligence, A évite les problèmes délicats

³⁶⁴ Sur l'importance des recours fondés sur la revendication du respect de certains droits de l'homme et leur affinement dans le domaine climatique, v. not. C. Cournil, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, préc. ; « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », art. préc. ; v. aussi le rapport UNEP préc., p. 31.

³⁶⁵ *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, WP.No.25501/2014.

³⁶⁶ Commentaire du projet d'article B relatif à la prévention, Commission du droit international, Responsabilité internationale, 1995, vol II, 2^{ème} partie, p. 97, §4.

³⁶⁷ S. Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », Journée SFDI du Mans, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Pedone 2018. Voir également Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », in *Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, ed. D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville, J. E. Vinuales, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 929-948.

³⁶⁸ S. Maljean-Dubois, Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement, *op. cit.*

d'attribution à B du comportement des personnes privées et entreprises qui ont pour l'essentiel émis les gaz à effet de serre causant les changements climatiques. De même, A n'a plus à prouver la responsabilité de B dans les changements qu'il subit, mais plus simplement à établir que B ne s'est pas donné des objectifs de réduction des émissions suffisants »³⁶⁹. Le recours à la *due diligence* ne résout pas pour autant toutes les difficultés probatoires. La preuve de la causalité relative demeure problématique s'il s'agit de demander réparation du dommage. Mais ce n'est plus le cas lorsqu'il s'agit de demander la simple cessation du risque. Comme le conclut Sandrine Maljean-Dubois, cela ne constituera sans doute pas pour A une satisfaction appropriée, mais cela pourrait faire évoluer non seulement le comportement de B, mais aussi à terme celui de tous les grands émetteurs³⁷⁰.

Ainsi, on le voit, pour éviter de prouver des faits trop complexes, les demandeurs peuvent trouver des fondements plus adaptés. Certes, dans ce cas, l'action n'aboutit pas nécessairement à ce que voulaient obtenir en premier lieu les demandeurs. Si, parfois, il s'agira de renoncer à obtenir la réparation du préjudice écologique, cela impliquera aussi, avec le devoir de vigilance, de privilégier une demande de cessation d'un fait illicite au détriment de la réparation du dommage. Toutefois, face à la nécessité de préserver un équilibre entre les droits des parties, cette solution nous semble préférable à celle consistant à supprimer la preuve. Est-ce à dire que le procès ne puisse mener à l'application du droit de l'environnement en cas de trop grande complexité ? Rien n'est moins sûr car il est possible de recourir à des techniques qui, en éclairant le juge et les parties sur le niveau d'incertitude scientifique en jeu, permettent aux demandeurs de mieux convaincre également sur la base de présomptions et au juge de mieux juger en connaissance de cause. De ce fait, si l'étude ne soutient pas le renforcement de l'allègement de la preuve, en revanche et en remède, elle plaide pour un recours amélioré à l'expertise scientifique.

Le contentieux climatique : un laboratoire de la complexité

L'observation du contentieux climatique montre combien la complexité du litige s'accorde mal avec les règles gouvernant la résolution des litiges en matière de preuve. C'est particulièrement le cas s'agissant des litiges mettant en jeu la responsabilité des entreprises. Au regard de différentes affaires déjà jugées ou en cours (C. Cournil et L. Varison dir., *Les procès climatiques, entre le national et l'international* préf. M. Delmas-Marty, éd. A. Pedone, 2019 ; C. Huglo, , *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant 2018), l'on note que lorsque

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

L'objectif des demandeurs est d'obtenir la réparation de leurs dommages, la complexité du litige peut y nuire. Il règne en effet une importante incertitude scientifique en ce qui concerne les causes et les effets du changement climatique. D'un côté, il ne fait plus de doute, grâce aux résultats du GIEC, que les activités humaines contribuent au réchauffement climatique et qu'elles peuvent provoquer des événements climatiques extrêmes ou la hausse du niveau des mers. D'un autre côté, il est plus difficile de déterminer, non seulement si ces activités sont à l'origine des dommages précis subis en l'espèce par les demandeurs, tant ces derniers pourraient être dus à d'autres causes, mais aussi, à supposer que ce soit le cas, si ces dommages ne sont pas dus à un cumul de causes, anthropiques et naturelles, et, s'agissant des causes anthropiques, quelles sont précisément les activités humaines qui ont causé les dommages. Or, l'incertitude entourant ces données a des conséquences sur l'ouverture et/ou l'issue du procès, selon les conditions exigées par les différents droits pour obtenir réparation des dommages. Alors qu'elle peut nuire à la preuve de l'intérêt à agir en droit américain (not. *Native Village of Kivalana and City of Kivalana v. Exxon Mobil corporation et al.*, req. n° C 08-1138 SBA) et empêcher alors l'ouverture du procès, elle peut constituer un obstacle à la preuve du lien de causalité, condition exigée par l'ensemble des droits internes de la responsabilité civile (*Comer v. Murphy Oil USA*, 5th Cir., 12 nov., 2013, n° 12-60291 ; Landgericht Essen, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 2 O 285/15, 15 déc. 2016). Laboratoire d'expérience de la complexité, le contentieux climatique permet ainsi d'observer l'accueil que lui réserve et peut ou pourrait lui réserver les règles gouvernant la résolution du litige civil (sur ce dev. v. L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises », in *Les procès climatiques*, ouvrage préc. ; M. Bacache, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015, n°8/9, p. 56 ; F.-G. Trébulle, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015, n°8/9, p. 20 ; L. D'Ambrosio, « La responsabilité climatique des entreprises : une première analyse à partir du contentieux américain et européen », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015, n°8/9, p. 39).

D'abord, il invite à s'interroger sur la manière dont ces règles traitent de la portée de l'incertitude scientifique sur la preuve, en l'occurrence de celle de la causalité. Pour s'en tenir au droit français, il s'agit d'apprécier le rôle que peuvent jouer les présomptions comme technique de déplacement de l'objet de la preuve. Cela n'est pas anodin dans une vision globale du droit car, selon les réponses données par les différents droits, il pourrait être intéressant pour certains demandeurs d'exercer leur action devant un juge plus à même de répondre à leurs demandes. L'on verrait apparaître un *forum shopping* dans le contentieux climatique.

Ensuite, il invite à se demander quelle place accorder à l'expertise en tant que moyen de preuve pour les parties pour convaincre le juge et comme outil d'éclairage pour le juge pour juger en connaissance de cas. Ici les procès montrent toutes les formes possibles de l'expertise. D'un côté, les parties tentent de convaincre le juge en invoquant dans leurs demandes l'expertise fournie par le GIEC – un organisme intergouvernemental – et, de plus en plus, celle issue de rapports commandés par des organismes privés, à l'instar du rapport dirigé par Richard Heede (scientifique et directeur du *Climate Accountability Institut*) qui publié dans un premier temps en 2013 et depuis 2017 le fruit d'une collaboration avec l'association *Climate Disclosure Project* (<https://b8f65cb373b1b7b15feb-c70d8ead6ced550b4d987d7c03fcd1d.ssl.cf3.rackcdn.com/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1499691240>). Ce rapport, qui fournit des données quant à la contribution des entreprises au changement climatique, a d'ores et déjà été invoqué par les parties dans l'affaire *Lliuya c. RWE* porté devant un juge allemand le 30 novembre 2017 (Cour d'appel de Hamm, v. aussi Tribunal de Essen, 15 décembre 2016 : <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluiya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>) et dans l'affaire *Greenpeace Southeast Asia* portée devant la Commission des droits de l'homme aux Philippines le 22 septembre 2015 (<http://climatecasechart.com/non-us-case/in-re-greenpeace-southeast-asia-et-al/>).

Notons aussi l'importance des *amicus curiae*. Dans un grand nombre de procès, les demandeurs joignent à leurs demandes, l'avis de certaines autorités dans le champ certes scientifique, mais aussi moral et surtout juridique. Les professeurs de droit, en soutien aux victimes, n'hésitent pas à rappeler aux juges l'ensemble des fondements qu'il pourrait appliquer. L'on pense ici à l'avis du *Sabin Center For Climate Change Law* donné en tant qu'*amicus curiae* pour appuyer la demande

d'investigation de Greenpeace dans l'affaire portée devant Commission des droits de l'Homme des Philippines. D'un autre côté, ce sont les juges qui s'adressent aux experts pour mieux comprendre. Alors que certains, comme le juge américain, n'hésitent pas à demander à chacune des parties de leur proposer le nom d'un expert susceptible de leur fournir un éclairage sur les causes et effets du changement climatique sous forme de tutorial avant l'ouverture du procès (v. le tutorial devant le *Northern District Court of California* en mai 2018, affaire *People of the State of California v. BP and al.*, <http://climatecasechart.com/case/people-state-california-v-bp-plc-oakland/>), d'autres préfèrent nommer l'expert de leur choix pour déterminer si, sur le fond, l'entreprise pourrait être considérée comme responsable. C'est le cas du juge allemand qui, face aux discordances scientifiques des deux parties, a nommé un expert à qui il incombe de répondre à des questions précises et qui lui permettront, selon les réponses apportées, de traiter oui ou non du litige (CA Hamm, *Saul Luciano Lliuya v. RWE*, 30 novembre 2017, 2 O 285/1520).

Enfin, le contentieux climatique invite à s'interroger sur le contournement des difficultés de preuve. Face à l'impossibilité de prouver le lien de causalité, l'on constate que certains demandeurs changent leur fusil d'épaule et modifient le fondement de leurs actions. Dans ce cas les victimes préfèrent demander au juge d'imposer au défendeur une injonction pour prévenir les dommages. Certes, l'obstacle de la preuve de l'intérêt à agir peut persister et mettre fin à tout espoir (*Supreme court of the United States, American Electric power Company, Inc., et Al., Petitioners, v. Connecticut et Al.*, 564 U.S, n° 10-174, June 20, 2011). Toutefois, dans les droits plus à même de recevoir l'action des victimes, certains fondements peuvent permettre, dès lors que les demandeurs démontrent leur méconnaissance, d'obtenir la cessation du fait illicite. C'est aujourd'hui le cas du fondement des droits de l'homme et du devoir de vigilance. Si la première technique est actuellement à l'œuvre dans l'affaire en cours *Greenpeace Southeast Asia préc.*, elle a déjà connu un certain succès en permettant la condamnation de l'État pakistanais dans l'affaire *Leghari (Asghar Leghari v. Federation of Pakistan, WP.No.25501/2014)*. Quant à la vigilance ou, selon les droits, le *duty of care*, après avoir permis la condamnation des Pays-Bas, elle pourrait porter ses fruits dans le contentieux mettant en jeu les entreprises. Sur le fondement du *duty of care* reconnu dans les pays de *Common Law* ou du devoir de vigilance consacré par le législateur en droit français, l'entreprise défenderesse serait appelée à modifier son comportement pour prendre en compte le risque climatique, avant la réalisation d'un dommage. En ce sens, certaines associations et collectivités françaises annoncent vouloir engager une action contre l'entreprise Total afin qu'elle établisse et mette en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Et là encore, selon les réponses des juges et en raison du caractère global du risque climatique, le contentieux climatique pourrait conduire à un *forum shopping*...

Section 2 – Le recours à l’expertise scientifique : une amélioration possible

Traditionnellement, l’expertise s’entend de la possibilité de recourir, lors de l’instance, aux lumières d’un sachant afin que ce dernier apporte un éclairage sur certains faits, soit qu’elle soit demandée par les parties et/ou diligentée par le juge, soit qu’elle soit un appui à la preuve apportée directement par les parties et soumise alors à l’appréciation du juge³⁷¹. Dans tous les cas, l’expertise scientifique est ici généralement conçue comme externe à la formation de jugement. Sur ce point, l’étude montre que des lacunes existent et nuisent à la possibilité pour le juge d’être parfaitement éclairé sur les données du litige pour juger en connaissance de cause. À l’analyse, pour affronter la complexité des faits du litige, il conviendrait ici d’encourager le recours à une expertise plus convaincante, car davantage procéduralisée. Surtout, l’étude montre que dans certains pays, la solution à ce besoin d’expertise a pu aboutir à l’internalisation de celle-ci. La question est alors de savoir, à partir des exemples étudiés, dans quelle mesure la spécialisation des juges peut être une réponse satisfaisante au besoin d’expertise scientifique et technique propre aux contentieux environnementaux. Sur ce point, l’étude montre que, outre que le recours à l’expertise externe pourrait être améliorée par la voie de sa procéduralisation (§1), le recours à l’expertise interne par la spécialisation des juges représente un atout méritant de réfléchir à son importation en droit français (§2).

§ 1 – L’expertise externe à la formation de jugement : l’intérêt de la procéduralisation

Le recours à l’expertise est un élément clé des différents systèmes probatoires et un élément déterminant dans l’issue des litiges environnementaux. Comme des contentieux sanitaires d’ailleurs. Que l’on songe, en dehors du cas français³⁷², aux affaires relatives aux bovins élevés aux hormones tranchées par l’Organe de règlement des différends de l’OMC³⁷³ ou à la façon dont le juge néerlandais s’appuie sur les rapports du Groupe d’experts intergouvernemental sur l’évolution du climat (GIEC) pour mettre à la charge de l’État un

³⁷¹ Sur les formes de l’expertise dans le domaine environnemental, v. E. Truilhé-Marengo (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier 2011 ; *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, La documentation Française, 2010.

³⁷² O. Leclerc., *Le juge et l’expert, Contribution à l’étude des rapports entre le droit et la sciences*, LGDJ, T. 443, 2003.

³⁷³ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R et WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R ; *Etats-Unis – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/R du 31 mars 2008. L’OMC et les risques sanitaires : réflexions autour du rapport de l’Organe d’Appel dans l’affaire Hormones II, *RJE*, 2010, n° 2.

devoir de *due diligence* dans l'affaire *Urgenda*, condamnant l'État néerlandais pour sa carence en matière de lutte contre le changement climatique³⁷⁴. Ces contentieux sont caractérisés par l'incertitude et le risque, ils sont en conséquence marqués par la difficulté de juger. Dès lors ici, le recours de plus en plus fréquent à l'expert relève du paradoxe : la haute teneur scientifique des décisions impose presque systématiquement un recours à l'expert alors que, dans le même temps, l'incertitude scientifique couplée au fort enjeu politique entourant la décision complexifie l'utilisation de l'expertise. Il s'agit finalement pour le juge de « réussir là où la science a échoué »³⁷⁵. Pour cette raison, nous avons cherché à déterminer comment encadrer au mieux le recours à l'expert dans ces litiges.

S'agissant d'« un objet construit et modelé par les juristes suivant les rationalités successives de chaque époque, suivant la façon dont chaque époque répond (...) à la question du rôle du juge dans la recherche de la vérité, et à la question de la relation du droit et du fait », les règles probatoires informent sur les « régimes de vérité » dont une société se dote à un moment de son histoire³⁷⁶. Elles varient fortement d'un ordre juridique à l'autre, aussi bien dans leur forme que dans leur contenu. Il en va de même pour les règles qui encadrent le recours à l'expert. Elles peuvent être minutieuses ou elliptiques sans d'ailleurs que cela ne préjuge du recours plus ou moins important qu'en feront les juges concernés. On sait que les deux modèles juridictionnels, le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire, se différencient par la manière dont ils conçoivent la recherche de la vérité³⁷⁷. On sait aussi qu'aucun de ces deux modèles ne se réalise de façon mécanique et qu'ils sont tous les deux probablement dépassés au profit d'une discussion plus générale sur les pouvoirs du juge³⁷⁸. Il n'empêche, les différences entre les deux systèmes restent marquées. En *Civil Law*, c'est le juge qui nomme l'expert et qui est donc garant de sa qualité. En *Common Law*, les experts sont désignés par les parties, qui ont donc la faculté de contester l'expertise présentée par l'autre partie. Le rapport d'expertise est un moyen de preuve parmi les autres et la solidité des connaissances et des techniques expertales est discutée devant le juge. Dans le système américain en revanche, sans sélection préalable, c'est au cours du procès à travers le jeu du

³⁷⁴ Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas.

³⁷⁵ A. Flueckinger, La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, p. 112.

³⁷⁶ E. Jouannet, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in H. Ruiz Fabri J.-M. Sorel (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, collection Contentieux international, 2007, p. 239.

³⁷⁷ E. Jouannet, *op. cit.*, p. 240.

³⁷⁸ E. Jouannet, *op. cit.*, p. 240.

contradictoire et l'examen de la recevabilité de l'expertise par le juge lui-même³⁷⁹ mais aussi par les parties que la compétence et l'impartialité de l'expert doivent être prouvées ou mises en doute. Les juridictions internationales s'apparentent plutôt à ce deuxième modèle, sans en avoir toutes les caractéristiques. C'est en tout cas devant celles-ci que nous avons pu constater que le recours à l'expert pose les difficultés les plus grandes.

Un projet de recherche antérieur³⁸⁰ avait mis en lumière une forme d'« européanisation » des règles du procès. Sous l'égide de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales³⁸¹ les opérations d'expertise sont entrées dans la sphère du procès équitable. La diffusion d'un modèle d'expertise en situation d'incertitude scientifique était en cours. Nous ne reviendrons pas dans le cadre de ce rapport sur des éléments connus touchant aux règles qui président au choix des experts (excellence, indépendance etc.). De même, nous ne reviendrons pas sur les difficultés liées à la qualité des experts et au coût de l'expertise. Comme l'ont parfaitement mis en évidence les membres du Rapport Jégouzo relatif à la réparation du préjudice écologique³⁸², il conviendrait d'améliorer la compétence des experts inscrits sur la liste nationale mise à disposition du juge et des parties en diversifiant les compétences exigées dans le domaine environnemental. Ici, en poursuivant la réflexion, il nous semble que l'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable, mise en place en 2009, aurait tout son rôle à jouer. Chargée d'émettre des avis, rendus publics, sur les évaluations des impacts sur l'environnement des grands projets et programmes, qui relèvent d'une décision de l'État (ou directement pilotés par lui ou un de ses opérateurs), et sur les mesures de gestion visant à éviter, atténuer ou compenser ces impacts aurait tout son rôle à jouer, elle pourrait avoir pour compétence supplémentaire de donner un avis sur les compétences des experts et/ou, pour des raisons financières, mettre à disposition certains experts³⁸³.

En revanche, nos travaux ont fait apparaître des voies permettant une meilleure utilisation de l'expertise scientifique, une utilisation permettant au juge de trancher le litige en étant le mieux éclairé possible, y compris en contexte d'incertitude ou d'instabilité des données produites. Elles consistent à inviter les juges à décider en appréciant la validité de l'expertise

³⁷⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U. S. 579 (1993).

³⁸⁰ La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, Rapport Mission de recherche Droit et Justice, mars 2010.

³⁸¹ CEDH, 18 mars 1997, aff. 8/1996/627/810, *JCP*, G, 1998, I, 107, n° 24 note Sudre.

³⁸² http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf

³⁸³ <http://www.cgedd.developpement-durable.gouv.fr/presentation-r169.html>

(A) et à se forger leur opinion au regard, en particulier, de la procéduralisation en son sein du débat scientifique (B).

A/ Apprécier la validité d'une expertise

Le principe de précaution a progressivement renouvelé les liens que le juge entretient classiquement avec l'expertise scientifique³⁸⁴, poussant ce dernier à devoir devenir juge de la validité des énoncés scientifiques. Face à des risques incertains, il est fréquent que les données produites, notamment par les parties, ne soient pas issues des opinions scientifiques les plus représentatives. Comme l'a affirmé l'Organe de règlement des différends dans l'affaire dite des « Hormones »³⁸⁵, des « gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir en toute bonne foi à la lumière d'un point de vue scientifique divergent émanant d'experts scientifiques qualifiés et respectés »³⁸⁶. Cela conduit le juge, les juges, à se livrer à une appréciation de la validité des données produites.

En 1993, la Cour Suprême des États-Unis avait ouvert la voie, dans l'affaire *Daubert*, en invitant les juges à vérifier si la méthodologie, le raisonnement des experts qui interviennent au procès présentent les garanties scientifiques suffisantes. Pour cela la juridiction suprême a indiqué aux juges qu'il leur fallait vérifier si la théorie/technique a été testée, si elle a été soumise à l'évaluation par les pairs, si elle présente un taux d'erreurs connu et enfin si elle est communément reconnue parmi la communauté scientifique³⁸⁷. L'avis rendu n'était pas un avis sur la science mais sur la pertinence juridique de la science. Si le juriste qui n'a pas qualité pour qualifier le caractère « scientifique » d'un énoncé, car cela relève du consensus de la communauté scientifique, il peut et doit statuer sur ce qui est « acquis » scientifiquement car c'est une question de droit.

³⁸⁴ En ce sens : C. Noiville, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in : *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, E. Truilhé (dir.), La documentation française, 2010.

³⁸⁵ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998.

³⁸⁶ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998, § 186.

³⁸⁷ R. Encinas de Munagorri, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis », *RIDC*, vol. 51, n° 3. juill.-sept., pp. 621-632.

Des travaux antérieurs³⁸⁸ nous ont appris que n'ayant pas les moyens d'apprécier la valeur des données scientifiques produites, le juge peut décider de pratiquer un contrôle étendu sur le respect des conditions procédurales applicables à la mesure contestée : respect des exigences en matière d'évaluation des risques, respect du principe de proportionnalité, respect des délais, respect du principe du contradictoire... Qu'il s'agisse des données apportées par les parties, par les experts ou par des amis de la Cour, l'analyse des jurisprudences rendues dans les différents ordres juridiques nous porte à croire que le meilleur moyen pour le juge d'évaluer des données scientifiques c'est de les « procéduraliser », en leur « imposant les règles fondamentales de la procédure qu'il maîtrise »³⁸⁹.

B/ Procéduraliser le débat scientifique

Plusieurs exemples de procéduralisation de la science peuvent être pris, qui pourraient sans doute servir de modèle pour les différents ordres juridiques, lorsqu'ils sont confrontés à des contentieux particulièrement complexes. Il faut distinguer entre deux types d'expertises procéduralisées : soit la procéduralisation peut avoir lieu dans le procès (1), soit hors procès (2). Dans les deux cas, elle conditionne la qualité d'une expertise et peut permettre au juge de mieux juger en connaissance de cause.

1) La procéduralisation dans le procès

La diffusion progressive de la procédure appelée « *Concurrent evidence* »³⁹⁰ peut à ce titre faire office de modèle d'expertise procéduralisée pour les contentieux particulièrement sensibles ou hautement techniques. Mise en place dans certaines provinces australiennes à l'initiative d'une juridiction puis étendue à d'autres systèmes juridiques (Grande-Bretagne, Hong Kong, Japon³⁹¹). Dans ce système qui prend clairement acte de l'importance capitale de l'expertise pour l'issue de certains litiges, les experts sont nommés à titre individuel, pour chaque affaire. Ils commencent par rendre chacun leur rapport. Puis, les éléments d'accord et

³⁸⁸ E. Truilhé-Marengo, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, Bruxelles, 2011, 358 p.

³⁸⁹ G. Deharo, « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *Journal International de Bioéthique*, 2006, 1-2, vol. 17, pp. 33-54

³⁹⁰ P. McClellan, *Medicine and Law Conference keynote address: Concurrent Expert Evidence*, 2007, p.19, [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/\\$file/mcclellan291107.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/$file/mcclellan291107.pdf). Voir également : http://www.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciMcClellan_New%20Methods%20with%20Experts%203-9_cropped.pdf

³⁹¹ Au printemps 2017, avons eu l'occasion d'interroger le professeur T. Hondou (Tohoku University), physicien expert auprès des tribunaux au Japon, sur les modalités de mise en place de la procédure.

de désaccord entre les experts désignés sont consignés dans un rapport commun discuté par les experts eux-mêmes au cours d'une réunion présidée par le juge et pendant laquelle celui-ci comme les avocats peuvent les questionner. Un consensus doit se dégager sur les points d'accord et de désaccord et c'est sur le fondement de ce consensus que le juge tranche. En procéduralisant le dialogue entre les scientifiques, cette procédure permet sans doute au juge de se faire une idée plus précise de la validité scientifique des données avancées : elle est donc particulièrement adaptée aux contentieux environnementaux ou sanitaires.

Un tel ordonnancement des expertises scientifiques devrait et pourrait sans doute être importé dans le système français qui présente une réelle insuffisance pour ce qui concerne les contentieux environnementaux ou sanitaires les plus sensibles. En droit français, la question de la compétence de l'expert est « pré-réglée »³⁹² par l'instauration d'un système d'inscription sur des listes et ne sera contestée que de manière marginale. Les entretiens réalisés au cours de la recherche, auprès de magistrats et d'avocats spécialisés, montrent déjà que trouver un expert compétent dans un contentieux donné, s'il est très technique, peut s'avérer très difficile. Mais dans les contentieux marqués par une forte controverse scientifique, rien n'est spécifiquement prévu pour permettre au juge de trancher en connaissance de cause. Expérimenter une procédure *ad hoc* sur le modèle de la *concurrent evidence* nous paraît être une nécessité. L'on se demande ainsi si elle n'aurait pas eu sa place en particulier dans le contentieux des antennes-relais tant celui-ci mettait en scène des données scientifiques d'une grande complexité sur la base d'une diversité de rapports et d'experts. De même, ce type d'expertise pourrait avoir son rôle à jouer en matière d'évaluation du préjudice écologique en raison des éléments potentiellement contradictoire sur l'importance de l'atteinte à la biodiversité. Demain, c'est aussi le contentieux climatique qui pourrait être concerné en ce qui concerne la preuve de la causalité concrète. Ainsi la procéduralisation du débat scientifique devant le juge pourrait l'aider à mieux apprécier le litige pour juger en connaissance de cause.

2) Une procéduralisation hors procès

La procéduralisation du débat scientifique existe aussi en dehors du procès. Attestant la qualité de l'expertise, elle peut alors être invoquée par les parties pour leur permettre de

³⁹² O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, op. cit., p. 199.

convaincre plus fortement le juge et au juge d'être mieux éclairé pour mieux juger. C'est ici le modèle de l'expertise provenant du **Groupe intergouvernemental d'expert sur le changement climatique (GIEC)** qui mérite l'attention. Elle est particulièrement utilisée dans les contentieux climatiques, à la demande des parties et/ou pour asseoir la solution du juge. Dans ce secteur, les données produites par le GIEC occupent une place centrale, faisant figure de référence, de donnée scientifique non controversée fondant la décision. Cette situation est souvent le fait des demandeurs qui invoquent à l'appui de leurs demandes les rapports du GIEC. Dans l'affaire *Urgenda* déjà citée³⁹³, le juge qui condamne l'État néerlandais pour sa carence en matière de lutte contre le changement climatique, commence par dire que l'affaire est marquée par la complexité scientifique et reconnaît ne pas avoir les compétences nécessaires dans le domaine³⁹⁴. Il s'appuie ensuite sur les rapports du GIEC pour mettre à la charge de l'État néerlandais un devoir de *due diligence*³⁹⁵. Et ce, de façon assez détaillée dans les paragraphes 4.11 à 4.22. L'empreinte des rapports du GIEC est aussi marquée dans l'arrêt rendu en appel en octobre 2018³⁹⁶. Dans l'affaire *Ashgar Leghari contre Pakistan*, tranchée en 2015, la Cour de Lahore³⁹⁷ fait référence dans sa décision aux travaux du GIEC en ce qui concerne les crues des fleuves et les événements climatiques extrêmes³⁹⁸. Dans une affaire irlandaise concernant de nouvelles pistes pour l'aéroport de Dublin³⁹⁹ le juge commence aussi par annoncer que les parties se sont référées au rapport de synthèse produit par le GIEC en 2014. Et il reproduit textuellement de longs passages sur les effets des avions sur les émissions de gaz à effet de serre. Un exemple plus récent peut être pris avec la requête déposée le 24 mai dernier devant le Tribunal de l'UE par onze familles contre la politique climatique de l'Union européenne (UE), accusant le législateur européen de ne pas lutter suffisamment efficacement contre les changements climatiques. La requête évoque à propos du lien entre les émissions de gaz à effet de serre et la hausse des températures la preuve scientifique « universellement acceptée », le large consensus scientifique émanant du

³⁹³ Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c/ Pays-Bas*.

³⁹⁴ 4.3. *The court faces a dispute with complicated and "climate-related" issues. The court does not have independent expertise in this area and will base its assessment on that which the Parties have submitted and the facts admitted between them. This concerns both current scientific knowledge and (other) data the State acknowledges or deems to be correct. Many of these data are available under section 2 of this judgment ("The facts")*.

³⁹⁵ Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c/ Pays-Bas*.

³⁹⁶ Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, *Pays-Bas c/ Fondation Urgenda*, https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf

³⁹⁷ Dans l'affaire *Ashgar Leghari v Federation of Pakistan*, 2015, WP No 25501/2015 (*Lahore High Court Green Bench*) (Pakistan).

³⁹⁸ Point 9 de l'arrêt.

³⁹⁹ The Hight court, 21 novembre 2017, 201 JR, §204.

GIEC⁴⁰⁰. L'on pourrait multiplier les exemples dans lesquels les rapports du GIEC sous-tendent la décision rendue, que ce soit explicitement ou non. Et souvent sans justification particulière.

La légitimité et la validité des travaux semblent donc largement admises comme des données scientifiques probantes. Ici sa procéduralisation y est pour beaucoup. Bien sûr il y a la compétence scientifique reconnue de ses membres. Mais il y a également leur représentativité : la diversité des points de vue et compétences scientifiques, techniques et socio-économiques, des origines géographiques, à la parité hommes/femmes, à l'équilibre entre spécialistes expérimentés et juniors etc. En effet, le rôle joué par les procédures d'adoption des énoncés est central. Le GIEC est un organe qui a vocation à faire apparaître un consensus scientifique (c'est sans doute là l'essentiel), à travers un processus fortement encadré, un organe qui n'est donc pas uniquement scientifique mais à mi-chemin entre organe scientifique et politique. Plusieurs documents régissent actuellement le recours à l'expert dont les « Principes relatifs au travail du GIEC » qui régissent à la fois : le choix des experts bien sûr, mais aussi, les conflits d'intérêts⁴⁰¹, l'évaluation par les pairs⁴⁰², la communication concernant l'incertitude des énoncés...⁴⁰³. La parenté avec le respect des droits de la défense, la publication des avis dissidents, la question préjudicielle ou le double degré de juridiction est patente et finalement on peut se dire que c'est l'ordonnancement juridictionnel qui a inspiré l'organisation de l'expertise climatique. Ceci explique sans doute le crédit accordé par les différents juges aux travaux du GIEC.

⁴⁰⁰ « *This evidence is drawn from official documents, and scientific and economic studies, mostly from the universally accepted Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC* »

There is a broad scientific consensus as to the direct causal link between the emission of GHGs, increases in average temperatures, and changes in the climate. As set out below, the EU has accepted the fundamental conclusions of this scientific research. The volume of the learned scientific research is enormous; what follows here is a high-level summary of key points most relevant to these applications. The plaintiffs submit as overall evidence of climate change, the corresponding science and findings the two most recent synthesis reports of the IPCC. These are from and these findings and facts. Scientific findings apart from the IPCC reports are only referred to in as much as they were not taken into account by the IPCC or / and reflect more recent or more detailed findings ». universally accepted Intergovernmental Panel on Climate Change (the 'IPCC').

⁴⁰¹ Une « Décision relative aux conflits d'intérêts » a été adoptée en 2011. Une procédure de déclaration d'intérêts a été mise en place avant et après la désignation des experts et des membres des organes de direction du GIEC.

⁴⁰² Depuis 1999, les pré-rapports sont adressés à deux experts indépendants c'est-à-dire n'ayant pas participé à l'adoption des pré-rapports et devant être des spécialistes ayant à leur actif de nombreuses publications dans les domaines visés.

⁴⁰³ Depuis 2005, un cadre de référence est établi pour le traitement de l'incertitude à l'intention des trois Groupes de travail. IPCC 2005, *Guidance Notes for Lead Authors of the IPCC Fourth Assessment Report on Addressing Uncertainties*).

