

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



Direction scientifique :

Yann AGUILA

Rédacteurs en chef :

Pierre-Benoit DRANCOURT et Matthieu MISIK

JANVIER 2020 - **N°18**

11^e ANNÉE - ISSN 2011-4293



► Dossier thématique

Le droit à l'épreuve de la crise écologique

► ACTUALITÉS

2 > p. x

Malgré la réforme, le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies a de beaux jours devant lui

par Daniel Kadar, Avocat Associé du cabinet Reed Smith et Simon Le Reste, Docteur en droit et Avocat Collaborateur du cabinet Reed Smith

► DOSSIER THÉMATIQUE

3 > p. xx

Le droit à l'épreuve de la crise écologique

par Y. Aguila, K. Bosselmann et M. Botrel, E. Brown Weiss et V. Arroyo, J.-N. Clément, P.M. Dupuy, L. Fabius, J. Femenia, R. Gelli, M. Hautereau-Boutonnet, C. Jouanno, S. Mabile et L. Karila-Cohen, L.F. Macias Gomez, X. Magnon, G. J. Martin, Y. Martinet, J. Rochfeld, L. Sachs, L. Johnson et E. Merrill, L. Schweitzer, K. Van Dender et J. Teusch

1 Édito



Pierre-Benoît Drancourt,
Rédacteur en chef



Matthieu Misik,
Rédacteur en chef

Chères lectrices, chers lecteurs,

Après avoir fêté en 2019 son dixième anniversaire, la Revue des Juristes de Sciences Po revient pour cette nouvelle décennie avec de nouveaux projets et de nouvelles ambitions.

En premier lieu, elle a conclu un nouveau partenariat triennal exclusif avec le cabinet REED SMITH LLP lui permettant de bénéficier d'un puissant levier de financement pour les trois prochaines années. À cet égard, nous adressons notre reconnaissance la plus sincère à Daniel KADAR, avocat associé co-gérant du cabinet.

En second lieu, elle a renforcé plus encore ses liens tissés avec LexisNexis puisque ce partenaire historique s'occupe désormais de l'édition et de la mise en page des nouveaux numéros. Dans cette optique, la Revue a adopté un nouveau design s'inscrivant dans les canons de l'éditeur. Nous ne pouvons que remercier encore les équipes de notre partenaire pour cette confiance inestimable.

En troisième lieu, afin d'améliorer la qualité scientifique de la Revue, son comité scientifique, dirigé par Bernard STIRN, a été renouvelé et de nouvelles personnalités de tout premier ordre l'ont rejoint : Aurélien HAMELLE, Anne MARÉCHAL et Hugo PASCAL.

Avec sa charte graphique revisitée, ses ambitions scientifiques réaffirmées et sa pérennité assurée, la Revue des Juristes de Sciences Po se propose pour cette nouvelle publication d'aborder dans son dossier thématique une problématique transversale concernant l'une des actualités les plus

pressantes de la décennie : **le droit à l'épreuve de la crise écologique, sous la direction de Yann AGUILA que nous remercions chaleureusement.**

La multiplication des procès climatiques contre les États ou les firmes transnationales constitue la manifestation la plus visible, la plus emblématique et la plus médiatique de l'incidence de la crise écologique et climatique sur le droit. Expression polysémique et protéiforme, la crise écologique nous amène à redéfinir les concepts les plus élémentaires et fondamentaux de notre droit contemporain.

Sous l'angle du droit privé, tout d'abord, les trois piliers fondamentaux (responsabilité, contrat et propriété) font face à de profondes transformations à l'image des spécificités de la réparation des atteintes à l'environnement, de la contractualisation du droit de l'environnement et de la montée en puissance de la RSE pour les entreprises.

Sous le prisme du droit international ensuite, l'indépendance des États, élément indissociable de la souveraineté selon l'arbitre Huber, ne semble plus être la clé de lecture appropriée. Il faudrait ici plutôt se référer au paradigme de monde kaléidoscopique, où les collectivités infra-étatiques souhaitent jouer un rôle majeur dans la lutte contre le changement climatique, à l'instar des mouvements du C40.

Enfin sous un éclairage plus prospectif, la crise écologique nous oblige à nous interroger sur l'octroi de la personnalité morale à la Nature, sur la place la plus idéale, efficace et efficiente des normes environnementales au sein de la hiérarchie des normes ou encore sur le rôle de la gouvernance citoyenne dans les processus de prise de décision.

Ce sont ces profonds bouleversements que les auteurs de ce numéro ont mis en exergue.

Nous les remercions vivement pour leur collaboration.

Nous vous donnons rendez-vous en juin pour un prochain numéro consacré à la nouvelle place de l'État, sous la direction de Bernard STIRN.

En vous souhaitant une excellente lecture. ■

Revue des Juristes de Sciences Po

REVUE SEMESTRIELLE

Directeur scientifique :

Yann Aguila

Conseiller scientifique :

Louis Assier-Andrieu,
Directeur de recherches
au CNRS, Professeur à l'École
de Droit de Sciences Po

Rédacteurs en chef :

**Pierre-Benoît Drancourt
& Matthieu Misik**

Membres du Comité
de rédaction :

Jules Andreau
Dano Brossmann
Catherine Ellwanger
Stanislas Julien-Steffens
Laura Maurer
Sofia Norten
Carla Sasiela

Membres du Comité
Scientifique :

Bernard Stirn (Président),
président de section au Conseil
d'État

Reinhard Dammann, avocat
associé, Clifford Chance,
professeur affilié à l'École
de Droit de Sciences Po

Aurélien Hamelle, directeur
juridique du groupe Total

Julie Klein, professeur de
droit à l'Université de Rouen-
Normandie, secrétaire générale
adjoindue du Club des Juristes

Anne Maréchal, directrice
juridique de l'AMF

Emmanuelle Mignon, conseiller
d'État en disponibilité, avocat
associé chez August & Debouzy

Pierre-Louis Périn, avocat
associé, Bersay et associés,
professeur affilié à l'École de
Droit de Sciences Po

Hugo Pascal, doctorant
à l'Université Paris 2,
rédacteur en chef honoraire

Photo de couverture :

© Marta Nascimento / Sciences Po

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : P₁₀₁ = 0,01 kg / tonne



Evoluprint
Parc Industriel Euronord
10, rue du Parc - 31150 Bruguères

LES AUTEURS

Yann AGUILA dirige le département de droit public du cabinet Bredin Prat. Membre du Conseil d'Etat et Professeur à Sciences Po, il préside la Commission Environnement du Club des Juristes. Il est l'un des initiateurs du projet de Pacte mondial pour l'environnement.

Vicky ARROYO is Professor from Practice and Director of the Climate Center at Georgetown Law, working with states and communities. She is also Chair of the Executive Committee of the Transportation Research Board at the US National Academies of Sciences, Engineering and Medicine, and formerly Vice President for Policy Analysis and General Counsel of the Pew Center on Global Climate Change.

Klaus BOSSELMANN is Professor of Law at the University of Auckland (New Zealand) and Chair of the International Union for Conservation of Nature (IUCN) World Commission on Environmental Law Ethics Specialist Group. He was the Founding Director of the New Zealand Center for Environmental Law.

Morgane BOTREL holds a Master's degree in International Law from the Jean-Moulin-Lyon-III University and is currently completing a Masters of Laws (LLM) in Environmental Law at the University of Auckland.

Edith BROWN WEISS is University Professor at Georgetown University. She served as President of the American Society of International Law and was member of the Inspection Panel of the World Bank (2003-2007). She also worked as an Associate General Counsel for International Law for the US Environmental Protection Agency, establishing the Division of International Environmental Law, and as UNEP International Advisory Counsel for Environmental Justice.

Jean-Nicolas CLEMENT est avocat associé du cabinet Gide-Loyrette-Nouel, en charge de la pratique droit de l'environnement. Président du Club des avocats environnementalistes, il enseigne le droit de l'environnement à l'École de droit de Sciences Po ainsi que dans le M2 droit immobilier de Paris I.

Pierre-Marie DUPUY est Professeur émérite à l'Université de Paris (Panthéon-Assas). Il a également enseigné au sein du Graduate Institute of International and Development Studies de Genève et a obtenu en 2015 l'ASIL Manley Hudson Medal.

Laurent FABIUS a été en 2015 le Président de la COP 21 au cours de laquelle l'Accord de Paris a été adopté. Depuis 2016, il soutient le projet de Pacte mondial pour l'environnement et préside le Groupe international des experts pour le Pacte.

Jeannette FEMENIA est magistrat administratif. Elle exerce actuellement les fonctions de Première Conseillère au sein de la Cour administrative d'appel de Marseille.

Robert GELLI est le Directeur des services judiciaires de la Principauté de Monaco. Auparavant, il avait notamment exercé en tant que Procureur Général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et Directeur des affaires criminelles et des grâces au sein du Ministère de la Justice. Il a également été membre du Conseil consultatif de procureurs européens au Conseil de l'Europe.

Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET est Professeure de droit à l'Université Jean Moulin Lyon 3. Elle exerce notamment les fonctions de co-directrice du Pôle environnement du réseau Trans-Europe-Experts et celle de directrice du Groupe de Recherche International « Justice et Droit de l'environnement » (GDRI, INSHS).

Chantal JOUANNO est Présidente de la Commission Nationale du Débat Public. Auparavant, elle a notamment occupé les fonctions de Présidente de l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie, Secrétaire d'Etat à l'Ecologie et Vice-présidente du Conseil régional d'Île de France en charge de l'environnement et de l'aménagement du territoire.

Daniel KADAR est avocat associé du département contentieux du cabinet Reed Smith. Il est co-gérant du bureau de Paris. Il est régulièrement impliqué dans des litiges transnationaux et dispose d'une profonde expérience des différences entre les systèmes juridiques.

Léa KARILA-COHEN est une juriste spécialisée en droit civil et en droit pénal, diplômée de l'Université Panthéon-Sorbonne en droit et de l'Université Paris-Dauphine en économie.

Simon LE RESTE est Docteur en droit et collaborateur au sein du département contentieux de Reed Smith.

Lise JOHNSON leads the Columbia Center on Sustainable Investment's work on investment law and policy. Her work at CCSI focuses on analyzing the contractual, legislative, and international legal frameworks governing international investment, and shaping the impacts that those investments have on sustainable development objectives.

Sébastien MABILE associé fondateur du cabinet « Seattle Avocats » est également président de la commission droit et politiques internationales du Comité français de l'UICN. Il enseigne le droit international de l'environnement à Sciences Po Paris.

Luis Fernando MACIAS GOMEZ est avocat associé du Cabinet PPU Colombie et Professeur à l'Université du Rosario à Bogotá. Arbitre en droit de l'environnement au centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce à Bogotá. Il est Docteur en sciences politiques de l'université Paris 3 et titulaire d'un DEA Doctrines et philosophie politiques de l'Université Paris 1.

Xavier MAGNON est Professeur agrégé de droit public à l'Université Aix-Marseille. Il est le Directeur de l'Institut Louis Favoreu (UMR DICE, 7318).

Gilles J. MARTIN est Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur et membre du Groupe de Recherche en Droit, Economie, Gestion (GREDEG – UMR 7321 du CNRS). Enseignant à Sciences Po jusqu'à 2014, il a été avocat au Barreau de Nice et Président de la Commission d'expertise pour l'élaboration du Code de l'environnement de 1992 à 1996. Il est Président honoraire de la Société française pour le droit de l'environnement et Président du Conseil scientifique du Parc national de Port-Cros.

Yvon MARTINET est avocat associé du cabinet DS Avocats et ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris. Il est également cofondateur et ancien Président du Club des Avocats Environnementalistes (CDAE).

Ella MERRILL works with Columbia Center on Sustainable Investment Director Lisa Sachs, supporting the Center's research in investment law and policy.

Judith ROCHFELD est Professeure de droit privé à l'École de droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Elle est notamment l'auteure de *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne* (éditions Odile Jacob, 2019).

Lisa SACHS is the Director of the Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), where she oversees the three areas of focus of the center: investment in extractive industries, investment in land and agriculture, and investment law and policy.

Louis SCHWEITZER est Président de la Fondation Droit Animal, Ethique et Sciences. Fondée en 1977, cette fondation vise à améliorer la condition des animaux en traduisant juridiquement les évolutions éthiques et les progrès de la science relatifs à la vie des animaux et à leurs relations avec l'Homme.

Jonas TEUSCH is an economist in the Tax and Environment Unit at the OECD's Center for Tax Policy and Administration. He is a former Researcher at the Center for European Policy Studies, the Université catholique de Louvain and the Université de Liège.

Kurt VAN DENDER leads the Tax and Environment Unit at the OECD's Center for Tax Policy and Administration. He is a former Chief Economist of the International Transport Forum and Professor of Economics at the University of California at Irvine.

Actualités



2 Malgré la réforme, le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies a de beaux jours devant lui



Daniel KADAR,
Avocat Associé du cabinet
Reed Smith



Simon LE RESTE,
Docteur en droit et Avocat
Collaborateur du cabinet
Reed Smith

1 - Le droit de la rupture brutale des relations commerciales établies constitue un régime spécial de responsabilité depuis 1996. Il fait l'objet d'une jurisprudence si abondante qu'il a nourri de vives critiques appelant une réforme du texte (1). Le nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce, en vigueur depuis le 26 avril 2019 se contente pour sa part de fixer un plafond exonératoire unique de 18 mois de préavis, sans s'intéresser ni à la détermination du préavis, ni à l'indemnisation du préjudice (2). Dans ces conditions, il demeure indispensable d'adopter des « bonnes pratiques » – de la rédaction des contrats, à la formalisation de la fin de la relation, en passant par le comportement à adopter durant la relation – afin de réduire les risques de contentieux (3).

1. Un régime spécial de responsabilité à la dérive ?

2 - **Origine d'un régime spécial de responsabilité.** – Le droit de la rupture brutale des relations commerciales établies est issu de la loi du 1^{er} juillet 1996 dite « loi Galland ». Initialement, la sanction des ruptures brutales visait à pallier les insuffisances du droit commun des contrats en protégeant les fournisseurs face aux grands distributeurs et aux déréférencements abusifs.

Il en résulte en pratique le principe suivant lequel, sauf force majeure¹, faute suffisamment grave² ou circonstances économiques majeures³, une partie souhaitant mettre un terme (même partiellement) à des relations commerciales établies (c'est-à-dire stables, continues et suivies) doit accorder un préavis raisonnable à son cocontractant.

3 - **Une application jurisprudentielle extensive et incertaine.** – Le droit de la rupture brutale des relations commerciales établies s'est progressivement propagé à l'ensemble des secteurs économiques et a connu un succès certain, transformant le contentieux de la rupture brutale en contentieux de masse : le Tribunal de commerce de Paris rend plus de 300 jugements au fond par an.

Afin de tenter de réguler et d'harmoniser ce contentieux de masse, un décret a consacré dès 2009 la compétence exclusive de

huit tribunaux de commerce en première instance⁴ et de la seule Cour d'appel de Paris⁵. Pourtant, les tendances jurisprudentielles demeurent difficilement lisibles. Aux juridictions spécialisées, il convient d'ajouter la faculté laissée aux parties de se tourner vers un tribunal arbitral : le fait que l'article L. 442-1, II du Code de commerce soit une loi de police ne fait pas obstacle au recours à l'arbitrage (sauf en cas d'action du Ministre de l'Economie)⁶.

4 - **Un régime spécial, victime de son succès.** – Ce succès s'explique notamment par les indemnités importantes octroyées : le montant des indemnités prononcées peut en effet atteindre plusieurs mois voire plusieurs années de perte de marge. L'attrait est tel que de nombreuses actions ont été initiées alors même que leurs chances de succès étaient insignifiantes voire manifestement nulles, au point que la matière fait l'objet d'un nombre remarquable de condamnations pour procédure abusive. A cet égard, les condamnations pour procédure abusive s'avèrent manifestement peu dissuasives au regard du gain escompté en cas de succès.

A mesure que le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies s'est développé, les voix se sont élevées pour dénoncer ses effets pervers sur la compétitivité des entreprises françaises. En effet, la nécessité d'octroyer un long préavis à un partenaire non-compétitif constitue un obstacle à la flexibilité et l'adaptabilité de l'économie de marché, au libre jeu de la concurrence. Et son coût est supporté *in fine* par le consommateur : en effet, les prix répercuteront tout autant la « prime » pour indemnisation de la partie résiliée que le surcoût payé pour garder un partenaire contractuel qui n'est plus concurrentiel, mais dont on préférera ne pas se séparer au vu du risque inhérent au contentieux de la rupture brutale.

5 - **Une réforme attendue.** – L'insécurité juridique inhérente à l'existence de notions non définies par les textes (« relations commerciales », « ruptures brutales », etc.), la massification du contentieux encouragée par les indemnités anticipées et la volonté d'assurer une concurrence effective rendaient nécessaire une réforme. A cet égard, le gouvernement souhaitait trouver un équilibre et « permettre à la concurrence entre fournisseurs de

1. L'article L. 442-1, II du Code de commerce réserve expressément la possibilité d'une rupture sans préavis en cas de force majeure. L'auteur de la rupture devra alors justifier d'un événement à la fois imprévisible, irrésistible et extérieur.

2. À l'instar du non-paiement de factures depuis deux ans (Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-16548) ou de défauts graves et répétés des produits livrés (CA Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03995).

3. Par exemple, la baisse des commandes du fait de la crise conjoncturelle affectant le marché du textile n'engage pas la responsabilité du partenaire commercial (Cass. com., 8 novembre 2017, n° 16-15285).

4. Annexe 4-2-1 de la partie réglementaire du Code de commerce : les tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes.

5. Article D. 442-3 du Code de commerce.

6. Cass. 1^{ère} civ, 6 juillet 2016, n° 15-2181.

s'exercer, sans protéger excessivement certains acteurs économiques en place par rapport à leurs concurrents »⁷.

2. Réforme : un apport intéressant mais insuffisant

6 - Un nouvel article : L. 442-1, II du Code de commerce. – L'article L. 442-1, II du Code de commerce, en vigueur depuis le 26 avril 2019, remplace le désormais feu article L. 422-6, I du Code de commerce⁸ et dispose :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. »

7 - Apport essentiel : le plafond des 18 mois. – Pour la première fois, la loi donne une indication chiffrée de la durée requise de préavis, et fixe à 18 mois le préavis au terme duquel la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée au titre d'une rupture brutale. A l'instar de la volonté du législateur de plafonner les condamnations en matière prud'homale, le législateur a ici également entendu sécuriser les opérateurs économiques : un préavis de 18 mois pourra le prémunir d'une action au titre d'une rupture brutale des relations commerciales.

Cette solution a le mérite de la simplicité puisqu'elle instaure un plafond unique, indifférent de la longueur, de la nature et de l'intensité des relations commerciales. Cependant, elle est manifestement inadaptée à de nombreuses relations commerciales et notamment les plus courtes. De plus, le texte fait naître une interrogation : si l'exonération de responsabilité s'applique dès lors qu'un préavis effectif de 18 mois a été respecté, les juges consulaires sont-ils également contraints par ce plafond dès lors qu'il s'agira d'indemniser une partie pour la perte de marge qu'elle aurait pu réaliser pendant l'exécution du préavis ? Et ces 18 mois constituent-ils un maximum ?

Le législateur procède également à quelques ajustements : la réforme consacre la suppression des préavis spéciaux pour les

produits de marques distributeurs ou en cas de mise en concurrence par enchères à distance. Le nouveau texte définit désormais la notion d'« auteur », à savoir « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ». Cependant, il fait encore l'économie de définitions précises des notions essentielles et demeure silencieux sur le préjudice réparable.

8 - Insuffisances de la réforme : détermination de la durée du préavis. – La rupture est brutale en l'absence de préavis ou de préavis suffisant. Les discussions se cristallisent donc sur la durée du préavis. Outre le critère légal (durée de la relation commerciale), la jurisprudence apprécie également l'état de dépendance économique (dès lors qu'il résulte d'une circonstance objective, et non du choix du partenaire évincé), la difficulté de trouver un partenaire équivalent, la notoriété du ou des produits (rendant le ou les produits difficilement substituables)⁹, les caractéristiques de marché (un marché monopolistique ou duopolistique limitant les autres ressources d'approvisionnement)¹⁰, la qualité de la relation (un chiffre d'affaires significatif et croissant par exemple)¹¹, les obstacles à la conversion (en terme de délais et de coûts d'entrée dans une nouvelle relation)¹², etc.

Le législateur s'est ainsi contenté de prendre acte de la solution jurisprudentielle en ajoutant l'adverbe « notamment », consacrant le fait que la durée de la relation n'est plus le seul critère pour apprécier la durée du préavis, sans prendre la peine de lister, même de manière non-exhaustive, les autres critères à prendre en compte, renvoyant les plaideurs à une lecture attentive d'une jurisprudence abondante.

C'est un large champ qui est ouvert – à nouveau – à la casuistique.

9 - Insuffisances de la réforme : indemnisation du préjudice. – Le nouveau texte ne s'intéresse pas non plus aux modalités de calcul de l'indemnisation du préjudice. La jurisprudence pallie le texte et tente d'apprécier la perte de bénéfices que la « victime » de la rupture brutale aurait pu réaliser pendant l'exécution du préavis. En pratique, elle retient une moyenne mensuelle du chiffre d'affaires sur les deux ou trois années entières pour appliquer un taux de marge. Cependant, deux méthodologies s'opposent : la marge brute et la marge sur coûts variables.

D'une part, le calcul de la marge brute consiste en matière de vente de marchandises à déduire du chiffre d'affaires les coûts d'achats¹³. Cette méthodologie est facile à mettre en œuvre et susceptible d'engendrer une indemnisation plus importante, mais ne correspond pas nécessairement à la réalité du préjudice subi.

D'autre, part, le calcul de la marge sur coûts variables – consistant à retenir « chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées par elle du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture »¹⁴ – est plébiscité par la Cour d'appel de Paris. Si cette méthodologie semble s'approcher davantage du préjudice réellement subi, elle entraîne nécessairement un débat d'experts du chiffre avec la production d'éléments financiers¹⁵ : chacune des parties pouvant solliciter un expert considérant qu'un poste donné devrait constituer une charge variable ou fixe selon la nature de l'activité en question.

Enfin, il convient d'indiquer que l'indemnisation pour les préjudices résultant de la brutalité de la rupture ne se limite pas à la seule indemnisation des gains manqués, mais peut également inclure

7. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

8. « I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ; ».

9. Cass. com., 12 avril 2016, n° 13-27712.

10. Cass. com., 4 octobre 2016, n° 15-14025.

11. CA Paris, 13 juin 2018, n° 15/09464.

12. Cass. com. 12 avril 2016, n° 13-27712.

13. Cass. com., 23 janvier 2019, n° 17-26870.

14. Fiche n° 9 de la Cour d'appel de Paris, « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ? » (oct. 2017).

15. La fiche n° 9 de la Cour d'appel recommande la communication à minima des documents suivants : les liasses fiscales des 3 dernières années, les pièces comptables permettant de calculer le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la rupture, tout élément permettant au juge d'apprécier si la marge sur coûts variables de l'entreprise victime qui lui est proposé est cohérente et toutes autres pièces nécessaires pour moduler la durée du préavis.

l'indemnisation des pertes subies tels que les coûts de licenciement¹⁶, les dépenses non amorties¹⁷, la perte de valeur de matériels devenus inutiles¹⁸, les coûts de reconversion¹⁹, ou encore l'atteinte à l'image²⁰.

3. Les « bonnes pratiques » à adopter afin de réduire les risques

10 - Dispositions d'ordre public et loi de police. – Le caractère d'ordre public des dispositions sanctionnant la rupture brutale des relations commerciales interdit aux parties de convenir contractuellement d'exclure ou d'aménager l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

En pratique, cela signifie qu'un certain nombre de clauses – pourtant convenues et négociées entre les parties – s'avèrent inefficaces à l'instar des clauses résolutoires de plein droit sans préavis. De même, dans le cadre d'une clause définissant les fautes graves justifiant une résiliation sans préavis, le juge pourra s'écarter des fautes graves contractuellement listées pour considérer que la faute retenue n'est pas suffisamment grave pour dispenser d'un préavis. En outre, l'existence d'un préavis contractuel ne peut contraindre les juges et demeure inefficace sauf à considérer qu'il peut éventuellement constituer un élément à prendre en compte dans l'appréciation d'une durée raisonnable de préavis.