L'on en conclut que l'expertise issue d'un système procéduralisé, invoqué dans l'argumentaire des parties ou mis en place lors du procès, est un gage de qualité qui peut permettre au juge de mieux comprendre les tenants et aboutissants du litige de nature complexe. Si le modèle du GIEC devrait alors être reproduit en ce qui concerne d'autres problématiques environnementales faisant l'objet de contentieux, le modèle de la *concurrent evidence* devrait être diffusé dans l'ensemble des ordres. Reste à savoir s'il faut aller plus loin en créant un système d'expertise interne.

L'*Amicus curiae* dans le procès environnemental

En ce qu'il a parfois pour objectif d'apporter des données scientifiques au juge, l'*amicus curiae* mérite également l'attention. Littéralement, ami de la Cour, l'*Amicus Curiae* est une procédure connue par différents droits internes qui permet à un tiers de faire-valoir son point de vue au cours de l'instance sans y être partie. Selon Jean Salmon il s'agit d'une « notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit »⁴⁰⁴. Des données scientifiques relatives au litige peuvent donc être apportées au juge par cet intermédiaire. Or, l'admission d'*amicus curiae* varie fortement d'une juridiction à l'autre, sans que l'on puisse imaginer un encadrement uniforme de cette pratique. Ainsi, les tribunaux qui ne sont pas essentiellement réservés au règlement des différends entre États se sont avérés être plus ouverts à cette pratique que des tribunaux tels que la CIJ et le TIDM. Le juge de l'OMC, on le sait, a une attitude très réservée concernant les mémoires d'*amicus curiae*, usant du pouvoir discrétionnaire que lui offre l'article 13 du *Mémorandum*, il a fixé sa jurisprudence dans l'affaire « *Crevettes* »⁴⁰⁵ affirmant « qu'il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés » et précisant qu'un Groupe spécial « a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés »⁴⁰⁶. Dans l'affaire « Produits biotechnologiques », qui soulevait des questions scientifiques hautement controversées et des enjeux sociétaux aigus, trois mémoires émanant d'universitaires⁴⁰⁷ et d'ONG⁴⁰⁸ ont été déposés. Ne se départissant pas de sa position, le Groupe spécial en a accepté la soumission, sans tenir compte des mémoires dans l'élaboration de sa décision et sans justifier cette décision⁴⁰⁹. Il ne nous semble pas pour cette raison utile de faire une étude plus exhaustive de la pratique. Il suffira de dire que le fait d'accepter ou non des mémoires d'*amicus* mais plus encore le fait d'en tenir compte ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Il en va de même pour les consultations plus ou moins informelles auxquelles le juge peut avoir recours.

§ 2 – L'expertise interne à la formation de jugement : l'intérêt de la spécialisation des juges

⁴⁰⁴ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, pp. 62-63.

⁴⁰⁵ Sur cette question voir notamment : H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, n° 4, pp. 897-930 ; B. Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n° 2, 257-303, p. 259 ; M. Zambelli, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *RIDE*, 2005, n° 2, 197-218.

⁴⁰⁶ *Prohibitions à l'importations de certaines crevettes et de produits à base de crevettes*, Rapport de l'OA, WT/DS58/AB, 12 octobre 1998, §§ 104 et 108-109.

⁴⁰⁷ Professeurs des universités suivantes : Harvard, Université de l'État du Michigan, Université de Lancaster.

⁴⁰⁸ § 7.10.

⁴⁰⁹ § 7.11.

Face aux difficultés qui caractérisent le recours à un ou des experts extérieurs, celle notamment qui concerne le choix d'un expert qui soit à la fois compétent et indépendant, l'institutionnalisation d'une expertise « interne » au Tribunal apparaît être une solution adéquate permettant à la formation de jugement de rendre une décision plus éclairée. L'on pourrait, en théorie, se cantonner au recrutement d'experts au sein des différentes juridictions. En pratique, une telle idée ne semble pas réaliste, tant il serait difficile et surtout coûteux de recruter de façon permanente des experts spécialisés dans chacune des disciplines scientifiques potentiellement nécessaires à la résolution des litiges variés dont les juridictions sont saisies. C'est pourquoi l'internalisation de l'expertise suppose en réalité au moins la spécialisation des juridictions et donc des juges eux-mêmes, comme l'avait déjà proposé le rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique. Certes, il ne s'agit pas ici de faire des juristes des scientifiques, mais de leur offrir une spécialisation à la fois dans le champ du droit de l'environnement dans son ensemble et des problématiques environnementales pour leur permettre d'appréhender plus facilement un litige, sans que cela ne les prive, en cas de complexité, de faire appel à un expert. L'expertise interne est vue ici comme un complément à l'expertise externe et aucunement un substitut. La question est alors de savoir s'il faut encourager cette spécialisation. Or, à l'analyse des manifestations actuelles de la spécialisation environnementale (A), l'étude retient que, pour le cas français qui nous a ici intéressés, plus que la spécialisation d'une juridiction dans son ensemble, c'est avant tout la spécialisation du parquet qui devrait être encouragée (B).

A/ Les manifestations mondiales de la spécialisation environnementale

Les arguments en faveur de la spécialisation d'une juridiction qui se verrait attribuer une compétence environnementale sont connus. Les magistrats spécialisés auraient une expertise reconnue et, grâce aux connaissances acquises lors de leur formation et aux automatismes acquis durant leur carrière, ils rendraient une justice plus rapide et pourraient être mieux éclairés et moins contestés. Cela paraît intéressant non seulement au moment d'établir la vérité des faits mais également au moment de prescrire les mesures les plus adéquates pour protéger l'environnement (voir chapitre 2). C'est ce qui a poussé les membres de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) à adopter, lors du Congrès mondial de la nature, en septembre 2016 à Hawaï, une motion invitant les États à créer des cours et tribunaux spécialisés dans le domaine de l'environnement et à « leur conférer une autorité

suffisante pour promouvoir la transparence, l'inclusion et la responsabilité permettant d'aboutir à une application plus efficace et cohérente du droit de l'environnement »⁴¹⁰. Une vingtaine d'organisations de protection de la nature ou des animaux se sont associées à l'appel lancé ensuite par le comité français de l'UICN, visant à mettre en œuvre cette motion en France. Et il est vrai que, en réponse à cet appel, la spécialisation environnementale au sein de différentes juridictions et sous différentes formes, plus ou moins poussées, a le vent en poupe.

Du côté de l'ordre international, on rappellera que l'idée de créer une juridiction internationale spécialisée est ancienne⁴¹¹, elle n'a jamais été concrétisée. La Cour internationale de justice avait institué en 1993 une chambre pour les questions d'environnement, laquelle avait été régulièrement reconstituée jusqu'en 2006. Au cours des treize années d'existence de cette chambre, aucun État n'a toutefois demandé à ce qu'une affaire soit portée devant elle. La Cour a en conséquence décidé en 2006 de ne pas tenir d'élections pour en renouveler la composition.

Du côté de l'ordre interne, la tendance à la spécialisation du judiciaire est patente. Plusieurs études déjà publiées ont dressé un panorama complet de ces différents cours et tribunaux environnementaux⁴¹². En 2016 on comptait déjà 1 200 juridictions spécialisées au sein de 44 pays. Mais la tendance recouvre des réalités très contrastées. L'étude de C. Billiet, L. Lavrysen et J. Van den Berghe propose d'ailleurs une typologie fort utile⁴¹³ que nous reprenons schématiquement ici. Certaines de ces juridictions sont totalement autonomes : Australie (Nouvelle-Galles du Sud) ; Nouvelle-Zélande. Ailleurs ce sont des sections spécialisées de juridictions ordinaires qui ont été mises en place : Suède, Chine, Kenya. Dans d'autres pays encore il s'agit d'organes de juridiction administrative liés aux administrations environnementales, comme par exemple en région de Bruxelles-Capitale en Belgique (Collège de l'environnement) ou aux États-Unis (EPA's Administrative Law Judges). La diversité est grande aussi en ce qui concerne l'étendue des compétences de ces juridictions

⁴¹⁰ Congrès mondial de la nature, Hawaï, septembre 2016, <https://2016congress.iucn.org/fr/news-fr.html>.

⁴¹¹ P.-M. Dupuy et J. E. Vinuales, *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruylant 2015, p. 330.

⁴¹² G. Pring et C. Pring, *Environmental Courts & Tribunals : A Guide for Policy Makers*, Nairobi, UN Environment, 2016, 120 p. Voy. aussi : G. Pring & C. Pring, *Greening Justice. Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, World Resources Institute, Washington DC, 2009, 119 p. ; C. Billiet, L. Lavrysen et Jan Van den Berghe, « Environnement et développement durable », *Le droit pénal face aux atteintes à l'environnement*, Actes du colloque tenus à la Cour de cassation les 1^{er} et 2 juin 2017, *Énergie- Environnement- Infrastructures* n° 12, Décembre 2017, dossier 25.

⁴¹³ C. Billiet, L. Lavrysen et Jan Van den Berghe, « Environnement et développement durable », *Le droit pénal face aux atteintes à l'environnement* Actes du colloque tenus à la Cour de cassation les 1^{er} et 2 juin 2017, *Énergie - Environnement – Infrastructures*, n° 12, Décembre 2017, dossier 25.

spécialisées qui peuvent avoir des compétences très larges (tous les litiges ayant une dimension environnementale) ou des compétences spécifiques (limitée aux permis d'urbanisme par exemple)⁴¹⁴. Les pays de tradition de *Common Law* se sont davantage organisés pour juger les affaires environnementales par un juge spécialisé unique, compétent à la fois en matière administrative (recours contre les décisions de l'administration) et pénale. C'est notamment le cas au Kenya (Cour environnementale et foncière), en Nouvelle Zélande (cour environnementale aux compétences administratives, civiles et pénales).

Le Chili : la double compétence des tribunaux environnementaux

Comme le montrent les travaux réalisés dans ce rapport par Pilar Moraga et X. Insunza (P. Moraga, « La réparation du dommage environnemental en droit chilien : réflexions sur le droit d'agir », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août-sept. 2016, Étude 15 ; X. Insunza, « La transaction environnementale au Chili, regard sur le contentieux », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août-sept. 2016, Étude 19. V. aussi R. Asenjo, « L'action en réparation du dommage environnemental et l'expérience du tribunal environnemental de Santiago, Chili », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août-sept. 2016, Étude 17 ; S. Valdès de Ferrari, « The role of a non-lawyer in an environmental Court : the case of the Santiago Environmental Court », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août-sept. 2016, Étude 18) et les entretiens réalisés avec certains juges et avocats chiliens (entretiens avec Ximena Insunza juge au Tribunal environnemental de Santiago ; Juan Pablo Arístegui, rapporteur au même tribunal ; Lorena Lorca "Conseil de défense de l'Etat"), le droit chilien manifeste la manière dont le droit processuel peut servir le droit substantiel de l'environnement.

Au cœur du système se trouve la création de trois tribunaux environnementaux au Chili (dont deux uniquement sont en fonction, l'un à Santiago, l'autre à Valdivia) en 2012 par **la loi n° 20.600 sur les tribunaux environnementaux**. La raison est la suivante : à la sortie de la dictature, l'État a mis en place certains organismes publics en charge de la réglementation environnementale et son application, notamment en ce qui concerne les autorisations environnementales. Le but du législateur a alors ensuite été de créer des juges indépendants pour qu'ils puissent contrôler les actes de l'État et éviter tout abus dans le domaine environnemental. Plus précisément, non rattachés au pouvoir judiciaire, ces tribunaux sont de composition mixte. Il y a dans chacun des tribunaux, deux juristes et un scientifique. La loi leur attribue deux compétences : d'une part, ils sont en charge du contentieux administratif environnemental et doivent à ce titre contrôler la légalité des décisions réglementaires prises par les organismes publics compétents. D'autre part, ces tribunaux sont en charge des actions en réparation des préjudices écologiques. Or, s'il ne s'agit ici que de 15% du contentieux, cette compétence est importante car elle est indissociable du régime lui-même de réparation de ce préjudice et manifeste plusieurs originalités procédurales (v. Les affaires citées par R. Asenjo, not. l'affaire *Ruben Cruz et a./ Capnia Minera Nevada*, dite l'affaire *Pascua Lama* qui, au sujet d'un projet minier, a permis d'étendre l'intérêt à agir).

Depuis la loi de 1994 n° 19.300 existe en effet un régime spécial de responsabilité civile environnementale. Il s'agit d'un régime de responsabilité opérant une distinction entre les types de préjudices à réparer. Alors que les préjudices causés à l'homme doivent faire l'objet d'une action en responsabilité engagée devant les tribunaux de droit commun pour obtenir une mesure de réparation monétaire, les préjudices causés à la nature ne sont réparables qu'en nature et cela par le biais d'une action engagée devant un tribunal environnemental. L'article 53 de la loi dispose en ce sens : « **Une fois la réalisation du dommage environnemental, une action pour obtenir la réparation de l'environnement endommagé est octroyée, nonobstant l'exercice en justice de l'action en indemnisation ordinaire par celui qui a été directement lésé** ». Plus précisément, s'agissant de l'action en réparation du préjudice écologique, l'intérêt à agir connaît une originalité. L'article 54 accorde un intérêt à agir aux « personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui ont souffert d'un dommage ou d'un préjudice, les mairies, pour les faits qui ont eu lieu dans leur commune, et l'État, par l'intermédiaire du Conseil de défense de l'État ». Le juge conçoit assez soupagement la preuve de la « souffrance ». Le tribunal de l'environnement a ici créé la notion d' « environnement adjacent » ce qui lui permet de recevoir les actions

⁴¹⁴ Tel en est par exemple le cas en région flamande de la Belgique, où le Raad voor Vergunningsbetwistingen *Ibid.*

engagées par les personnes ayant directement souffert du dommage (qui lèse leurs intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux) autant que par celles vivant ou exerçant leurs activités dans le voisinage adjacent de la zone endommagée.

Puisque, une fois compétent, le tribunal devra statuer sur l'existence du préjudice et sa réparation, l'on comprend a priori le rôle du juge scientifique. La doctrine reconnaît son utilité dans la compréhension du litige et les éclaircissements qu'il peut donner aux deux autres juges (R. Asenjo préc.). Il en est ainsi dans l'appréciation du préjudice qui est défini comme « toute perte, diminution, détriment ou amoindrissement significatif, inféré à l'environnement ou à un ou plusieurs de ces composants » (art 2 de la Loi 19.300). Toutefois, différentes critiques peuvent être faites à son égard: d'abord, l'on doute de l'adéquation des compétences de certains juges scientifiques (S. Valdès de Ferari, préc.) au rôle qui leur est attribué, à savoir notamment apprécier et quantifier le préjudice écologique. Il en est ainsi du choix de nommer un juge économiste et non un juge davantage spécialiste des sciences de l'environnement au tribunal de Santiago. Ensuite, plus largement, les questions peuvent être si variées d'une affaire à une autre, que nommer un seul juge scientifique au sein du tribunal semble très insuffisant pour embrasser la complexité des litiges. Enfin, certains regrettent la compétence trop restrictive du tribunal. Puisque le montant d'une indemnisation peut lui-même donner lieu à des difficultés scientifiques, rien ne justifie que les préjudices patrimoniaux ne relèvent pas de la compétence du tribunal environnemental. Autrement dit, retenons comme enseignement pour le droit français que la mise en place de juges scientifiques s'avère peu ne semble pas réaliste, tant il serait difficile et surtout coûteux de recruter de façon permanente des experts spécialisés dans chacune des disciplines scientifiques potentiellement nécessaires à la résolution des litiges variés dont les juridictions sont saisies

Ajoutons enfin que la transaction environnementale est prévue au Chili. Plus précisément le Conseil de Défense de l'État qui agit pour les intérêts de tous peut engager des transactions lors du procès. Si celles-ci étaient très courantes avant l'entrée en vigueur des tribunaux environnementaux, elles sont maintenant très rares et sont encadrées. D'abord, la conclusion d'une transaction (avant ou après l'ouverture du procès) n'empêche aucunement les autres demandeurs d'agir contre le responsable s'il estime que le préjudice n'a pas été réparé et que la transaction n'est pas valable. Ensuite, la transaction demeure limitée au regard de la matière d'ordre public qui en est l'objet : l'environnement. L'article 44 de la loi n° 20.600 est venu apporter des précisions à la loi n° 19.300. Elle dispose : « **L'action en réparation du préjudice écologique ne pourra faire l'objet d'une transaction, ou de n'importe quel autre type d'accord qui puisse exempter l'auteur de mettre en place des mesures de réparation du préjudice causé** ». Cela signifie que la transaction n'est valable que si elle met en œuvre des mesures de réparation en nature et que celles-ci sont à la charge du responsable. C'est finalement l'application du principe pollueur payeur qui est ici à l'œuvre et l'on doute que, sans concession réciproques, il s'agit véritablement d'une transaction. Enfin, le juge peut être appelé à vérifier sa validité si elle est conclue pendant le procès ou si les parties qui ont transigé avant tout contentieux le lui demandent.

Mais là encore, la doctrine (v. X. Insunza) pointe du doigt les faiblesses : en premier lieu, elle regrette l'absence de clarté quant à la précision des réparations en nature et des conséquences en cas d'irréversibilité (la transaction peut-elle prévoir des mesures de compensation ?) ; en second lieu, elle rappelle que si une transaction a été conclue lors d'un procès en cours dans l'affaire *Colhue* (Tribunal de l'environnement de Santiago, Rol D-1-2013, État du Chili c/ Centre de résidus organiques Colhue SA) et a permis de faire peser des mesures de réparation en nature au responsable sous surveillance du tribunal, une autre a été conclue avant tout procès et de manière critiquable. Il s'agit cette fois d'une transaction entre la commune de Tierra Amarilla et l'entreprise minière Candelaria. Cette dernière a versé une somme de 7 millions de dollars à la commune pour mettre fin à tout risque de procès. Or, la difficulté est la suivante : si aucun titulaire du droit d'agir n'agit en justice, la transaction ne peut être remise en cause. De ce fait, si la France devait se doter d'un tel dispositif, il faudrait prévoir que tout contrat portant sur la réparation et prévention des atteintes à l'environnement répond à des conditions précises (types de réparation en nature, conditions de la réparation etc.) et doit être validé par une autorité administrative et contrôlé par le juge aux fins d'homologation.

Dans de nombreux cas (Angleterre, Chili, Nouvelle-Zélande, Suède...), les juridictions sont composées de magistrats professionnels et d'experts dans le domaine des sciences de la vie. Nous nous sommes rendus au Chili et avons procédé à plusieurs entretiens⁴¹⁵ de membres des

⁴¹⁵ Mai 2017 Santiago Chili : Entretiens avec Ximena Insunza juge au Tribunal environnemental de Santiago ; Juan Pablo Aristegui, rapporteur au même tribunal ; Lorena Lorca "Conseil de défense de l'Etat".

deux tribunaux environnementaux effectivement en fonction⁴¹⁶. La spécificité des tribunaux environnementaux chiliens, est qu'ils disposent d'expertise non seulement juridique, mais aussi scientifique et technique, ayant recours à des juges techniques ou des experts techniques appartenant à la formation de jugement⁴¹⁷. Ces derniers endossant le rôle de juge et permettant ainsi d'adapter la solution judiciaire et son suivi aux enjeux techniques, ce qui semble très utile au moment d'imputer une responsabilité ou d'imposer des mesures de réparation suite à un dommage environnemental. Les tribunaux environnementaux chiliens, qui interviennent essentiellement concernant des décisions administratives, sont également compétents pour prescrire des mesures de réparation en nature.

Quant au droit français, il ne connaît toujours pas de spécialisation environnementale. La question est alors de savoir si une réforme en ce sens est souhaitable.

B/ L'admission nuancée de la spécialisation environnementale en droit français

À l'analyse, si le modèle de la spécialisation environnementale s'avère séduisant, il semble aussi que, lorsqu'il s'agit de juger, l'hyperspécialisation peut être un défaut. De ce fait s'il nous semble nécessaire de soutenir au minimum la création d'un parquet environnemental (1), l'étude demeure prudente quant à la création, en allant plus loin, de juridictions environnementales (2).

1) La création souhaitable d'un parquet environnemental

Si le principe de spécialisation environnementale du parquet doit être admis, en revanche, il restera à l'avenir à déterminer les conditions de la réforme y conduisant.

Il faut rappeler que le parquet a pour mission de requérir l'application de la loi et de mener l'action publique au nom des intérêts de la société, et non de juger et trancher le litige. Or, la spécialisation pourrait tout à la fois renforcer les poursuites et permettre aux juges de mieux

⁴¹⁶ Trois ont été mis en place mais seulement deux fonctionnent réellement. Le 1er Tribunal environnemental, Antofagasta, a été autorisé mais non constitué. Le 2^e Tribunal environnemental, Santiago est actif, comme le 3^e Tribunal environnemental, Valdivia.

⁴¹⁷ S. Valdès de Ferari, « *The role of a non lawyer in an environmental Court* », *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18 ; R. Asenjo, « L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

conduire l'action pénale.

Maître Sébastien Mabile a montré au cours de la recherche la nécessité d'une telle spécialisation du parquet⁴¹⁸. Il rappelle en effet que nombre d'actions en réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'environnement sont portées devant le juge pénal, les atteintes à l'environnement se rattachant souvent à la commission d'une infraction et les victimes ont tendance à greffer leur action civile à l'action publique pour contourner les problèmes de preuve. Or, le « filtre » des affaires pénales est réalisé par le Parquet. En 2016, selon le ministère de la Justice, seules 18 % des infractions signalées dans le domaine environnemental ont fait l'objet de poursuites pénales, contre 46 % pour l'ensemble des infractions. Pourtant, le taux d'auteurs « poursuivables » est similaire à celui des autres types d'infractions. L'auteur estime qu'une spécialisation du parquet permettrait de poursuivre davantage les infractions et, en cela, renforcer l'effectivité du droit de l'environnement.

S'il s'agit d'une première justification, d'autres raisons, qui ne sont pas sans lien, nous semblent militer en ce sens. À la suite d'un entretien réalisé avec Xavier Tarabeux, Procureur de la République près le TGI de Marseille, il nous semble surtout que la spécialisation du Parquet aurait le mérite de répondre davantage aux difficultés résultant de la complexité des faits du litige. En étant formés aux problématiques environnementales et en concentrant leurs temps sur ces dernières au grès des affaires, les membres du Parquet seraient plus à même d'apprécier la complexité des faits, notamment en ce qui concerne les préjudices écologiques et la causalité, pour mener le cours de l'action publique, tout au long de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Selon ce magistrat, « Comme pour la grande criminalité (dont l'activité peut d'ailleurs porter des atteintes à l'environnement avec en particulier les trafics de déchets), pour la santé publique, où les accidents collectifs, le regroupement au sein de juridictions désignées des affaires d'atteintes graves à l'environnement favoriserait une rationalisation des moyens (avec notamment le concours d'assistants spécialisés) et une spécialisation de magistrats qui seraient plus particulièrement formés à ces contentieux ». Ainsi, sur le principe, la spécialisation du parquet s'avère une solution pertinente tant elle pourrait, *in fine*, participer d'une meilleure effectivité du droit de l'environnement, en favorisant les poursuites et en améliorant l'enquête et l'instruction. Reste à savoir quelle

⁴¹⁸ Voir sa tribune dans le journal *Le Monde* : https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/09/12/il-faut-creer-un-parquet-national-environnement_5184255_3232.html. Sur ce développement, voir en particulier sa proposition lors de la rencontre de l'UICN : <http://uicn.fr/wp-content/uploads/2018/06/280518-uicn-fr-parquet-environnement.pdf>

forme elle pourrait prendre.

En effet, si spécialisation il y a, une réforme devra déterminer en premier lieu les compétences du parquet environnemental. Pour Sébastien Mabile, la spécialisation pourrait intégrer les affaires d'installations classées, de police de l'eau et de la nature, d'espèces protégées, de police des paysages et du patrimoine culturel et historique ou de réparation du préjudice écologique, par exemple. Elle devrait être élargie aux infractions relevant du code de l'urbanisme, du code forestier, du code rural et de la pêche maritime ainsi qu'aux contentieux connexes tels que celui de la santé publique. Pour Xavier Tarabeux, c'est surtout le critère de gravité et complexité de l'affaire qui devrait être pris en considération. Ainsi pourrait-on confier à un parquet spécialisé les affaires environnementales les plus graves et/ou les plus complexes, demandant une forte compétence des juges.

En second lieu, se posera la question de la localisation de ces parquets. Au vu de la spécificité des problématiques environnementales, différentes selon les régions, il conviendrait avant tout de réfléchir à la possibilité d'une implantation locale des magistrats du ministère public. Une politique pénale efficace impose des déclinaisons locales pour s'adapter aux enjeux environnementaux du terrain, et un meilleur dialogue avec les administrations spécialisées. En ce sens, comme Sébastien Mabile, Xavier Tarabeux plaide pour que les litiges environnementaux relèvent de la compétence d'une juridiction régionale (ressort d'une cour d'appel ou de plusieurs cours).

Il pourrait aussi être créé un parquet pour l'environnement d'ordre national. Pour Sébastien Mabile, c'est davantage cet échelon qui se verrait attribuer les affaires d'une grande complexité en droit de l'environnement, de la santé publique et de l'urbanisme et permettrait d'impulser une politique pénale nationale environnementale qui fait aujourd'hui défaut, en rassemblant des professionnels de très haut niveau, y compris dans les domaines scientifiques et techniques⁴¹⁹. Dans ce cas, un tel parquet spécialisé pourrait aussi devenir l'interlocuteur privilégié des juridictions étrangères en matière de lutte contre la criminalité environnementale internationale.

En dernier lieu, la réforme devra déterminer la qualité et la quantité de magistrats qui

⁴¹⁹ <http://uicn.fr/wp-content/uploads/2018/06/280518-uicn-fr-parquet-environnement.pdf>

pourraient occuper cette fonction. Surtout, parce que le but n'est pas que ces magistrats se substituent aux scientifiques, mais qu'ils acquièrent des connaissances et automatismes relatifs aux affaires environnementales, il faudra veiller à ce qu'ils bénéficient des lumières d'experts sur ce point. Des experts aux compétences scientifiques exigées devraient ici être nommés comme assistants au sein du parquet.

Souhaitable, cette réforme est aussi possible comme le montrent le droit comparé et les premières manifestations françaises. Un tel modèle de parquet environnemental existe en effet déjà à l'étranger et, dans ce cas, est organisé différemment selon les modèles de justice et les traditions juridiques. Il en est ainsi en Espagne (parquet national pour l'environnement et l'urbanisme), en Suède (unité nationale du parquet pour l'environnement) au Royaume-Uni (Agence pour l'environnement), au Brésil (ministère public fédéral pour l'environnement et le patrimoine culturel), en Argentine (parquet national dédié) ou encore aux USA (*Environmental Protection Agency* (EPA) qui dispose d'un service d'enquêtes pénales spécialisées et de compétences en matières civile et administrative). Quant au droit français, s'il existe déjà une spécialisation du parquet pour des litiges à cheval parfois sur le droit de l'environnement, tel les pôles santé publique (près des TGI de Paris et Marseille) et les juridictions interrégionales spécialisées (les JIRS) qui regroupent des magistrats du parquet et de l'instruction possédant une expérience en matière de lutte contre la criminalité organisée et la délinquance financière dans des affaires présentant une grande complexité, dans le domaine spécifiquement environnemental, une circulaire du 30 avril 2015 concernant les orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement a invité les différents parquets, dans chaque ressort de Tribunal, à identifier un magistrat référent dans le domaine environnemental. Ces derniers doivent figurer dans les organigrammes des parquets. La spécialisation du Parquet environnemental français irait bien sûr plus loin en regroupant plusieurs magistrats compétents dans les poursuites des infractions environnementales. Reste à savoir s'il ne faudrait pas aller plus loin et créer de vraies juridictions environnementales.

2) La prudence à l'égard de la création de juridictions environnementales

La question est ici de savoir si la spécialisation ne devrait pas aussi concerner les magistrats ayant vocation à juger, et non seulement à poursuivre et instruire. Faudrait-il créer des tribunaux environnementaux au sein desquels l'ensemble des juges, qu'ils relèvent du parquet ou du siège, de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, auraient vocation à ne statuer

qu'en matière environnementale ?

En ce sens, s'inscrivant dans la continuité du rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique, le Medef a en février 2017 proposé dans son livre blanc pour moderniser et simplifier le droit de l'environnement « de créer des juridictions spécialisées, par le biais d'une modification du code de l'organisation judiciaire, afin d'aboutir à une plus grande homogénéité dans la mise en œuvre du régime de réparation ». Il y recommande « de qualifier un TGI par ressort de Cour d'appel, en l'occurrence le TGI du siège de la Cour d'appel, pour l'ensemble des actions en réparation de ces préjudices »⁴²⁰.

Dans l'ordre interne français, la proposition de réforme pourrait trouver inspiration auprès de différentes juridictions spécialisées ayant déjà à connaître, pour des raisons de mixités disciplinaires de la matière.

Il en est ainsi, d'une part, en droit pénal maritime. À la suite du naufrage du pétrolier Prestige au large des côtes espagnoles en novembre 2002, la loi n° 2001-380 du 3 mai 2001 relative à la répression des rejets polluants de navires, a créé les juridictions du littoral spécialisées (JULIS). Sections spécialisées des tribunaux de grande instance du Havre (zone Manche-Mer du Nord), de Brest (zone Atlantique), de Marseille (zone Méditerranée), de Fort-de-France, de Saint-Denis (Réunion) et du tribunal de première instance de Saint-Pierre-et-Miquelon, ces juridictions connaissent des infractions commises par les navires. Surtout, ces juridictions présentent la spécificité d'une spécialisation concernant non seulement le parquet, mais aussi les juges du siège. C'est donc l'ensemble de la structure qui est spécialisée, pour une meilleure efficacité des poursuites autant que de la résolution du litige elle-même. L'expérience fait apparaître que la spécialisation des magistrats du siège et du parquet a favorisé une meilleure connaissance des modes de preuve spécifiques aux pollutions maritimes ainsi que des enjeux environnementaux, garantissant ainsi l'adaptation et la cohérence des peines requises et prononcées. L'expertise acquise, la capacité de mobilisation et les liens tissés avec l'ensemble des services qui œuvrent à la protection du milieu marin sont autant de ressources qui ont conduit par le biais d'une circulaire du 18 avril 2017 à l'extension de la compétence matérielle de ces juridictions, au-delà des infractions relatives

⁴²⁰ Medef, Livre Blanc : 40 propositions pour moderniser et simplifier le droit de l'environnement, février 2017 (proposition n° 41 : Recourir à des juridictions spécialisées).

aux rejets polluants volontaires – déballastages, dégazages et rejets de déchets – aux infractions d’atteintes aux biens culturels.

C’est le cas, d’autre part, des pôles de santé publique déjà évoqués, considérés comme des juridictions interrégionales spécialisées en matière sanitaire. A l’occasion de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, deux pôles ont été créés, auprès des TGI de Paris et de Marseille. Or, si de manière générale, ce pôle a pour but de permettre au système judiciaire de mieux appréhender la délinquance en matière de santé publique, il s’appuie sur une spécialisation du parquet autant que des juges du siège. Surtout, ces magistrats bénéficient d’une assistance spécialisée fournie par des médecins, vétérinaires, pharmaciens, inspecteurs des douanes et inspecteurs des finances publiques.