De plus, la clause de choix de la loi applicable est également inefficace. En effet, dans deux arrêts remarquables, la Cour d'appel de Paris a affirmé que l'article L. 442-1, II du Code de commerce constitue une loi de police : tout d'abord, en 2017, dans l'hypothèse d'une action engagée par le Ministre de l'Economie²¹, puis plus récemment, dans les rapports entre les parties contractantes, en dehors de toute intervention du Ministre²².

Ce point a son importance dans notre monde globalisé : la partie française lésée joue en effet « à domicile » du fait de la responsabilité légale encourue qui prive de validité et les clauses attributives de juridiction, et la clause de loi applicable. Ce régime spécial est totalement dérogoratoire au droit applicable dans la plupart de nos voisins et principaux partenaires économiques, et source de surprises car il participe à une certaine forme d'insécurité juridique.

11 - Aménagements contractuels efficaces. – A défaut de pouvoir exclure ou aménager l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, des aménagements contractuels visant à diminuer les risques demeurent envisageables.

Par exemple, il est opportun d'insérer une clause prévoyant la possibilité de modifier les conditions contractuelles en cours de contrat afin d'éviter la qualification de rupture brutale partielle²³.

De même, une clause stipulant expressément l'absence d'exclusivité pourra s'avérer utile pour influencer à la baisse la durée du préavis en l'absence de dépendance économique²⁴.

12 - Gestion de la relation : « précarisation » et proactivité. – La jurisprudence considère qu'une succession de contrats à durée déterminée sans tacite reconduction ne permet pas de faire obstacle à la qualification de « relation commerciale établie » et donc à l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, si la partie écartée pouvait légitimement croire au maintien de la relation. En revanche, une succession de contrats à durée déterminée peut s'avérer efficace dans les secteurs instables par nature (à l'instar de la vente des vêtements)²⁵ ou lorsque cette pratique est accompagnée d'appels d'offres systématiques avant la conclusion du nouveau contrat²⁶.

Par ailleurs, il est recommandé d'inviter son cocontractant à la diversification de ses partenaires : la croyance légitime de poursuivre la relation commerciale n'est pas fondée lorsque l'auteur de la rupture a encouragé son co-contractant à investir dans d'autres secteurs et l'a incité à recruter un nouveau partenaire²⁷.

En d'autres termes, une rupture s'anticipe.

13 - Formalisation de la rupture. – Même si la relation commerciale n'avait jamais été formalisée, il est indispensable de formaliser la fin des relations avec précaution par l'envoi d'une notification. Par souci probatoire, il est d'ailleurs préférable de privilégier l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

S'il n'est pas nécessaire de motiver la rupture ou la durée du préavis, la volonté de rompre les relations doit être exprimée dans des termes clairs et non-équivoques. A défaut, la « victime » serait entretenue dans la croyance légitime de la poursuite des relations. Enfin, la relation commerciale devra être maintenue aux conditions antérieures durant toute la durée du préavis : par exemple, le préavis concédé est sans effet s'il est accompagné du retrait immédiat de l'exclusivité territoriale²⁸.

Par voie de conséquence, plus que jamais, non seulement la rupture doit être anticipée, mais sa formalisation elle aussi se prépare.

Conclusion

14 - La réforme du droit de la rupture brutale des relations commerciales établies a peu de chances d'éteindre l'emballement jurisprudentiel. Tout au plus pourrait-elle essayer de limiter certains de ses excès.

Un travail de préparation et d'appréciation des risques est fondamental, en lien étroit avec les opérationnels car la casuistique qui prévaut dans cette matière est bien l'expression de la prise en compte par le droit des éléments pratiques de l'espèce. ■

16. CA Paris, 3 juillet 2009, n° 06/10552.

17. CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/06808 ; CA Paris, 26 mai 2016, n° 14/23114.

18. CA Paris, 3 juillet 2009, n° 06/10552.

19. Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-10732.

20. Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-26568.

21. CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784.

22. CA Paris, 9 janvier 2019, n° 18/09522.

23. Cass. com., 19 janvier 2016, n° 12-24687 ; Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20468.

24. CA Paris, 13 juin 2018, n° 15/09464.

25. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-18047.

26. Cass. com., 18 octobre 2017, n° 16-15138.

27. Cass. com., 12 avril 2016, n° 13-27712.

28. Cass. com., 10 février 2015, n° 13-26414.

Dossier Thématique



3 Le droit à l'épreuve de la crise écologique



Yann Aguila,
Avocat, Bredin Prat,
Professeur affilié à Sciences Po

Le thème du dossier spécial de la Revue des juristes de Sciences Po trouve son origine dans une interrogation : et si la crise écologique devait *in fine* nous conduire à repenser les notions fondamentales du droit ? Certes, dans un premier temps, cette crise a d'abord eu un impact sur le *contenu* des règles de droit. Dans les années 70, alors qu'il apparaît de plus en plus évident que l'homme détient une responsabilité majeure dans la dégradation de la nature, le droit de l'environnement émerge comme discipline académique autonome. Il se donne alors pour objet d'atténuer l'impact des activités humaines sur les écosystèmes. Cinquante ans plus tard, les résultats escomptés ne sont pas au rendez-vous. On perçoit alors les signes d'une mutation plus systémique : la prise de conscience du caractère indissociable de l'humanité et du milieu qui l'entoure pourrait se traduire dans un second temps par une évolution des *concepts* mêmes qui sont à la base de notre système juridique, comme en témoigne le débat sur les droits de la nature.

En première approche, le droit constitue un outil de réponse à la crise écologique. Sous cet angle, depuis les années 70, le droit de l'environnement a connu un essor considérable, tant sur le plan interne que dans l'ordre international.

Au plan interne, les règles juridiques protectrices de l'environnement se sont multipliées. De la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) aux lois de 2009 et 2010 issues du « Grenelle de l'environnement », en passant par la loi Barnier du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, on ne compte plus les grands textes dans ce domaine – rassemblés, depuis 2000, dans le Code de l'environnement. Sur le fond, le droit de l'environnement a fait preuve d'inventivité. Initialement limité à un droit de police administrative, il a progressivement irradié d'autres branches du droit comme par exemple le droit pénal (avec la création d'infractions spécifiques), le droit des contrats (avec par exemple la

prise en compte de critères environnementaux dans l'attribution de certains marchés publics), le droit fiscal (comme en témoignent les débats autour de la taxe carbone) ou encore le droit de la responsabilité (avec l'entrée du préjudice écologique dans le Code civil). Le droit constitutionnel est venu parachever cette transformation du droit, avec l'adoption de la Charte de l'environnement de 2004. Complétant le bloc de constitutionnalité par des principes fondamentaux en matière environnementale, elle illustre l'importance fondamentale accordée par notre société à la lutte contre la crise écologique.

Sur le plan international, on observe la même vigueur du droit de l'environnement. Le foisonnement des conventions environnementales – on compte plus de 500 traités dans ce domaine – entraîne celui des institutions et autres secrétariats chargés de la gestion de ces différents régimes. L'approche retenue a été sectorielle, concernant ainsi des éléments aussi divers que la biodiversité, le climat, la déforestation, les déchets ou les produits chimiques. La jurisprudence internationale s'est aussi saisie de la question environnementale. La Cour internationale de Justice a ainsi abordé des questions essentielles comme le principe de précaution dans l'arrêt « Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay » (Argentine c. Uruguay), en 2010, ou la reconnaissance du préjudice écologique dans l'arrêt « Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière » (Costa Rica c. Nicaragua), en 2018.

Pourtant, malgré cet essor, le droit de l'environnement peine à apporter une réponse efficace à la crise écologique. A l'heure du bilan, à l'issue de cinquante ans de législations internes et internationales, le constat est sans appel : la chute de la biodiversité, loin d'être enrayerée, s'aggrave ; les émissions de gaz à effet de serre ne cessent d'augmenter, entraînant un réchauffement climatique sans précédent ; la pollution des sols et des océans s'accroît dangereusement. Les causes de cet échec sont diverses. Au niveau national, de législateurs en législateurs, l'arbitrage est toujours resté délicat entre écologie et préoccupations économiques et sociales, comme l'a illustré d'une certaine manière la crise des gilets jaunes, née à l'occasion de la taxe carbone. Dans l'ordre international, une double difficulté se manifeste, d'abord au stade de l'élaboration des traités puis à celui de leur application (voir sur ce sujet le rapport de la Commission Environnement du Club des juristes de 2015 « Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement », disponible en ligne sur le site du Club des juristes). D'une part, l'exigence de consensus,

avec 193 États, rend difficile l'adoption de traités à la fois universels et ambitieux. Trop souvent, les diplomates se rassemblent autour du plus petit dénominateur commun, amplifiant le décalage entre l'urgence climatique et la faiblesse de la réaction de la communauté internationale. D'autre part, même lorsque des normes internationales ambitieuses sont adoptées, comme dans le cas de l'Accord de Paris, leur application reste fragile, notamment en raison de la faiblesse des mécanismes de contrôle : sur la scène internationale, la justice reste facultative.

Ce bilan mitigé conduit à une interrogation : ne faut-il pas aller plus loin et repenser les fondements mêmes du système juridique ? Tel est le fil directeur de ce dossier spécial. Comme le montre chacun des articles qui le composent, ce sont les notions les plus fondamentales du droit qui, l'une après l'autre, sont touchées par la crise écologique.

Tel est le cas de distinction cardinale entre les personnes et les choses. Certains animaux ont déjà acquis en 2015 le statut « d'êtres sensibles ». Faut-il franchir un pas supplémentaire et reconnaître à certains éléments de la nature le statut de sujets de droit ? Dans certains pays, comme la Colombie ou la Nouvelle-Zélande, des cours suprêmes sont déjà allées dans ce sens, en accordant des droits à la nature.

Tel est également le cas en droit de la responsabilité. Le besoin de réparation du préjudice écologique conduit à remettre en cause des principes bien ancrés non seulement quant au type de dommage réparable (le dommage écologique « pur », détaché de tout patrimoine personnel) mais aussi quant aux théories du lien de causalité (qui est responsable de la pollution diffuse ?) ou encore aux titulaires de l'action en justice (qui a vocation à représenter la nature devant le juge ?). De même, les entreprises voient leur responsabilité sociétale s'étendre au-delà de la sphère habituelle. Le devoir de vigilance, instauré par la loi du 27 mars 2017, oblige les grandes entreprises à prévenir les violations des droits humains et les dommages environnementaux engendrés non seulement par leur propre activité, mais également par celle de leurs filiales ou de leurs fournisseurs. Dans le même esprit, la frontière entre société et association paraît quelque peu brouillée. Depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, une société, même si elle repose toujours sur un but lucratif, doit désormais prendre « en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (article 1833 du Code civil) et peut se doter d'une « raison d'être » (article 1835).

La crise écologique engendre également des réflexions en droit de la propriété. La notion de biens communs ou de « communs », dont on trouve la trace à l'article 714 du Code civil (« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »), prend aujourd'hui un nouvel essor. La définition traditionnelle de la propriété, conçue comme « le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue » (article 544 du Code civil) est-elle toujours adaptée aux besoins de notre temps ?

Le droit international n'échappe pas à cette évolution. La notion de souveraineté doit sans doute être revisitée à la lumière de la crise écologique. La pollution ne connaît pas de frontières. Comme l'ont montré récemment les tragiques incendies en Amazonie ou en Australie, un dommage environnemental qui survient à l'intérieur d'un État est susceptible d'affecter l'ensemble de la planète. Il apparaît de plus en plus évident que la souveraineté ne saurait être absolue – si tant est qu'elle l'ait jamais été. Pour reprendre la formule de Mireille Delmas-Marty, il faut passer d'une souveraineté *solitaire* à une souveraineté *solidaire*. Plus largement, l'urgence écologique nous impose de construire une gouvernance mondiale plus dynamique. La résistance de quelques États – fussent-ils puissants sur le plan économique et politique – ne doit plus être la cause de la paralysie de l'ensemble de la communauté mondiale. Nous devons inventer de nouveaux instruments de gouvernance qui permettent de fonder un nouveau multilatéralisme, plus ambitieux et plus efficace.

C'est dans cette perspective que s'inscrit le projet de Pacte Mondial pour l'environnement. Celui-ci est susceptible de deux lectures. *A minima*, sur le plan juridique, un tel texte permettrait de consolider les principes de la Déclaration de Rio de 1992 tout en répondant au problème de la fragmentation du droit international et en reconnaissant de nouveaux droits et devoirs environnementaux. Selon une seconde lecture, plus politique, il pourrait contribuer à la refondation des relations internationales sur un nouveau paradigme, dans l'esprit du courant du *Global Environmental Constitutionalism*. Il s'insérerait alors comme un nouveau mouvement structurant la gouvernance mondiale via des droits constitutionnels. En ce sens, la figure d'un « Pacte mondial » n'est pas très éloignée de celle du contrat social, voire de celle du « contrat naturel » imaginé par Michel Serres. ■

- Klaus BOSELDMANN, Morgane BOTREL, Constitutionalizing international environmental law : article 4
- Edith BROWN WEISS, Vicki ARROYO, Addressing Climate Change from the Bottom-Up in a Kaleidoscopic World : article 5
- Jean-Nicolas CLÉMENT, Face à la crise écologique, le droit au chevet de la biodiversité : article 6
- Pierre-Marie DUPUY, Amazonie : le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles : article 7
- Laurent FABIUS, Le Pacte mondial pour l'environnement au secours de l'humanité : article 8
- Jeannette FÉMÉNIA, Entretien RJSP – Les droits de la nature : article 9
- Robert GELLI, La mise en œuvre d'une politique pénale environnementale : une clé de la réussite de la lutte contre les atteintes à l'environnement : article 10
- Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Face à la crise écologique, quel rôle pour le droit privé ? : article 11
- Chantal JOUANNO, Participation du public, du légal au légitime : article 12
- Sébastien MABILE, Léa KARILA-COHEN, Typologie du contentieux climatique en France : article 13
- Luis Fernando MACIAS GOMEZ, La nature, une personne morale : l'exemple de la Colombie : article 14
- Xavier MAGNON, La constitutionnalisation de la protection de l'environnement dans le monde : d'une ontologie de la protection de l'environnement à ses concrétisations positives en droit constitutionnel comparé : article 15
- Gilles J. MARTIN, De quelques évolutions du droit contemporain à la lumière de la réparation du préjudice écologique par le droit de la responsabilité civile : article 16
- Yvon MARTINET, Déplacés environnementaux : une urgence extrême pour l'action : article 17
- Judith ROCHFELD, Procès climatiques : une voie pour le commun ? : article 18
- Lisa SACHS, Lise JOHNSON, Ella MERRILL, Environmental Injustice: How treaties undermine human rights related to the environment : article 19
- Louis SCHWEITZER, La défense des droits des animaux : article 20
- Kurt VAN DENDER, Jonas TEUSCH, Making environmental tax reform work : article 21

4 Constitutionalizing international environmental law



Klaus BOSSELMANN,
Professor of Law and Director of the New Zealand Centre for Environmental Law, University of Auckland



Morgane BOTREL,
Master of Laws (International Law), Jean Moulin Lyon III University ; currently completing an LLM (Environmental Law) at the University of Auckland

Introduction

1 - Global constitutionalism can be described as a new way of thinking or 'mindset'¹ around international law and governance. Instead of viewing states as sole creators of international law and governance, the focus is on normative principles and institutional arrangements that are both, national and transnational in character. This makes it possible to see the relationship between international law and domestic law in less dichotomic and more correlated terms². The conversation about constitutional ideas and principles shifts from the national to the comparative, and from the international to the global. This kind of constitutional conversation is commonly, but not always³, referred to as global constitutionalism.

« Constitutionalism »⁴ itself is associated with the study of fundamental norms and institutional arrangements through which political and legal decisions are made. Typically, they involve basic ideas related to the rule of law, justice, human rights and democracy and do not have an exclusive national identity. Although they are more institutionalized at national than at international level, they are in no way confined to states. Essentially, they are of global or transnational nature⁵. We can, therefore, conceive global constitutionalism as the study and advocacy of constitutional ideas, whether adopted by governments or not, that present themselves at international and national levels.

2 - An example of this approach is the study and advocacy of human rights. As fundamental legal entitlements, human rights

first appeared in national jurisdictions, particularly in France and the United States. Their origins, however, are in the intellectual culture of the eighteenth century Age of the Enlightenment which spread throughout Europe and the world, and eventually led to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, a document of international law. It would be conceptually flawed to study human rights in *either* a national or international context. Their very nature as inalienable fundamental rights (to which a person is inherently entitled simply because she or he is a human being) constitutes their universal character.

3 - In a similar vein, we can think of the need for protecting the global environment as being of universal character. Arguably, the environment is even more fundamental than human rights as it provides the natural conditions of all life, including human beings.

4 - Both, the protection of human rights and the protection of the environment are constitutionally relevant precisely because they are of fundamental importance. Rights and responsibilities with respect to the natural environment are today recognized in most, although not all⁶, national constitutions. If we accept that the twenty-first century will be defined by its success or failure of protecting human rights and the natural environment⁷, then global environmental constitutionalism⁸ becomes a matter of great urgency.

5 - The purpose of this article is to help close the gap between international environmental law as a system of state-negotiated treaties and principles and global environmental constitutionalism. If we agree that protection of the global environment is of

1. M. Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization*, 8 *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, p. 9-38.
2. G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in C. Joerges, I. J. Sand and G. Teubner *Transnational Governance and Constitutionalism* (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004) p. 3-28 ; K. Bosselmann, « *Global Environmental Constitutionalism: Mapping the terrain* », 21/2 *Widener Law Review*, 2015, p. 171-185.
3. Other notions include « international constitutionalism » (A. O'Donoghue, *International Constitutionalism and the State*, 11th *International Journal of Constitutional Law* 4, 2013, p. 1021-1045, « transnational constitutionalism » (N. Tsagourias, *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives* (CUP, Cambridge, 2007) or « world constitutionalism » (R. St John Macdonald and D. M Johnston, *Towards World Constitutionalism* (Brill-Nijhoff, 2005).
4. For a critique, see J. Waldron, *Constitutionalism: A Skeptical view*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No.10-87, 2012.
5. No state would want to be seen in disconnect with them, in fact, they are constitutive for its legality and legitimacy.

6. Notable exceptions are the constitutions of the United States, United Kingdom, Australia and New Zealand.
7. M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection: An overview* in A. Boyle and M. Anderson, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 1 ; E. Emesh, *Human Rights Dimensions of Contemporary Environmental Protection* in M. Odello and S. Canvandoli, *Emerging Areas of Human Rights in the 21ST Century*, Routledge, New York, 2011, p. 66-86.
8. D. Kysar, *Global Environmental Constitutionalism: Getting there from here*, 1 *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p. 83-94 ; L. Kotzé, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, *Transnational Environmental Law* 1, 2012, p.199-233 ; id., *Environmental Constitutionalism: In Search of Normativity* (in this volume) ; J. May and E. Daly, *Global Environmental Constitutionalism*, CUP, Cambridge, 2015 ; see also K. Bosselmann, *When Two Worlds Collide: Society and Ecology*, RSVP, Auckland, 1995, p. 222-290 and id., *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 2nd ed., Routledge, 2017, p. 129-175.

fundamental importance to human beings and life as a whole⁹ then we cannot merely look for 'closing gaps' within the current system of international environmental law. Such an approach would be too narrow. As a branch of public international law and decision-making, international environmental agreements are predicated by the assumption that their subject is negotiable like, for example, trade, security or international relations. Strictly speaking, ecological interconnections cannot be negotiated, only the impact that humans have on them. There is a degree of reality that international environmental agreements have consistently overlooked, *i.e.* the reality of the Earth system¹⁰, that all life including human life depends on. At present, the Earth system features in science, but not policy and law. Climate emergency, rampant biodiversity loss and environmental disasters are all clear indications of system failure. The system of international environmental law lacks an overall objective and mechanisms to pursue it. So, not so much 'gaps' within the system are the problem, but the one gap between current design and necessary purpose of international environmental law (IEL).

1. Addressing the design problem

6 - At present, IEL lacks coherence, effectiveness and structure. The scientific community is warning that human activities' impact on the Earth system¹¹ are driving us away from the Holocene – the geological epoch that started 11,700 years ago, characterised by its relative climate stability that has allowed contemporary human societies to thrive and develop in a sustainable way¹². We are entering a new geological era – the Anthropocene – which is considered as unfavourable to the well-being and development of our modern human societies¹³. In the Anthropocene, our political institutions have an additional responsibility that until now only existed as a sentiment, *i.e.* the responsibility to care for the Earth¹⁴.

7 - IEL has been developed in a fragmented and anthropocentric manner, without regard to the biological and geological reality of the Earth system. Our environmental laws are ill-conceived and utterly inoperative. Government responses to the growing ecological crisis has frequently been acknowledging the need to increase ambitious targets already in place with no measurable outcome, the last example being the 2015 Paris Climate Accord, targeting a maximum of 2 degrees¹⁵ (but preferably 1.5 degrees) surface temperature increase and the 2015 Sustainable Development Goals. In other words, our governing bodies are attempting to achieve targets, but those efforts are

immediately lost if not supported by a coherent global governance framework¹⁶.

8 - Over the years, the global environmental legal order has been shaped by the adoption of numerous universal instruments which have progressively contributed to the circulation of fundamental principles. Although IEL has developed a certain level of coherence through the inclusion of these principles, the question remained whether its core value system contains a goal, in a sense of a unifying constitution-type body of norms. We look first to the 1972 « Stockholm Declaration » as paving the way for IEL to reflect the global community's need to legislate on the sustainable protection of the Earth system. However, as the conference's final declaration suggested, its purpose was « *to inspire and guide the peoples of the world in the preservation and enhancement of the human environment* »¹⁷. This instrument's lack of awareness of the ecological concerns is apparent, this is why it solely remained within the boundaries of human rights language. Ten years later, the 1982 World Charter for Nature (WCN), for the first time, recognised a global environmental ethic by affirming respect for nature as a whole¹⁸. However, the main drawback of the WCN was the lack of reference to the ethical responsibility of care for nature and all forms of life¹⁹. Therefore, even if the WCN contains the notion of ecological integrity as its core, it was not placed within a central category²⁰. Nothing evolved with the 1992 Rio Declaration which approximately reaffirmed Stockholm²¹. What perhaps is more significant of this instrument, however, is the participation of an important number of Non-Governmental Organisations (NGOs) and other non-state representatives carrying the view of civil society. From this massive response to the emergence of a growing awareness of ecological integrity, came the adoption of the Earth Charter in 2000 – which was not adopted by states but by civil society groups²². The Earth Charter is the first eco-centric global document to define the obligation of preserving Earth's ecological system²³. The international environmental principles recognised before the Charter, such as sustainable development, polluter pays, public participation etc...²⁴ are also reaffirmed in the instrument, but in contrast to the previous documents, the Earth Charter is in its entirety designed around the concept of ecological integrity.

9 - There is a need for a coherent body of IEL that is based on an unifying constitution-type core of principles, such as ecological integrity and its corollary, planetary boundaries, which could be embedded in a global environmental constitution. These legally binding goal-oriented norms would serve to steer

9. K. Bosselmann, R. Kim and P. Bridgewater, « *Ecological Integrity : A Relevant Concept for International Environmental Law in the Anthropocene ?* », 2014, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol.25 Issue 1, p. 78.
 10. *The Earth as a System*, UCAR (University Corporation for Atmospheric Research) Centre for Science Education, <https://scied.ucar.edu/longcontent/earth-system>. Definition of « Earth System » in *NASA's Earth Science Enterprise Strategy*, 2003.
 11. *The Earth as a System*, UCAR (University Corporation for Atmospheric Research) Centre for Science Education, <https://scied.ucar.edu/longcontent/earth-system>. Definition of « Earth System » in *NASA's Earth Science Enterprise Strategy*, 2003.
 12. B. Brook and others, 'Does the Terrestrial Biosphere Have Planetary Tipping Points ?' In *Trends in Ecology & Evolution*, 2013, Vol.28 Issue 7, p. 397.
 13. B. Brook and others, 'Does the Terrestrial Biosphere Have Planetary Tipping Points ?' In *Trends in Ecology & Evolution*, 2013, Vol.28 Issue 7, p.397.
 14. IUCN/UNEP/WWF (1991), *Caring for the Earth. A Strategy for Sustainable Living*. Gland, Switzerland <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/cfe-003.pdf> *The Earth Charter* (2000) <https://earthcharter.org/virtual-library2/the-earth-charter-text/>.
 15. « Paris Agreement » : United Nations Framework Convention on Climate Change, 2015, Art.2, https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_english_.pdf.