Sur ce modèle, l’on pourrait alors imaginer la création de pôles environnementaux au sein desquels les juges et non uniquement les procureurs, trouveraient appui, pour juger, dans l’expertise d’écologues, économistes, et autres spécialistes de la matière environnementale, en collaboration avec l’Autorité environnementale qui pourrait aussi délivrer un avis scientifique. En cela, les juges pourraient tout à la fois être aidés dans le traitement du litige pour mieux comprendre les faits, mais aussi à son issue pour déterminer la nature de la mesure adéquate et ses modalités d’exécution, notamment par le biais de la mise en place de la *concurrent evidence* en cas de litige complexe. Cela serait fort utile, non seulement, en cas de litige complexe comme l’a bien compris le droit australien qui développe, au sein de leurs tribunaux environnementaux, la bonne pratique de la *concurrent evidence*, mais aussi en matière de réparation du préjudice écologique, comme l’a bien compris le droit chilien qui attribue compétence au tribunal environnemental pour la réparation en nature du préjudice écologique. L’on pourrait aussi imaginer que le tribunal français soit compétent pour mettre en place des modes alternatifs de règlements des différends et, surtout, dans un souci d’efficacité et d’effectivité de la décision du juge, puisse recourir au mode contractuel pour mettre en place la mesure, à l’instar de ce qui existe dans d’autres tribunaux environnementaux (par exemple celui de l’État du Vermont aux États-Unis). Enfin, pour un meilleur suivi des décisions prises par le juge, celui-ci pourrait conserver un droit de regard sur leur exécution jusqu’à son terme, même en l’absence de liquidation d’astreinte, à l’instar

de ce que prévoient les règles de procédure applicables aux litiges environnementaux aux Philippines⁴²¹.

Intérêts de la spécialisation des magistrats
Questions à Maître Sébastien Mabile (<https://seattle-avocats.fr>)
à propos d'une affaire de braconnage dans le Parc national des Calanques

1) Voudriez-vous nous rappeler les faits et la procédure qui ont conduit à ce litige ?

Une enquête préliminaire était ouverte par le Procureur de la République de Marseille, sur la base d'une dénonciation anonyme, sur des faits de braconnage. L'enquête se déroulait de novembre 2015 à avril 2017, date du placement en garde à vue des principaux mis en cause. Le 15 janvier 2016, sur réquisitions judiciaires les enquêteurs de la gendarmerie nationale obtenaient les fadets des lignes téléphoniques des différents mis en cause. Leur exploitation permettait de mettre en évidence une organisation très lucrative de vente de coquillages, oursins et poissons pêchés et revendus illégalement à différents restaurateurs, poissonniers et écaillers marseillais. Du 17 février 2016 au 3 février 2017, les enquêteurs procédaient à des surveillances physiques effectuées à partir des écoutes téléphoniques. Elles permettaient de matérialiser les relations entre les protagonistes mais également certaines infractions : transactions d'oursins, actions de pêche illicite etc. Enfin, l'examen des comptes bancaires des mis en cause permettait d'évaluer le bénéfice généré par les infractions. De janvier 2013 à décembre 2015, les quatre mis en cause se seraient enrichis à hauteur de 164 000 euros par leurs activités de vente illégale de poissons, poulpes et oursins. L'enquête préliminaire menée au cours des années 2016 et 2017 par la brigade de recherches de la compagnie de gendarmerie maritime de Marseille permettait ainsi de révéler l'existence d'un important réseau de pêcheurs braconniers, prédateurs de toute forme de vie sous-marine : oursins, yeux de Sainte-Lucie, poulpes, loups, dorades, dentis, lichés et chapons étaient chassés et pêchés à des fins de revente, ainsi que des espèces dont la pêche est interdite telles que les mérus ou les corbs. Ces braconniers opéraient principalement dans le périmètre du Parc national des Calanques, et parfois au-delà au sein de celui du Parc national de Port-Cros, au large de Cavalaire ou des îles du Levant. La pêche et la chasse de ces espèces s'effectuait donc en partie dans des zones interdites, que ce soit pour des raisons sanitaires ou environnementales. L'enquête révélait également que le poisson et les coquillages pêchés illégalement étaient revendus à des restaurateurs, poissonniers, écaillers et particuliers. Un certain nombre d'établissements bien connus à Marseille se rendaient ainsi coupables des infractions de recel de travail dissimulé et d'achat en connaissance de cause de produits de la pêche non professionnelle.

Les 4 et 5 avril 2017, les différents mis en cause étaient interpellés et placés en garde à vue :

Les principaux braconniers étaient convoqués par officier de police judiciaire à l'audience du Tribunal correctionnel de Marseille en date du 8 novembre 2017. Il leur était reproché plusieurs infractions à la pêche :

- Pêche maritime dans une zone interdite
- Enlèvement ou capture non autorisée d'espèce animale non domestique
- Mise en vente ou vente non autorisée d'espèce animale non domestique
- Achat en connaissance de cause de produits de la pêche sous-marine non professionnelle
- Vente de produits de la pêche sous-marine non professionnelle
- Mise sur le marché par un établissement non agréé de produits d'origine animale ou de denrées en contenant destinées à la consommation humaine

A la demande de leurs conseils, l'audience était renvoyée au 4 juillet 2018.

Parallèlement, les poissonniers, restaurateurs et écaillers dont les éléments de l'enquête permettaient de démontrer qu'ils avaient pris une part active dans le recel des produits des

⁴²¹[https://law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/jciDavide_Philippines %203-17_cropped.pdf](https://law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/jciDavide_Philippines%203-17_cropped.pdf)

infractions faisaient l'objet d'une procédure de composition pénale et étaient condamnés à des peines d'amende allant de 800 à 1 500 euros, outre l'obligation d'effectuer un stage de sensibilisation.

2) Quelles étaient vos demandes ? Ont-elles été entendues par le juge ?

Nous représentons deux parties civiles : Le Groupe d'étude du Mérou (GEM), association scientifique a pour mission d'améliorer la connaissance de deux espèces faisant l'objet d'un moratoire sur la pêche professionnelle et de loisirs en région PACA : le corb et le mérou. Cette association procédait à des missions de recensement des espèces, notamment dans la zone du Parc national des Calanques. Le Parc national des Calanques est quant à lui un établissement public national à caractère administratif qui a pour mission de gérer le parc, créé par décret du XX avril 2012.

Nous faisons valoir trois postes de préjudices distincts pour le Parc national des Calanques : un préjudice d'image de marque et de réputation, un préjudice d'atteinte à sa mission statutaire de protection de l'environnement et un préjudice écologique lié à la disparition d'un certain nombre de poissons, poulpes et oursins braconnés.

Par jugement définitif en date du 11 juillet 2018, le Tribunal correctionnel de Marseille déclarait coupables les quatre prévenus pour les faits de pêche maritime en zone interdite, mise en vente ou vente non autorisée d'espèce protégée, vente de produits de la pêche sous-marine non professionnelle, pêche maritime sans marquage des captures et travail dissimulé en bande organisée.

Ils étaient condamnés à des peines allant de 15 à 18 mois d'emprisonnement avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve de 3 ans avec obligations notamment de réparer les dommages causés par l'infraction en indemnisant les parties civile et interdiction de se livrer à l'activité de pêche sous-marine.

Le Tribunal ordonnait la confiscation d'environ 80 000 euros, 1 navire, 3 semi-rigides et 2 véhicules.

Enfin, le Tribunal déclarait recevables les différentes constitutions de parties civiles (Groupe d'étude du Mérou, FNE PACA, FNE 13, Sea Shepherd France, Comité régional des pêches maritimes PACA, ASPAS), leur accordant une somme totale de 47 000 euros au titre de leurs préjudices.

Le GEM obtenait 10 000 euros au titre de son préjudice moral, ce qui nous satisfaisait.

L'affaire était renvoyée à l'audience du 4 juillet 2019 sur les intérêts civils du Parc national des Calanques.

Par ailleurs, considérant que les restaurateurs, écaillers et poissonniers avaient pris part de façon active au recel des produits de la mer illégalement pêchés au sein du parc national des Calanques, nous décidions de les faire citer sur intérêts civils afin de leur demander réparation du préjudice moral du Parc national. Cette affaire a été ensuite jointe et sera donc évoquée à l'audience du 4 juillet 2019.

Dans son jugement du 11 juillet 2018, le Tribunal correctionnel considérait d'ailleurs que : « Il convient néanmoins de noter que les plus grands bénéficiaires des pêches illicites ont été les professionnels qui, grâce à cette filière, pouvaient acheter du poisson et des oursins à moindre coût (15 à 20 euros le kilo de poissons, 4 à 5 euros la douzaine d'oursins) pour le revendre à des prix nettement supérieurs. Ceux-ci ont pu bénéficier d'un régime très favorable et ont été condamnés à des amendes allant de 800 à 1 500 euros en composition pénale ».

3) Cette affaire vous semble-t-elle emblématique des contentieux environnementaux habituels ?

Si le braconnage, qu'il soit le fait de chasseurs ou de pêcheurs amateurs, est malheureusement assez classique, le traitement de cette affaire est assez particulier. D'abord par les modalités d'enquête mises en œuvre par le Parquet, similaires à celle d'une affaire de trafics de stupéfiants : interceptions téléphoniques sur plusieurs mois, planques de gendarmes, réquisitions auprès des établissements bancaires afin d'évaluer le bénéfice réalisé... L'ensemble des moyens d'investigations mis à la disposition des enquêteurs ont été mobilisés, ce qui reste extrêmement rare pour les infractions à la police de la nature.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si cette affaire a été jugée à Marseille, juridiction qui dispose d'une organisation spécifique avec la création du « Groupe Opérationnel Calanques » (GOC) : il est composé des services et administrations de contrôle et des référents du parquet afin de créer un réseau renforcé et d'assurer un suivi judiciaire particulier et adapté. Sont ainsi réalisées des réunions semestrielles mettant en présence le Parc national des Calanques, les autres services chargés de la police judiciaire dans le Parc national et le parquet. A vocation opérationnelle, elles ont pour objet d'échanger sur les procédures en cours dans le respect des règles propres au secret de l'enquête pénale et sur la réglementation applicable au sein du Parc national. Elles permettent en outre d'établir un bilan annuel des actions réalisées grâce à la mise en place de référents et de procédures de gestion spécifiques.

4) Pourriez-vous évoquer les méthodes de calcul du préjudice écologique ?

Faute de méthode disponible et faute d'experts agréés en la matière, nous avons élaboré avec le Parc national des Calanques une méthode d'évaluation du préjudice écologique originale. Il n'était pas possible de « ressusciter » les poissons braconnés, ni même de réintroduire des individus issus d'élevages, pratique contraire aux principes fondamentaux des parcs nationaux qui privilégient le maintien des processus naturels. La réparation en nature étant impossible, il fallait donc solliciter des dommages et intérêts, affectés à la « réparation » de l'environnement comme l'exige l'article 1249 du code civil. La difficulté tenait à traduire des prises éparées, revendiquées par les braconniers au travers des écoutes téléphoniques en somme d'argent. Nous avons dans un premier temps estimé l'ensemble des prises de poissons, poulpes et oursins. Ensuite, nous avons appliqué divers coefficients – indice de conversion trophique notamment – de manière à prendre en compte la biologie des espèces ciblées afin de calculer l'ensemble de la biomasse impactée par les faits poursuivis. Enfin, nous avons converti ce poids en surface, en prenant en compte l'évolution de la biomasse à l'hectare entre 2012 et 2017, telle qu'elle ressort des suivis scientifiques du parc national. Cela nous permettait, sur la base des coûts de gestion au mètre carré, de proposer une somme d'argent correspondant au préjudice écologique.

On le voit aisément, nous sommes ici à la frontière du droit et de la science. Si nous avons pu travailler avec les scientifiques et les chercheurs du parc national, le tribunal ne disposera pas d'un tel appui pour rendre son jugement. Il faut donc que les magistrats puissent s'appuyer sur des scientifiques, soit par l'élaboration de listes d'experts agréés, soit par le recrutement d'assistants spécialisés au sein des juridictions. C'est le choix qui a été fait par des pays comme le Chili ou la Nouvelle-Zélande.

5) Quels sont vos arguments pour la spécialisation du parquet ?

Le droit de l'environnement est un droit technique, complexe, qui fait appel aux sciences dites « dures » pour saisir les enjeux d'un dossier. Faute de disposer des compétences nécessaires, les procureurs ont tendance à privilégier les alternatives aux poursuites (transaction ou composition pénale), voire les classements sans suite. Le plus souvent, la cessation de l'infraction conduit à l'abandon des poursuites. Il faut donc « déverrouiller » le filtre du parquet en le spécialisant à l'instar du parquet national financier ou du futur parquet national antiterroriste. Plus d'affaires iront alors en audience publique, permettant aux victimes de solliciter réparation de leurs préjudices. Les juridictions du fond disposeront d'un volume d'affaires suffisant pour se former, s'organiser et se spécialiser. Ce parquet environnement, qui devra également être compétent en matière de santé environnementale, pourra élaborer et mettre en œuvre une véritable politique pénale environnementale, déclinée au sein des territoires et aujourd'hui inexistante. Il sera enfin un interlocuteur privilégié des autorités judiciaires des autres pays dans un domaine où la coopération, insignifiante, est pourtant indispensable. La création de ce parquet environnement est aussi un

enjeu sécuritaire, les atteintes à l'environnement constituant, selon Interpol, la principale source de financement des réseaux terroristes et des organisations criminelles dans le monde.

Toutefois, certains auteurs craignent la spécialisation environnementale⁴²². Comme le rappelle dans cette recherche Sébastien Mabile⁴²³, elle pourrait souffrir d'un inconvénient. Le droit de l'environnement est un droit complexe et interdisciplinaire qui suppose de bonnes connaissances dans les matières qui constituent le socle de l'activité juridictionnelle : droit administratif, droit civil, droit pénal, procédure civile et procédure pénale, etc. Ces connaissances ne se consolident que par la pratique du contentieux dit général. Il semble en effet que les magistrats concernés sont de meilleurs spécialistes, s'ils savent rester de bons généralistes. D'autant que dans un litige environnemental, tout n'est pas environnemental. Une affaire de trafic d'espèces protégées par exemple peut être liée à des faits de corruption. De ce fait, il peut sembler nécessaire de ne pas enfermer les magistrats dans l'hyperspécialisation pour une meilleure application du droit de l'environnement dans toutes ses dimensions. **Ainsi, sans fermer la porte à la création d'un tribunal environnemental général ou rattaché à une juridiction existante, sous formes de « pôles » et en invitant à poursuivre la réflexion, notre étude conclut à la nécessité dans un premier temps de privilégier pour l'instant la création d'un parquet environnemental.**

Au terme de cette étude tendant à confronter les règles gouvernant la résolution du litige et les litiges environnementaux, il apparaît que des solutions existent pour permettre au parquet de « mieux poursuivre » et au juge de « mieux juger », et, ainsi, participer à une meilleure effectivité du droit de l'environnement. Il faut alors encourager ces évolutions, d'autant que la spécialisation envisagée ne servirait pas seulement la meilleure appréhension des faits constituant le litige, mais contribuerait sans doute également à ce que le juge soit en mesure d'adopter les mesures les plus appropriées pour résoudre le litige.

⁴²² Cette crainte est aussi soulignée dans le rapport Cours et tribunaux environnementaux de l'UNEP précité, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/10001/environmental_courts_tribunals_FR.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁴²³ <http://uicn.fr/wp-content/uploads/2018/06/280518-uicn-fr-parquet-environnement.pdf>

Chapitre 2

Les règles gouvernant l'issue de l'instance : le défi de la nature complexe de la solution au litige

À l'issue de l'instance, le juge tranche le litige. La question est de savoir si, à cette occasion, il peut suffisamment, par le biais des mesures qu'il a la possibilité de prescrire, participer à l'effectivité du droit de l'environnement, à savoir prévenir autant que réparer les atteintes à l'environnement. C'est en ce sens que le procès pourra devenir un « procès environnemental », opérant le passage du procès *sur* l'environnement au procès *pour* l'environnement, permettant par le droit processuel de rétablir les règles substantielles.

Pour y répondre, un rappel s'impose. Certes, les procès environnementaux ont en commun de trancher des litiges mettant en jeu les règles du droit de l'environnement. Le juge est confronté à un acte ou un comportement auquel le demandeur reproche ses effets néfastes pour l'environnement. Toutefois, la réponse apportée par le juge pour trancher le litige varie selon le type de recours que les parties utilisent, les mesures qui lui sont attachées, les pouvoirs du juge pour y donner droit et les règles permettant la mise en œuvre des mesures, dans les différents ordres. Ainsi, vérifier si et comment le procès peut contribuer à la prévention et réparation des atteintes à l'environnement implique d'examiner de plus près les mesures que, selon les recours, le juge peut prescrire, par le biais de ses pouvoirs.

Or, mettant de côté les aspects pénalistes du sujet largement traités par Laurent Neyret dans la recherche collective qu'il a dirigée sur le droit pénal de l'environnement, soutenue par la Mission de recherche Droit et Justice, l'étude réalisée dresse un double constat : d'un côté, l'on note, pour certains recours, la possibilité pour le juge de prescrire des mesures favorables à la prévention et réparation des atteintes à l'environnement et, donc, à la protection de l'environnement. Toutefois, d'un autre côté, outre que certains obstacles existent, l'efficacité et l'effectivité des mesures ordonnées par le juge suscitent des craintes et invitent à se tourner vers de nouvelles solutions.

Nous proposerons à la fois d'instrumentaliser les solutions existantes et de mettre en place un certain nombre d'évolutions. Si s'agissant de la prévention, le droit positif peut être amélioré

(Section 1), en matière de réparation, un tournant plus radical devrait être opéré pour faire entrer les volontés des parties dans la décision judiciaire (Section 2).

Section 1- La prévention des atteintes à l'environnement : un existant à améliorer

À l'issue du procès, le juge peut-il trancher le litige en contribuant à l'effectivité de la prévention des atteintes à l'environnement ? L'étude montre que, si face aux atteintes à l'environnement, la réparation demeure primordiale, la prévention devrait occuper de plus en plus de place dans le contentieux environnemental car bien sûr « La meilleure politique de l'environnement consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances, plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets »⁴²⁴. Plus les risques s'aggravent, plus la société civile, lorsqu'elle estime que le droit substantiel est, soit méconnu, soit insuffisant, se tourne vers le juge. Le procès devient le lieu de contestation des atteintes à l'environnement et de revendication de leur prévention, comme le montre actuellement, jusqu'à son paroxysme, le contentieux climatique. De ce fait, il est important de se demander comment le juge peut et pourra répondre demain à cette revendication émanant d'une diversité d'acteurs par la voie des mesures de prévention, à savoir, selon le Vocabulaire juridique Henri Capitant, celles « destinées à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en supprimant s'efforçant d'en supprimer les causes et les effets ».

Or, la réponse s'avère nuancée tant, s'il est possible pour le juge à l'issue du procès de prescrire différentes mesures contribuant à cette prévention sur le fondement de différentes actions, certains obstacles devraient être dépassés pour y répondre plus efficacement. Les voies de la prévention judiciaire à laquelle mènent les mesures sont multiples : si elles pourraient être davantage instrumentalisées par les juges et plaideurs (§1), elles méritent aussi d'être renforcées (§2).

§ 1 –Le présent de la prévention

⁴²⁴ Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, *JOCE*, n° C 112 du 20/12/1973, p. 1

À l'issue de l'instance, selon les recours utilisés par les requérants, l'étude montre que le juge –interne comme supranational – peut prescrire des mesures contribuant directement ou incidemment à la prévention des atteintes à l'environnement, qu'il s'agisse de les anticiper lorsque ces dernières ne se sont pas encore réalisées ou de les faire cesser afin qu'elles ne se prolongent dans l'avenir, dans l'ordre interne autant que supranational. À bien y regarder, ce sont même la complémentarité au sein des ordres ou entre certains ordres ainsi que les progrès réalisés en ce sens, sous l'action du législateur et du juge lui-même, qui méritent l'attention tant la prévention résulte aujourd'hui des mesures prescrites, non seulement à l'issue des actions en référé (A), mais aussi des actions au principal (B), de manière alors définitive, dans les ordres internes, de l'Union européenne et international.

A/ La prévention à l'issue des actions en référé

Ici l'étude s'est tournée vers les seuls référés existants, dans l'ordre interne (1) et dans celui de l'Union européenne (2).

1) Dans l'ordre interne

Les actions permettant d'imposer des mesures provisoires sont avant tout bien connues de l'ordre français, devant le juge administratif et le juge civil, à l'encontre des pouvoirs publics et/ou d'un acteur privé. Elles prennent le nom de « **référés** »⁴²⁵. Elles symbolisent la fonction de prévention des dommages du juge tant elles lui permettent, rapidement, par le biais du pouvoir d'ordonner certaines « mesures »⁴²⁶ qui lui est attribué, d'aller en ce sens. C'est par ces mesures, qu'il peut participer à l'effectivité de la finalité préventive du droit de l'environnement.

Ces mesures ont pour point commun d'être « provisoires », c'est-à-dire de ne pas bénéficier de l'autorité de la chose jugée de manière définitive, sachant que pour beaucoup d'entre elles ce provisoire processuel va de pair avec le provisoire temporel, à savoir qu'elles sont, selon l'office du juge, temporaires. Ces mesures « relèvent plus de l'*imperium* que de la

⁴²⁵ V. la thèse de S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. Viney, LGDJ, Tome 504, 2009.

⁴²⁶ Il s'agit de la terminologie adoptée par les différents référés.

jurisdictio » car le juge a, plutôt que de rendre une décision en droit, le pouvoir de prendre des mesures provisoires nécessaires⁴²⁷.

Pouvant être ordonnées aux pouvoirs publics ou à l'entreprise à l'origine du comportement néfaste pour l'environnement, elles siéent parfaitement au domaine environnemental tant les risques d'atteintes à l'environnement peuvent provenir à la fois d'un acte administratif, telle une autorisation administrative d'exercer une activité polluante, que du comportement de l'entreprise exerçant cette activité. Ainsi, l'annulation d'un arrêté préfectoral autorisant l'exploitation d'un centre de déchets néfaste produisant des effets dommageables pour la biodiversité et la qualité de l'air par le juge administratif ou la prescription de mesures limitant le rejet de substance chimique émanant de cette même activité par le juge judiciaire produisent un même effet : la prévention des risques et atteintes pour l'environnement. La complémentarité au sein de l'ordre interne joue pleinement.

Surtout, comme le rappelle Stéphanie Grayot dans sa thèse⁴²⁸, d'un côté, les cas d'ouverture des référés sont conditionnés par des règles substantielles et ses pouvoirs pour y répondre relèvent du droit processuel. D'un autre côté, l'on peut se demander « à travers le rôle préventif exercé par le juge des référés », si l'on ne voit pas apparaître « un devoir de prévention relevant du droit substantiel »⁴²⁹. La finalité préventive du droit de l'environnement soutenue par différentes règles juridiques, notamment le devoir de prévention reconnu aux articles 2 et 3 de la Charte de l'environnement, serait donc renforcée par les mesures préventives elles-mêmes imposées par le juge qui, sur le plan substantiel, permettent le rétablissement des premières.

Plus précisément, **en matière administrative**, les référés, dont les conditions ont été réformées à l'occasion de la loi du 30 juin 2000 sur les référés administratifs, se trouvent au sein des livres V des parties législative et réglementaire du Code de justice administrative. Olivier Le Bot, dans cette recherche, rappelle l'importance de leur rôle pour prévenir les atteintes à l'environnement, qu'il s'agisse des référés en attente d'une décision au fond ou du référé autonome, le référé-liberté. Les mesures pouvant être imposées par le juge sont très variées et ouvertes. En effet, ne relevant aucunement d'une liste exhaustive préétablie par le

⁴²⁷ Procédure civile, n° 1856.

⁴²⁸ Préc.

⁴²⁹ Thèse préc., p. 25.

législateur, elles manifestent l'importance de son pouvoir d'injonction susceptible de s'adapter aux nouvelles réalités notamment en matière environnementale.

Concernant les référés permettant aux parties de préserver de manière urgente leurs droits dans l'attente de l'issue du litige⁴³⁰, il faut mentionner le **référé-mesures utiles** (article L. 521-3 du Code de Justice Administrative) qui conduit le juge, en cas d'urgence, à « ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». S'il est admis que c'est surtout en vertu de ce recours, que, les intéressés peuvent demander au juge qu'il impose qu'on leur délivre des documents administratifs, ceux-ci pouvant concerner le domaine environnemental, certaines décisions ouvrent des pistes intéressantes. Ainsi, sur ce fondement, alors qu'un juge a enjoint à un maire de dresser un procès-verbal d'infraction en cas de travaux réalisés sans permis (référé-mesures utiles)⁴³¹, un autre a enjoint à une personne d'exécuter des travaux pour éviter l'aggravation de désordres touchant à un immeuble ou encore de replacer des matériels retirés d'un chantier⁴³².

Il convient aussi de noter l'importance, dans le contentieux environnemental, du **recours référé-suspension, général ou spécial**. Ce recours permet au juge de suspendre une décision administrative ou certains de ses effets « lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité »⁴³³. C'est ainsi que le référé général a permis de suspendre un arrêté autorisant la plantation de vignes sur des parcelles répertoriées par l'État comme des sites protégés par la directive Natura 2000, l'ouverture d'une déchetterie par le biais de mesures provisoires (délimitées dans le temps) alors que le référé spécial, répondant à des conditions plus souples afin d'anticiper au mieux le risque d'effets irréversibles, permet d'obtenir la suspension de l'acte dès lors, par exemple, qu'une autorisation d'exploiter a été délivrée sans étude d'impact. Surtout, le juge s'est lui-même octroyé, venant compléter le texte, le pouvoir d'accompagner sa décision de suspension de mesures préventives supplémentaires⁴³⁴. Il a élargi ses pouvoirs juridictionnels. Ainsi, tout en procédant à la suspension d'un refus d'adoption de décret, il a imposé au ministre compétent de saisir le Conseil d'État pour élaborer un projet de décret⁴³⁵.

⁴³⁰ M. Guyomar et B. Seiller, préc., n° 412 et s. Sur le contentieux administratif v. aussi l'ouvrage de O Le Bot, *Contentieux administratif*, Coll. Manuel Paradigme 2018.

⁴³¹ CE, sect., 6 février 2004, Masier, n° 256719, Lebon 45.

⁴³² V. les exemples cités par S. Grayot, thèse préc., p. 80, n° 94.

⁴³³ *Idem*, n° 423.

⁴³⁴ Sur cette diversité, *idem*, p. 129 et s.

⁴³⁵ CE, 24 déc. 2001, *Association AIDOP*, req., n° 240713.

Au regard de ces deux procédures, rien n'empêche alors d'imaginer, dans le domaine environnemental, qu'un juge, confronté soit au silence de l'administration équivalant à une décision de rejet à la suite d'un recours gracieux, soit à la carence d'une autorité publique dans un domaine où elle a obligation d'agir, impose aux autorités compétentes d'adopter des mesures incidemment favorables à la protection de l'environnement. Les mesures sont ouvertes et, une fois les conditions des recours requises, le juge dispose de pouvoirs lui permettant de s'adapter à la réalité.

C'est aussi du côté du **référé- liberté** – recours sans attente d'une décision au principal – que la prévention peut être recherchée⁴³⁶. Son but est d'assurer la sauvegarde des libertés fondamentales. Selon l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ». Certes, ce référé repose sur des conditions strictes : l'autorité doit avoir porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale à un droit qualifié de liberté fondamentale. Toutefois, une fois démontrée la présence de ses conditions, il présente l'intérêt d'offrir un pouvoir important au juge en matière d'injonction puisqu'il peut prescrire « toutes mesures nécessaires », au-delà de la simple suspension d'une décision administrative. Ainsi, pour certains auteurs, le juge peut tout à la fois imposer des mesures de faire et de ne pas faire, interdire et faire cesser, tout autant qu'imposer à l'autorité compétente d'agir en cas de carence⁴³⁷. C'est ainsi que, dans le domaine environnemental, par une ordonnance du 29 avril 2005, le Tribunal administratif de Châlons en Champagne a enjoint au préfet de la Marne de faire cesser une atteinte grave et manifestement illicite au droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé qui, reconnu à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, doit être qualifié de liberté fondamentale⁴³⁸. Et si le Conseil d'État n'a toujours pas eu l'occasion de la reconnaître, il pourrait s'appuyer sur la jurisprudence de la

⁴³⁶ M. Guyomar et H. Sellier, ouvrage préc., n° 463 et s.

⁴³⁷ Sur ce rappel, S. Grayot, thèse préc. p. 130.

⁴³⁸ T.A. Châlons en Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel, *Ligue de protection des oiseaux, Fédération des conservatoires d'espaces naturels c/ Préfet de la Marne*, n° 0500828, 05008829 et 0500830, RJE n° spécial 2005, p. 307.

Cour européenne des droits de l'homme imposant aux États de prendre des mesures favorables à la prévention des atteintes à l'environnement au nom du droit à la vie (art. 2 CEDH)⁴³⁹ et au respect de la vie privée, familiale et du domicile (art. 8 CEDH)⁴⁴⁰. La question se pose alors de savoir, si à l'avenir, ce type de référé n'aurait pas un rôle à jouer pour contester la politique climatique de l'État et, en retenant une conception ouverte des droits fondamentaux, ne pourrait pas permettre un rétablissement de ces droits en faveur de la réduction des rejets de gaz à effet de serre.

À ce stade et au travers la variété des mesures résidant dans des obligations de faire et de ne pas faire, d'interdire et d'obliger, l'on pressent déjà tout le potentiel des référés dans le domaine environnemental : de la suspension d'une décision administrative illégale dont les effets sont néfastes pour l'environnement, telle l'autorisation d'exploiter une activité polluante, à la prescription d'une obligation d'édicter un acte conforme au droit de l'environnement et respectueux du droit de vivre dans un environnement sain. Toutefois, la prévention serait limitée s'il était impossible, en laissant de côté le problème de légalité d'un acte, d'enjoindre également des mesures de prévention à l'auteur de l'atteinte ou du risque d'atteinte à l'environnement, à savoir l'acteur privé, en particulier l'entreprise.

Or, sur ce point, les **pouvoirs accordés au juge judiciaire** lors d'une action en référé sont importants au point que, pour certains auteurs, il existe « un droit à une protection juridictionnelle provisoire », comme « droit fondamental »⁴⁴¹. S'il ne peut prescrire des dommages-intérêts car il ne statue pas au fond, en revanche, ses pouvoirs sont variés et assez ouverts. Comme le rappellent certains auteurs, dès lors qu'elles sont proportionnées, « le juge du provisoire peut faire preuve d'une grande inventivité dans le choix des mesures qu'il ordonne. Il peut en effet les façonner librement, afin de les adapter au cas d'espèce »⁴⁴². S'il rend des décisions provisoires en ce qu'elles n'ont pas autorité de la chose jugée, celles-ci ne sont pas nécessairement temporaires. La preuve en est, dans le contentieux des antennes-relais, le juge civil n'a pas hésité à imposer leur démantèlement ou l'interdiction de leur implantation. Surtout, dans tous les cas, il peut prononcer des astreintes et les liquider

⁴³⁹ V. arrêt CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002, confirmé par la Grand chambre le 30 nov. 2004, req. n° 48939/99.

⁴⁴⁰ Not. *Arrêt Lopez-Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994, req. n° 16798/90.

⁴⁴¹ Procédure civile, n° 1856.

⁴⁴² Procédure civile, n° 1869.

provisoirement, ce qui renforce l'effectivité des mesures prescrites (art. 491al. 1 du Code de procédure civile).

Plus précisément, deux types de référés, que l'on retrouve dans d'autres ordres internes⁴⁴³, peuvent conduire le juge, dans le domaine environnemental, à prescrire des mesures contribuant à l'effectivité de la finalité de prévention des dommages environnementaux.

Il existe, en premier lieu, un **référé de principe dit d'urgence**. Selon l'**article 808 du Code de procédure civile**, « **Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend** »⁴⁴⁴. Pour obtenir les mesures préventives souhaitées, le demandeur doit donc démontrer, soit l'absence de contestation sérieuse, soit l'existence d'un différend. Dans le premier cas, le juge ordonne des mesures parce qu'à l'évidence, il n'y a pas de doute sur certains éléments qui justifient la mesure comme des éléments de preuve. Dans le second cas, à l'inverse, c'est le fait qu'un différend appelle à adopter au plus vite une mesure pour pouvoir plus sereinement régler le conflit sur le fond. Certes, dans le domaine environnemental, face à l'incertitude scientifique, l'on sait que l'urgence peut faire défaut. Cependant, comme des auteurs l'ont rappelé, l'urgence est appréciée très soupagement par le juge du référé⁴⁴⁵ et elle « concerne l'objet du litige, les mesures préventives »⁴⁴⁶. En cas de risque incertain, « il y a urgence à prendre des mesures maintenant pour éviter le risque même incertain »⁴⁴⁷. Et, parce qu'en cas d'incertitude, il y aura contestation sérieuse des mesures à adopter, c'est donc l'existence d'un différend qui peut permettre au juge de les ordonner.