16. K. Bosselmann, *Earth Governance : Trusteeship for the Global Commons*, Edward Elgar, 2015.
 17. Declaration of the United Nation Conference on the Human Environment, Stockholm, 1972, Part I p. 3.
 18. H. Wood, « *The United Nations World Charter for Nature : The Developing Nations' Initiative to Establish Protections for the Environment* », 1985, *Ecology Law Quarterly* Vol. 12, No. 4, p. 977.
 19. The World Charter for Nature solely refers to an invitation to respect nature. See *World Charter for Nature* GA Res 37/7, A/Res/37/7 (1982), Principle 1 : « *Nature shall be respected and its essential processes shall not be impaired* ».
 20. K. Bosselmann, « *Outlook : The Earth Charter – a model constitution for the world ?* » in K. Bosselmann and R. Engel *The Earth Charter : A framework for global governance*, 2010, p. 245.
 21. It is also significant to note all these notes instruments are soft law in nature. See K.W. Abbott and D. Snidal, 'Hard and Soft Law in International Governance', 2000, 54(3) *International Organization*, p. 421-456.
 22. Earth Charter Initiative, 2000, <https://earthcharter.org/discover/the-earth-charter/>.
 23. Earth Charter (2000), Principle 5 : « *Protect and restore the integrity of Earth's ecological systems, with special concern for biological diversity and the natural processes that sustain life* ».
 24. The Rio Declaration (1992), Principles 4, 10, 16.

all environmental treaties and institutions towards a common direction, creating an effective and purposeful legal and governance system. The international environmental order needs a constitution that would hold the environment – as the foundation of life – and the non-negotiable integrity of the ecological systems²⁵. Without such a structure, we are losing sight of the long-term core, and the consequence is the environmental protection's gaps the current legal order generates.

2. The Global Pact for the Environment

10 - The idea of drafting a global environmental treaty has emerged in the wake of two major global agreements in the year 2015 : the Paris agreement²⁶ and the 2030 Agenda for Sustainable Development Goals²⁷. In June 2017, France invited all States to adopt the Global Pact for the Environment²⁸ (so-called « Global Pact »). On 10 May 2018, the General Assembly adopted the resolution A/RES/72/277 entitled « *Towards a Global Pact for the Environment* », signalling the commencement of its negotiation.

A. - Origin and scope

11 - The main objectives of the Global Pact is to unify and bring coherence and effectiveness in IEL, in addition to become a globally binding environmental law instrument. To understand its idea, we might simply look at the example of International Human Rights law (IHR). There is an assumption of normative unity in IHR, to a great extent stemming from its shared commitment to the 1948 UDHR²⁹, regarding as the constitution in that branch of international law. In different ways, every focused-issues instrument such as the UN Convention of the Rights of the Child, the American Convention on Human Rights or the preamble of the European Convention on Human Rights credit the UDHR. Then, the understanding of human rights over the globe, and the extent of their protection, are nearly the same, or at least, overlapping. IEL lacks a normative superior foundational structure comparable with that of IHR. The Global Pact does not intend to be a constitution as traditionally understood in national systems, because it does not project to establish institutions and decision-making processes, or to define the relationship between the legislative, executive and judiciary branches. However, it does intend to lay out the principles that the international community considers the most fundamental, which is, ultimately, the function that constitutions serve primarily. Even the drafters of the Global Pact suggest that it aims to become « the cornerstone of the IEL »³⁰. It is then natural that a form of hierarchy will emerge between the Pact and the existing sectoral environmental instruments, as it is the case between a constitution and the law³¹.

12 - However, apart from a few ambitious exceptions³², the Global Pact simply reiterates the well-established principles of IEL³³ in the same way that the previous international documents and soft law instruments have done. By solely codifying the general existing principles of IEL, it is arguable to say that the drafters of the Pact did not provide for a complete and normatively rich codification of the realities of the current regime and its progressive moves forward. It, therefore, does not contain the potential as a global environmental constitution IEL needs to address the ecological crisis we live in. Yet, a shift towards an ecocentric vision of IEL has already been emerging to respond to ecological concerns, and it cannot be ignored. The future we are choosing now is not just our own, but that of our children and every other form of life with whom we are sharing the planet as home.

B. - The missing scientific and ethical foundation of the Global Pact

13 - Looking at the Preamble of the Global Pact in the first place, it explicitly reaffirms the provisions of the 1982 WCN³⁴. This reference may raise expectations regarding the ethical orientation of its subsequent substantive provisions and their possible rejection of anthropocentrism, in favour of a shift to ecocentrism. However, at the same time, the Preamble also reaffirms anthropocentric principles by referring to the Sustainable Development Goals. By doing that, the Pact tries to underline the lasting centrality of sustainable human development as its central orientation point³⁵. Therefore, even if the preamble refers to the WCN and recognises the concept of « *Earth's ecological integrity* », there is still little which provides for non-anthropocentric protection.

14 - An example is the acknowledgment of the human right to a healthy environment³⁶. Including this right in the first article of the draft confirms the significant weight this provision will take, as it would be the first global treaty to recognise it³⁷. This right has a human-centric perspective : it aims to promote an ecologically sound environment for the benefit of human development, and not for the sake of nature or for preserving the integrity of the Earth system³⁸. However, article 2³⁹ – the corresponding duty to conserve, protect and restore the Earth's ecological integrity – is the corollary to article 1 although it is less often stated directly⁴⁰. From this perspective, it can be questioned whether article 2 is in line with a right to not cause harm to Earth, in the same sense as article 1 provides for humans. However, two points shall be addressed. First, such a vision is undoubtedly confusing and unclear, which will result in incomprehension and misunderstanding from the international community.

25. R – E. Kim and K. Bosselmann « *International Environmental Law in the Anthropocene : Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements* » (2013) *Transnational Environmental Law* at 307.

26. « Paris Agreement » : United Nations Framework Convention on Climate Change, 2015, https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_english_.pdf.

27. Transforming our world : the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 september 2015, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

28. *Global Pact for the Environment*, 24 June 2017, <http://pactenvironment.emediaweb.fr/wp-content/uploads/2017/07/Global-Pact-for-the-Environment-project-24-June-2017.pdf>.

29. M. Ajevski, « *Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws* » (2014) *Nordic Journal of Human Rights* 32 :2 at 90.

30. Club des Juristes, White Paper, *Towards a Global Pact for the Environment*, 2017, p. 8.

31. D. Bodansky, « *Is There an International Environmental Constitution ?* », *Indiana Journal Global Legal Studies*, 2009, p. 581.

32. Aside from its inclusion of the need to protect ecosystem integrity and some related provisions, there is very little in the Global Pact that provides specifically for non-human life protection and integrity.

33. Club des Juristes, No 29, p. 7.

34. H. Wood « *The United Nations World Charter for Nature : The Developing Nations' Initiative to Establish Protections for the Environment* », 1985, *Ecology Law Quarterly* Vol. 12, No. 4, p.977.

35. L. Kotzé, « *The sustainable development goals : An existential critique alongside three new-millennial analytical paradigms* » In Ducan French and Louis Kotzé (eds.) *Sustainable development goals : Law, theory and implementation* (Cheltenham : Edward Elgar, 2018) at 45.

36. *Global Pact for the Environment*, 24 June 2017, Art.1.

37. L. Kotzé and D. French, « *A critique of the Global Pact for the environment : a stillborn initiative or the foundation for Lex Anthropocena ?* », 2018, in *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*, Vol. 18 Issue 6, p. 823.

38. T. Parejo Navajas, « *Framing the Global Pact for the environment* » (2018) *Fordham Environmental Law Review*, Vol 30, Article 3 at 48.

39. *Global Pact for the Environment*, 24 June 2017, Art.2.

40. C. Payne, « *A Global Pact for the Environment* » (2018) *American Law Society Volume 22 Issues 12*, available at <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/12/global-pact-environment>.

In such a case, there would be grave impacts since the purpose of a global environmental treaty – acting as a constitution – is to comprehensively promote and inform the states of their rights and responsibilities towards the community of life. Secondly, without saying the adoption of a right to a healthy environment is not commendable, we can question the necessity of the inclusion of this right in a Global Pact which has included an Earth System approach. In fact, protecting the Earth's ecological integrity is vital to the right to live, to health, and other fundamental rights⁴¹ : it imprints the substantial interference with an obligation to protect human rights⁴². Therefore, the inclusion of a human right for a healthy environment would not be necessary with an Earth system approach ; and the Pact, in its current form, would have to be clear about whether it is an instrument for the protection of the environment or another global human right document⁴³.

15 - Furthermore, article 18 of the draft highlights the importance of global cooperation to facilitate the implementation of the Global Pact, with a specific view to conserve, protect and restore the integrity of the Earth's ecosystems and community of life, in this way using terminology of the Earth Charter⁴⁴. However, the article only requires the duty to cooperate and does not go beyond the numerous previous environmental legal instruments since 1972⁴⁵. Article 18 does not amount to a constitutional provision similar to a duty of states to protect human rights as, for example, expressed in the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

16 - Finally, the paramount principle of protection and restoration of Earth's ecological integrity is largely absent from the text. Although referred to in numerous international legal instruments, this principle has never been properly defined and endorsed in a legally binding document⁴⁶. This task could have been expected from the Global Pact, which would have finally allowed the operationalisation of the concept, but this is not surprising that no sign of definition can be found in its text. Without the inclusion of this fundamental core of principles of protection and restoration of Earth's ecological integrity within the Global Pact, this instrument would never be able to bring a clear goal⁴⁷ which will unify and create coherence in IEL. The default trajectory would still be « state sovereignty » and its unclear environmental protection objectives. Therefore, for this core norm to be fully legitimised, it would need to be underpinned by its corollary concept of planetary boundaries. This latter offers a platform to measure that the obligation to protect the integrity of Earth system is respected by state behaviours.

17 - It is therefore necessary that IEL becomes channelled and guided through fundamental principles which are able to lead the way to effective ecological protection regimes. Subsequently, when a core of principles related to Earth system integrity has been defined, they will have to be further assisted and completed by other legal principles which have their origins in an

anthropocentric perspective, such as public participation⁴⁸, research and innovation⁴⁹, education⁵⁰, etc.

18 - The vital role of education in environmental protection can clearly illustrate this scheme. The realisation of this duty without clear goals on how adequate ecological protection should look like have already and would have grave repercussions for Earth. Education is perhaps the key to a better future : this is how we advance societal understanding and responses to the ecological crisis. However, how do we educate the youth with responsible conducts to protect the « Earth's ecological integrity », if even adults – especially our political leaders – have no clue of the effective solutions to solve ecological problems, but worst, some do not even believe in the existence of the ecological crisis. It is essential to provide a scientifically clear picture surrounding ecological education. An Earth approach within a global environmental constitution would ensure that other fundamental anthropocentric-centred principles – in this case, education – can be applied in the right direction.

19 - Consequently, the Global Pact is devoid of an ecocentric vision of ecological protection since it mostly repeats well-trodden principles found in the previous panoply of IEL. No truly ambitious provisions were included to enable plausible and desirable futures in the new geological era we are entering. Clearly, as it currently stands, the Global Pact cannot serve as a constitutional instrument which binds states into legal obligations, and which could address the ecological crisis of the twenty-first century.

3. The Earth system approach

20 - The positive and radical impacts a Global Pact could bring to IEL are paramount. However, in the previous section we have shown the Global Pact does not present the cornerstone IEL needs to answer to the challenging navigation into the Anthropocene, since itself is not more coherent within its goals. In the discussion that follows, we provide an explanation as to why and how a global environmental constitution with an Earth system approach would make a difference.

21 - An Earth system approach allows us to see the environment as an integrated and interconnected whole rather than fragmented elements of Earth which are supposed to work together in order to regulate life on the planet⁵¹. The notion of « planetary boundaries » to define Earth's ecological integrity is rapidly emerging within international environmental law. This science-based concept sets nine global biophysical indicators that measure the degree to which human activities have degraded Earth's life-support system⁵². The idea is that we can limit the impacts of our activities so that they stay within biophysical thresholds, and for the ones which are already transgressed – that human activities are considerably downsized. Subsequently, Earth can continue functioning sustainably and provide the natural processes that maintain life⁵³.

41. L. Westra, « *Governance for integrity ? A distant but necessary goal* » in P. Burdon *Exploring Wild Law : The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Kent Town, SA, Wakefield Press, 2011, p. 25.

42. K. Bosselmann *The Principle of Sustainability : Transforming Law and Governance*, Routledge, 2nd ed, 2017, p. 127-128.

43. *Ibid* at 47-48.

44. R. J. Engel, « *The Earth Charter as a New Covenant for Democracy* » in K. Bosselmann and R. J. Engel (eds), *The Earth Charter : A framework for global governance*, KIT Publishers, Amsterdam, 2010, p. 31.

45. L. Kotze and R. Kim, « *Earth system law : The juridical dimensions of Earth system Governance* », 2019, *Earth system Governance* Vol.1, p. 4.

46. The Earth Charter is a *sui generis* document, it does not even meet the standard definition 'soft-law'.

47. K. Bosselmann, R. Kim and P. Bridgewater, « *Ecological Integrity : A Relevant Concept for International Environmental Law in the Anthropocene ?* », 2014, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol.25 Issue 1, p. 97.

48. Preliminary draft of the *Global Pact for the Environment*, 24 June 2017, art.10.

49. *Ibid.*, art. 13.

50. *Ibid.*, art.12.

51. The Global Environmental Change Programmes, « *Earth system Science : An Integrated Approach* », 2001, in *Environment : Science and Policy for Sustainable Development* 43 :8, p. 22.

52. It is important to note that four of the nine boundaries have already been crossed. See J. Rockström and others, « *Planetary Boundaries : Exploring the Safe Operating Space for Humanity* », 2009, Vol.14, *Ecology and Society* 1, p. 472- 475.

53. J. Rockström and others, « *Planetary Boundaries : Exploring the Safe Operating Space for Humanity* », 2009, Vol.14, *Ecology and Society* 1, p.472-475

22 - Article 15 of the draft Global Pact provides that « the Parties have the duty to adopt effective environmental laws, and to ensure their effective and fair implementation and enforcement »⁵⁴. The language of this article could be broad enough to indicate that « effective environmental norms » relate to the respect of minimum standards to avoid any transgression of planetary boundaries. However, there are very few chances that it actually refers to the minimum legal boundaries which prevent humanity from breaching these boundaries. Rather, it refers to a general and unambitious obligation to achieve certain outcomes subject to negotiated normative standards. As it stands, article 15 is a mere repetition of principle 11 of the 1992 Rio declaration⁵⁵.

23 - Actual substance would have an express obligation of states « to protect, conserve, and restore the integrity of the Earth's ecosystem and community of life ». This expression appears in article 18 as mentioned, but not only in the context of a duty of states to cooperate in good faith and in a spirit of global partnership.

24 - The concept of ecological integrity is often referred to in international environmental agreements. The first agreement to include the notion was the Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources,⁵⁶ adopted in 1980, which recognised in its Preamble « the importance of safeguarding the environment and protecting the integrity of the ecosystem of the seas surrounding Antarctica ». Since then, more than 25 international environmental agreements have been adopted with some reference to the need of protecting and restoring the integrity of ecosystems in their preambles or the operative parts. Significantly, most of the key international environmental agreements, including the *World Charter for Nature*,⁵⁷ the *Rio Declaration*,⁵⁸ *Agenda 21*,⁵⁹ the draft of the *International Covenant on Environment and Development*,⁶⁰ the *Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*,⁶¹ *The Future We Want*,⁶² and the *Paris Agreement on Climate Change*⁶³ all refer to the need of preserving the integrity Earth's ecological systems in their descriptions of objectives and purposes⁶⁴.

25 - The 1992 *Rio Declaration*, « mother » of all subsequent international environmental agreements, states in its Preamble that the United Nations Conference on Environment and Development worked towards « international agreements which respect the interests of all and protect the integrity of the global environmental and developmental system ». Principle 7 requires states to « cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem ». ⁶⁵ This language followed Article 4 of the 1982 *World Charter for Nature* stating that natural resources « shall be managed to achieve and maintain optimum sustainable productivity, but not in such a way as to endanger the integrity of those other ecosystems or species with which they coexist ». ⁶⁶ In this way, the preservation of ecological integrity became the non-negotiable bottom-line for any form of use of natural resources, and arguably marked the core requirement of sustainable development⁶⁷. The document *Caring for the Earth*⁶⁸ of 1991 highlighted the critical importance of ecological integrity as the benchmark for sustainable development. The fact that states did not reaffirm a non-negotiable bottom-line such as Principle 7 of the *Rio Declaration* was the reason for world-wide consultations and deliberations among civil society organisations that eventually resulted in the Earth Charter.

26 - The 2000 Earth Charter is in its entirety designed around the concept of ecological integrity. For example, Principle 5 urges 'all individuals, organizations, businesses, governments, and transnational institution' to '[p]rotect and restore the integrity of Earth's ecological systems, with special concern for biological diversity and the natural processes that sustain life'. Similarly, Article 2 of the 2010 IUCN draft of the *International Covenant on Environment and Development* states: « Nature as a whole and all life forms warrant respect and are to be safeguarded. The integrity of the Earth's ecological systems shall be maintained and where necessary restored. » This inclusion is significant because the Draft Covenant is a codification of existing environmental law and a blueprint for an international framework convention.

27 - The Preamble of the Global Pact refers to « respecting the balance and integrity of the Earth's ecosystem ». Furthermore, Article 2 stipulates that « every state or international institution, every person, natural or legal, public or private, has the duty to take care of the environment' defined as contributing 'to the conservation, protection and restoration of the integrity of Earth's ecosystem. » It is critical, however, to recognise the fundamental importance in the form of an overall objective or *grundnorm*⁶⁹ of international environmental law.⁷⁰ The flawed design of IEL would remain if a correction of this nature would not be made.

54. Preliminary draft of the *Global Pact for the Environment*, 24 June 2017, art.15.

55. Rio declaration, 1992, Principle 11 : « States shall enact effective environmental legislation ».

56. *Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources* 1329 UNTS 47, signed 20 May 1980, entered into force 7 April 1982.

57. *World Charter for Nature* GA Res 37/7, A/Res/37/7, 1982, p. 4.

58. *Rio Declaration*, 1992, « preamble » and principle 7.

59. *Agenda 21* at Chap. 10.1 (maintenance of the integrity of life-support systems), 16.4 (promotion of sustainable agriculture), 16.22.c (application of biotechnology to protect environmental integrity), 18.38.a (maintenance of ecosystem integrity), 31.9 (international acceptance of science and technology codes of practice that account for the integrity of life-support systems).

60. IUCN Environmental Law Programme *Draft International Covenant on Environment and Development* (5th ed, IUCN, Gland, Switzerland, 2015), art 2 (integrity of the earth's ecological systems to be maintained).

61. *Johannesburg Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development*, 2002, at IV 24 (integrity of ecosystems in context of integrated management of land, water and living resources).

62. *The Future We Want* GA Res 66/288, A/Res/66/288 (2012) at pt II, [40] (holistic and integrated approaches to sustainable development leading to restoration of the health and integrity of the earth's ecosystem).

63. The Paris Agreement, 2015, Preamble (Noting the importance of ensuring the integrity of all ecosystems).

64. See also : Convention for the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean 40 ILM 278, 5 September 2000, « Preamble » ; Framework Agreement for the Conservation of Living Marine Resources on the High Seas of the South Pacific, signed on 14 August 2000 (not yet in force), « Preamble » ; *Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific*, 18 February 2002, arts 10.2 and 10.2(h) ; and *Convention on the Conservation and Management of High*

Seas Fishery Resources in the South Pacific Ocean, 14 November 2009, « Preamble ».

65. *Rio Declaration*, 1992, principle 7.

66. *World Charter for Nature* GA Res 37/7, 1982, A rt 4.

67. K. Bosselmann *The Principle of Sustainability : Transforming Law and Governance*, Routledge, 2nd ed, 2017, p. 23-31.

68. IUCN/UNEP/WWF (1991), *Caring for the Earth. A Strategy for Sustainable Living*. Gland, Switzerland <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/cfe-003.pdf>, n.15.

69. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 1960, 2nd edition.

70. R. Kim and K. Bosselmann, « *Environmental Law in the Anthropocene : Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements* », 2013, 2(2) *Transnational Environmental Law* 285 ; R. Kim and K. Bosselmann, « *Operationalizing Sustainable Development : Ecological Integrity as a Grundnorm in International Law* », *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2015, 24 :2, p.194-208 ; P. Bridgewater, R. Kim and K. Bosselmann, « *Ecological Integrity – A Relevant Concept for Environmental Law in the Anthropocene ?* », *Yearbook of International Environmental Law* (2015) Vol.25, No.1, p. 61-78

Conclusion

28 - The Earth system approach as sketched here would give the Global Pact the status and credibility of a 'cornerstone of IEL' ⁷¹ with constitutional qualities ⁷². Such qualities must go beyond anthropocentrism and guide the international community to view the protection of the Earth system as a natural condition of all forms of life, rather than solely a commodity for humans alone. In some ways, the draft Global Pact seems to accommodate both perspectives of environmental protection ⁷³ in an effort to perhaps content both anthropocentric environmental lawyers and eco-centric scholarship. The human right to an ecologically sound environment in Article 1 and a number of subsequent articles are reflective of traditional anthropocentrism. This does have the advantage of greater acceptance by Western Nation States. It does, however, not reflect the « state-of-the-art » of the science and ethics underpinning effective Earth governance. Adopting the Earth system perspective on the global environment does not stand in opposition to the concern for human wellbeing. To the contrary, preserving and restoring the integrity of the Earth system is a prerequisite for human well-being and survival.

29 - Constitutionalizing international environmental law is best achieved through a process of broad public debate around the Global Pact, triggered by the failure of the negotiations in

71. Club des Juristes, White Paper, *Towards a Global Pact for the Environment*, 2017, p. 8.

72. G. Teubner, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism in Globalization*, Oxford University Press, 2012, p. 172.

73. Even if there is only a very few 'references' to an eco-centric approach of the environment. See in general L. Kotzé and D. French, « *A critique of the Global Pact for the environment : a stillborn initiative or the foundation for Lex Anthropocena ?* », 2018, in *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*, Vol. 18 Issue 6, p. 34.

Nairobi. For a fresh start, we need to understand the importance of the Earth system and the associated need for Earth governance. At the core of Earth governance stands the fundamental duty of nation states and the international community to protect the integrity of the Earth System (including, for example, the atmosphere). Such a duty is a trusteeship obligation that we all, citizens and governments, have towards the Earth and the community of life.

30 - The Global Pact does, at present, not have the ingredients of a constitutional document, but it can benefit from two key documents of that nature. One is the mentioned Earth Charter. The other are the « *Hague Principles for a Universal Declaration on Responsibilities for Human Rights and Earth Trusteeship* » adopted in the Peace Palace in The Hague on 10 December 2018 to mark the 70th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights of 1948. The Hague Principles are contained in a three-page document ⁷⁴ that refers to 17 global declarations on human responsibilities – from the 1948 *American Declaration on the Rights and Duties of Man* to the 2017 draft for a *Global Pact on the Environment* – and stipulates the conditions on which human rights and human existence inevitably depend. Human rights and their protection are not a given, but depend on trusteeship responsibilities that we and our political institutions must accept. Likewise, protection of the global environment is not a given, but dependant on trusteeship responsibilities of humans and their political institutions. At the heart of these responsibilities lies the insight that all humanity belongs to the community of life. ■

74. *Principles for a Universal Declaration on Responsibilities for Human Rights and Earth Trusteeship*, The Hague, 10 december 2018, <http://www.earthtrusteeship.world/the-hague-principles-for-a-universal-declaration-on-human-responsibilities-and-earth-trusteeship/>.