Reste que, malgré tout l'intérêt de ce référé, au regard du contentieux environnemental, c'est surtout, en second lieu, le **référé provisoire** qui joue un rôle préventif, ce dernier délaissant l'urgence et l'absence de contestation sérieuse. Il est prévu à l'**article 808 du Code de procédure civile** qui dispose : « **Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas**

⁴⁴³ V. par exemple l'article 2333 du Code civil chilien, proche de l'article 809 du Code de procédure civile français.

⁴⁴⁴ Procédure civile, ouvrage préc., n° 1877_1878.

⁴⁴⁵ S. Grayot, Thèse préc., n° 22 et s.

⁴⁴⁶ S. Amrani-Mekki, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J-C. Saint-Pau, rapport Mission de recherche Droit et Justice, p. 258.

⁴⁴⁷ *Idem*.

sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Certes, cette fois c'est la preuve des caractères **imminent** du dommage ou manifestement illicite du trouble qui peuvent freiner l'accès à cette procédure. Alors que le caractère futur du dommage peut nuire à la preuve du caractère imminent, les autorisations accordées par l'État à certains exploitants rendent le trouble licite. Il s'agit là d'une difficulté non négligeable.

Une fois ces obstacles dépassés, les pouvoirs du juge pour prescrire les mesures qu'il estime les plus appropriées sont importants. Dépassant la distinction entre mesures conservatoires et de remise en état proposée par le législateur, la doctrine montre que, au regard de la jurisprudence, les mesures oscillent entre obligations de faire et de ne pas faire selon les spécificités des espèces : interdire ou suspendre des travaux en cours autant qu'ordonner une remise en état d'un site ou détruire un bien⁴⁴⁸.

Si ce référé sied parfaitement au domaine environnemental car il est le berceau de la théorie du trouble anormal de voisinage, certains arrêts montrent même la possibilité, *via* les mesures prescrites, de protéger l'environnement *per se*, en dehors de ses répercussions pour l'homme. Retenons cet arrêt rendu par la cour d'appel de Caen le 6 septembre 1994. En l'espèce, constatant la destruction de plantes relevant d'une espèce végétale protégée à l'occasion de l'élargissement d'un terrain de golf, le juge ordonne la cessation des travaux au nom du trouble illicite et l'interdiction de pénétrer dans la zone pendant 8 mois avec une astreinte fixée à 1 000 francs journaliers⁴⁴⁹.

Notons enfin que la prévention par référé provient parfois du droit substantiel spécial, celui-ci faisant appel au droit commun du référé. Le domaine environnemental est depuis peu concerné, ce qui démontre le besoin particulier et accru de prévention dans ce domaine. En effet, en consacrant le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre précédemment étudié (voir *supra*, Partie 1, chapitre 2), le législateur est venu reconnaître un droit d'agir en référé aux différents intéressés. Selon l'article L. 225-102-4-II du Code de commerce, « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le

⁴⁴⁸ Sur ces exemples S. Grayot, p. 98-99.

⁴⁴⁹ CA Caen, 1^{ère} chambre, 6 septembre 1994, *Groupement régional des associations de protection de l'environnement de Basse-Normandie, RJE*, 1995, p. 121.
https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_1995_num_20_1_3179

cas échéant sous astreinte, de les respecter ». Et d'ajouter que « Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins ». L'on en retient que via l'action en référé, le président peut participer à la mise en place d'une mesure préventive sur le plan substantiel : un plan de vigilance.

Ainsi l'on observe une complémentarité au sein de l'ordre interne du rôle des juges administratif et judiciaire. Dans tous les cas, une fois les conditions requises concernant l'action en jeu, les mesures prescrites sont ouvertes et offrent un pouvoir important au juge pour contribuer à la prévention des atteintes à l'environnement.

Enfin, c'est aussi du côté de l'Union européenne que se manifeste cette complémentarité tant ce juge, au provisoire, peut jouer un rôle pour prévenir les atteintes à l'environnement sur le sol d'un pays membre, malgré l'autorisation du droit interne légitimant l'activité en jeu.

2) Dans l'ordre supranational

Notons ici un contraste entre le juge de l'Union européenne et la Cour internationale de Justice.

Alors que le juge des référés français peut refuser de prescrire certaines mesures préventives notamment parce qu'il estime l'activité licite au regard des normes réglementaires applicables, **le juge de l'Union** peut, à l'occasion d'un recours dans son propre ordre, imposer à l'État de faire cesser l'activité litigieuse si elle contrevient aux normes de l'Union européenne. C'est alors du côté de l'ordre de l'Union européenne que la prévention peut se trouver.

Dans le cadre du recours en manquement, qui a vocation à sanctionner le comportement illégal d'un État au regard du droit de l'Union, des mesures provisoires peuvent en effet être ordonnées. Rappelons que selon l'article 279 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, « Dans les affaires dont elle est saisie, la Cour de justice de l'Union européenne peut prescrire les mesures provisoires nécessaires ». C'est ici qu'apparaît son pouvoir d'injonction. Comme le rappelle la doctrine, cette disposition permet au juge d'imposer des mesures provisoires dès lors que la thèse de la partie qui les sollicite paraît sérieuse, que « le point de droit charnière pour la résolution du litige n'appelle pas de solution évidente » et qu'il y a urgence, appréciée selon une balance des intérêts, tant il n'y aurait aucun sens à

statuer par voie de mesures provisoires s'il n'y avait pas d'urgence⁴⁵⁰. La prescription de mesures provisoires par le juge de l'Union demeure assez exceptionnelle dans le cadre d'un recours en manquement. À ce titre, la récente ordonnance rendue par la CJUE, *Commission c/ Pologne*, le 20 novembre 2017 mérite d'être étudiée⁴⁵¹.

En l'espèce, estimant que la décision du ministre de l'Environnement de la République de Pologne du 25 mars 2016 et celle du directeur général de l'Office des forêts polonaises, prévoyant le plan d'abattage contredisaient diverses dispositions du droit de l'Union européenne en procédant à l'abattage d'arbres anciens, entraînant alors une perte de biodiversité dans un site Natura 2000, la Commission européenne a saisi la CJUE d'un recours en manquement. La gardienne des traités a également demandé, en vertu de l'article 160, paragraphe 7, du règlement de procédure de la Cour, l'octroi des mesures provisoires avant même que la partie défenderesse n'ait présenté ses observations en raison du risque de préjudice grave et irréparable pour les habitats et l'intégrité d'un site Natura 2000. La Cour a donc été saisie d'une demande en référé sur le fondement du recours en manquement afin que celle-ci lui impose en urgence des mesures provisoires permettant de faire cesser les atteintes et qu'elle les accompagne du paiement d'une astreinte jusqu'au prononcé de la Cour sur le manquement reproché à la Pologne qui, de son côté, justifie ses actes au nom de la nécessité de protéger la biodiversité contre la prolifération d'un parasite menaçant l'équilibre de la forêt. Dans son ordonnance du 20 novembre 2017, la Cour ordonne à la Pologne, au titre des mesures provisoires, outre la cessation de l'activité d'abattage, l'obligation de communiquer à la Commission, au plus tard quinze jours après la notification de la présente ordonnance, toutes les mesures qu'elle aura adoptées afin de la respecter pleinement. Par ailleurs, elle affirme que les prérogatives du juge des référés incluent celle de pouvoir imposer à un État membre une astreinte au cas où celui-ci ne respecterait pas les mesures provisoires ordonnées. De ce fait, sans aller jusqu'à imposer directement l'astreinte, le juge se réserve le droit, en cas de non-respect des mesures ordonnées d'y procéder. Certes, rien n'empêchait la Cour de justice d'imposer l'astreinte immédiatement. À l'avenir, ce pas pourrait être franchi pour renforcer l'effectivité de la prévention des atteintes à l'environnement. Toutefois, la menace de l'astreinte peut aussi jouer un rôle dissuasif. C'est ici le cas. L'ordonnance prévoit qu'en cas de violation constatée, l'astreinte sera fixée au

⁴⁵⁰ L. Coutron, « La Cour de justice au secours de la forêt Bialowieska », *RTD Eur.* 2018, p. 321.

⁴⁵¹ CJUE, *Commission c/ Pologne* C-441-17 ; L. Coutron, « La Cour de justice au secours de la forêt Bialowieska », *RTD Eur.* 2018, p. 321.

minimum à 100 000 euros par jour, à partir du jour de la notification de l'ordonnance jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin sur le fond à l'affaire. De ce fait, cette ordonnance montre que, du côté de l'Union, la protection de l'environnement trouve un appui dans l'office du juge en ce que ce dernier peut prescrire des mesures provisoires consistant dans des obligations de faire, contrôlées et sanctionnées en cas de non-respect, et non uniquement des mesures de ne pas faire.

Du côté de la Cour internationale de Justice, alors qu'elle peut ordonner des mesures provisoires, appelées mesures conservatoires, et qu'elle le fait régulièrement dans d'autres champs⁴⁵², la Cour n'utilise guère cette faculté dans le cadre de litige relatif à la protection de l'environnement. L'affaire des usines de pâtes à papier par exemple, est révélatrice. L'Argentine reprochait à l'Uruguay d'avoir autorisé de manière unilatérale la construction de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, sans respecter la procédure obligatoire d'information et de consultation préalables prévue par le statut du fleuve Uruguay 1975. Elle soutenait que ces usines constituaient une menace pour le fleuve et son environnement, qu'elles risquaient d'altérer la qualité des eaux du fleuve et de causer un préjudice transfrontalier sensible à l'Argentine. La requête de l'Argentine était accompagnée d'une demande en indication de mesures conservatoires tendant à ce que l'Uruguay suspende les autorisations pour la construction des usines et les travaux de construction de celles-ci dans l'attente d'une décision finale de la Cour et s'abstienne de prendre toute autre mesure unilatérale relative à la construction des deux usines qui soit incompatible avec le statut de 1975. Par ordonnance du 13 juillet 2006, la Cour a dit que les circonstances, telles qu'elles se présentaient alors à elle, n'étaient pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer, en vertu de l'article 41 du Statut, des mesures conservatoires. La prescription de mesures conservatoires dès lors que le risque d'atteinte à l'environnement est avéré ou même simplement probable devrait donc être plus courante à l'échelon international.

Au terme de ce rappel concernant les mesures rendues par le juge du provisoire, c'est à la fois la globalisation des types de mesures, faire et ne pas faire, et ce avec possibilité d'astreinte, et la complémentarité des rôles des juges internes et de l'Union qui se dégagent. Ce constat laisse à penser que, d'ores et déjà, il est possible de mettre en évidence

⁴⁵² Voir par exemple : Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), ordonnance du 15 décembre 1979, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/6284.pdf>

la nature « environnementale » du procès. Cette impression se renforce avec l'étude des mesures susceptibles d'être prescrites par le juge du fond, au principal, permettant ici opportunément d'opérer le passage du provisoire au définitif, sur le plan de l'autorité de la chose jugée.

B/ La prévention à l'issue des actions au principal

Là encore, la tendance est à la globalisation des mesures préventives, en droit interne, français et étranger, et supranational.

1) Dans l'ordre interne

Il faut ici distinguer entre les pouvoirs du juge administratif (a) et ceux du juge civil (b).

a) Le juge administratif

Dans l'ordre interne français, l'étude montre que c'est avant tout à l'occasion de différents recours destinés à faire respecter la légalité que, en procédant à l'annulation de l'acte contraire à la norme invoquée, le juge peut participer à la prévention des atteintes à l'environnement.

S'il faut noter, devant le juge constitutionnel, l'atout préventif du contrôle de constitutionnalité rendant impossible l'entrée en vigueur d'une loi contrevenant aux droits, devoirs et principe de la Charte de l'environnement et menant à l'abrogation des dispositions déjà existantes, c'est surtout **le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif qui mérite l'attention.**

Les progrès en matière de prévention sont ici importants depuis que le juge s'est vu octroyé, par la loi du 8 février 1995, le droit de prononcer des injonctions en vue de l'exécution de ses décisions d'annulation (art. L. 911-1 et L. 911-2 du Code des juridictions administratives). Il peut en effet enjoindre à l'État et aux pouvoirs publics d'exercer son pouvoir réglementaire pour édicter des décrets nécessaires à l'application d'une

loi et assurer l'effectivité de la mesure en fixant un délai et une astreinte⁴⁵³. Le Conseil d'État en a fait notamment application dans le domaine de la qualité de l'air.

Il faut rappeler que la directive n° 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe transposée aux articles L. 221-1 et R. 221-1 du Code de l'environnement prévoit que, non seulement la France doit surveiller la qualité de l'air ambiant et fixer des valeurs limites en matière de concentration de polluants, notamment de dioxyde d'azote et de particules fines PM10, à ne pas dépasser, mais aussi que s'il y a dépassement de ces valeurs limites dans une zone déterminée, elle doit élaborer des plans contenant des mesures permettant de le contenir pour une période la courte possible. En 2015, l'association Les amis de la Terre avait saisi le Président de la République, le Premier ministre et les ministres de l'écologie et de la santé de deux demandes, pour qu'ils adoptent, en vertu ici de leurs compétences liées, toutes mesures utiles destinées à contenir, sur l'ensemble du territoire, les concentrations en particules fines et dioxyde selon les limites fixées par la directive et qu'ils adoptent des plans relatifs à la qualité de l'air permettant d'atteindre cet objectif. L'administration ayant gardé le silence, dans son arrêt du 12 juillet 2017⁴⁵⁴, la Haute Assemblée du Conseil d'État s'est alors prononcée sur la légalité de ces deux décisions implicites de rejet. Or, pour trancher le litige et à la demande de l'association, le juge administratif accompagne sa décision d'annulation d'une injonction de faire. Après avoir prononcé l'annulation des décisions implicites de rejet en affirmant que « le dépassement des valeurs limites de concentrations en particules fines et en dioxyde d'azote constitue, pour les zones concernées, une méconnaissance des dispositions des articles L. 221-1 et R. 221-1 du code de l'environnement, qui transposent sur ce point les exigences prévues par l'article 13 de la directive du 21 mai 2008 précitée » et en constatant que les plans adoptés « n'ont pas permis que la période de dépassement des valeurs limites soit la plus courte possible », le Conseil d'État estime qu'il y a lieu « d'enjoindre à ces autorités d'élaborer ces plans et de les transmettre à la Commission européenne avant le 31 mars 2018 ». On en retient que, lorsque l'État (et les autres autorités publiques) a une compétence liée, ce pouvoir d'injonction dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir est opportun pour lui imposer d'adopter des décisions réglementaires favorables à la prévention des atteintes à l'environnement.

⁴⁵³ Sur ce rappel, H. Guyomar et B. Seiller, ouvrage préc., n° 921 et s.

⁴⁵⁴ CE, 12 juillet 2017, *Association Les amis de la Terre*, n° 394-254.

L'on comprend alors que certains intéressés se tournent actuellement vers ce type de recours pour obtenir la condamnation de l'État en matière de lutte contre le changement climatique. Ainsi, notons la stratégie contentieuse du maire de Grande Synthe qui, après avoir demandé à l'État, par le biais d'un recours gracieux, de revoir sa politique climatique pour respecter les engagements pris au niveau international, a formé un recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'État en janvier dernier, afin qu'il constate le manque d'action de l'État et ses effets pour sa commune particulièrement vulnérable et qu'il lui enjoigne de prendre des mesures pour y remédier⁴⁵⁵. Et c'est ce même maire qui, toujours par le biais d'un recours pour excès de pouvoir exercé en février, demande au Conseil d'État d'annuler le Second plan national d'adaptation au changement climatique.

Annulation de la décision de mise sur le marché du RoundUp

Tribunal Administratif de Lyon, 15 janvier 2019, n° 1704067

Le Comité de Recherche et d'information Indépendantes sur le Génie Génétique (CRIIGEN) a saisi la justice en avril 2017 d'un recours en annulation de la décision de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) autorisant la mise sur le marché du Roundup Pro 360, herbicide commercialisé par la société Monsanto et dont la substance active est le glyphosate. Dans son arrêt du 15 janvier 2019, le Tribunal administratif de Lyon a fait droit à cette demande sur le fondement du principe de précaution proclamé à l'article 5 de la Charte de l'environnement.

Conformément au règlement no 1107/2009 du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, le glyphosate fait l'objet d'une décision de mise sur le marché prise à l'échelle de l'Union européenne. La substance active du Roundup a donc été autorisée, après que l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) a rendu un avis dans lequel elle considérait que la substance ne constituait pas un danger pour la santé humaine. Et l'on se souvient que l'autorisation a été renouvelée, non sans difficulté, en décembre 2017. Si la substance active est autorisée par un règlement européen, les produits phytopharmaceutiques, tel le Roundup 360, le sont par les États membres. C'est donc la décision de l'ANSES qui était attaquée devant le juge administratif.

Comparant les études scientifiques produites par l'ANSES et celle effectuée par le Centre international de recherche sur le cancer (CIRC) qui classe le glyphosate comme « probablement cancérigène pour les humains », s'appuyant également sur le fait que de l'aveu même de l'ANSES le glyphosate doit être classé comme « toxique pour les organismes aquatiques » et que selon l'EFSA des effets négatifs sur la reproduction ne peuvent être complètement exclus, le tribunal administratif décide que l'ANSES a commis une erreur d'appréciation au regard du principe de précaution défini par l'article 5 de la Charte en autorisant le produit.

Notons que si l'arrêt du Tribunal administratif pourrait parfaitement être attaqué devant le Conseil d'État, il n'est pas exclu que la justice européenne elle-même ne se prononce sur la légalité de l'autorisation du glyphosate. Un recours en annulation a en effet été déposé par la région Bruxelles-capitale devant le Tribunal de l'Union européenne contre le règlement renouvelant l'autorisation de mise sur le marché du glyphosate.

⁴⁵⁵ https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/11/20/le-maire-de-grande-synthe-attaque-l-etat-pour-inaction-climatique_5386216_1652612.html

Par ailleurs, outre que **le juge administratif a la possibilité d’accompagner ces mesures de faire et de ne pas faire d’une astreinte** – ce que demandent par le biais d’un nouveau recours en date du 2 octobre 2018 certaines ONG qui dénoncent le non-respect par le gouvernement de la décision du Conseil d’État précitée⁴⁵⁶ –, c’est aussi par la voie, sur le fond, **des recours de plein contentieux que la prévention** peut se manifester. Celui-ci regroupe notamment le contentieux des autorisations délivrées au titre de la loi sur l’eau et du droit des installations classées. En effet, dans ce cas, le juge « dispose de l’intégralité des pouvoirs juridictionnels »⁴⁵⁷. Il peut tout aussi bien annuler un acte, le réformer que condamner une personne publique. La jurisprudence montre que le juge administratif n’hésite pas à réformer l’autorisation prise par le préfet, sur le fondement du droit des ICPE, pour l’assortir de conditions supplémentaires non prévues⁴⁵⁸. Dans un arrêt du 31 mars 2004⁴⁵⁹ le Conseil d’État, en vertu des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi sur l’eau du 19 juillet 1976, se reconnaît le pouvoir, non seulement d’aggraver ou compléter les prescriptions émanant de l’arrêté d’autorisation, mais aussi de substituer aux règles qu’il édite, de nouvelles prescriptions techniques davantage favorables à la préservation de l’environnement.

Enfin notons l’importance préventive des recours en responsabilité qui, comme le rappelle Olivier Le Bot dans cette recherche peuvent conduire le juge à faire cesser l’acte illicite à l’origine du dommage. Le juge administratif s’est en effet octroyé un pouvoir d’injonction dans ce domaine. À titre d’exemples, alors que la cour d’appel de Douai, dans un arrêt du 29 avril 2016, a enjoint à la commune d’Hébuterne de prendre, dans un délai d’un an, les mesures nécessaires pour mettre fin aux pollutions de terrains qui étaient causées par le débordement de fossés recueillant les eaux usées de plusieurs habitations de la commune⁴⁶⁰, un tribunal administratif a imposé à une commune « de prendre, dans un délai de quatre mois à compter du présent jugement, toutes les mesures de police nécessaires pour faire cesser ou, à tout le moins, réduire les nuisances sonores résultant de l’activité de la société « ABC Élagages et Jardins » dont les émergences sonores doivent respecter le seuil d’émergence réglementaire toléré pour ce type d’activité »⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Elles demandent 100 000 euros d’astreinte journalière : https://www.lemonde.fr/pollution/article/2018/10/01/pollution-de-l-air-60-associations-reclament-100-000-euros-d-astreinte-journaliere-contre-la-france_5362564_1652666.html

⁴⁵⁷ M. Guyomar et H. Sellier, ouvrage préc., n° 265.

⁴⁵⁸ CE 27 mai 1988, *Comité de défense du site de Kervoazou*, *Recueil Lebon* p. 222).

⁴⁵⁹ Requête n° 250378.

⁴⁶⁰ CAA Douai, 29 avr. 2016, Baey, n° 15DA01398, inédit.

⁴⁶¹ TA Toulon, 6 juil. 2017, Gaïa et autres, n° 1401452.

Surtout, ce qui mérite ici d'être relevé tant cela ne va pas de soi, c'est l'importance prise par le rôle préventif du juge de la responsabilité civile, pourtant terre d'accueil des mesures de réparation. De plus en plus, les mesures préventives susceptibles d'être ordonnées par le juge civil à l'issue d'un recours consistant à mettre en jeu la responsabilité civile d'un pollueur peuvent être vues comme un complément aux recours en légalité, voire un remède lorsque l'acte administratif à l'origine de l'exercice de l'activité n'est pas considéré comme illégal. Les mesures visent directement le pollueur.

b) Le juge civil

C'est, d'une part, du côté de la pratique judiciaire que les choses ont évolué. Le juge s'est pour une part lui-même octroyé ses pouvoirs préventifs. De manière générale⁴⁶², la doctrine s'accorde à noter que le juge n'hésite pas, selon l'objet de la demande, à ajouter à l'indemnisation des préjudices en jeu, des mesures de prévention, souvent rattachées artificiellement à la fonction indemnitaire de la responsabilité en tant que mesure de remise en état, consistant à éviter la réalisation d'un dommage, à faire cesser le trouble ou à mettre fin à la source par la cessation du fait générateur illicite qui se trouve à son origine⁴⁶³. Ainsi, dans le domaine environnemental, sur le fondement de la théorie du trouble anormal de voisinage, il peut, non seulement ordonner la cessation d'une activité source de nuisance ou prescrire des travaux à son auteur, mais aussi ordonner la fermeture d'un établissement jusqu'à ce que le responsable réalise les travaux nécessaires à la suppression des nuisances illicites⁴⁶⁴.

Plus particulièrement, aujourd'hui, le juge admet que le dommage puisse résider dans le remboursement des sommes engagées ou à engager par le demandeur pour la prévention du dommage qu'il subit ou risque de subir⁴⁶⁵. C'est ainsi que Patrice Jourdain constate l'existence d'une « réparation à finalité préventive »⁴⁶⁶. Par ailleurs, certains juges vont encore plus loin en imposant de mettre fin à une source de nuisance en présence d'un risque non avéré et ouvrent ainsi les mesures de prévention aux risques de dommages incertains⁴⁶⁷.

⁴⁶² Sur ce rappel et ce développement, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, ouvrage préc., spéc. p. 35 et s, et 107 et s.

⁴⁶³ C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

⁴⁶⁴ *Idem*, n° 85.

⁴⁶⁵ P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 3, mars 2010, dossier 11, n° 7.

⁴⁶⁶ *Idem*, n° 7.

⁴⁶⁷ P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », art. préc., n° 22.

C'est en ce sens que, de manière isolée, un juge du fond, le TGI de Nevers, dans une décision du 22 avril 2010⁴⁶⁸, a exclu l'application de la théorie du trouble de voisinage qui, selon lui, n'a de sens qu'en cas de risque certain, et, refusant la fiction, s'appuie exclusivement sur le principe de précaution comme principe général du droit pour imposer à un opérateur de téléphonie-mobile d'adopter des mesures de prévention. Au final, « Les sanctions préventives » sont connues du juge, comme l'a montré Cyril Sintez dans sa thèse.

C'est, d'autre part, sous l'action du législateur que le changement fait officiellement jour. Certaines actions récemment consacrées par le législateur dans le domaine environnemental et pouvant être engagées par certaines personnes morales, en particulier les ONG, combinent réparation et prévention.

En ce sens, par la voie de la **nouvelle action de groupe environnementale prévue par l'article L. 142-3-1-II du Code de l'environnement**⁴⁶⁹, outre l'indemnisation des préjudices, le demandeur peut invoquer « la cessation du manquement » du défendeur à ses obligations légales ou contractuelles (art. L. 142-3-1-III). Surtout, il convient de rappeler que, selon le **nouveau régime de responsabilité civile spécial de réparation du préjudice écologique**⁴⁷⁰ créé par la loi du 8 août 2016 sur la biodiversité⁴⁷¹, malgré un intitulé exclusivement tourné vers la réparation, non seulement « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable » (art. 1251 du Code civil), mais aussi, « indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage » (art. 1252 du Code civil). Dès lors que la demande principale concerne la réparation d'un préjudice déjà réalisé, il est possible d'y ajouter une demande tournée vers sa prévention ou cessation, par conséquent pour le futur.

⁴⁶⁸ TGI Nevers, 22 avril 2010, (2010) n° 10/00180. V. le commentaire de C. Sintez, *Revue Responsabilité civile-assurances*, nov. 2010/11, comm. 275.

⁴⁶⁹ M. Bacache, « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/3 Etude 8.

⁴⁷⁰ Sur ce nouveau régime, L. Neyret, « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », *D.*, 2017, p. 924 ; M. Hautereau-Boutonnet, « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique », *Revue Énergie Environnement Infrastructures*, Juin 2017, Étude 14.

⁴⁷¹ L. n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JO : M. Hautereau-Boutonnet, La loi sur la reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil, *JCP G* 2016, n° 37, p. 948.

D'ores et déjà, si le potentiel préventif du juge de la responsabilité civile est important pour faire cesser les atteintes à l'environnement par la voie du régime spécial de réparation, c'est en passant par les référés ou la théorie du trouble anormal de voisinage qu'il permet de les anticiper. Se dessine une spécialisation de la prévention dans le domaine de la responsabilité environnementale. L'on en retient que, jour après jour, s'opère une densification des pouvoirs préventifs du juge judiciaire qui laisse envisager le fait qu'il puisse, à l'issue d'une action en responsabilité engagée contre une entreprise polluante, prescrire diverses mesures adaptées à la situation : la cessation du trouble, en mettant fin à la source de la pollution, le respect de normes plus respectueuses de l'environnement, l'édiction de certains actes, ou le versement de dommages-intérêts au demandeur correspondant au coût des mesures prises ou à prendre, tel que des travaux destinés à protéger les fonctions et services écologiques d'un site fragilisé par un risque de pollution.

Le constat est important et mérite d'être instrumentalisé. L'on peut ainsi imaginer que le régime spécial relatif au préjudice écologique joue un rôle dans le contentieux climatique. Le juge pourrait être appelé à indemniser des victimes pour les mesures prises ou à prendre en matière de changement climatique, notamment la lutte contre les risques d'inondations par le rehaussement des routes, ou imposer aux auteurs de prendre eux-mêmes des mesures adaptées à la réduction des rejets de gaz à effet de serre. Par ailleurs, sur le fondement du trouble constitué par le risque de dommage – certain dans son principe bien qu'incertain dans son ampleur –, le juge, inspiré du dispositif relatif au devoir de vigilance applicable à certaines entreprises, pourrait varier les mesures et imposer, si besoin est, l'adoption de certains comportements positifs, notamment un plan de vigilance propre à réduire les rejets de gaz à effet de serre.

Faut-il s'en étonner ? Pas vraiment si l'on constate que la prévention judiciaire dépasse le droit français.

2) Dans les autres ordres

Il faut ici apporter des précisions quant aux ordres internes étrangers et l'ordre supranational

a) Les ordres internes étrangers

Certains droits étrangers accordent déjà depuis de nombreuses années des pouvoirs préventifs au juge du fond.

Ainsi, la **procédure de l'injunction** existants notamment dans certains pays de **Common Law** permet au juge, d'ordonner des obligations de faire et de ne pas faire qui, en cas d'inexécution, se trouvent sanctionnées par le *contempt of Court*⁴⁷². À titre d'exemples, en droit anglais⁴⁷³, l'injonction est une sanction associée, non seulement à différents *torts*, comme les *torts* de *private nuisance* – qui se rapproche le plus de la théorie française du trouble anormal de voisinage – ou de négligence, mais aussi au délit relevant principalement du droit pénal, le *public nuisance*. Ce dernier réside dans un « acte ou omission qui nuit matériellement au confort et à la convenance du public ». Dans tous les cas, si le délit est constitué, le juge peut imposer, soit une *prohibitory injunction* (interdiction de faire), soit une mesure dite *mandatory injunction* (des obligations de faire comme la remise en état).

Ce pouvoir d'injonction trouve même dans certains pays une consécration législative particulière dans le domaine environnemental. L'on trouve par exemple une trace d'une action préventive environnementale en **droit québécois**⁴⁷⁴. L'article 19.2 de la loi sur la qualité de l'environnement dispose : « Un juge de la Cour supérieure peut accorder une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à l'exercice d'un droit conféré par l'article 19.1 », ce dernier affirmant quant à lui que « Toute personne a le droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent, dans la mesure prévue par la présente loi, les règlements, les ordonnances, les approbations et les autorisations délivrées en vertu de l'un ou l'autre des articles de la présente loi ainsi que, en matière d'odeurs inhérentes aux activités agricoles, dans la mesure prévue par toute norme découlant de l'exercice des pouvoirs prévus au paragraphe 4° du deuxième alinéa de l'article 113 de la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (chapitre A-19-1) ». C'est donc la méconnaissance d'un droit subjectif, le droit à la qualité de l'environnement, qui justifie la prescription d'une injonction allant dans le sens de son respect ou son rétablissement.

⁴⁷² Sur ce rappel, Les effets de la responsabilité, ouvrage préc., n° 18.

⁴⁷³ S. Taylor, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique en droit anglais », rapport sur le droit anglais, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>, spéc. p. 141.

⁴⁷⁴ V. dans le rapport GIP *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, préc., L. Houry, « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », p. 654 s.

Par ailleurs, si c'est plus largement sous l'action du juge, que **certains droits ont depuis quelques années fait une place à l'action en cessation de l'illicite permettant notamment le rétablissement de certains droits subjectifs susceptibles de concerner la protection de l'environnement**, tel le droit à la vie paisible au **Japon**⁴⁷⁵, retenons l'importance du rôle joué par des fondements permettant incidemment au juge de contribuer à la prévention des atteintes à l'environnement. L'on pense à la théorie du trouble anormal de voisinage qui existe dans différents droits, tel en droit allemand. Selon l'article 1004 du code Civil allemand, « s'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de celui qui en est l'auteur l'élimination du trouble et s'il y a lieu de craindre de nouvelles atteintes, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation »⁴⁷⁶.

Il convient aussi de noter le rôle potentiellement joué par les **recours constitutionnels** de type concret, existant dans certains droits étrangers sous le nom notamment de *amparo* (**Espagne, Argentine, Bolivie**), *tutela* (**Colombie**) ou *recurso de protección* (**Chili**), *Verfassugsbeschwerde* (Allemagne) qui permettent à tout juge de prescrire certaines mesures pour le rétablissement des droits fondamentaux lésant les intérêts du requérant. Selon les droits fondamentaux en jeu, ces mesures peuvent avoir des effets sur la prévention des atteintes à l'environnement.