5 Addressing Climate Change from the Bottom-Up in a Kaleidoscopic World



Edith BROWN WEISS,
University Professor, Georgetown University



Vicki ARROYO,
Executive Director of the Georgetown Climate Center, Assistant Dean, and Professor from Practice, Georgetown University Law Center

1 - We live in the new geological epoch of the Anthropocene, in which humans are the dominant force in nature. The problems we now face inherently affect the well-being of future generations. Climate change is the archetypal such problem. Preventing disastrous climate change requires managing a global public good – the stability of the Earth’s climate system – in the interest of ourselves and of future generations. We must address climate change in the context of a kaleidoscopic world, which is characterized by rapid change in our environment, in technology, in power structure, and in players. Issues emerge quickly, and interests and constituencies change quickly.¹

2 - Many actors beyond States are now critical players in this more fluid and chaotic world. These other actors include subnational units of governments, cities, private sector businesses, nongovernmental organizations, *ad hoc* coalitions, informal movements, and even individuals. While international agreements and national legislation remain essential, they are insufficient. Nonbinding legal instruments and individualized, voluntary commitments at all levels are significant and growing in number. The world is at the same time becoming more localized and globalized. Engagement in climate action is both bottom-up and top-down.

3 - The kaleidoscopic world reflects the revolution in information and communications technologies, which enable people to communicate, network, and collaborate across the world. Facebook, Tumblr, YouTube, Twitter and their analogs in various countries have emerged on an unprecedented scale. In spring 2019, Twitter reported 330 million monthly users, with governments, heads of States or foreign ministers of 187 States having 951 Twitter accounts. Mobile phone technology has spread more rapidly than any other technology in history. More than 5.1 billion people are using mobile phones in 2019, letting them communicate instantaneously across many geographical scales. These technologies enable participation in discourse from the bottom-up by organizations, informal coalitions, movements and individuals, at all scales, whether local, regional, national, or international.

1. The Urgency in Addressing Climate Change

4 - In the Paris Agreement, States express the goal to limit the Earth’s temperature rise to 1.5° C and the necessity not to exceed

2° Cover pre-industrial levels. Already evidence indicates that the Earth’s temperature is on a path to increase well beyond this. Studies released during the 2019 United Nations (U.N.) Climate Action Summit show that emissions associated with States’ current nationally determined contributions (« NDCs ») will lead to an increase in temperature of between 2.9 to 3.4 °C by 2100.²

5 - Scientists fear that rising greenhouse gas (« GHG ») concentrations and resulting temperature increases will cross important thresholds and disrupt the stability of our planet Earth’s systems, with disastrous consequences. Scenarios once viewed as « worst case » are becoming increasingly plausible. The IPCC’s 2019 Special Report on the Ocean and Cryosphere found that rising carbon dioxide absorption has made oceans more acidic and less productive. Rising temperatures melt glaciers and ice sheets, contributing to an alarming rate of sea-level rise.³ Extreme weather is on the rise around the world, as evidenced by unprecedented fires, mega-storms, and floods. Data through early October 2019 indicate this year is the fifth year in a row in which the U.S. experienced at least ten disaster events costing over \$1 billion each. July 2019 was the hottest month ever recorded for the world as a whole. Recent studies reveal that permafrost is thawing, raising concerns of substantial releases of methane. Pulses of this potent gas could lead to crossing certain thresholds, with irreversible and catastrophic impacts.

2. The Need for Bottom-up Approaches

6 - Maintaining a stable climate is a global public good, in which all actors must be engaged. National governments have yet to meet the challenge. Fortunately, subnational governments, cities, the private sector, and individuals are taking measures to reduce emissions, promote low-carbon solutions, and/or pressure governments at all levels to take action. Some are also filing lawsuits against governments and fossil fuel companies. All of these efforts may be viewed as bottom-up initiatives.

7 - Subnational governmental actions in countries with federal systems can be especially useful because authorities at these levels in countries such as the U.S. are responsible for planning, regulating, and funding in key sectors, such as electric utility regulation, transportation planning, land use, building codes, and more. Commitments at these levels can bolster political will, both locally and nationally. Successful mitigation efforts demonstrate proof of concept and can lead to replication in other

NdA : The authors thank Katherine McCormick and Olivia Le Menestrel for research assistance.

1. E. Brown Weiss, *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World*, 396 *Recueil des cours* (2018).

2. P. Kabat, et al., *United in Science : High-Level Synthesis Report of Latest Climate Science Information 5* (Sept. 2019).

3. Intergovernmental Panel on Climate Change, *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate* (25 Sept. 2019).

jurisdictions and catalyze more ambitious and affordable national and international commitments. This is especially important given recent federal rollbacks in climate regulation, both in the U.S. and abroad.

8 - Our major focus is on the U.S., since the combined populations and economies of some of its states are on a par with some large countries, and since some U.S. states have been leading the charge on climate for decades. The U.S. has a federal system of government, with fifty states, each with its own jurisdiction to address issues related to climate change. The Constitution provides that « *all powers not delegated to the United States under the United States Constitution nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.* » In the absence of federal leadership now on climate change, subnational efforts are especially important and show some progress in tackling GHG emissions.

9 - This article describes some of the major state programs, transnational initiatives by states, and programs by cities and local communities, as well as engagement by the private sector, youth movements and others.

3. State/Provincial Level Measures

10 - Significant action at the state and local levels began two decades ago after the U.S. withdrew its signature to the Kyoto Protocol. These developments include California's leadership in launching an economy-wide cap-and-trade program and in regulating GHG emissions from vehicles and fuels ; the bipartisan Regional Greenhouse Gas Initiative (« RGGI ») in the Northeast ; Colorado's Clean Air Clean Jobs Act ; and scores of other relevant state policies. These initiatives have shown that action against climate change is not only possible, but that it also brings great benefits through economic opportunity and growth. A majority of U.S. states have adopted bipartisan renewable portfolio standards (« RPS »), which have been widely popular and successful as they promote renewable sources of energy and help bring costs down. Similarly, deployment of electric vehicles has been catalyzed and supported through state incentives, including rebates and policies such as allowing clean fuels and vehicles to drive in lanes generally reserved for high-occupancy vehicles.⁴

11 - When the U.S. President announced in June 2017 his intent to withdraw from the Paris Agreement,⁵ the Governors of Washington, New York and California took immediate action by forming the U.S. Climate Alliance (« USCA »), with the intent to honor within their jurisdictions the U.S. commitments under the Paris Agreement. As of September 2019, 24 Governors and Puerto Rico had joined the USCA. This bipartisan coalition represents over 55% of the U.S. population and \$11.7 trillion of the U.S. \$19.3 trillion gross domestic product (« GDP »). If the Alliance were a country, it would be the third largest economy in the world. When the USCA released its annual report in September 2018, it declared that, « [b]ased on climate and clean energy policies already in place across Alliance states, we are projected to have a combined 18-25% reduction in GHG emissions below 2005 levels by 2025. »⁶

12 - Just days after the President's 2017 announcement regarding the Paris Agreement, a broader coalition of businesses,

investors, cities, states, universities and other organizations formed the « *We Are Still In* » (« WASI ») coalition, pledging a shared commitment to help meet the Paris Agreement goals. WASI now boasts over 2,800 signatories, including 2,203 business leaders and investors, 287 cities and counties, 351 colleges and universities, and 10 states. These leaders represent over 155 million people across all 50 states, totaling almost \$10 trillion in GDP.⁷

13 - In addition to launching and expanding coalitions to demonstrate leadership in their own jurisdictions, U.S. states are working together on a bipartisan basis to push back on the current Administration's rollbacks of clean energy and motor vehicle standards.

14 - Some states have formed regional collaborations to limit emissions. In 2009, RGGI became the first multi-state U.S. cap-and-trade program to reduce carbon dioxide emissions from the power sector. In 2017, the participating states (including many led by Republican governors) agreed on a draft strategy to extend the program through 2030, including a 30% tightening of the emissions cap from 2020 to 2030, which would reduce the region's power-sector emissions by 65% below 2009 levels.⁸

15 - Regional collaboration is also beginning in the transportation sector. The Transportation and Climate Initiative (TCI), is a collaboration of states from the mid-Atlantic to New England working with the Georgetown Climate Center to design a cap-and-invest program for the transportation sector similar to RGGI. A proposed Memorandum of Understanding is scheduled to be released by the end of 2019.⁹

4. Transnational Initiatives

16 - Another significant development is the emergence of programs that are developed jointly between U.S. states and entities in other countries. These cooperative arrangements involve carbon sequestration (California and Brazil), cap-and-trade programs (California and Quebec), electric vehicle development and deployment (California and China ; Vermont and Quebec), and the « Pacific Coast Collaborative » (among states in the United States and western Canadian provinces). These programs are not treaties or other formal international agreements between countries. Rather, they often take the form of voluntary commitments, in which participants agree to cooperate. The bilateral agreements to address acid rain and other pollution problems between the states in the U.S. and Canadian provinces are precedents for this approach. The legal instruments often take the form of a Memorandum of Understanding (« MOU »). These MOUs help determine the flow of information, ideas, and support for mutual low-carbon policy implementation. Under these memoranda, institutions can initiate GHG reduction programs and approaches, which can be replicated or extended to additional jurisdictions. Their approaches might ultimately be adopted nationally or in formal international agreements between the countries.

17 - Many multilateral transnational programs informally link U.S. states and cities and their counterparts from around the world. For example, 94 cities, representing over 700 million citizens and one fourth of the world's economy, participate in the

4. See V. Arroyo, *From Pittsburgh to Paris*, 31 Geo. Envtl. L. Rev. 433 (2019), for additional examples of state and local leadership.

5. The President sent his official notice of withdrawal on 4 November 2019 ; withdrawal takes effect a year later.

6. U.S. Climate All., *Fighting for Our Future : Growing Our Economies and Protecting Our Communities Through Climate Leadership* (2018).

7. *Home, We Are Still In*, <https://www.wearestillin.com/> (last visited 2 Oct. 2019).

8. *Regional States Announce Proposed Program Changes : Additional 30 percent Emissions Cap Decline by 2030*, RGGI, Inc (23 Aug. 2017), https://www.rggi.org/sites/default/files/uploads/Program-Review/8-23-2017/Announcement_Proposed_Program_Changes.pdf.

9. *TCI's Regional Policy Design Process 2019*, Transp. & Climate Initiative (1 Oct. 2019), <https://www.transportationandclimate.org/>.

C40, which creates a collaborative network for cities to share knowledge « and drive meaningful, measurable and sustainable action on climate change. »¹⁰

18 - A similar transnational program, the Under2 Coalition, connects governments working towards keeping temperature rises « well below » 1.5 °C.¹¹ It includes more than 220 governments, and represents 1.3 billion people and 43% of the world's economy. Ten states and regions within the group have committed their jurisdictions to reaching net-zero emissions by at least 2050. Members sign the Under2 MOU, committing their state, city, or country to reducing emissions by 80-95% related to 1990 levels, or to two annual metric tons of carbon per capita by 2050.

19 - Multilateral initiatives in the energy sector also exist. For example, the Powering Past Coal Alliance is an active coalition of national governments, subnational governments and private sector bodies, whose goal is to replace coal with clean energy programs. As of September 2019, the Alliance had 91 members, spanning 32 national governments, 25 subnational governments, and 34 businesses and organizations¹².

20 - These transnational initiatives are elements of the kaleidoscopic world, allowing actors to come together in creative partnerships to implement agreed-upon goals. Their membership may change, as may their programs in response to changes in projected climate scenarios and effects. The initiatives reflect a basic international norm of cooperation in which actors seek to avoid harm by working together and to achieve benefits they could not get on their own.

5. Individual State Programs

21 - In the U.S., programs in the individual states offer insights into the breadth of concern with climate change and innovative measures for combatting it. At least eight states, the District of Columbia and Puerto Rico have passed legislation requiring 100% clean or renewable energy. We focus on California, New Jersey, and New York because they have large populations and large economies, and because they are among the current leaders on climate and clean energy.

A. - California

22 - California has been a leader in climate action for decades, under both Democratic and Republican administrations. It has acted on various fronts to reduce GHG emissions, to promote energy efficiency, and to spur investments in clean energy. Some highlights of California's multi-faceted programs are described below.