Plus concrètement l'étude du droit étranger montre même combien les différents recours existants ont un rôle à jouer dans des contentieux environnementaux d'une grande complexité, à l'instar du contentieux climatique. En effet, dans la plupart des actions – en cours, en ou déjà jugées –, les mesures demandées par les parties ou prescrites par le juge sont davantage à finalité préventive qu'indemnitaire. Quelques exemples en attestent :

En premier lieu, notons que le pouvoir préventif du juge s'est déjà clairement manifesté à l'occasion d'actions tendant à condamner l'État. Ainsi, sur le fondement de la responsabilité civile, le juge néerlandais statuant dans l'affaire *Urgenda Foundation v. State of Netherlands*,

⁴⁷⁵ V. in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, rapport GIP, préc. en ligne : T. Otsuka, *Le risque antenne-relais*, regards pratiques de droit comparé, rapport japonais, p. 785 et s. ; K. Yoshida, *Prévention des dommages environnementaux par voie d'action en cassation en droit japonais*, p. 787 et s.

⁴⁷⁶ V. in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, rapport GIP, préc. : J. Knetsh, *Le risque « antenne-relais » en droit allemand*, p. 173 et s..

rendue par le Tribunal de La Haye le 24 juin 2015 et confirmée en appel le 9 octobre dernier par la Cour d'appel de La Haye⁴⁷⁷ a condamné l'État néerlandais à réduire ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % d'ici à 2020. En première instance, la prévention a fait l'objet d'une forte attention du juge qui a déclaré : « *The only effective remedy against hazardous climate change is to reduce the emission of greenhouse gases. Therefore, the court arrives at the opinion that from the viewpoint of efficient measures available the State has limited options : mitigation is vital for preventing dangerous climate change* »⁴⁷⁸. Par ailleurs, dans l'affaire *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* portée devant un juge du Pakistan, c'est à l'issue d'une procédure de « *Public Interest Litigation* » engagée par un agriculteur⁴⁷⁹, que le juge a considéré, au regard du retard du gouvernement dans la mise en œuvre de la Convention-Climat au niveau national, que ce dernier avait violé les droits fondamentaux des citoyens pakistanais, en particulier le droit à la vie, à la santé et à un environnement sain. Le juge a alors ordonné d'importantes mesures préventives au gouvernement, à savoir créer un conseil climatique et nommé des experts en charge d'établir une liste de mesures à mettre en œuvre pour favoriser l'adaptation du pays aux changements climatiques, sachant que ce conseil climatique aura pour mission de suivre l'adoption de ces différents plans de prévention et de réduction des émissions à travers les différents secteurs de l'économie⁴⁸⁰.

Et, **c'est aussi du côté des recours constitutionnels que la prévention peut se découvrir**⁴⁸¹. L'teste la récente décision rendue par la Cour suprême de justice en **Colombie** le 5 avril 2018 à la suite d'un recours engagé par un groupe d'enfants, d'adolescents et jeunes adultes, sur le fondement de l'**action de tutela**, prévue par l'article 86 de la Constitution depuis 1991⁴⁸². Sur le fond, était en jeu le manque d'action de l'État face à la déforestation de l'Amazonie sur le territoire colombien et l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre. Outre la violation de certains principes environnementaux, les requérants reprochaient à l'État la violation de leur droit, en tant que représentants de générations présentes et futures, à la vie digne, à la

⁴⁷⁷ *Urgenda Fondation v. The State of Netherlands*, The Hague District Court, 24 June 2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396.

⁴⁷⁸ *Ibid.* 4§75.

⁴⁷⁹ *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan*, WP.No.25501/2014.

⁴⁸⁰ *Ibid* §8.

⁴⁸¹ Pour une étude plus poussée des actions mettant en jeu les droits protégés par la constitution, L. Gay et M. Fatin-Rouge Stefanini, « L'utilisation de la Constitution dans les contentieux climatiques en Europe et en Amérique du Sud », *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2018-12, Dossier n° 43, p. 29 et s. ; C. Cournil, travaux précités.

⁴⁸² Sur cette décision, L. Gay et M. Fatin-Rouge Stefanini, « L'utilisation de la Constitution dans les contentieux climatiques en Europe et en Amérique du Sud », *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2018-12, Dossier n° 43, p. 29 et s.

santé, à l'eau et à vivre dans un environnement sain, reconnus par la constitution. Si la demande a été rejetée en première instance, elle a au contraire été jugée recevable et bien fondée en seconde instance par la Cour suprême de justice. Rappelant l'importance jouée par la *tutela* dans ce domaine en ce que ce recours permet d'adopter des mesures immédiates pour rétablir les droits fondamentaux et la violation des différents droits en jeu, le juge prescrit différentes injonctions aux autorités. Parmi elles, l'on trouve l'obligation d'édicter dans les 4 mois un plan d'action appréhendant le court, moyen et long terme et visant à lutter contre la déforestation et, dans les 5 mois, un pacte intergénérationnel en faveur du respect de la vie en Amazonie colombienne, prévoyant des mesures de réduction à zéro la déforestation et le rejet des émissions de GES.

C'est en second lieu les entreprises qui pourraient, par la voie judiciaire, être condamnées à adopter des mesures préventives. Là aussi le juge du fond, au principal, par la voie de l'action en responsabilité civile a un rôle à jouer. Certes, aujourd'hui, outre que certaines affaires demeurent pendantes, parmi celles qui ont été jugées, aucune n'a donné droit au demandeur. Toutefois, les rejets des demandes sont liés à la recevabilité et au bien-fondé des actions qui n'ont donc pas permis au juge d'apprécier les mesures demandées.

Mesures préventives et contentieux climatique

Certaines affaires américaines montrent la volonté des demandeurs d'obtenir la condamnation de grosses entreprises pétrolières pour obtenir le remboursement des sommes qu'elles ont ou devront engager pour effectuer des travaux d'adaptation au changement climatique⁴⁸³. L'idée est de faire jouer à la réparation un rôle de prévention. Citons en ce sens l'affaire *County of San Mateo vs. Chevron Corp.*⁴⁸⁴ dans laquelle la commune de San Mateo, sur le fondement du *tort* de négligence, demande le remboursement des mesures déjà prises par la collectivité ainsi que de financement des travaux à venir. Il faut dire que, encerclée par la mer, la ville est l'une des plus vulnérables de Californie à l'élévation du niveau de l'océan. Elle a déjà dépensé des millions de dollars afin d'étudier et atténuer les effets du changement climatique sur son territoire. Les demandes soulignent même que le réseau d'égout, les plages, les espaces verts, les routes ainsi que les infrastructures publiques sont et seront lourdement impactés, nécessitant des dépenses colossales de la part de la personne publique⁴⁸⁵.

Parfois, les demandeurs font appel au juge américain de la responsabilité civile également pour qu'il prescrive directement des mesures de prévention, par le biais de l'injonction. Citons en ce sens la décision *AEP v. Connecticut*, rendue le 20 juillet 2011 par la Cour Suprême des États-

⁴⁸³ Voir en ce sens les affaires en cours : *King County v. BP PLC et al.*, Washington Supreme court, 18-2-11959-0, Complaint ; *The County of Santa Cruz v. Chevron Corp et al.*, *City of Oakland v. BP P.L.C et al.* no. C17-06011 WHA, Order Granting motion to dismiss, *People State of California v. BP et al.*; et l'affaire passée: Northern District of California, *People of the state of California v. General Motors et al.*, Order granting defendant's motion to dismiss, n° C-06-05755 MJJ, sept. 2007.

⁴⁸⁴ Superior court of the State of California in and for the County of San Mateo, Complaint of the *County of San Mateo vs. Chevron Corp. and al*, C-17CIV03222, Jul. 2017, p.28.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 7

Unis⁴⁸⁶. En l'espèce, huit États, la ville de New York et trois associations demandaient aux juges d'enjoindre à quatre entreprises du secteur de l'énergie et à l'Autorité de la *Tennessee Valley* de réduire leurs émissions de GES. Plus précisément, à cette fin, les demandeurs entendaient que le juge impose aux entreprises l'élaboration de plans de réduction des émissions de CO2 sur les dix années à venir⁴⁸⁷, ce qui n'est pas sans rappeler l'exigence du plan de vigilance en droit français. Il s'agissait donc, non pas de demander la cessation d'une activité de manière négative, mais plus positivement d'imposer une obligation de faire. Le fondement mobilisé était celui de la nuisance publique, issu du droit de la *Common law*. Dans cette lignée, la ville de New York cherche aujourd'hui, en parallèle de l'obtention de dommages et intérêts pour les dommages actuels et futurs, à obtenir la condamnation des grandes entreprises pétrolières qui, selon le demandeur, constituent une nuisance grave aux droits à la santé, à la sécurité et au bien-être des habitants de New York. Parce que la population sera affectée à l'avenir par l'élévation du niveau de la mer, des inondations et des vagues de chaleur extrême, les défenseurs doivent prendre les mesures nécessaires afin de faire diminuer le risque de nuisance⁴⁸⁸. Le but est de contraindre les entreprises à modifier leur comportement, à prévenir le changement climatique lui-même en les condamnant, au-delà du remboursement des dépenses futures, à réduire des émissions de CO2.

Signalons que la demande de prévention à l'encontre des acteurs privés ne concerne plus uniquement le juge américain. L'atteste l'affaire *Saul Lhuyia c. RWE*, qui a déjà fait l'objet d'une décision rendue par la Cour d'appel de Hamm en novembre 2017⁴⁸⁹. En l'espèce, le requérant demande au juge, sur le fondement de la théorie du trouble de voisinage, de condamner l'entreprise productrice d'énergie fossile à supporter les dépenses liées aux mesures préventives que le demandeur va devoir prendre pour protéger sa propriété du risque d'inondation. À titre principal, il est demandé à ce que RWE paye une partie des sommes pour travaux à venir afin de réduire le niveau du lac. À titre subsidiaire, il est demandé à l'entreprise RWE d'effectuer elle-même les travaux de consolidation de la digue et de la diminution du volume d'eau. Le demandeur soutient que la mesure de réduction des risques la plus efficace serait la réduction du niveau du lac grâce au drainage d'une partie de celui-ci. Selon les experts, le coût financier de ces mesures préventives s'élèverait à 3,5 millions d'euros et RWE devrait prendre en charge 0,47 % de ce montant⁴⁹⁰, eu égard à sa contribution personnelle au changement climatique.

L'on en retient que si le juge interne – français et étranger – dispose d'ores et déjà de pouvoirs importants pour prescrire des mesures préventives, en référé ou au principal, en droit commun ou en droit spécial, par des recours en légalité ou en responsabilité, face à de nouveaux contentieux environnementaux, il lui est demandé d'ajuster et renforcer ses injonctions : ordonner l'adoption de mesures concrètes, de règles, de plans, de constitution de commission, de procédure de suivi, de dommages-intérêts appropriés au coût des mesures. La créativité est mise à l'épreuve.

⁴⁸⁶ Supreme court of the United States, *American Electric power company, Inc., et Al., Petitioners, v. Connecticut et Al.*, 564 U.S, n° 10-174, June 20, 2011

⁴⁸⁷ « *As relief, the plaintiffs ask for a decree setting carbon-dioxide emissions for each defendant at an initial cap, to be further reduced annually* », *Ibid.* p. 1.

⁴⁸⁸ *City of New York v. BP.P.L.C ; Chevron corp. ; Conocophillips ; Exxon Mobil Corp. ; Royal Dutch Shell PLC*, c. 1 :18-cv-00182-JFK, document 1, complaint, p.60-63.

⁴⁸⁹ CA Hamm, *Saul Luciano Lhuyia v. RWE*, 2 O 285/1520, novembre 2017.

⁴⁹⁰ *Claim of Saul Ananias Luciano Lhuyia v. RWE AG*, 23 janvier 2011, p. 19.

Ce constat ne peut être établi de la même manière s'agissant des juges supranationaux dont la compétence est avant tout réparatrice. Il convient tout de même de distinguer entre les différents juges.

b) L'ordre supranational

S'agissant du droit de l'Union, comme l'a étudié Nathalie Rubio dans cette recherche, il convient d'évoquer la portée préventive du recours en manquement. Prévu aux articles 258 à 260 TFUE, le recours permet de sanctionner les États qui ne respectent pas leurs obligations et partant, à faire respecter le caractère obligatoire des traités. Le recours ne poursuit pourtant pas uniquement une finalité répressive. La finalité dissuasive et par conséquent préventive du recours est évidente : il s'agit d'inciter les États à un meilleur respect de leurs obligations à l'aide de la menace de sanction. Comme l'affirmait l'Avocat général Colomer⁴⁹¹, l'objectif fondamental que le traité assigne à cette voie de recours est d'« aboutir le plus rapidement possible à ce que les États membres se mettent en conformité »⁴⁹². En témoignent les étapes de la procédure qui précèdent la saisine de la Cour de justice et qui ont pour objectif de permettre à l'État de se conformer à ses obligations et de lui offrir une de lui dernière occasion de se justifier et d'éviter la saisine de la Cour. En témoignent également les sanctions qui peuvent être infligées par la Cour et qui viennent dans certaines conditions démentir la nature uniquement déclarative de l'arrêt en « constatation de manquement ». Depuis 1992, un mécanisme de sanction contre l'État qui ne respecte pas l'arrêt en manquement figure à l'article 260 TFUE. Il est prévu qu'en cas d'inexécution d'un arrêt de ce type, la Commission et elle seule peut saisir la Cour qui à son tour pourra infliger des sanctions à l'égard de l'État fautif. Ces sanctions sont de deux ordres, paiement par cet État d'une somme forfaitaire, paiement d'une astreinte journalière, leur vocation diffère aussi. Selon la Cour elle-même : « si l'imposition d'une astreinte semble particulièrement adaptée pour inciter un État membre à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un manquement qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister, l'imposition d'une somme forfaitaire repose davantage sur l'appréciation des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'État membre concerné sur les intérêts privés et publics, notamment lorsque le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement

⁴⁹¹ CJUE, arrêt du 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, Aff. C-387/97, *Rec.* p. 05047.

⁴⁹² Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 28 septembre 1999, *Rec.* p. I-05047.

constaté »⁴⁹³. En conséquence, bien que le recours en manquement se rapproche davantage d'un recours de type responsabilité internationale, il remplit également une fonction préventive.

L'on pourrait dire de même du recours en annulation (article 263 TFUE), qui visant à faire annuler une norme de droit communautaire illégale, car contraire à une norme supérieure, peut également permettre de prévenir l'apparition de dommages causés à l'environnement. Mais l'on doit se souvenir que les recours en annulation formés par des personnes privées en matière de protection de l'environnement ont peu de chance d'être recevable (renvoi supra). Par ailleurs, il convient de rappeler que la CJUE n'étant pas une Cour suprême elle n'a pas le pouvoir d'annuler ou abroger des réglementations nationales⁴⁹⁴. L'institution auteur de l'acte doit donc tirer les conséquences de l'arrêt d'annulation sans que la Cour lui dicte les mesures à prendre, celle-ci n'ayant pas de pouvoir d'injonction. Ce principe est transposable au recours en manquement.

S'agissant de l'ordre international et des pouvoirs de la Cour internationale de Justice, Sandrine Maljean-Dubois rappelle, dans cette recherche, que « tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale ». Parce que la responsabilité internationale peut être reconnue sans que ne soit démontré un dommage, il est possible pour un État d'invoquer la violation d'une obligation internationale pour obtenir la cessation d'un fait illicite dommageable à l'environnement. En pratique il en va quelque peu différemment. Il faut déjà noter que l'obligation de cessation de l'illicite tend à se confondre avec l'obligation de réparation lorsque celle-ci prend la forme d'une réparation en nature. Et une étude des arrêts rendus sur le terrain de la responsabilité pour dommages environnementaux montre que la prévention des dommages, pourtant jugée primordiale⁴⁹⁵, y est peu effective. L'arrêt rendu dans l'affaire des usines de pâtes à papier nous paraît à ce titre révélateur⁴⁹⁶.

⁴⁹³ CJCE, 12 juillet 2005, *Commission c. France*, Aff. C-304/02, §81.

⁴⁹⁴ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c/ État belge*, aff. 6/60, Rec., p. 1145

⁴⁹⁵ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil 1997, §140 : « La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages ».

⁴⁹⁶ CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Affaire des Usines de pâtes à papier (Argentine / Uruguay)*, rec. 1997. Voir le commentaire : J. Sohnle, « L'arrêt des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010. Un mode d'emploi pour violer des obligations procédurales sans peine », *Revue juridique de l'environnement*, 2010/4 (Volume 35), p. 605-625. URL: <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2010-4-page-605.htm>

L'Argentine reprochait à l'Uruguay d'avoir autorisé de manière unilatérale la construction de deux usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay, sans respecter la procédure obligatoire d'information et de consultation préalables prévue par le statut de 1975. Elle soutenait que ces usines constituaient une menace pour le fleuve et son environnement, qu'elles risquaient d'altérer la qualité des eaux du fleuve et de causer un préjudice transfrontalier sensible à l'Argentine. La Cour n'avait pas jugé utile de prononcer des mesures conservatoires. Puis, jugeant que l'Uruguay avait violé ses obligations procédurales (obligations d'information, de coopération...) mais pas ses obligations de fond, elle considère que la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine. Les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n'y a pas lieu d'en ordonner la cessation. Pour l'Argentine, l'Uruguay aurait dû rétablir sur le terrain et au plan juridique la situation antérieure à la perpétration des faits illicites (*restitutio in integrum*) et donc démanteler l'usine Orion. La Cour s'en réfère au droit international coutumier, à sa jurisprudence et aux articles 34 à 37 des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, pour affirmer que si la restitution est l'une des formes de réparation du préjudice, elle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant la survenance du fait illicite et que dans les cas où la restitution est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction⁴⁹⁷. Elle conclut qu'« ordonner le démantèlement de cette installation ne saurait constituer, de l'avis de la Cour, une forme de réparation appropriée à la violation des obligations de nature procédurale ».

Notons également que l'Argentine demandait aussi à la Cour d'obliger l'Uruguay à donner des garanties de non-répétition. La Cour n'en a pas perçu la nécessité et se retranche derrière la présomption de bonne foi. Il semble donc que la nécessité de prendre des mesures préventives des dommages environnementaux soit, pour l'heure encore, mise en échec par la volonté de la Cour de préserver la souveraineté étatique.

⁴⁹⁷ Voir : CIJ, 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Recueil 1997, p. 81, par. 152 ; CIJ, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, Recueil 2004 (I), p. 198, par. 152-153 ; CIJ, 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Recueil 2007 (I), p. 233, par. 460.

Dans tous les cas, l'on en retient, qu'il s'agisse du juge interne ou international, que l'appel à l'imagination en matière de prévention est en marche. La question est alors de savoir si le juge ne devrait pas être davantage accompagné pour répondre efficacement à ces demandes. Elle se pose d'autant plus que, face à la complexité de ce type de litiges mettant à l'épreuve la preuve de certaines conditions exigées – comme le lien de causalité – et à l'importance du montant de la réparation en cas de réalisation du dommage, la prévention pourrait prendre la première place dans le contentieux. D'où tout l'intérêt de regarder de plus près ce que pourrait être l'avenir de la prévention à l'issue d'un procès environnemental.

§ 2- L'avenir de la prévention : des évolutions souhaitables

Malgré l'importance des pouvoirs préventifs du juge pour trancher le litige environnemental et participer ainsi à la prévention des atteintes à l'environnement, certaines limites sont à noter et pourraient être dépassées. Si dans notre étude, c'est essentiellement vers le juge judiciaire, du référé ou du fond, que notre regard vers les pouvoirs du juge s'est tourné (A), les propositions pourraient se généraliser, devant le juge administratif et dans les autres ordres nationaux (B).

A/ L'évolution des pouvoirs du juge judiciaire

À bien y regarder, ici, deux évolutions s'avèrent souhaitables. Elles Les pouvoirs du juge pourraient évoluer au contact du renforcement des finalités préventives de l'action en responsabilité civile (1) et de l'affinement des mesures prescrites à l'issue de l'action (2)⁴⁹⁸.

1) Le renforcement des finalités préventives de l'action en responsabilité civile

La première évolution résulte en effet de la nécessité, en amont, d'affiner les finalités préventives des actions en justice, pour que le juge puisse davantage y répondre par le biais de mesures appropriées. Il convient ici de mettre en lumière deux types de faiblesses auxquelles il est possible de remédier.

⁴⁹⁸ Sur cette dualité, v. aussi sous une terminologie différente et applicable à la responsabilité civile en générale, v. M. Hautereau-Boutonnet, C. Thibierge et C. Sintez, « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 7710.

En premier lieu, contrairement au juge des référés, le juge civil du fond, ne peut prescrire des mesures de prévention indépendamment de la réalisation d'un dommage ou d'un trouble, que celui-ci soit anormal ou illicite.

Dans le premier cas, l'on pense au régime spécial de réparation du préjudice écologique qui permet certes au juge de « prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage », mais seulement lorsque celles-ci se rattachent à une demande tendant à sa réparation. Or, dans les faits, certains dommages environnementaux peuvent se produire dans le futur, de manière plus ou moins imminente, et méritent alors, en raison de leur gravité, d'être évités. De ce fait, il conviendrait, de compléter la finalité préventive de l'action en responsabilité environnementale prévue dans le code civil et de faire une place, à côté de la prévention complémentaire de la réparation du préjudice déjà réalisé, pour la prévention supplémentaire sans attendre la réalisation du dommage, lorsque celui-ci peut être d'une importante gravité⁴⁹⁹. Autrement dit, à la prévention-réparation » s'ajouterait la « prévention-anticipation ». Concrètement, il serait aujourd'hui possible, pour les titulaires du droit d'agir prévus à l'article 1248 du Code civil, notamment les associations de protection de l'environnement, de demander au juge, sans attendre la réalisation des dommages causés au climat, des mesures de prévention, en raison de la gravité des conséquences à venir. Cela serait d'autant plus logique que le législateur, concernant le régime de police administrative de réparation des dommages causés à l'environnement (article L. 160-1 et s. du Code de l'environnement), sous l'influence du droit de l'Union européenne (directive 2004/35), n'a pas hésité à imposer à l'exploitant en cause, en dehors des mesures de réparation, des mesures de prévention. Ainsi selon l'article L. 162-3 du Code de l'environnement, « En cas de menace imminente de dommage, l'exploitant prend sans délai et à ses frais des mesures de prévention afin d'en empêcher la réalisation ou d'en limiter les effets (...) ».

Dans le second cas, l'on pense au second régime spécial de responsabilité, la théorie du trouble anormal de voisinage, qui montre que la prévention du dommage pour le futur peut s'opérer par la cessation du fait générateur à l'origine du trouble, que celui-ci consiste en des nuisances ou autres formes de pollutions ressenties. L'on sait aussi que le juge admet que le simple risque – parfois même incertain – puisse être qualifié de trouble et conduire alors à la prescription de mesure de prévention consistant dans la cessation du fait à l'origine du

⁴⁹⁹ V. M. Hautereau-Boutonnet, C. Thibierge et C. Sintez, « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 7710.

trouble. La jurisprudence montre que le juge n'hésite pas à prescrire des mesures de prévention du dommage en sus de l'indemnisation du dommage s'inférant du trouble⁵⁰⁰. Toutefois, le juge peut, au regard de son pouvoir souverain, préférer prescrire des dommages-intérêts. D'où l'intérêt qu'il y aurait à clarifier l'instrumentalisation du droit et à admettre que, en sus de la finalité « prévention-cessation » de l'illicite prônée par Cyril Bloch⁵⁰¹ et imposant au juge de faire cesser le trouble en mettant fin au fait générateur illicite s'ajouterait sa finalité « prévention-anticipation »⁵⁰² lui permettant d'imposer des mesures de prévention malgré l'autorisation de l'activité qui en est à l'origine.

Ainsi, au final, derrière l'affinement des finalités de l'action en responsabilité civile, c'est la création d'une action préventive environnementale spéciale qui est ici souhaitée, en prolongement de certaines propositions doctrinales allant déjà en ce sens depuis plusieurs années, sous la plume de Catherine Thibierge, Patrice Jourdain et Cyril Sintez⁵⁰³. Elle pourrait mener à la modification du régime spécial de réparation du préjudice écologique devenant aussi un régime de « prévention » dans son intitulé. **À côté des finalités de « prévention-cessation » et « prévention-réparation » qu'il connaît déjà, s'ajouterait donc la « prévention-anticipation » par le biais, par souci de cohérence, d'une disposition plus générale susceptible de les regrouper.**

Possible, cette évolution pourrait alors être vue comme une spécialisation environnementale du droit commun de la responsabilité civile. En effet, il convient de rappeler que le projet de réforme de la responsabilité civile présentée par le ministère de la Justice en mars 2017⁵⁰⁴ prévoit de modifier le Code civil par des dispositions consacrant le pouvoir préventif du juge. Deux types de mesures préventives sont appelés à faire leur entrée parmi les effets attendus d'une action en responsabilité civile.

⁵⁰⁰ Sur ce rappel, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, p. 39.

⁵⁰¹ Sur la fonction de cessation de l'illicite, v. C. Bloch, *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, préf. R. Bout.

⁵⁰² *Idem*.

⁵⁰³ Réc. : V. M. Hautereau-Boutonnet, C. Thibierge et C. Sintez, « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 7710. C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577 ; P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Resp. civ. Et assur.*, mars 2010, dossier 11, spéc., p. 47 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011. Plus généralement sur ce rappel, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, p. 35 et s. ; M. Hautereau-Boutonnet, C. Thibierge et C. Sintez, art. préc. ; v. aussi M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ 2005.

⁵⁰⁴ http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

Premièrement, les mesures de prévention directe. Si le futur article 1266 prévoit qu'« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur », l'article 1244 reconnaîtrait quant à lui la théorie du trouble anormal de voisinage en disposant : « Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble ».

Secondement, les mesures de prévention indirecte, celles consistant à indemniser la prévention effectuée. En ce sens, l'article 1237 du Code civil devrait prévoir que « Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ». Quant à l'article 1261, il viendrait préciser la possibilité pour le juge d'« autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires ».

Mais c'est aussi, en second lieu, du côté des juges des référés que l'évolution devrait avoir lieu. En effet, contrairement au juge du fond, le juge des référés, malgré l'importance de ses pouvoirs préventifs, ne peut appréhender le risque de dommage non imminent, qu'il soit futur et/ou incertain. Les difficultés sont bien connues et ont été largement étudiées par la doctrine à l'occasion de travaux menés sur le rôle du juge judiciaire dans la mise en œuvre du principe de précaution⁵⁰⁵. Ainsi, sur le fondement de l'article 809 du Code de procédure civile, en cas d'absence de trouble manifestement illicite, le juge des référés pourrait hésiter, en matière de climat, à ordonner à une entreprise pétrolière française d'adopter des mesures préventives pour prévenir les dommages climatiques créés par son activité, en raison notamment de l'incertitude scientifique les entourant et leur caractère non imminent. De ce fait, depuis déjà plusieurs années, il a été proposé, à l'occasion de différents travaux doctrinaux menés sur le principe de précaution – principe fondateur du droit de l'environnement –, d'assouplir les conditions exigées au titre des différents référés, tels que

⁵⁰⁵ V. encore récemment, M. Mekki, *Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution*, D., 2014, p. 1391.

l'urgence relative aux mesures à prendre, leur absence de contestation sérieuse, l'imminence du dommage et, donc également sa certitude, dès lors que le risque de dommage en jeu pourrait être d'une importante gravité. Comme l'indiquait Anne Guégan dans un article fondateur sur « L'apport du principe de précaution en droit de la responsabilité civile »⁵⁰⁶ : « pour mieux prendre en compte le principe de précaution, il serait possible d'imaginer une redéfinition des pouvoirs du juge, soit par le législateur, soit par lui-même »⁵⁰⁷. Il s'agirait alors, pour reprendre les mots plus récents de Soraya Amrani-Mekki de créer « **un référé environnemental spécial** »⁵⁰⁸. Ici le législateur pourrait trouver inspiration du côté des Philippines qui, comme le montrent Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay dans cette étude, par le biais de règles procédurales spéciales (« *Rules of Procedure For Environmental Cases* ») adoptées en 2010 par le « Sous-comité aux règles de procédures pour les affaires environnementales », a créé différentes actions dans le domaine de l'environnement, dont des référés environnementaux spéciaux.

Dans tous les cas, que l'action, en référé ou au principal, permette au juge, à son issue, de rendre une décision tournée vers l'anticipation de la réalisation des dommages futurs certains ou incertains dès lors qu'ils pourraient être graves, l'idée est la même : adapter la solution judiciaire à la spécificité des dommages environnementaux qui, pour certains, se déroulent dans un contexte d'incertitude scientifique et de long terme, faire émerger un droit processuel de l'environnement⁵⁰⁹.

Toutefois, parce que l'anticipation des dommages implique d'adopter des mesures spécifiques, une seconde évolution est souhaitable. Elle consiste, en aval de l'action, à davantage affiner les mesures appropriées à la prévention des dommages environnementaux.

2) L'affinement des mesures préventives prescrites à l'issue de l'action en responsabilité civile

⁵⁰⁶ *RJE* 2000/2, p. 147 et s.

⁵⁰⁷ P. 168. V. aussi P. Jourdain invitant à la suppression du caractère imminent du dommage pour anticiper les risques d'une importante gravité : « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA*, 2000, n° 239, p. 51 et s.

⁵⁰⁸ V. S. Amrani-Mekki, Le procès, vers un droit processuel de l'environnement ?, *Actions préventives et principe de précaution*, préc.

⁵⁰⁹ Art. préc.

Certes, d'emblée, hormis le fait qu'il doive veiller à ce que la mesure prescrite soit proportionnée au dommage à prévenir, le juge est libre du choix des mesures. Cependant, au regard de la complexité de la réalité environnementale, il pourrait être davantage guidé. C'est ce qu'a bien compris le législateur en procédant à une distinction des types de réparation en nature dans la mise en œuvre du régime de police administrative de réparation des dommages causés à l'environnement.

En effet, outre que le risque de dommage peut être mal connu, dans son ampleur et ses effets, sa réalisation peut avoir lieu à plus ou moins long terme et les mesures prévues un temps peuvent s'avérer inadaptées dans la durée. De ce fait, les mesures à adopter devraient être différentes selon que le dommage est connu ou non, imminent ou éloigné, et devraient pouvoir être révisées pour être adaptées à l'évolution des connaissances scientifiques et techniques relatives aussi bien au risque de dommage qu'aux mesures permettant de les éviter. Plus particulièrement, si en cas d'incertitude scientifique, la prescription de mesures temporellement provisoires consistant en particulier à établir des connaissances scientifiques permettant de lever le doute quant à l'existence du risque ou à davantage le cerner devrait être privilégiée, face à un risque qui se manifeste sur le long terme, ce sont des mesures tournées vers la gestion d'une situation dans la durée qui pourraient être prises. Soraya Amrani-Mekki rappelle ainsi que certains juges du fond sont déjà des « juges de la durée », en particulier en droit de la famille, lorsqu'ils sont appelés à prescrire des mesures pouvant être remises en cause selon l'évolution de la situation⁵¹⁰. Il faudrait alors admettre, selon toujours cette auteure, l'existence d' « un juge du fond, pas nécessairement spécialisé, qui interviendrait en droit de l'environnement, pour accompagner les parties dans la gestion de la question environnementale ».

Plus concrètement, les mesures pourraient résider non pas uniquement dans des obligations de ne pas faire – bien que temporaires –, telle que l'interdiction d'exercer une activité, mais aussi dans des obligations de faire adaptées à l'anticipation du dommage : rechercher des informations concernant le risque et la manière de le gérer, délivrer des informations aux demandeurs quant à l'importance des risques et la manière de s'en prémunir, adopter des mesures concrètes de réduction ou cessation des faits à l'origine des risques, s'engager dans un processus de gestion et réduction du risque sur le long terme par le biais d'un plan, d'un

⁵¹⁰ Art. Préc.

contrat conclu avec les demandeurs. **Ainsi, le législateur pourrait-il admettre que, à l'issue d'une action préventive, en référé ou au principal, le juge civil pourrait être autorisé à « ordonner des mesures adéquates à la prévention des dommages, certains ou incertains, consistant à mettre en œuvre des obligations de ne pas faire et de faire, définitives ou provisoires, tournées vers l'évitement, la réduction, l'information, la recherche, formalisées par l'adoption et la mise en œuvre effective d'un plan ou d'un contrat et faisant l'objet d'un suivi régulier ».** Si l'on retrouve ici les mesures demandées à l'occasion des actions climatiques engagées contre les États et les entreprises, c'est aussi, de manière exceptionnelle et audacieuse, le juge du TGI de Nevers, dans l'affaire précitée du 22 avril 2010, qui avait imposé à la société de téléphonie mobile, non pas de démanteler l'antenne, mais d'effectuer des recherches supplémentaires sur les risques en jeu et, selon les conclusions, de trouver un emplacement plus adéquat.

Séparation des ordres judiciaire et administratif et prévention des dommages

La consécration d'une action préventive ouverte à une typologie tournée vers l'action plus que vers l'interdiction serait d'autant plus souhaitable qu'elle permettrait de contourner l'un des principaux obstacles à la prévention du côté du juge judiciaire : la séparation des pouvoirs. En effet, s'il peut mettre fin à un trouble anormal malgré sa licéité, en revanche, il ne peut contredire de plein droit les autorisations administratives délivrées par l'État au titre de certains régimes de police, en particulier celui des ICPE, au risque d'empiéter sur les pouvoirs de l'exécutif. Si l'on a vu certains juges imposer une fermeture temporaire de l'industrie et imposer des mesures préventives plus strictes que celles imposées par le préfet, d'autres sont plus frileux et tiennent compte aussi du coût des mesures à prendre lorsque son importance pourrait mener à sa fermeture et contredire incidemment les autorisations administratives. Surtout, l'on sait que pour mettre fin au contentieux des antennes-relais ayant donné lieu à la prescription radicale de mesures de prévention par des juges civils, telle l'interdiction de l'implantation de l'antenne relais ou son démantèlement, la Cour de cassation est venue limiter la compétence du juge civil en matière préventive par deux arrêts du 17 octobre 2012⁵¹¹ et un arrêt du 19 décembre 2012⁵¹². Elle a suivi ici la décision du tribunal des conflits en date du 14 mai 2012⁵¹³, selon laquelle, au regard de la nécessité pour le juge de ne pas s'immiscer « dans l'exercice de la police spéciale dévolue aux autorités publiques compétentes en la matière »⁵¹⁴, le juge judiciaire n'est compétent, « sous réserve d'une éventuelle question préjudicielle, pour connaître des litiges opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou à des tiers, d'une part, aux fins d'indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public, d'autre part, aux fins de faire cesser les troubles anormaux de voisinage liés à une implantation irrégulière ou à un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables »⁵¹⁵.

⁵¹¹ Cass civ 1^{re}, 17 octobre 2012, (2012) D Jur 2523, n° 11-19.259 [Cass civ 1^{re}, n° 11-19.259] ; Cass civ 1^{re}, 17 octobre 2012, (2012) D Jur 2523, n° 10-26.854 [Cass civ 1^{re}, n° 10-26.854] ; A. Van Lang, « La question de la compétence judiciaire dans le contentieux des antennes-relais : fin ou suite ? », *RDI* 2012, Chron 612.

⁵¹² Cass civ 3^e, 19 décembre 2012, (2013) *D Jur*, 91, n° 11-23.566 [Cass civ 3^e, n° 11-23.566] ; Ph. Malinvaud, « Troubles de voisinage dus aux antennes-relais : où en est-on ? » [2013] *RDI* Chron 16.

⁵¹³ Trib confl, 14 mai 2012, D., p. 1930, commentaire de G. J. Martin et J.-C. Msellati ; Trib confl 14 mai 2012, *Rec* n° 3846 ; Trib confl 14 mai 2012, *Rec* n° 3848 ; Trib confl 14 mai 2012, *Rec* n° 3850 ; Trib confl 14 mai 2012, *Rec* n° 3852 ; Trib confl 14 mai 2012, *Rec* n° 3854.

⁵¹⁴ G. J. Martin et J.-C. Msellati, préc.

⁵¹⁵ *Ibid.*

Autrement dit, si le juge peut imposer la réparation des dommages, sauf à démontrer l'illicéité de l'activité en jeu, il ne peut pas mettre fin au trouble, par le biais donc des obligations de ne pas faire. En revanche, rien ne devrait l'empêcher d'ordonner des mesures plus souples telles que la nécessité de produire certaines connaissances, davantage informer le voisinage, voire, comme l'a décidé un juge argentin dans ce type de contentieux, imposer une médiation entre les parties⁵¹⁶.

Ainsi, pour opérer le passage vers un procès « environnemental » en prise avec la spécificité des litiges portant sur l'environnement, la création d'une action préventive ouverte à l'ensemble des finalités préventives et aux mesures adéquates pour répondre à l'anticipation des dommages en jeu s'avère souhaitable et possible. Représentant un progrès dans la possibilité pour le juge de trancher le litige de manière plus appropriée, elle pourrait donner lieu à d'autres évolutions dépassant le droit de la responsabilité civile.

B/ La généralisation des évolutions ?

La recherche collective montre aussi, à travers les limites dénoncées par certains auteurs, que les évolutions sont attendues du côté des autres juges du droit interne. Variables, elles ont en commun de renforcer le pouvoir du juge par la voie de la finalité du recours.

Ainsi, dans notre projet, Marthe Stefanini et Laurence Gay pointent les limites du contrôle des normes effectué par le Conseil constitutionnel qui, de nature abstraite impliquant uniquement d'apprécier la conformité d'une norme à une autre norme, s'accorde mal avec le droit de l'environnement, droit caractérisé par l'importance du débat et des faits en jeu. Selon ces auteurs, il conviendrait que le Conseil constitutionnel « se décide enfin à effectuer un contrôle complet et concret de la norme afin de rendre effectifs les droits constitutionnels environnementaux, des individus ou de groupes d'individus, à l'instar du contrôle qu'opère la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'affaire Lopez Ostra (CEDH, 9 déc 1994, n° 41/1993/436/515) ».

Par ailleurs, Olivier Le Bot propose, par souci d'une meilleure anticipation des risques d'atteintes à l'environnement, **d'ouvrir le contrôle de légalité du juge aux actes préparatoires**. Là aussi il s'agirait de s'adapter à la spécificité de la matière environnementale. Domaine de prédilection des règles de mise en œuvre du devoir prévention et du droit à la participation, il accorde une place importante aux audits environnementaux,

⁵¹⁶ *Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud*, 28/9/2010. Décision citée et analysée par Aida Kemelmayer, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, préc., v. Rapport argentin.

aux enquêtes publiques, aux études d'impact qui donnent lieu à différents actes conduisant à des prises de décisions administratives, telle l'autorisation d'exploiter. L'idée serait alors de pouvoir intervenir pour contester la régularité de ces actes préparatoires sans attendre la décision qui sera prise. Surtout, à l'instar des évolutions proposées devant le juge judiciaire et parce que les difficultés s'avèrent identiques, il conviendrait tout à la fois de réfléchir à la possibilité de nuancer l'exigence d'urgence en matière de référé et d'offrir au juge administratif la possibilité d'imposer des mesures préventives en plein contentieux, malgré l'absence de dommages. Par ailleurs, parce que le litige appelle souvent une diversité de mesures, il faudrait permettre, selon ses propos, **la création du « juge à guichet unique »**. Celui-ci « permettrait au juge de retenir et d'exercer en fonction de chaque situation le pouvoir le mieux adapté » : tout à la fois condamner à une contravention de grande voirie, faire cesser le dommage, indemniser et annuler l'acte illégal à l'origine de l'atteinte, cela pour une meilleure effectivité du droit de l'environnement.

Pouvoirs du juge administratif et protection de l'environnement

Olivier Le Bot (Professeur à l'Université d'Aix Marseille)

Pensez-vous que le juge administratif dispose aujourd'hui de pouvoirs suffisants pour veiller à l'effectivité du droit de l'environnement ? Sinon, que proposez-vous ?

Le juge administratif dispose aujourd'hui d'une palette de pouvoirs extrêmement diversifiée. Il peut annuler des décisions (par exemple la construction d'une ligne à haute tension dans les gorges du Verdon), il peut les suspendre (le juge des référés avait par exemple suspendu la décision d'envoyer le porte-avions Clemenceau en Inde pour son désamiantage). Il dispose également d'un pouvoir d'injonction dans plusieurs contentieux (responsabilité, installations classées, contraventions de grande voirie) pouvant, par ce biais, ordonner à une personne publique ou un opérateur privé de mettre fin à une situation dommageable à l'environnement : faire cesser le déversement d'hydrocarbures dans une rivière, fermer une exploitation ou encore réparer un conduit d'eaux usées se déversant, faute d'entretiens, sur des terrains privés... Le juge administratif peut enfin réparer le préjudice subi par les victimes d'atteintes à l'environnement et, lorsqu'une pollution a affecté le domaine public, condamner leurs auteurs à des amendes.

Ces pouvoirs sont, on le voit, extrêmement puissants et diversifiés. Leur limite tient à ce qu'un pouvoir conçu pour un contentieux déterminé ne peut pas être exercé dans un autre domaine : le juge ne peut condamner à une amende que dans le contentieux des contraventions de grande voirie, il ne peut ordonner de faire cesser le dommage que dans les contentieux de la responsabilité, des installations classées et des contraventions de grande voirie, il ne peut pas annuler un acte ni le suspendre dans le contentieux indemnitaire ni dans celui des contraventions de grande voirie... En somme, il n'existe pas de « guichet unique » qui permettrait au juge de retenir et d'exercer en fonction de chaque situation le pouvoir le mieux adapté. Une proposition de réforme pourrait consister à décloisonner les contentieux en conférant au juge un tel pouvoir.

Une seconde difficulté relative aux pouvoirs du juge peut être identifiée. Elle ne tient pas à l'existence de ceux-ci mais aux conclusions dont les requérants saisissent la juridiction. Un tribunal n'exerce en effet un pouvoir que si les parties le lui demandent. Il appartient donc à celles-ci d'utiliser toutes les potentialités que leur offre la procédure, en ne laissant pas inexploités certains recours, et en saisissant le cas échéant une juridiction de plusieurs recours simultanés, mettant ainsi le juge en mesure d'exercer la plénitude des prérogatives qui lui sont conférées.

C'est enfin du côté des droits internes étrangers que les évolutions sont attendues. Là aussi les limites au pouvoir préventif des juges sont importantes. Des obstacles assez similaires se retrouvent en droit étranger. À titre d'exemples, **en droit anglais**⁵¹⁷, s'agissant des conditions relatives à l'*injunction*, il faut préciser qu'il dépend aussi largement de la réalisation d'un commencement de dommage et que le juge prend en compte, pour accepter ou non la demande, le coût des mesures qui ne doit pas être excessif pour le responsable. Si c'est le cas, le juge privilégie une réparation monétaire. Surtout, malgré la gravité du dommage en jeu, il peut ne pas y mettre fin si l'activité qui se trouve à son origine bénéficie d'une autorisation publique et qu'elle joue un rôle important pour l'intérêt général⁵¹⁸. C'est en partie pour ces mêmes raisons, qu'en **droit allemand**, l'application de la théorie du trouble anormal de voisinage offre au final peu de marge de manœuvre au juge pour prévenir un dommage environnemental⁵¹⁹. S'il est vrai qu'il peut tout à la fois faire cesser les troubles actuels et prévenir les troubles futurs, ces derniers doivent être considérés comme suffisamment caractérisés et imminents. Et là encore, il refuse d'imposer des mesures préventives « économiquement insupportables » pour le défendeur et y substitue alors une mesure de « compensation équitable ».

Certes, ces juges étrangers pourraient d'eux-mêmes faire évoluer leurs pouvoirs. Certains litiges environnementaux l'y poussent. Il en est ainsi du côté des dommages climatiques. Selon le 5^e rapport du GIEC, il est admis que le coût de la réparation des dommages sera plus élevé que celui de leur prévention. Malgré l'importance du coût, les juges pourraient alors admettre l'urgence à prendre des mesures et considérer que l'imminence doit alors être relativisée et que la mesure de prévention doit l'emporter sur la mesure de compensation. Ici, il est intéressant de noter que cette logique n'a pas échappé au **juge hollandais** dans l'affaire *Urgenda*, déjà citée⁵²⁰. Pour appuyer la prescription des mesures préventives, le juge de première instance s'est référé aux différents rapports du GIEC et du PNUE. Il en a conclu

⁵¹⁷ S. Taylor, « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique », rapport sur le droit anglais, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de Recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>

⁵¹⁸ Idem, n° 36-37.

⁵¹⁹ J. Knetsh, p., spéc. n° 22 et s., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de Recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau.

⁵²⁰ Préc.

qu'il était préférable d'adopter dès maintenant des mesures d'atténuation et en priorité par rapport aux mesures d'adaptation pour des raisons liées au rapport coût/efficacité⁵²¹.

Et si certains pays européens demeurent encore frileux, on peut sans doute compter sur l'effet d'entraînement du droit européen. C'est par exemple la Convention d'Aarhus qui pourrait être source d'influence. Il faut rappeler que selon le paragraphe 4 de son article 9 consacré à l'accès à la justice, les États doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu.

Reste que la prévention n'est pas suffisante. En cas de défaillance des dispositifs de prévention prévus par le droit substantiel, les atteintes à l'environnement peuvent se réaliser. Il faut alors vérifier si et comment le juge peut trancher le litige dans un sens favorable à leur réparation. Ici un tournant devrait être opéré permettant une meilleure combinaison du processuel et du contractuel.

Section 2 – La réparation des atteintes à l'environnement : un tournant à opérer

Le droit de l'environnement a aussi pour finalité, dans une perspective de protection de l'environnement, la réparation des atteintes à l'environnement. Outre le principe pollueur-payeur reconnu en droit français et dans les ordres supranationaux, c'est aussi le devoir de contribution à la réparation consacré à l'article 4 de la Charte de l'environnement qui va en ce sens. Dans le domaine environnemental, cette finalité de réparation est complexe car elle implique de tenir compte des difficultés techniques. En effet, si d'emblée la réparation des atteintes à l'environnement passe par sa remise en état, celle-ci s'avère parfois difficile, voire impossible. D'autres types de réparation doivent être envisagés, par exemple des mesures de compensation écologique. La question est alors de savoir si le juge, par le biais des mesures qu'il peut prescrire à l'issue de certaines actions, peut contribuer à l'effectivité de la finalité réparatrice. C'est alors que le procès pourra être vu comme une institution adéquate à l'application du droit de l'environnement.

Or, sur ce point, deux enseignements peuvent être tirés des études menées par le groupe de recherche. D'un côté, malgré d'importantes différences selon les ordres et les juges,

⁵²¹ C. Cournil et A.-S. Tabau, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*.4/2015, p. 678.

aujourd'hui, existe devant certains juges des actions favorables à la réparation des atteintes à l'environnement. En effet, il faut rappeler que de manière générale, en droit, la réparation consiste à replacer la victime dans la situation antérieure dans laquelle elle se trouvait avant la réalisation de l'atteinte. En cas d'atteintes à l'environnement, dans une perspective de protection de l'environnement, en toute logique, le défi est alors de le remettre dans l'état tel qu'il était antérieurement à son endommagement. Or, d'ores et déjà, selon les actions engagées, le juge peut ordonner des mesures de réparation consistant notamment en la remise en état de la nature. D'un autre côté, à bien y regarder, les mesures ordonnées par le juge à l'issue de ces actions demeurent fragiles. Elles souffrent d'ineffectivité et d'inefficacité. Pour y remédier, un véritable tournant devrait s'opérer. Ainsi, bien que les actions en faveur de la réparation judiciaire des atteintes à l'environnement soient diverses – et puissent être d'ores et déjà être instrumentalisées par les demandeurs – (§1), les mesures prescrites par le juge pour y parvenir demeurent fragiles (§2).

§ 1 - Les actions en réparation des atteintes à l'environnement : appréhender la diversité

Si c'est officiellement sur le fondement des actions à finalité réparatrice que la réparation des atteintes à l'environnement peut avoir lieu (A), à bien y regarder, le juge peut aussi l'ordonner à l'issue d'actions à finalité répressive (B).

A/ Les actions à finalité réparatrice

Rappelons que, en cas d'atteintes à l'environnement, deux types de conséquences en découlent. D'une part, l'atteinte peut toucher aux intérêts de l'homme, qu'ils soient de type matériel, moral ou corporel. C'est le cas d'une pollution de l'air qui provoquerait, outre des problèmes respiratoires, des dommages d'agrément suivis de conséquences financières dues à la nécessité de recourir à certains soins médicaux. D'autre part, l'atteinte peut produire des conséquences pour la nature elle-même. Lorsqu'une pollution de l'eau entraîne la mort de certains poissons, ce sont toutes les fonctions de biodiversité qui peuvent être concernées. Certes, d'emblée, dans une perspective de protection de l'environnement, seules les secondes actions à finalité réparatrice nous intéressent (2). Toutefois, encore aujourd'hui, ce n'est généralement que par la première voie que le juge peut, en prescrivant des mesures de réparation des préjudices dérivés, participer à la réparation des atteintes à l'environnement (1). Dans les deux cas, ce sont les actions en responsabilité en droit interne et international qui

ont fait l'objet de notre attention. Le droit de l'Union européenne ne mérite pas selon nous d'être étudié, la responsabilité pour les dommages environnementaux demeurant du ressort des juges nationaux.

1) Les actions en responsabilité pour préjudices dérivés

De manière générale, le contentieux de la responsabilité environnementale a trait avant tout à la réparation des préjudices individuels ou collectifs, dérivant d'une atteinte à l'environnement, sur le fondement des actions en défense des intérêts individuels et collectifs (voir supra chapitre 1 de la première partie). L'atteinte à l'environnement n'est que le vecteur des préjudices réparables au titre en particulier des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Or, à bien y regarder, par le biais de ces actions, le juge prescrit parfois des mesures conduisant incidemment à la réparation des atteintes à l'environnement. Rappelons en effet que, **les juges aussi bien civils qu'administratifs, peuvent prescrire deux types de mesures de réparation** : la réparation pécuniaire et/ou la réparation en nature qui consiste essentiellement dans la remise en état. Ainsi, au titre du préjudice matériel s'inférant de l'atteinte à l'environnement, ils peuvent ordonner le versement de dommages-intérêts correspondant au coût de la remise en état effectuée ou à effectuer tout autant que prescrire des mesures de remise en état lorsque celles-ci permettent au demandeur de retrouver le *satu quo ante*. En ce sens, si l'affaire de l'Erika est topique en ce qu'elle a permis aux différentes parties civiles ayant effectué des mesures de restauration d'en demander le remboursement au titre du préjudice matériel – comme les collectivités publiques et les associations de protection de l'environnement –⁵²², d'autres jugements plus isolés peuvent être cités. Il en est ainsi du jugement du TGI de Tours en date du 24 juillet 2008 par lequel le juge accorde à une fédération de pêche le versement de dommages-intérêts correspondant au coût notamment du nettoyage de la rivière, du repoissonnement d'une rivière polluée, et des actions d'information du public⁵²³. De même, le juge administratif a condamné l'État, à deux reprises, à accorder des dommages-intérêts aux villes ayant engagé des frais pour les frais de ramassage, transport et traitement des algues vertes se trouvant sur certaines plages⁵²⁴. *In fine*,

⁵²² Pour une présentation des préjudices réparables dans l'affaire de l'Érika, Sur une clarification des préjudices réparables, L. Neyret, Pour un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement, *D.* 2008, p. 2681 ; M. Boutonnet, note sous l'arrêt Erika 30 mars 2010, *Environnement*, 2010/7, p. 13.

⁵²³ N° 1747D.

⁵²⁴ CAA de Nantes, 23 déc. 2014, n° n° 13NT01737, *AJCT*, 2015, M. Moliner-Dubost, p. 223. Plus récemment, TA de Rennes, 9 février 2018.

c'est par le biais de la réparation du préjudice matériel subi par le demandeur à l'action, que la réparation de l'atteinte à l'environnement a lieu.

Reste que les limites sont importantes. Outre que, dans tous les cas, la réparation de l'atteinte à l'environnement demeure dépendante de la recevabilité de l'action fragilisée par la nécessité de démontrer, un intérêt à agir personnel pour les uns, un droit d'agir pour défendre des intérêts collectifs pour les autres, pour la prescrire le juge devra avant tout constater sur le fond l'existence d'un préjudice subi par le demandeur lui-même. La remise en état de la nature ou sa compensation financière n'est que le mode de réparation d'un autre préjudice. Sans ce préjudice, elle ne peut avoir lieu. Surtout, le juge est libre de choisir le mode de réparation qu'il estime le plus approprié. Aussi bien du côté civil⁵²⁵ qu'administratif⁵²⁶, il peut rejeter la demande de remise en état pour privilégier la compensation pécuniaire. Or, si celle-ci n'est pas source de difficultés lorsque l'atteinte à l'environnement concerne un bien approprié bénéficiant d'un prix sur le marché, ce n'est pas le cas s'agissant des biens non appropriés qui invite à évaluer le coût de la nature⁵²⁷.

Si de ce fait l'on observe des évaluations à géométrie variable du côté de la jurisprudence civile française⁵²⁸, c'est aussi **le juge international** qui, récemment, en a fait les frais, en ce qui concerne l'atteinte à l'environnement subi par un État. Comme le rappelle Sandrine Maljean-Dubois, dans cette matière⁵²⁹, la réparation d'un dommage a pour but « d'effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁵³⁰. Le mode de réparation en nature est privilégié par la Cour internationale de Justice sauf s'il « est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction »⁵³¹. Or, la Cour internationale de Justice a récemment fait une application intéressante de ce principe. Il s'agit de l'arrêt du 2 février 2018 statuant sur l'indemnité due par le Nicaragua au Costa Rica pour avoir causé des atteintes à l'environnement sur son territoire en raison de la construction d'une route. Cet arrêt fait suite

⁵²⁵ V. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, précité.

⁵²⁶ Sur ce rappel, V. fascicule précité, C. Huglo et G. Paul, spéc., n° 184 et s. M. Lucas, « Préjudice écologique et responsabilité : pour l'introduction légale du préjudice écologique dans le droit de la responsabilité administrative », *Revue Environnement*, avril 2014, Étude 16.

⁵²⁷ Sur ce rappel, L. Neyret, *Répertoire Dalloz*, v. mot Environnement, n° 123.

⁵²⁸ *Idem*.

⁵²⁹ V. le commentaire de Y. Kerbrat et S. Maljean-Dubois, précité.

⁵³⁰ *Usine de Chorzow*, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.

⁵³¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 103, par. 273 ; rappelé au pt. 31 de l'arrêt du 2 février 2018.

à un premier arrêt du 16 décembre 2015⁵³² dans lequel, tout en reconnaissant la violation par le Nicaragua de la souveraineté du Costa Rica et l'obligation pour le Nicaragua d'indemniser « le Costa Rica à raison des dommages matériels qu'il lui a causés par les activités illicites auxquelles il s'est livré sur le territoire costaricien »⁵³³, le juge reportait à une autre décision – en cas d'échec d'une entente entre les parties – l'appréciation du montant de leur indemnisation. La réparation en jeu était donc avant tout celle du préjudice matériel résidant dans l'atteinte à l'environnement. Or, pour des raisons rendant impossible la réparation en nature, le juge a accordé une compensation au titre, non seulement du préjudice matériel, mais aussi du préjudice environnemental. Après avoir constaté que « les dommages environnementaux ouvrent en eux-mêmes droit à indemnisation, en sus de dépenses engagées par l'État lésé en conséquence de tels dommages », il impose une indemnisation correspondant au coût des travaux à réaliser le temps que la zone endommagée retrouve ses fonctions et à la valeur des biens et services fournis par la nature. Pour y parvenir, alors que chacune des deux parties avait chiffré le coût du préjudice réparable au regard de différentes méthodologies scientifiques, la Cour prend soin de préciser qu'elle est libre de se référer à l'une ou l'autre méthode « chaque fois que leurs éléments offriront une base d'évaluation raisonnable ». Surtout, elle finit par accorder des dommages-intérêts sur la base d'une évaluation globale sans aucunement préciser la méthodologie de son évaluation.

Ainsi, la réparation des atteintes à l'environnement sur le fondement des actions tournées avant tout vers la réparation des préjudices individuels et/ou collectifs ne va pas de soi. Le juge peut davantage participer à cette réparation lorsqu'il est saisi d'une action en responsabilité pour préjudice écologique.

⁵³² *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, *Recueil CIJ* 2015, p. 665. Pour un commentaire, v. N. Clarenc, « CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) : construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) », *AFDI*, 2016, pp. 76-86.

⁵³³ Arrêt du 16 décembre précité, *Rec. p.* 740, pt. 229.

2) L'action en responsabilité pour préjudice écologique

L'action en responsabilité pour préjudice écologique désigne celle qui conduit à la réparation de l'atteinte à l'environnement elle-même indépendamment de celle du préjudice subi par une personne, qu'il soit individuel ou collectif, matériel ou moral. Le dommage environnemental constatable dans les faits est réparable en droit comme « préjudice écologique ».

Devant le juge international, cette réparation trouve des premières traces – certes encore fragiles tant les dommages-intérêts peuvent aussi être considérés comme la compensation économique de la perte de biodiversité subie par l'État demandeur à l'action – dans l'arrêt *Nicaragua c. Costa Rica* précité.

Mais l'impulsion vient surtout ici de différents droits internes étudiés.

En France, il faut se tourner vers le régime de réparation du préjudice écologique qui permet **au juge judiciaire**, en limitant sa libre appréciation dans le choix des mesures, d'ordonner sa « réparation en nature ». Selon l'article 1249 du Code civil, « La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature ». Ce n'est qu' « En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation » que le juge peut condamner « le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État ». En mettant de côté le fait que la formule « réparation de l'environnement » prête à confusion et qu'il aurait été préférable de viser une réparation du préjudice écologique, dans les deux cas – réparation en nature directement imposée à l'auteur du dommage ou réparation en nature indirecte par le biais des dommages-intérêts affectés –, le progrès est notable : en imposant une réparation en nature directe ou indirecte, le juge peut participer au renforcement de la protection de l'environnement et l'effectivité, non seulement du principe pollueur payeur, mais aussi du devoir de contribuer à la réparation des atteintes à l'environnement garanti par l'article 4 de la Charte de l'environnement.

L'on en retient que, aujourd'hui, en droit français, en cas d'atteintes à l'environnement, le juge civil peut, outre la prescription de mesures de réparation des préjudices individuels (d'ordre patrimonial et extrapatrimonial) et collectifs (l'atteinte aux intérêts collectifs défendus par une personne morale), ordonner des mesures de réparation favorables à la remise

en état de l'environnement, directement ou indirectement par le biais de l'affectation des dommages-intérêts.

Action en réparation du préjudice écologique et droit comparé

Si le droit français contraste ici avec certains droits étrangers, il tend aussi à s'en rapprocher. Ainsi, dans les pays membres de l'Union européenne, comme le montre un récent travail mené par le GRERCA (Groupe de recherche en responsabilité civile et assurances, v. P. Jourdain (dir.), *La responsabilité environnementale*, Bruylant 2019), il n'existe pas de loi organisant la réparation en nature du préjudice écologique lui-même. La transposition de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale a conduit à la création de régimes de police administrative, mettant fin parfois à des régimes de responsabilité civile environnementale, comme en Allemagne et en Italie, qui, à l'issue des actions, permettait au juge de traiter du préjudice écologique. De ce fait, dans l'ensemble de ces pays, l'on retrouve les limites classiques inhérentes au préjudice écologique, en particulier l'exigence d'intérêt personnel. Ce n'est que par la voie de la contestation de l'inaction des autorités étatiques pour mettre en œuvre le régime de police administrative que les intéressés, notamment les particuliers et les associations de protection de l'environnement, retrouvent un droit d'agir pour demander au juge de forcer l'État à réparer en nature le préjudice écologique.

En revanche, en permettant au juge civil de participer davantage à la réparation des atteintes à l'environnement par le biais de la réparation en nature – directement ou indirectement –, le droit français emboîte le pas de certaines solutions existant en droit étranger qui, pour certaines, vont encore plus loin. L'on pense en particulier au droit brésilien⁵³⁴. La loi 7.347 de 1985 prévoit la possible réparation du préjudice écologique à côté des préjudices d'ordre matériel et moral. Plus précisément, si la réparation en nature est privilégiée, il est aussi possible de verser des dommages-intérêts qui seront obligatoirement affectés à un fonds d'indemnisation dont le rôle est de mettre en place des mesures de réparation. Le droit brésilien encadre en effet la réparation du préjudice. L'on pense aussi au droit chilien qui a créé par la loi 19.300 de 1984 une action spéciale en matière de réparation du préjudice écologique : alors que les préjudices personnels dus à l'atteinte à l'environnement sont réparables monétairement ou en nature devant les juridictions de droit commun, le préjudice écologique ne peut être réparé que par le biais d'une action engagée devant le tribunal environnemental – un tribunal de droit spécial – à l'issue de laquelle le juge ne peut qu'imposer la réparation en nature⁵³⁵. L'on pourrait ainsi assister, en cas d'évolution des autres droits, à une globalisation des pouvoirs du juge interne en matière de réparation des atteintes à l'environnement.

Reste que le préjudice écologique n'est toujours pas reconnu par le juge administratif et qu'il conviendrait à l'avenir, comme le préconisent déjà certains auteurs⁵³⁶, que ce dernier consacre sa réparation. C'est alors qu'il pourrait imposer à l'État de prendre des mesures de réparation en nature pour le réparer. Indiquons que les requérants de « L'affaire du siècle » portée devant le tribunal administratif de Paris le 14 mars dernier vont en ce sens. Ils invitent le juge à faire preuve d'audace en appliquant le régime de réparation du préjudice écologique prévu en

⁵³⁴ C. Oliveira, « Le cas brésilien... », art. préc.

⁵³⁵ Il s'agit de la loi 19.300 entrée en vigueur en 1984. V. P. Moraga, « La réparation du dommage environnemental en droit chilien, réflexions sur le droit d'agir », préc.

⁵³⁶ V. M. Lucas, art. Préc.

matière civile⁵³⁷. En attendant que cette évolution s'opère, il faut aussi rappeler que sa réparation peut résulter d'actions qui, officiellement, ne possèdent pas cette finalité, y compris devant le juge administratif. C'est le cas de certaines actions à finalité avant tout répressive.

⁵³⁷ <https://laffaireducycle.net/wp-content/uploads/2019/03/ADS-Brief-juridique-140319.pdf>

B) Les actions à finalité répressive

Notre étude met en évidence la manière dont les actions à finalité répressive peuvent contribuer à la réparation des atteintes à l'environnement. Précisons que, outre le fait qu'il ne s'agit ici que d'une illustration d'un autre type d'action qui pourrait être complétée par l'étude d'autres actions, notamment celles tournées vers la la légalité – en raison des pouvoirs d'injonction du juge administratif lors d'un recours pour excès de pouvoirs –, la recherche s'est tournée ici vers l'examen de l'ordre interne français.

Précisons malgré tout que **l'ordre juridique de l'Union européenne** a encore une position spécifique. Si l'on considère que le recours en manquement est le seul recours « répressif » de cet ordre juridique, l'on doit conclure que s'il permet la prévention des dommages à l'environnement (voir supra, section 1) il n'en permet pas, en l'état actuel du droit de l'Union, la réparation. Les sommes éventuellement perçues au titre des sanctions financières, amendes et astreintes, n'étant jamais affectées. Une modification du droit applicable pourrait bien entendu être encouragée. En attendant, les requérants doivent pour cela se tourner vers les juges nationaux.

Dans l'ordre interne, c'est en premier lieu du côté du **juge administratif** que ces actions répressives présentent un intérêt s'agissant de la réparation des atteintes à l'environnement. Dans cette étude, Olivier Le Bot rappelle l'importance du recours fondé sur la **contravention de grande voirie** qui, pour une part, peut pallier l'absence de réparation du préjudice écologique à l'issue d'une action en responsabilité administrative. Définie comme « tout fait de nature à compromettre la conservation ou l'état matériel du domaine public ou nuire à l'usage auquel il est destiné »⁵³⁸, la contravention de grande voirie a pour but de conserver le domaine public (maritime, fluvial, ferroviaire, aéronautique et militaire). Elle impose au préfet de poursuivre le contrevenant en cas de constat d'infraction, sauf pour des motifs d'intérêt général importants devant l'emporter sur la sanction. Si initialement sa sanction par le juge administratif avait des finalités autres que la protection de l'environnement, aujourd'hui la doctrine reconnaît l'importance de son rôle dans ce domaine⁵³⁹.

Au moins trois raisons vont en ce sens. D'abord, concernant ces contraventions, leur poursuite est imprescriptible, ce qui s'accorde parfaitement avec le long terme qui caractérise les

⁵³⁸ P. 230.

⁵³⁹ V. dans notre recherche collective, l'étude réalisée par O. Le Bot préc.

atteintes à l'environnement. Ensuite, l'extension de son champ d'application permettant d'y faire entrer les atteintes à l'environnement, à savoir celles provenant d'activités nuisibles méconnaissant les règles d'occupation domaniale comme l'extraction de matériaux naturels et des faits de nuisances et pollutions touchant les dépendances naturelles⁵⁴⁰. C'est à cette occasion que la cour administrative d'appel de Nantes a estimé que la pollution par hydrocarbures sur les rivages maritimes du littoral breton était constitutive d'une contravention de grande voirie⁵⁴¹. Enfin, le fait que le juge n'hésite pas, à côté de la sanction répressive (si l'amende est prévue par un texte), à imposer la réparation en nature et cela même si elle n'a pas été demandée par l'autorité de saisine. Par ailleurs, il peut aussi condamner le contrevenant à rembourser les sommes destinées à réparer le dommage. Certes un risque existe : celui que le préfet refuse de poursuivre le contrevenant responsable d'importantes atteintes à l'environnement pour des motifs d'intérêts général. C'est ainsi que dans l'affaire de l'Erika ayant donné lieu à l'arrêt précité, le juge a approuvé le préfet du Morbihan qui avait refusé de poursuivre la société Total malgré la constitution d'une contravention de grande voirie en faisant valoir que celle-ci s'était engagée à réparer le préjudice et que la procédure retarderait l'indemnisation des victimes. Toutefois, outre que la jurisprudence montre que, de manière générale, le préfet fait primer l'intérêt général environnemental, il faut rappeler que son refus ne peut provenir pour des raisons de simple convenance.

Notons aussi, en second lieu, le rôle potentiellement joué par **les sanctions pénales** permettant au juge judiciaire de prescrire des mesures de cessation de l'illicite oscillant entre mise en conformité et remise en état, et donc entre réparation et prévention. Comme le rappelle Coralie Deslandes dans sa thèse, le juge refuse de considérer ces mesures comme des peines et les définit comme « des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite »⁵⁴². Dans le domaine de l'environnement, elles prennent une place particulière à l'occasion du prononcé de la peine ou de son ajournement. Dans le premier cas, spécialement dans le domaine de l'environnement, le juge peut accompagner la peine d'une mesure de remise en état. Ainsi, concernant certaines infractions dans le cadre du régime de police administrative des déchets, « Le tribunal peut ordonner, sous astreinte, la remise en état des lieux endommagés par les déchets qui n'ont pas été traités dans les conditions conformes

⁵⁴⁰ M. le Roux, « Le juge administratif, l'environnement et la contravention de grande voirie », *RJE*, n° spécial 2004, p. 157 et s.

⁵⁴¹ CAA Nantes, 14 oct. 2003, Req n° 01NT02101.

⁵⁴² Sur ce développement v. C. Courtaigne-Deslande, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse, Paris II, 2011, publication ANRT, dir. J.-H. Robert, n° 998 et s.

à la loi » (art. L. 541-46 II C. env.). La jurisprudence est ici topique comme le montre ce jugement rendu par le tribunal correctionnel de Bordeaux le 4 octobre 2004 qui, avec ajournement de la peine, a ordonné au détenteur des déchets dus à une activité de ferrallerie la remise en état des lieux avec astreinte⁵⁴³. Dans le second cas, le juge ajourne le prononcé de la peine en ordonnant une remise en état de lieux ou une mise en conformité. Alors que l'article 132-66 du Code pénal prévoit que « Dans les cas prévus par les lois ou les règlements qui répriment des manquements à des obligations déterminées, la juridiction qui ajourne le prononcé de la peine peut enjoindre à la personne physique ou à la personne morale déclarée coupable de se conformer à une ou plusieurs des prescriptions prévues par ces lois ou règlements », le code de l'environnement prévoit des applications particulières. C'est par exemple le cas en droit des installations classées. Ici il est prévu (art. L. 216-6 al. 2 du Code de l'environnement) que « Le tribunal peut également imposer au condamné de procéder à la restauration du milieu aquatique ». *In fine*, le résultat est le même : par ces mesures, le juge pénal peut contribuer à la réparation des atteintes à l'environnement.

Ainsi, l'observation du droit positif montre qu'il existe dans l'ordre interne français des actions permettant de contribuer à la réparation des atteintes à l'environnement elles-mêmes, en particulier par la remise en état de l'environnement, alors que pour certaines elles ne sont pas initialement tournées vers cet objectif. Reste que malgré tout leur intérêt, ces actions conduisent à la prescription de mesures qui peuvent parfois manquer d'effectivité et d'inefficacité. Face à cette fragilité, les pouvoirs du juge et des parties devraient être améliorés.

§ 2- Les mesures de réparation des atteintes à l'environnement : remédier à la fragilité

Pour que les actions conduisent à une véritable réparation des atteintes à l'environnement, il est aussi nécessaire que les mesures prescrites par le juge soient appropriées et qu'elles soient suivies d'application, autrement dit qu'elles permettent une réparation efficace et effective. À défaut, le procès ne pourra participer qu'insuffisamment au rétablissement des règles du droit de l'environnement.

⁵⁴³ N° 03-33-169.

Or, à bien y regarder, le juge peut se trouver démuni pour y veiller. Pour y remédier, à l'analyse, l'étude montre que si rénover le modèle judiciaire de réparation judiciaire des atteintes à l'environnement (A) est possible, il faut aller plus loin en consacrant un modèle semi-judiciaire (B). Si l'étude s'est ici tournée vers les mesures prescrites à l'issue d'une action en responsabilité civile, les résultats peuvent être transposables à l'ensemble des actions.

A/ La rénovation du modèle judiciaire de réparation

Afin qu'à l'issue du procès, les mesures de réparation ordonnées participent davantage à la mise en œuvre du droit de l'environnement, il convient de veiller à leur efficacité (1) et leur effectivité (2).

1) Des mesures de réparation plus efficaces

Certes, d'emblée, les modalités de la réparation ne prêtent pas à discussion. Sur le fondement des actions étudiées, le juge peut prescrire des mesures de réparation en nature, consistant souvent dans la remise en état, à savoir le retour à l'état antérieur à la date de l'atteinte. Toutefois, cette remise en état ne va pas de soi. Dans les faits, il est parfois difficile, voire impossible, d'y aboutir. Les modalités de la réparation en nature sont mises à l'épreuve de la complexité impliquant, non seulement de se demander comment retrouver les services et fonctions de la biodiversité existant avant la réalisation du dommage et de déterminer le temps qu'il faudra pour y parvenir, mais aussi et à défaut de pouvoir retrouver le *statu quo ante*, comment compenser cette perte de fonctions et de services. Or, si rien n'empêche le juge d'utiliser d'ores et déjà ses pouvoirs pour adapter les mesures qu'il ordonne à la complexité de l'atteinte en s'appuyant notamment sur l'expertise, diligentée par le juge ou exposée par les parties dans leurs conclusions, par souci de sécurité juridique, c'est aussi le législateur qui pourrait intervenir pour le guider.

Ici, la directive 2004/35 responsabilité environnementale ayant donné lieu au régime de police administrative de réparation des dommages causés à l'environnement pourrait servir de modèle. Il convient en effet de rappeler que le régime de police administrative de réparation des dommages causés à l'environnement distingue, à l'article L. 162-9 du Code de

l'environnement⁵⁴⁴, entre trois types de réparation, adaptées à la problématique environnementale : la réparation primaire, la réparation complémentaire et la réparation compensatoire. En substance, alors que la première s'entend de celle « par laquelle les ressources naturelles et leurs services visés au premier alinéa retournent à leur état initial ou s'en approchent », la seconde consiste, « Lorsque la réparation primaire n'aboutit pas à ce retour à l'état initial ou à un état s'en approchant », à mettre en œuvre des mesures qui permettent « de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si le site avait été rétabli dans son état initial », sachant qu'il est possible de les imposer sur un autre site, et la troisième doit « compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation primaire ou complémentaire a produit son effet ». Indiquons aussi que la loi Biodiversité du 8 août 2016 est venue modifier l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Dorénavant le principe d'action préventive orientant le droit de l'environnement « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées » (art. L. 110-1-II, 2).

Le législateur pourrait alors s'inspirer de ces dispositions pour imposer au défendeur, dans ses conclusions, de préciser sous forme de « plan » le type de mesures de réparation en nature qu'il envisage de mettre en œuvre une fois sa responsabilité reconnue et au juge d'apporter des précisions sur ce point dans sa décision – ce qui le conduira en amont à apprécier les mesures proposées et à affiner les questions posées à l'expert. À cette fin, concrètement, l'on pourrait imaginer que le législateur insère, dans le régime de réparation du préjudice écologique, une disposition faisant référence au régime administratif.

Réparation et droit comparé

Le droit chilien va aussi en ce sens lorsqu'il prend soin de définir, dans son régime de responsabilité civile environnementale, la réparation en nature. Elle consiste « à rétablir l'environnement ou l'un ou plusieurs de ses composants pour une qualité équivalente à celle qu'ils avaient avant le dommage causé ou, si cela n'est pas possible ; pour leur rendre leurs propriétés de base ». Le juge est alors guidé dans la manière dont il peut prescrire les mesures de réparation en nature, avec implicitement la possibilité de prescrire, à défaut d'une réparation « primaire », une réparation de type « compensatoire ». Ce droit apparaît alors ici particulièrement avancé quant aux

⁵⁴⁴ Loi 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale.

pouvoirs du juge en matière de réparation en nature : outre qu'il n'a pas d'autre choix que de l'ordonner si l'action est bien fondée, il doit respecter la méthode prévue par le législateur. Le législateur français pourrait y trouver inspiration.

Par ailleurs, en toute logique c'est alors également les modalités de l'affectation des dommages-intérêts en vue de la réparation en nature qui pourraient être précisées. Là encore, pour une meilleure efficacité des mesures de réparation, le défendeur proposerait un plan détaillant l'affectation des dommages-intérêts⁵⁴⁵. Rappelons en effet que dans le régime spécial de réparation du préjudice écologique, le législateur est resté sur ce point silencieux. Il est alors à craindre que les mesures issues de la somme financière affectée ne soient pas toujours adéquates à la situation en jeu. Certes, de nouveau, rien n'empêche aujourd'hui le juge d'apporter des précisions sur le type de réparation attendue et les moyens pour y parvenir. S'il peut se contenter, comme en matière de réparation pécuniaire, de verser une compensation équivalente à la remise en état, en revanche, il peut aussi préciser la manière dont la somme en jeu devra être affectée, les mesures qui en résulteront, le délai imparti pour y parvenir, la nécessité de s'assurer de leur efficacité dans le temps. Toutefois, pour l'y inviter plus fortement, **le législateur pourrait préciser par le biais d'une nouvelle disposition à insérer au sein du régime de réparation du préjudice écologique le fait que le juge, lorsqu'il décide que la réparation aura lieu par la voie de l'affectation des dommages-intérêts, devra préciser, au regard des demandes formulées par les parties, les modalités matérielles et temporelles des mesures en résultant afin de réparer le préjudice de manière adéquate.**

Surtout, dans les deux cas, l'Autorité environnementale, autorité compétente pour donner des avis sur certains projets relevant d'une décision de l'État et en particulier sur les mesures de compensation prévues, pourrait être amenée à émettre un avis sur l'efficacité des mesures de réparation en nature présentées par le défendeur. Cet avis serait joint aux conclusions et permettrait alors au juge de s'assurer de l'efficacité des mesures prescrites.

2) Des mesures de réparation plus effectives

Il est aussi à craindre que les mesures de réparation prévues ne soient pas suffisamment effectives. Certes, le juge civil peut ordonner des mesures de réparation avec astreinte. Celle-

⁵⁴⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4e éd. 2017, p. 304.

ci est d'autant plus intéressante que le juge du principal peut garder sa compétence sur l'exécution de la décision jusqu'à sa liquidation. Si le juge administratif de plein contentieux bénéficie sur ce point de pouvoirs importants, rappelons que l'astreinte peut également découler de son pouvoir d'injonction. Plus particulièrement, s'agissant du régime spécial de réparation du préjudice écologique, l'article 1250 accorde au juge le pouvoir de liquider l'astreinte et prévoit que les sommes sont alors affectées à la réparation de l'environnement⁵⁴⁶. Toutefois, le risque demeure que, après assignation du demandeur pour liquidation de l'astreinte, le juge le refuse au regard des difficultés rencontrées par le défendeur pour exécuter les mesures prescrites. Le mieux serait alors, plus que de sanctionner, de veiller en amont à ce que le défendeur puisse parfaitement mettre en œuvre les mesures. En ce sens, **l'Autorité environnementale pourrait être chargée de surveiller la bonne exécution de la décision notamment en imposant au défendeur de lui délivrer régulièrement des informations relatives à l'effectivité des mesures**. C'est ainsi qu'aux Philippines, les « *Rules of Procedure For Environmental Cases* », comme le rappellent Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Laurence Gay dans cette étude, autorisent le juge, sur le fondement de la procédure du *Writ of continuing mandamus*, non seulement à surveiller l'exécution du jugement et à demander des rapports écrits réguliers sur cette exécution fournis par le contrevenant, mais à nommer un commissaire chargé du suivi de l'exécution du jugement. Le législateur pourrait s'en inspirer.

Cette surveillance serait également souhaitable en ce qui concerne l'effectivité de l'affectation des dommages-intérêts. Le régime de l'astreinte ne s'applique pas au demandeur chargé d'affecter les sommes à la réparation de l'atteinte à l'environnement. Ici, la loi sur le préjudice écologique ne prévoit aucune disposition permettant de garantir que la réparation aura lieu et, qu'à défaut, le demandeur sera sanctionné. Si, d'ores et déjà pour certains auteurs, le non-respect de l'affectation devrait exposer le bénéficiaire des dommages-intérêts à un recours en restitution, à la mise en jeu de sa responsabilité et à la possibilité pour un tiers de prendre les mesures aux frais du bénéficiaire⁵⁴⁷, il conviendrait d'inviter le juge à accompagner sa décision d'un délai d'exécution, l'État à bénéficier des dommages-intérêts en faveur de la réparation de la nature, et l'autorité environnementale à émettre un avis sur l'effectivité des mesures réalisées au vu des informations régulièrement délivrées par le

⁵⁴⁶ Art. 120 C. civ. « En cas d'astreinte, celle-ci est liquidée par le juge au profit du demandeur, qui l'affecte à la réparation de l'environnement ou, si le demandeur ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, au profit de l'État, qui l'affecte à cette même fin ».

⁵⁴⁷ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les régimes spéciaux*, préc. p. 304.

bénéficiaire des dommages-intérêts. Dans tous les cas, en cas de non-respect des mesures prescrites par le juge, l'État, plus à même de disposer des moyens adéquats à la réparation, devrait être autorisé à prendre les mesures aux frais des débiteurs (défendeur ou demandeur selon les cas), s'il n'est pas déjà bénéficiaire de l'affectation des dommages-intérêts. **Une nouvelle disposition préciserait qu'« En cas de non-exécution des mesures de réparation, le juge peut autoriser l'État, s'il n'est pas déjà le bénéficiaire des sommes affectées, à prendre les mesures aux frais du responsable ou, en cas d'affectation des dommages-intérêts, du bénéficiaire ».**

On en conclut que c'est finalement par la voie du contrôle effectué par l'Autorité environnementale, en amont puis en aval de la décision judiciaire, que le risque d'inefficacité et d'ineffectivité des mesures de réparation en nature pourrait être réduit. Reste que c'est ici surtout le contrat qui pourrait avoir un rôle à jouer en tant qu'instrument de flexibilité. L'évolution du modèle judiciaire de la réparation des atteintes à l'environnement devrait alors, à l'issue du procès environnemental, s'accompagner de la consécration d'un modèle semi-judiciaire.

B/ La consécration d'un modèle semi-judiciaire de réparation

La proposition est la suivante : permettre au juge, en raison des difficultés présentées, d'homologuer un contrat conclu entre les parties concernées, défendeur (s) et demandeur(s), portant sur les modalités de la réparation des atteintes à l'environnement⁵⁴⁸. Plus précisément, après avoir reconnu la responsabilité du défendeur à l'action, le juge pourrait ordonner que la réparation en nature ait lieu selon les termes du contrat présenté par les parties. Si la recherche collective montre que la technique contractuelle a déjà joué un rôle dans le contentieux administratif sous le nom de « protocole d'accord » (voir ci-dessous) et que, dans l'affaire *Costa-Rica c. Nicaragua* précitée, la Cour internationale de Justice a invité les parties, après avoir reconnu la responsabilité du Nicaragua pour les préjudices causés au Costa-Rica dans un arrêt du 16 décembre 2015⁵⁴⁹, à

⁵⁴⁸ M. Hautereau-Boutonnet, « Le contrat de réparation et prévention du dommage environnemental », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, avril 2019, p. 13, Étude 8.

⁵⁴⁹ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, *Recueil CIJ* 2015, p. 665. Pour un commentaire, v. N. Clarenc, « CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) : construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) », *AFDI*, 2016, pp. 76-86.

s'entendre sur le montant de la réparation, c'est surtout la contractualisation des mesures de réparation des atteintes à l'environnement à l'issue de l'action en responsabilité civile fondée sur le régime spécial de réparation du préjudice écologique qui a attiré notre attention. Reste que la proposition pourrait être généralisée devant les autres juges. Il convient alors de préciser la nature (1) et le régime (2) de ce contrat nommé « contrat de réparation des atteintes à l'environnement » susceptible aussi de s'étendre à la prévention.

1) La nature du contrat de réparation des atteintes à l'environnement

Consacrer un contrat de réparation des atteintes à l'environnement n'a rien de surprenant : « les conventions relatives aux litiges ne sont pas une nouveauté »⁵⁵⁰ et l'on ne voit pas pourquoi le domaine environnemental y échapperait. Ce contrat pourrait entrer dans la catégorie des contrats « sur la solution matérielle du litige »⁵⁵¹. Contrat semi-judiciaire car, issu de la liberté contractuelle mais homologué par le juge, il s'agirait d'un contrat portant, non pas sur la responsabilité de son auteur, mais sur ses effets, à savoir la réparation des atteintes à l'environnement, directement par le défendeur ou indirectement par le demandeur en cas d'affectation des dommages-intérêts. Conclu entre le défendeur et le demandeur après avis de l'Autorité environnementale, ce contrat devrait prévoir deux types d'obligations, en faveur de l'effectivité et l'efficacité de la réparation. D'une part, les types de mesures prévues pour réparer l'atteinte à l'environnement. De nouveau, au regard de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale⁵⁵², il faudrait que les parties – le défendeur en tant que débiteur des mesures de réparation en nature ou sous forme de dommages-intérêts et le demandeur en tant que créancier des mesures de réparation en nature ou des dommages-intérêts à affecter à la réparation de l'atteinte –, distinguent entre la réparation primaire, complémentaire et compensatoire⁵⁵³. D'autre part, les modalités de l'exécution des mesures : le contrat devrait alors prévoir des clauses de suivi, telles celles établissant un calendrier de mise en place des mesures de réparation en nature par le défendeur ou de l'affectation des dommages-intérêts par le bénéficiaire, la transmission régulière d'informations à l'Autorité environnementale en sus de celles délivrées entre les parties, des clauses de renégociation ou révision en cas de non adaptation ou échec des mesures ainsi que des clauses prévoyant des sanctions en cas de non-exécution fautive. L'on pense en particulier, outre la résiliation du contrat, à celles conduisant, selon les cas, à verser des dommages-intérêts affectés à la protection de l'environnement à l'État.

⁵⁵⁰ in *Théorie générale de la justice*, préc., p. 458. V. dans les manuels : L. Cadiet, « Faire le lien... », in *La contractualisation de la production normative*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Coll. Dalloz Thèmes et commentaires, 2008, p. 169 s.

⁵⁵⁰ Expression in L. Cadiet, « Faire le lien... », in *La contractualisation de la production normative*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Coll. Dalloz Thèmes et commentaires, 2008, p. 169 s.

⁵⁵¹ *Idem*.

⁵⁵² Transposée par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008, art. L. 160-1 du Code de l'environnement.

⁵⁵³ Art. L. 162-9 du Code de l'environnement.

Un exemple de protocole d'accord encadrant la réparation d'atteintes à l'environnement
Par Sébastien Mabile (<https://seattle-avocats.fr>)

Le 22 mai 2014, un chalutier s'échouait au large du Conquet dans le périmètre du parc naturel marin d'Iroise, en portant assistance à un plaisancier en détresse. L'équipage était sauvé. Dans les jours suivants, les cuves du navire étaient vidées afin d'éviter tout risque de pollution par hydrocarbures. La préfecture maritime échouait toutefois à renflouer l'épave qui restait donc au fond de l'océan, sur le domaine public maritime dont l'Agence des aires marines protégées assurait la gestion. C'est donc sur le fondement de la contravention de grande voirie que l'Agence des aires marines protégées, établissement public qui sera fusionné en 2016 au sein de l'Agence française pour la biodiversité, décidait de poursuivre l'armateur. Lors de l'instruction, des discussions ont permis de parvenir à un accord au terme duquel l'épave pouvait rester sur le fond de la mer sous réserve qu'elle soit vidée de l'ensemble de ses éléments polluants. Un protocole d'accord était conclu, listant l'ensemble des éléments à enlever de l'épave, les délais et modalités d'exécution ainsi que les mesures destinées à compenser les atteintes à l'environnement.

Afin de conférer l'autorité de la chose jugée à cet accord, l'Agence des aires marines protégées demandait au tribunal administratif de Rennes d'homologuer le protocole dans le cadre de la procédure de contravention de grande voirie. Par jugement en date du 30 avril 2015 (n° 1403557), le Tribunal rejeta la demande d'homologation en l'absence de texte l'y autorisant. Cependant, le tribunal ordonna à l'armateur de procéder à l'enlèvement des éléments polluants de l'épave du navire dans les conditions fixées par le protocole d'accord, ce dernier devant y procéder dans le délai de quatre mois à compter de la notification du jugement, sous astreinte de 500 euros par jour de retard passé ce délai.

Faute d'appel, le jugement devenait définitif et l'épave était dépolluée dans les conditions convenues entre les parties. Cette solution juridiquement innovante permettait ainsi de combiner la souplesse du contrat – fixer avec précision les conditions de dépollution de l'épave – avec la force exécutoire d'un jugement bénéficiant de l'autorité de la chose jugée.

D'emblée, il est tentant de rapprocher ce contrat de la transaction, d'autant que la transaction environnementale portant sur la réparation des atteintes à l'environnement fait l'objet d'une attention croissante dans les droits étrangers⁵⁵⁴. L'on pense ici à l'Italie⁵⁵⁵, au Chili⁵⁵⁶ et au Japon⁵⁵⁷. Rappelons que, en droit français, la transaction est régie par les articles 2044 à 2058 du Code civil. Selon l'article 2044 modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle, la transaction est un « contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». L'exigence de concessions réciproques est régulièrement rappelée par la jurisprudence et, selon certains auteurs, résident essentiellement dans les engagements

⁵⁵⁴ Pour aller plus loin sur ce sujet : M. Hautereau-Boutonnet, « Le contrat de réparation... », préc.

⁵⁵⁵ M. Cespa, « Les contrats environnementaux en Italie », in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, Bruylant, 2015, p. 13.

⁵⁵⁶ V. l'encadré sur le droit chilien p. 152.

⁵⁵⁷ K. Yamamoto, « Le mode alternatif de résolution des conflits environnementaux au Japon : un exemple de contractualisation des litiges environnementaux », in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, Bruylant, 2015, p. 285 et s.

récioproques⁵⁵⁸. L'on notera que la Cour de cassation en a fait application lors du contentieux de l'*Erika* dans un arrêt du 6 décembre 2007⁵⁵⁹. En l'espèce, un pêcheur à pied avait conclu une transaction avec le FIPOL au sujet de l'indemnisation de ses préjudices personnels dus à la marée noire provoquée par le pétrolier *Érika*. Pour confirmer la possibilité pour le FIPOL de ne pas donner droit à sa demande d'indemnisation supplémentaire en vertu de la conclusion d'une transaction, la Cour de cassation a pris soin de vérifier l'existence de « concessions réciproques formant la validité de la transaction », à savoir : une indemnisation sans attendre l'issue d'un procès long et coûteux, une indemnisation forfaitaire pour une période pour laquelle la victime ne justifiait pas de ses pertes financières et, enfin, un mode de détermination des pertes favorables à la victime. Or, s'agissant du contrat proposé, manquerait l'existence de concessions réciproques entre les parties qui invite à rejeter sa qualification de transaction. En effet, il ne s'agira aucunement de s'engager à adopter des mesures de réparation contre une absence de recours. Le procès ayant déjà statué sur la responsabilité, l'entente ne fera qu'organiser la réparation, sous le contrôle en outre d'un tiers. De ce fait, c'est davantage à l'« accord d'ajustement de conduite » prévu en droit brésilien dont le nouveau contrat de réparation se rapprocherait⁵⁶⁰.

Ce contrat devrait alors également être clairement distingué de la transaction environnementale pénale prévue en droit français et parfaitement étudiée par Jean-Baptiste Perrier, membre de la recherche⁵⁶¹. L'article L. 173-12 du Code de l'environnement affirme en effet que « L'autorité administrative peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite des contraventions et délits prévus et réprimés par le présent code, à l'exception des délits punis de plus de deux ans d'emprisonnement ». Dans ce cas, selon le dispositif légal, si l'auteur de l'infraction accepte de conclure la transaction qui lui est proposée par l'autorité compétente, celle-ci doit avoir un contenu déterminé. Il est prévu que la transaction « précise l'amende transactionnelle que l'auteur de l'infraction devra payer, dont le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue, ainsi que, le cas échéant, les obligations qui lui seront imposées, tendant à faire cesser l'infraction, à éviter son renouvellement, à

⁵⁵⁸ B. Fages, « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 57.

⁵⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2007, n° 06-18049.

⁵⁶⁰ V. l'encadré sur le droit brésilien, p. 66.

⁵⁶¹ J.-B. Perrier, « Le regard français sur la transaction environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures* 2016/8, dossier 20.

réparer le dommage ou à remettre en conformité les lieux. Elle fixe également les délais impartis pour le paiement et, s'il y a lieu, l'exécution des obligations ». Toutefois, selon les précisions apportées par la circulaire du 21 avril 2015⁵⁶², le recours à la transaction doit « être réservé aux infractions de faible gravité, et exclu lorsque les faits ont été commis de façon délibérée, ont été réitérés, ou ont causé des dommages importants pour l'environnement ou à des victimes. De même, elle doit être écartée lorsque des victimes ont porté plainte et ont demandé la réparation du préjudice ». De ce fait, le contrat de réparation des atteintes à l'environnement pourrait s'appliquer à toutes les atteintes à l'environnement n'ayant pas fait l'objet d'une transaction pénale mettant fin aux litiges, ce qui dans les faits devrait être toujours le cas. En effet, outre que l'action en réparation du préjudice écologique définit celui-ci comme une « atteinte non négligeable », comme toutes les actions existant dans le domaine environnemental, elle résultera bien souvent d'une constitution de partie civile. C'est donc le juge pénal – à moins que l'action ne soit portée que devant le juge civil – qui, après avoir constaté la responsabilité, homologuera le contrat présenté une fois soumis à l'avis préalable de l'autorité environnementale. Mais le législateur devrait intervenir pour assurer que ce contrat possède la finalité exigée.

2) Le régime du contrat de réparation des atteintes à l'environnement

Concernant son régime, deux écueils justifient le souhait que ce contrat soit clairement encadré par la loi, comme c'est le cas dans les droits étrangers dont il faudrait ici s'inspirer.

En premier lieu, le contrat devrait n'être valable qu'à la condition qu'il remplisse sa finalité, à savoir la réparation des atteintes à l'environnement par le responsable ou le demandeur – se voyant versé par le défendeur une somme destinée à la réparation –, non seulement parce qu'il s'agit de la raison d'être de cet appel au contrat, mais aussi parce que, comme tout contrat et à l'instar des transactions, il devra respecter l'ordre public tel que l'exige l'article 6 du Code civil. En effet, la protection de l'environnement est d'intérêt général et fait aujourd'hui l'objet d'une forte constitutionnalisation. La Charte de l'environnement reconnaît non seulement que chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, mais aussi que toute personne doit, dans les conditions déterminées par la loi, à la fois prévenir les atteintes à l'environnement et

⁵⁶² NOR : JUS/D/15/09851/C.

contribuer à leur réparation (art. 1 à 4 de la Charte). Quant au Conseil constitutionnel, s'il admet que la loi puisse limiter la réparation des atteintes, il le refuse dès lors qu'il y a faute, ce qui est très souvent le cas dans le domaine environnemental, comme le montre la place primordiale occupée par le juge pénal⁵⁶³. L'on pourrait même considérer que l'environnement, chose hors du commerce au regard de sa qualification de chose commune, ne peut être l'objet de transaction.

Pour ces raisons, alors que le droit italien – qui applique les principes de droit civil à la transaction environnementale conclue entre le pollueur et l'État – interdit que la transaction environnementale ne peut remettre en cause le droit de vivre dans un environnement sain et rappelle alors qu'elle ne doit permettre que d'aménager la réalisation des mesures dans une certaine finalité⁵⁶⁴, le **droit chilien** établit clairement une distinction entre la transaction relative aux préjudices personnels et celle concernant l'environnement lui-même. Celle-ci est valable sous réserve du respect de deux conditions cumulatives : elle ne doit concerner que la mise en place des mesures de réparation en nature et ces mesures doivent être prises en charge par le responsable⁵⁶⁵. Signalons aussi qu'en **droit brésilien**, s'agissant de l'accord d'ajustement de conduite – type de contrat judiciaire sur la réparation des atteintes à l'environnement –, le législateur vient désigner la qualité des parties – en particulier les autorités étatiques –, et détermine les clauses qu'il doit contenir : celles précisant les obligations de faire et de ne pas faire, la durée du contrat et les cas de responsabilité⁵⁶⁶. Ainsi, en droit français, **le législateur pourrait insérer une nouvelle disposition dans le régime de responsabilité civile pour prévoir et encadrer le contrat de réparation du préjudice écologique**. Elle préciserait que, possible, le contrat de réparation serait valable uniquement après avis positif de l'Autorité environnementale et s'il fait peser les mesures de réparation en nature ou les dommages-intérêts correspondant au coût de leur affectation exclusivement et impérativement sur le responsable. Un décret permettrait aussi de préciser les clauses types à insérer.

⁵⁶³ Décision C.C. n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011.

⁵⁶⁴ M. Cespa, « Les contrats environnementaux en Italie », in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, Bruylant, 2015, p. 13.

⁵⁶⁵ V. X. Insuza, La transaction environnementale au Chili, regard sur le contentieux, *Énergie-Environnement-Infrastructures* 2016/08, n° 17.

⁵⁶⁶ C. Costa de Oliveira, L. Paxao Silva Oliveira et P. Pereira de Andrade, « Environmental Damage Caused By Oil Exploitation in Brazil : the “Conduct Adjustment Agreement (TAC)” as a means to circumvent civil liability ineffectiveness » in *The Effectiveness of Environmental Law*, dir. S. Maljean-Dubois, éd. Intersentia, p. 199 s.

En second lieu, le risque d'inexécution du contrat devrait être pris en compte. D'un côté, classiquement, de nature conventionnelle, le contrat de réparation des atteintes à l'environnement sera bien sûr régi par le droit des contrats et devra respecter le principe de force obligatoire. Par ailleurs, homologué par le juge qui opérera un contrôle formel de la convention en tenant compte de l'avis de l'Autorité environnementale, ce contrat permettra d'obtenir de la part de l'autorité publique son exécution forcée. Toutefois, le risque d'inexécution existe et doit être géré. Certes, en cas de non-respect persistant, le contrat sera résilié. En ce sens, le **droit italien** prévoit que, à la suite d'une constatation du non-respect par le responsable de ses obligations, l'État peut, après mise en demeure de l'intéressé d'une durée de 30 jours, déclarer la résolution du contrat »⁵⁶⁷. **En France, le juge constatant l'échec du contrat pourrait sanctionner les intéressés et autoriser l'État -il ne peut lui imposer- à ce qu'il prenne aux frais du débiteur concerné, défendeur responsable ou demandeur bénéficiaire des dommages-intérêts affectés (s'il n'est pas lui-même le bénéficiaire).** Ainsi, si le procès environnemental doit être défendu, c'est aussi, pour des raisons d'efficacité, qu'il conviendrait d'offrir une place à la contractualisation des mesures étudiées ici sous l'angle de la réparation, mais pouvant s'étendre à la prévention.

Au terme de l'étude des règles gouvernant le déroulement du procès environnemental, au cours et à l'issue de l'instance, on en conclut que, dans les différents ordres, des obstacles se présentent aux demandeurs pour prouver les faits allégués et au juge, pour être davantage éclairé et, ainsi, prescrire des mesures plus appropriées au rétablissement du droit de l'environnement méconnu. Néanmoins, il en ressort aussi que des solutions peuvent être trouvées et que des réformes peuvent être engagées.

⁵⁶⁷ Art. 2 al. 6 de la loi précitée 13/2009, v. M. Cespa, art. préc., p. 38.

Pour opérer le passage du « procès sur l'environnement » au « procès pour l'environnement », l'étude envisage là encore trois types de solution. D'abord, parce que certaines réformes nous semblent difficilement envisageables, certaines solutions doivent être recherchées dans le contournement des difficultés. C'est le cas en matière de preuve. Ici plus qu'une réforme consistant à renforcer l'allègement de la charge de la preuve, voire sa suppression, l'étude plaide pour une meilleure instrumentalisation de l'expertise et, parfois, une possibilité de déplacer l'objet de la demande dans les différents ordres. Ensuite, parce que certaines solutions s'avèrent techniquement possibles mais méritent encore réflexion pour être adoptées, l'étude propose des solutions plus acceptables. C'est ainsi que, encourageant à poursuivre la réflexion sur la création de tribunaux environnementaux dans l'ordre interne, nous plaidons pour que le législateur mette en place rapidement un parquet environnemental. Enfin, parce que certaines solutions nous semblent opportunes et envisageables dès maintenant, l'étude invite à la réalisation de certaines réformes. Il en est ainsi de la création d'une action préventive devant le juge civil, en référé et au fond, de l'élargissement du contrôle de légalité aux actes préparatoires devant le juge administratif, de la nécessité de créer un dispositif renforçant l'efficacité et l'effectivité de la réparation des atteintes à l'environnement et de la reconnaissance d'un contrat de réparation des atteintes à l'environnement. Certes, dans tous les cas, les solutions proposées, qu'elles résident dans l'instrumentalisation du droit positif ou dans son évolution, ont pour but de participer à la création d'un modèle de procès environnemental : un procès qui, au cours et à l'issue de l'instance, peut contribuer à l'effectivité du droit de l'environnement. Toutefois, au terme de l'étude et en envisageant que certaines propositions pourraient être entendues, l'on pressent que, par souci de clarification et sécurité juridique, les acteurs du procès environnemental, parties, avocats et juges, seraient plus à même d'utiliser les techniques disponibles si elles étaient regroupées dans un texte les rendant plus lisibles et visibles. De ce fait, il est souhaitable que, en ce qui concerne le droit français, à l'instar de ce qui existe aux Philippines (« *Rules of Procedure For Environmental Cases* »), soit adopté un guide regroupant les règles du procès environnemental.

Recommandations à l'intention des acteurs du procès et/ou du législateur

L'étude du déroulement du procès environnemental conduit aux recommandations suivantes :

- 1) Encourager la référence à la *nomenclature des préjudices écologiques* pour mieux prouver et mieux réparer, comme l'avait déjà proposé le Rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique
- 2) Encourager l'amélioration des compétences de l'expert et son financement, comme l'avait déjà proposé le Rapport Jégouzo sur la réparation du préjudice écologique
- 3) Encourager la mise en place de procédure de rationalisation du recours à l'expertise pour le règlement des litiges environnementaux les plus sensibles, sur le modèle de la *concurrent evidence*
- 4) Encourager la création de parquets spécialisés en environnement
- 5) Encourager la création de « pôles environnement » au sein de juridictions judiciaires
- 6) Encourager la création d'un juge administratif « à guichet unique » en droit de l'environnement
- 7) Encourager l'élargissement du contrôle de légalité aux actes préparatoires
- 8) Encourager la mise en place d'un référé spécial en matière d'environnement
- 9) Encourager la reconnaissance de la finalité préventive de l'action en responsabilité civile
- 10) Encourager la création d'un guide des mesures préventives et réparatrices à l'intention des juges et parties
- 11) Encourager la reconnaissance de la réparation du préjudice écologique devant le juge administratif
- 12) Encourager le renforcement de l'efficacité des mesures réparatrices par un dispositif invitant le responsable à soumettre à l'avis de l'Autorité

environnementale un plan de réparation précisant les types de mesures et les modalités de la réparation en nature ou par affectation

- 13) Encourager le renforcement de l'effectivité de la réparation du préjudice écologique en imposant au responsable ou bénéficiaire des dommages-intérêts affectés à la réparation des atteintes à l'environnement d'informer l'Autorité environnementale de son exécution et d'autoriser l'État, en cas d'échec, à adopter les mesures au frais des intéressés**
- 14) Encourager la reconnaissance du contrat de réparation du préjudice écologique conclu entre les parties après avis de l'Autorité environnementale pour mettre en œuvre les mesures de réparation**
- 15) Encourager l'adoption d'un guide du procès environnemental**

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et spéciaux

Alland D. et Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

Bailleul D., *Le procès administratif*, LGDJ col. Systèmes Droit, 2014.

Bétaille J. (dir.), *Le droit à l'accès à la justice en matière d'environnement*, LGDJ Lextenso Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016.

Blin M.-P., Desbarats I., Jazottes G. et Vidalens V., *Entreprise et développement durable*, Lamy 2011.

Bloch C., *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 71, 2008, préf. R. Bout.

Brun Ph., *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, Thèse Grenoble 2, 1993.

Cabanes V., *Homo Natura, En harmonie avec le vivant*, coll. Dans le vif, Buchet Chastel, 2017.

Cabanes V., *Un nouveau droit pour la terre*, coll. Anthropocène Seuil, 2016.

Cadiet L., *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Cadiet L., Normand J. et Amrani Mekki S., *Théorie générale du procès*, Thémis-PUF, 2^e éd. 2013.

Camproux-Duffrène M.-P. et Sohnle J., *La représentation de la nature devant le juge, approches comparative et prospective*, Hors Série *Vertigo* Sept 2005, <https://journals.openedition.org/vertigo/16159>

Canal-Forgues A., *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2008.

Carbonnier J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris LGDJ, 9^e éd., 1998.

Chassagnard-Pinet S. et Hiez D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Coll. Dalloz Thèmes et commentaires, 2008.

Cournil Ch. et Varison L. (dir.), *Les procès climatiques, entre le national et l'international*, préf. M. Delmas-Marty, éd. A. Pedone, 2019.

Courtaigne-Deslande C., *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse, Paris II, 2011, publication ANRT, dir. J.-H. Robert, n° 998 et s.

Delmas Marty M. et Supiot A. (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.

Douchy-Oudot M., Magnier V., Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., Lagarde X., Sinopoli L., Sorel J.-M., Delicostopoulos C., Delicostopoulos I., Ruiz-Fabri H., *Droit processuel*, Précis Dalloz, 2017, 9^e éd.

Dupuy P.M. et Vinuales J.E., *Introduction au droit international de l'environnement*, Bruylant 2015.

Grayot S., *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. Viney, LGDJ, Tome 504, 2009.

Guinchard S., Ferrand F. et Chainais C., *Procédure civile*, Dalloz, Coll. HyperCours, 2017, 5^e éd.

Guyomar M. et Seiller B., *Contentieux administratif*, Dalloz, HyperCours, 2017, 4^e éd.

Hautereau-Boutonnet M. (dir.), in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, Bruylant, 2015.

Hautereau-Boutonnet M. et Maljean-Dubois S. (dir.), *Après l'Accord de Paris, quels droits face au changement climatique*, RJE, n° spéc. 2017.

Huglo C., *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018.

Jeuland E., *Droit processuel général*, LGDJ 3^e éd., 2014.

Jourdain P., *La responsabilité environnementale*, Travaux du GRERCA, Bruylant, 2018.

Larssen J., Pallemarts M. et alii (dir.), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Bruylant, 2005.

Le Bot O., *Contentieux administratif*, Coll. Paradigme Manuel, 5^e éd. 2018.

Le Cannu P. et Dondero B., *Droit des sociétés*, LGDJ Lextenso, 6e éd., 2015.

Leclerc. O., *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la sciences*, LGDJ, T. 443, 2003.

Maljean-Dubois S., *Quel droit pour l'environnement*, Hachette 2008.

Mallet-Bricout B. et Nourissat C. (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006.

Marguénaud J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 7^e éd. 2016.

- Mekki M. (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, 2018
- Nain-Gesbert E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, VUB PRESS, 1999.
- Neyret L. et Martin G.J (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, , LGDJ, 2011
- Neyret L., *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préf. C. Thibierge, LGDJ Bibliothèque de droit privé, Tome 468, 2006.
- Prieur M. (dir.), *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2016.
- Pring G. Canan P., *SLAPPs. Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphie, Temple University Press, 1996.
- Pring G. et Pring C., *Environmental Courts & Tribunals : A Guide for Policy Makers*, Nairobi, UN Environment, 2016, 120 p. Voy. aussi : G. Pring & C. Pring, *Greening Justice. Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, World Resources Institute, Washington DC, 2009.
- Raschel L., *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse, Préf. L. Cadiet, IRJS éd., 2010.
- Sintez C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.
- Stone C., *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, Lyon, Le Passager clandestin, 2017
- Torré-Schaub M., Cournil Ch., Lavorel S. et Moliner-Dubost M., in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, dir. Mare et Martin, 2018.
- Truilhé-Marengo E. (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, La documentation Française, 2011.
- Truilhé-Marengo E. (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Larcier, 2011.
- Vergès E., Vial G. et Leclerc O., *Droit de la preuve*, PUF/Thémis, 2015.
- Viney G., Jourdain P. et Carval S., *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017.
- Viney G., Jourdain P., Carval S., *Traité de droit civil, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017.
- Viney G., *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2008.
- Voeffray V., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève : Graduate Institute Publications, 2004,
<http://books.openedition.org/iheid/1185>>. ISBN : 9782940549153. DOI :
 10.4000/books.iheid.1185.

Articles et chroniques

Abadie P., « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.* 2018, p. 302 et s.

Affono Leme Machado A., « La mise en œuvre de l'action civile publique environnementale au Brésil », *RJE*, 2000, p. 63 s.

Amrani-Mekki S., « Le procès, vers un droit processuel de l'environnement ? », Actions préventives et principe de précaution », in Mekki M. (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, 2018, p. 187 et s.

Amrani-Mekki S., « Le socle commun de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle », *JCP G.* n° 50, 12 déc. 2016, p. 1340 et s.

Amrani-Mekki S., « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 1 et s.

Ascensio H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP*, 2001, n° 4, pp. 897 et s.

Asenjo R., « L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago », *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

Bacache M., « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015, n° 8/9, p. 56 et s.

Bacache M., « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/3, Etude 8.

Belloubet N., « Existe-t-il un intérêt à agir devant le Conseil constitutionnel ? », in C. Teitgen-Colly (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, L.G.D.J., collection Grands colloques, 2016, p. 47 et s.

Bradford G., « Simplifying State Standing: The Role of Sovereign Interests in Future Climate Litigation », *Boston College Law Review*, n°52, 2011, p. 1065 et s.

Billiet C., C., Lavrysen L et Van den Berghe J., « Environnement et développement durable », *Le droit pénal face aux atteintes à l'environnement Actes du colloque tenus à la Cour de cassation les 1^{er} et 2 juin 2017*, *Énergie - Environnement – Infrastructures*, 2017/12, dossier 25.

Bright C. : « Quelques réflexions à propos de l'affaire Shell aux Pays-Bas », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Coll. SFDI, Pedone 2016, p. 127 et s.

Boskovic O., « La compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales », *D.* 2018, p. 732 et s.

Boskovic O., « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.* 2016, p. 385 et s.

Boskovic O., *Fascicule Jurisclasseur Environnement et développement Durable*, DIP et Environnement.

Brosset E. et Truilhé E., « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF*, 2018 chron. n° 07.

Burgogue Larsen L., « Environnement et droits de l'homme : de l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Énergie – Environnement-Infrastructures*, n° 6, juin 2018, p. 34 et s.

Cadiet L., « Faire le lien... », in *La contractualisation de la production normative*, S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), Coll. Dalloz Thèmes et commentaires, 2008, p. 179 et s.

Canali L., « Les contentieux climatiques contre les entreprises, bilan et perspectives », in *Les procès climatiques : du national à l'international*, dir. Ch. Cournil et L. Varison, Pédone, 2018, p. 67 et s.

Cespa M., « Les contrats environnementaux en Italie », in *Le contrat et l'environnement, Étude de droit comparé*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, Bruylant, 2015, p. 13 et s.

Commaille J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.), p. 583 et s.

Costa de Oliveira C., L. Paxao Silva Oliveira et P. Pereira de Andrade, « Environmental Damage Caused By Oil Exploitation in Brazil : the "Conduct Adjustment Agreement (TAC)" as a means to circumvent civil liability ineffectiveness » in *The Effectiveness of Environmental Law*, dir. S. Maljean-Dubois, éd. Intersentia, p. 199 et s.

Costa de Oliveira C., « la procédure civile comme instrument par excellence de la procédure civile environnementale », *Énergie Environnement Infrastructures* août 2016, Dossier 16

Costa de Oliveira C., « Le droit brésilien : un modèle en matière de réparation du préjudice écologique », *Environnement* 2014, oct., Entretien 5

Cournil C., « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois (dir.), *Après l'Accord de Paris, quels droits face au changement climatique*, *RJE*, n° spéc. 2017, p. 243 et s.

Cournil C., « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique, Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, dir. M. Torrè-Schaub, C. Cournil, S. Lavorel et M. Moliner-Dubost, Mare et Martin, 2018, p. 185 et s.

Cournil C. et Tabau A.-S., « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE*, 4/2015, p. 674 et s.

- Danis-Fatôme A. et Viney G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610 et s.
- Coutron L., « La Cour de justice au secours de la forêt Bialowieska », *RTD Eur.* 2018, p. 321.
- David V., « La nouvelle vague des droits de la nature, La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *RJE*, 2017/3, Vol. 42, p. 409 et s.
- Deffairi M., « La reconnaissance de la spécificité de l'intérêt à agir dans le contentieux administratif environnemental, encore une occasion manquée ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, Fév 2016, Comm. 12.
- Deharo G., « La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *Journal International de Bioéthique*, 2006, 1-2, vol. 17, p. 33 et s.
- Delile J.F., « La protection juridictionnelle dans le domaine environnemental en droit de l'Union européenne : la victoire de l'incohérence », in : *L'accès à la justice en matière environnementale, Actes du colloque de 2015 de la Société française de droit de l'environnement*, Bétaille J. (dir.), Presses universitaires de Toulouse, 2016, p. 91 et s.
- Deleuil T., « La protection de la « Terre nourricière » : un progrès pour la protection de l'environnement ? », *RJE*, 2017-2, p. 25 et s.
- Desbarats I., « La RSE à la française, où en est-on ? », *Droit social*, 2018, p. 525 et s.
- Deumier P., « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant, coll. Thèmes et commentaires Dalloz 2009, p. 113 et s.
- Demogue R., « La notion de sujet de droit », *RTD civ.*, 1909, p. 1 et s.
- Drouin R.-C., « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Droit social*, 2016, p. 246 et s.
- Encinas de Munagorri R., « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC*, vol. 51, n° 3. juill.-sept., pp. 621 et s.
- Gay L. et Fatin-Rouge Stefanini M., « L'utilisation de la Constitution dans les contentieux climatiques en Europe et en Amérique du Sud », *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2018-12, Dossier n° 43, p. 29 et s.
- Gebre E., « L'affaire *Juliana et Al. C. États-Unis* coordonnée par l'association *Our children's trust* », Enjeux et perspectives, in : *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, C. Cournil, L. Varison (dirs.), Pedone, 2018, p. 132
- L. Canali, « Les contentieux climatiques contre les entreprises, bilan et perspectives », in : *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, C. Cournil, L. Varison (dirs.), Pedone, 2018, p. 67 et s.
- Flueckinger A., La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, <http://journals.openedition.org/ress/385> ; DOI : 10.4000/ress.385.

Guillaume M., « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, mai 2018, n°171.

Fages B., « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, Mallet-Bricout B., Nourissat C., Dalloz, thèmes et commentaires, 2006, p. 53 et s.

C. Hannoun, « La responsabilité environnementale des sociétés mères », *Revue Environnement*, juin 2009, étude 7.

Hautereau-Boutonnet M., « La qualification de préjudice causé à l'environnement », p. 149 s.

Hautereau-Boutonnet M., « Les chefs de préjudices causés à l'environnement », in *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, p. 163 s.

Hautereau-Boutonnet M., « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement ? », dans Cadet L. et Mekki M. (dir.), *La preuve : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2015, p. 85 et s.

Hautereau-Boutonnet M., « Le contrat de réparation et prévention du dommage environnemental », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, avril 2019, p. 13, Étude 8.

Hautereau-Boutonnet M., « Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique », *Brazilian Journal of International Law*, 2017, vol. 14 : <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4998>

Hautereau-Boutonnet M., Thibierge C. et Sintez C., « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 7710 et s.

Hautereau-Boutonnet M. et Truilhé E., « Quel modèle pour le procès environnemental ? », *D.*, 2017, p. 827 et s.

Hautereau-Boutonnet M., « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique ? », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2017/06, dossier 14.

Hermitte M.-A., « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *RFAP*, 1990, n° 53, p. 33 et s.

Hermitte M.-A., « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2011/1, n° 66, p. 173 et s.

Hermitte M.-A., « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut juridique de la nature », in B. Edelman et M.-A. Hermitte, in *L'homme, la Nature et le Droit*, Christian Bourgois, 1988, p. 238 et s.

Hermitte M.-A., « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *RFAP*, 1990/53, p. 33

Hermitte M.-A., « La nature, sujet de droit ? », *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2011/1, n° 66, p. 173 et s.

Hermitte M.-A., Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant, *in* P. Descola (dir.), *Natures en question. Colloque de rentrée du Collège de France*, Editions Odile Jacob, 2018, p. 257 et s.

Infantino M., « L'action en réparation du préjudice écologique », Rapport italien, La responsabilité environnementale, dir. P Jourdain, Travaux du GRERCA, Bruylant, p. 291 et s.

Jourdain P., « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances*, n° 3, mars 2010, dossier 11, n° 7.

X. Insuza, La transaction environnementale au Chili, regard sur le contentieux, *Énergie-Environnement-Infrastructures* 2016/08, n° 17.

Iorns Magallanes C.J, « Nature as an Ancestor : Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand », *Vertigo*, Hors-série 22, septembre 2015, <https://journals.openedition.org/vertigo/16199>.

Jaworski V., « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal : entre intérêts général, individuel et collectif », *Vertigo*, Hors-série 22, septembre 2015, URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16272> ; DOI : 10.4000/vertigo.16272

Jeuland E., « L'être naturel, une personne morale comme les autres dans le procès civil », [<http://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-01990141/fr/>], à paraître aux Mélanges G. Parléani, 2019.

E. Jouannet, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », *in* Ruiz Fabri H. Sorel J.-M. (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, collection Contentieux international, 2007, p. 239 et s.

Kaflèche G. Morot-Monony C., « La limitation organisée de l'accès à la justice en droit de l'urbanisme », *in* *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, J. Bétaille (dir.), LGDJ Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole Lextenso, 2016, p. 277 et s.

Kerbrat Y. et Maljean-Dubois S., « La reconnaissance du préjudice écologique par la Cour internationale de Justice », *Droit de l'environnement*, Victoires édition, 2018, p. 90 et s.

Kerbrat Y. et Maljean-Dubois S., « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », *in* *Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, ed. D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville, J. E. Vinuales, Martinus Nijhoff, 2014, p. 929 et s.

Khoury L., « L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile canadien : aspects substantiels et procéduraux », *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>, p. 654 et s.

Knetsh J., Le risque « antenne-relais » en droit allemand», *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit

et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>, p. 173

Larssen C. et Jadot B., « La convention d'Aarhus », in C. Larssen, M. Pallemmaerts *et alii* (dir.), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Bruylant, 2005, p. 219.

Lucas M., « La représentation de la nature par les collectivités territoriales devant le juge judiciaire à la lumière de l'article L. 142-4 du Code de l'environnement », in *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, préc. n° 19 et s. <https://journals.openedition.org/vertigo/16248>

Lucas M., « Préjudice écologique et responsabilité : pour l'introduction légale du préjudice écologique dans le droit de la responsabilité administrative », *Revue Environnement*, avril 2014, Étude 16.

Mamoudy O., « Précisions sur le régime de l'intervention volontaire et l'invocabilité de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC », *Petites Affiches*, 19 déc. 2013, n° 253, p. 12

Maljean-Dubois S., « The Effectiveness of Environmental Law : A Key Topic », in S. Maljean-Dubois (dir.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Intersentia, 2017, p. 1 et s.

Maljean-Dubois S., « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journées SFDI 2017, Pedone, p. 145 et s.

Maljean-Dubois S., « La responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages climatiques », C. Cournil L. Varison, *Les procès climatiques : du national à l'international*, Pedone, 2018.

Mekki M., « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *D.*, 2014, p. 1391 et s.

Motulsky H., « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p. 215 et s.

Nadaud S. et Marguénaud J.-P., « La consécration européenne du droit à la dépollution », *D.*, 2019, p. 674.

Nakahara T., « Le risque « antenne-relais », regards pratiques de droit comparé. Rapport japonais », in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 145 et s.

Neyret L., « Le préjudice collectif né du dommage environnemental », in L. Neyret et G.J. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2011, p. 198 et s.

Neyret L., « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.*, 2015, p. 2278

Neyret L., « Pour un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », *D.*, 2008, p. 2681 et s.

Neyret L., « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », *D.*, 2017, p. 924 et s.

Neyret L., « Construire la responsabilité écologique », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), PUF, 2015, p. 124 et s.

Noiville C., « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in : *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, E. Truilhé (dir.), La documentation française, 2010, p. 51 et s.

Otsuka T., « Le risque antenne-relais », regards pratiques de droit comparé, rapport japonais, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, rapport GIP, p. 785 et s.

Ost F., « Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu », in F. Ost, S. Gutwirth. (éd.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 19 et s.

Parance B. et Groult E., « Regards croisés sur le devoir de vigilance et la *duty of care* », *JDI*, Cluny, 2018/01, p. 21 et s.

Pataut E., « Le devoir de vigilance, aspects de droit international privé », *Droit social*, 2017, p. 833 et s.

Perrier J.B., « Le regard français sur la transaction environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2016/8, dossier 20.

Pirotte C., « L'accès à la justice en matière d'environnement en Europe : état des lieux et perspectives d'avenir », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2009, numéro spécial, *Le juge en Europe et le droit communautaire* p. 25 et s.

Radé C., « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *D.*, 2012, p. 112 et s.

Roberto Barroso L., « La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la *Class Action* américaine », <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>

Ruiz Fabri H., « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *JDI*, 1997, p. 709 et s.

Sachs T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une co-régulation », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 380 et s.

Saumier G., « L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 775 et s.

Schiller S., « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP G.*, 2017, p. 1193 et s.

Shelton D., « Nature as a legal person », in *La représentation de la nature devant le juge, approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, 2015, URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16188> ; DOI : 10.4000/vertigo.16188

Sohnle J., « L'arrêt des usines de pâte à papier de la CIJ du 20 avril 2010. Un mode d'emploi pour violer des obligations procédurales sans peine », *Revue juridique de l'environnement*, 2010/4 (Volume 35), p. 605 et s.

Stern B., « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, n° 2, p. 257 et s.

Stone C., « *Should Trees Have Standing?—Towards Legal Rights for Natural Objects* », *Southern California Law Review* 45, 1972, p. 450 et s.

Taylor S., « Law of Torts et préjudice écologique en droit anglais », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, Dossier 13.

Taylor S., « La responsabilité civile et l'incertitude scientifique en droit anglais », rapport sur le droit anglais, in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, dir. M. Hautereau-Boutonnet et J.-C. Saint Pau, p. 263 et s., en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326/document>, p. 139 et s.

Lanfranchi M.-P. et Truilhé-Marengo E., « Droit de l'OMC et protection de l'environnement », *JCL*, Fascicule 2300.

Yoshida K., « Prévention des dommages environnementaux par voie d'action en cassation en droit japonais », in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, rapport GIP, p. 787 et s.

Zambelli M., « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspectives », *RIDE*, 2005, n° 2, p. 197 et s.

Valdès de Ferari S., « *The role of a non lawyer in an environmental Court* », *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18.

Rapports

Rapport UNEP Columbia University, *The Status of Climate Litigations, a global review*, 2017: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rapport du Club des juristes, *Renforcer l'effectivité du droit international de l'environnement*, 2017 : <http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-renforcer-lefficacite-du-droit-international-de-lenvironnement-devoirs-des-etats-droits-des-individus/>

D'Ambrosio L., Fantoni-Quinton D. et Saison-Demars J. (dir.), *Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique : l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire*, 2016 : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480575/document>

Giudicelli-Delage G. et Manacorda S. (dir.), *Dynamiques normatives du principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité juridique*, 2016 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/dynamiques-normatives-du-principe-de-precaution-et-metamorphoses-de-la-responsabilite-juridique-2/>

Hautereau-Boutonnet M. et Saint Pau J.-C., *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, 2016 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/01>

Skinner G., Macquodale R. et de Schutter O., *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, déc. 2013 : <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2014/09/Le-Troisieme-Pilier-The-Third-Pillar-French-version.pdf>

Table des matières

PREMIERE PARTIE - L'OUVERTURE DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

Chapitre 1 – Les règles gouvernant l'action en justice : le défi de la nature collective du litige

Section 1 – L'élargissement des sujets de droit autorisés à agir : une évolution difficilement acceptable

§ 1 – Le modèle majoritaire du sujet de droit autorisé à agir : la voie de la complémentarité

A/ Une délimitation stricte devant les juridictions internationales

B/ Une délimitation plus ouverte devant les autres juridictions

§ 2 – Le modèle minoritaire du sujet de droit autorisé à agir : la voie de la prudence

A/ La présentation du modèle écocentriste

B/ L'appréciation du modèle écocentriste

Section 2 - Les dérogations à l'exigence d'un intérêt personnel : une solution plus acceptable

§ 1 – Devant un juge national

A/ En France : des dispositifs avancés

1) Les évolutions réalisées

2) Les évolutions réalisables

B/ Dans les autres pays : des résultats contrastés

1) En Europe

2) Hors Europe

§ 2 – Devant un juge supranational

A/ Le juge de l'Union européenne

B/ La Cour européenne des droits de l'homme

C/ La Cour internationale de Justice

Chapitre 2 – Les règles gouvernant la compétence du juge : le défi de la nature transnationale du litige

Section 1 – L’action engagée contre l’État : des obstacles à contourner

§ 1 – Le contournement dans l’ordre international

A/ Les obstacles à la compétence de la Cour internationale de Justice

B/ L’opportunité d’autres for de l’ordre international

1) For économiques

2) Juridictions en charge des droits de l’homme

§ 2 – Le contournement dans l’ordre interne

Section 2- L'actions engagée contre l'entreprise : des évolutions à encourager

§ 1 – Le droit français : une évolution notable

A/ L'évolution opérée

1) La réponse traditionnelle du droit français

2) La réponse nouvelle du droit français

B/ Les évolutions possibles

1) Les limites

2) Les leviers

§ 2 – Le droit étranger : une évolution en demi-teinte

A/ Poursuivre les évolutions en cours

B/ Réformer les règles de compétence

SECONDE PARTIE - LE DÉROULEMENT DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL

Chapitre 1 - Les règles gouvernant le cours de l'instance : le défi de la nature complexe des faits du litige

Section 1- Les règles probatoires : une évolution difficile

§ 1 – Faciliter la preuve

§ 2 – Alléger la charge de la preuve

A/ Le déplacement de l'objet de la preuve

1) Dans l'ordre international

2) Dans l'ordre interne

B/ Le contournement des difficultés de preuve

1) Le rejet de la dispense de preuve

2) Le déplacement de l'objet de la demande

c) Le contournement de la preuve du dommage

d) Le contournement de la preuve du lien de causalité

Section 2 – Le recours à l'expertise scientifique : une amélioration possible

§ 1 – L'expertise externe à la formation de jugement : l'intérêt de la procéduralisation

A/ Apprécier la validité d'une expertise

B/ Procéduraliser le débat scientifique

1) La procéduralisation dans le procès

2) Une procéduralisation hors procès : le cas de l'expertise climatique

§ 2 – L'expertise interne à la formation de jugement : l'intérêt de la spécialisation des juges

A/ Les manifestations mondiales de la spécialisation environnementale

B/ L'admission nuancée de la spécialisation environnementale en droit français

1) La création souhaitable d'un parquet environnemental

2) La prudence à l'égard de la création de juridictions environnementales

Chapitre 2 - Les règles gouvernant l'issue de l'instance : le défi de la nature complexe de la solution au litige

Section 1- La prévention des atteintes à l'environnement : un existant à améliorer

§ 1 – Le présent de la prévention : des techniques à instrumentaliser

- A/ La prévention à l'issue des actions en référé
 - 1) Dans l'ordre interne
 - 2) Dans l'ordre supranational
- B/ La prévention à l'issue des actions au principal
 - 1) Dans l'ordre interne
 - a) Le juge administratif
 - b) Le juge civil
 - 2) Dans les autres ordres
 - a) Les ordres internes étrangers
 - b) L'ordre supranational

§ 2 - L'avenir de la prévention : des évolutions souhaitables

- A/ L'évolution des pouvoirs du juge judiciaire
 - 1) L'affinement des finalités préventives de l'action en responsabilité civile
 - 2) L'affinement des mesures préventives prescrites à l'issue de l'action en responsabilité civile
- B/ La généralisation des évolutions ?

Section 2 – La réparation des atteintes à l'environnement : un tournant à opérer

§ 1 - Les actions en réparation des atteintes à l'environnement : appréhender la diversité

- A/ Les actions à finalité réparatrice
 - 1) Les actions en responsabilité pour préjudices dérivés
 - 2) L'action en responsabilité pour préjudice écologique
- B/ Les actions à finalité répressive

§ 2 - Les mesures de réparation des atteintes à l'environnement : remédier à la fragilité

- A/L'évolution du modèle judiciaire de réparation
 - 1) Des mesures de réparation plus efficaces
 - 2) Des mesures de réparation plus effectives
- B/ La consécration d'un modèle semi-judiciaire de réparation
 - 1) La nature du contrat de réparation des atteintes à l'environnement
 - 2) Le régime du contrat de réparation des atteintes à l'environnement

Recommandations à l'intention des acteurs du procès et/ou du législateur

Bibliographie