23 - California has a cap-and-trade program covering GHG emissions, which was recently extended to 2030. In 2018, then-Governor Jerry Brown also committed the state to 100% clean electric power by 2045. California policy has spurred huge private and public investments in clean energy. In 2018, the state led the country in solar jobs, with over 76,000 employees¹³. It has tripled its wind-energy capacity in recent years by creating 12 new wind manufacturing facilities-producing \$12.6 billion in investments through 2017.

24 - One of the most significant developments is California's collaboration with other leading states and automakers to reduce

vehicle GHG emissions beyond federal standards. In September 2019, however, the Trump Administration released a rule revoking California's authority to apply stricter vehicle GHG limits which other states might follow. In response, California and other states are suing the federal government to contest its authority to prevent California from adopting stricter standards. California is also partnering with major automakers – Ford, Honda, VW, and BMW – in an agreement stating that they will continue gradually to increase their fuel efficiency standards. Those signing onto the voluntary agreement have until 2026 to produce cars with a minimum 50 mpg. The agreement covers 30% of all new cars and SUVs sold in the United States. Other companies, including GM, Fiat Chrysler, and Toyota, have subsequently released statements supporting the federal government.

25 - In addition to regulating vehicles, California also requires as of September 2018 that fuel producers cut the intensity of their fuels 20% by 2030 as part of their Low Carbon Fuel Standard. In June 2019, California signed a MOU with Canada to cooperate on measures limiting GHG emissions.¹⁴ The partnership strives to increase the speed by which zero-emissions vehicles will be adopted and promises a transfer of knowledge relating to technical information and best practices.

B. - New Jersey

26 - In October 2018, New Jersey Governor Philip Murphy released a roadmap to get 100% of its energy from renewable sources by 2050, and 50% by 2030.¹⁵ In July 2019, he signed the Updated Global Warming Response Act into law, which set new carbon emissions mandates – 80% below 2006 levels by 2050 – and requires specific measures to reach this goal. New Jersey is also working on increasing renewable energy, especially wind. Executive Orders require that the state develop 3,500 megawatts of offshore wind power by 2030, direct the Board of Public Utilities and the Department of Environmental Protection to develop an Offshore Wind Strategic Plan, and create the Wind Innovation and New Development Institute to serve as a regional hub for the state's wind industry. State legislation also sets a RPS that requires power companies to generate 35% of their power from renewable energy by 2025 and 50% by 2030. In October 2019 an Executive Order established a statewide climate change resiliency strategy to plan for climate change impacts.¹⁶

C. - New York

27 - In March 2019, New York Governor Andrew Cuomo signed into law a \$175 billion budget, which provides for congestion pricing – the first of its kind within the U.S.– requiring drivers in parts of New York City to pay a toll, the proceeds from which will be used to improve the subway and address other transportation needs.¹⁷ New York also passed the Climate Leadership and Community Protection Act, which became law

10. *About, C40 Cities*, <https://www.c40.org/> (last visited 21 Oct. 2019).

11. *About the Under2 Coalition, Under2*, <https://www.under2coalition.org/> (last visited 21 Oct. 2019).

12. *About, Powering Past Coal All.*, <https://poweringpastcoal.org/> (last visited 31 Oct. 2019).

13. *Appendix A: Solar Jobs by State*, The Solar Fund (2018), <http://www.thesolarfoundation.org/wp-content/uploads/2019/02/Appendix-A.pdf>.

14. *Canada and California Sign Agreement to Work Together on Cleaner Transportation*, Cal. Air Resources Board (26 June 2019), <https://ww2.arb.ca.gov/news/canada-and-california-sign-agreement-work-together-cleaner-transportation>.

15. *The State of Innovation: Building a Stronger and Fairer Economy in New Jersey*, The St. of N. J. (Oct. 2018), <https://www.njeda.com/pdfs/StrongerAndFairerNewJerseyEconomyReport.aspx>.

16. *Governor Murphy Signs Executive Order to Establish Statewide Climate Change Resilience Strategy*, Insider NJ (Oct. 29, 2019), <https://www.insider-nj.com/press-release/governor-murphy-signs-executive-order-establish-statewide-climate-change-resilience-strategy/>.

17. *FY 2020 Enacted Budget Financial Plan*, N. Y. St. of Opportunity (Mar. 2019), <https://www.budget.ny.gov/pubs/archive/fy20/enac/fy20fp-en.pdf>.

in July 2019.¹⁸ The Act sets an ambitious statewide objective of achieving « net zero » carbon emissions by 2050, in addition to setting the binding and enforceable goals of reaching 85% reduction of emissions by 2050, with a midterm goal of 40% by 2030. By 2040, the state's goal is to achieve 100 percent clean electricity.¹⁹ Also notable is a focus on environmental justice concerns, with a 22-member climate action council which will craft a scoping plan on these issues.

28 - Recognizing the need for investments in environmental justice communities, the Governor committed the state to providing free community solar energy to 10,000 low-income residents.

In March 2018, the Governor committed \$1.4 billion to 26 renewable projects, which include 22 solar farms, three wind farms, and one hydroelectric project. The state will invest \$200 million in energy storage. New York is also focusing on increasing energy efficiency and has announced that it would increase its current 2025 energy efficiency goal by 50% and provide \$36 million in incentives for localities, homebuilders, residents and business to make investments in increasing energy efficiency.

29 - The actions in these three states are all focused on expanding renewable energy, addressing energy supply as well as demand, and incorporating considerations of environmental justice. Their actions offer a detailed glimpse into what bottom-up actions at the subnational level can entail and their important role in addressing climate change.

6. Municipal Initiatives

30 - Cities have also become major actors in addressing climate change. Cities such as New York, Los Angeles, and Chicago have been leaders through organizations such as C40 and Climate Mayors. In June 2017, the U.S. Conference of Mayors, which represents thousands of cities with populations exceeding 300,000, adopted several resolutions, including one that explicitly recognized the importance of the Paris Agreement, the Clean Power Plan, and federal action to support clean transportation alternatives and the need to provide cities with the tools to combat climate change and prepare for its impacts on communities. The Conference also adopted resolutions encouraging utilities, the federal government, and others to help accelerate the electrification of the transportation sector and encouraging cities to pursue a transition to 100% clean, renewable energy by 2035. These are important steps, but they must be implemented.

31 - Individual cities are making commitments to promote clean energy. To cite but two examples, Orlando, Florida is transitioning its municipal fleet to 100% advanced fuel vehicles with a target date of 2030, and Disneyworld (located there) is bringing a 50 MW solar project online to power two of its four theme parks. San Francisco, California became the first major U.S. city aiming to run fully on renewable energy, with a goal of doing so by 2030.

Cities in other countries are also taking important measures to address climate change. At the 2018 U.N. Climate Action Summit, C40 announced that 27 of its member cities had peaked in their carbon emissions, and since that time, emissions have declined. In October 2017, twelve cities-including London, Los

Angeles, Mexico City, and Paris-pledged to procure only zero-emission buses for municipal transit fleets beginning in 2025.²⁰

32 - While these initiatives and commitments are important, they alone are not sufficient. Other jurisdictions across the U.S., the federal government, and the world as a whole must do more to avoid reaching tipping points that trigger catastrophic climate change impacts. Recent studies have shown that while 68 countries have stated their intention to enhance ambition in their Paris Agreement NDCs, this only represents 8% of emissions worldwide.²¹ More action needs to be taken at every level – federal, state, community, and individual – to ensure that we do not surpass Earth's critical thresholds. The next sections discuss other important players in our kaleidoscopic world – the private sector and individuals.

7. Private Sector Commitments

33 - Some actors in the private sector are making important commitments to address climate change. Companies and business coalitions have been moving forward with pledges to reduce emissions and invest in climate solutions. They are driven by compelling scientific reports, consumer and employee demands, shareholder resolutions, divestment campaigns, reputational and litigation risks, and more. The Business Roundtable, whose members are exclusively chief executive officers in charge of major U.S. companies, issued a statement in which they committed to lead their companies « for the benefit of all stakeholders – customers, employees, suppliers, communities, and shareholders. »²² This includes protecting the environment by embracing sustainable business practices.

34 - The involvement of the private sector is global. Climate Week at the U.N. in September 2019 yielded dozens of new commitments from companies and organizations around the world. For example, 130 banks from 49 countries within the United Nations Environment Programme's finance initiative – representing over \$47 trillion in assets – released the Principles for Responsible Banking to accelerate « the banking industry's contribution to achieving society's goals as expressed in the Sustainable Development Goals and the Paris Climate Agreement. »²³ Amazon announced its « Climate Pledge, » committing to honor the objectives of the Paris Agreement with its own twist – meeting the goals laid out in 2040, rather than the Agreement's 2050 target and calling on other companies to do the same. Former New York Mayor Michael Bloomberg started America's Pledge, which will track efforts by U.S. states, cities, and businesses to reduce GHGs.

8. Youth Movements and Civil Society Initiatives

35 - Youth have led the way in catalyzing social movements to convince governments and others to combat climate change. Youth climate movements began to appear after the Rio Conference on Environment and Development in 1992 and were largely organized along geographical lines. Since 2005, most

18. New York Climate Leadership and Community Protection Act, S. 6599, 2019 Leg. Reg. Sess. (N. Y. 2019)

19. Governor Cuomo Announces Formal Request for New York Exclusion from Federal Offshore Drilling Program, N. Y. St. (9 Mar. 2018), <https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-announces-formal-request-new-york-exclusion-federal-offshore-drilling-program>

20. C40 Cities Clean Bus Declaration of Intent, C40 Cities (2017), <https://www.c40.org/networks/zero-emission-vehicles>.

21. 2020 NDC Tracker, Climate Watch, <https://www.climatewatchdata.org> (last visited 1 Nov. 2019).

22. Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans', Bus. Roundtable (Aug. 19, 2019), <https://www.businessroundtable.org>. 181 CEOs signed the statement.

23. Principles for Responsible Banking, UNEP Fin. Initiative (<https://www.unep-fi.org/banking/bankingprinciples/>) (last visited Nov. 5, 2019).

have been under the larger umbrella organization of the International Youth Climate Movement (IYCM) with regional membership from all around the world. These movements or networks may combine smaller scale local movements under a national or regional umbrella. Umbrella organizations of NGOs beyond youth also exist, such as the Climate Action Network International with over 1,100 nongovernmental organizations in 120 countries.

36 - In the last few years, youth have created many more movements to combat climate change, which are not geographically linked. Such movements include the Sunrise Movement, Fridays For Future, Extinction Rebellion, Earth Uprising, and Youth Climate Leaders. Some, such as the Sunrise Movement in the U.S., are focused on national actions. Others, such as Youth Climate Leaders, aim to be global organizations. Some are highly global and highly decentralized and do not require an individual to engage with an institution before taking action in the name of the movement. Such movements include Fridays For Future. There is also some overlap between these movements. For example, ambassadors of Earth Uprising are also avid protesters within the Fridays For Future movement. The movements may also support each other, as illustrated by Greta Thunberg's social media posts supporting Extinction Rebellion actions.

37 - Since this article focuses on subnational actions in the U.S., we consider first the Sunrise Movement, which began in 2017 and has substantial national momentum. Sunrise tries to stimulate political engagement to get authorities to act and to convince the U.S. Congress to adopt the Green New Deal, calling for a rapid transition to 100% renewable energy. The Green New Deal integrates consideration of racial and socioeconomic inequities with demands for increased measures to fight climate change and for community and workforce investment. The movement has seen some success in that the Green New Deal resolution has been introduced in Congress, and some candidates for national political office are embracing its principles, though more detail would be required to enact it into policy.

38 - Next we consider two international youth movements that depend upon local individual actions. Greta Thunberg, a Swede, began her movement in August 2018 when she protested outside the Swedish Parliament for three weeks. She continued these protests on Fridays after school started, sharing her protests on Instagram and Twitter, which led to the hashtags #FridaysForFuture and #Climatestrike. Using social media, she gained momentum with other youth around the world. In September 2019, Thunberg addressed the U.N. Climate Action Summit to great applause. Following her speech, she gained millions of new followers on both Twitter and Instagram. The movement has its costs, though, for it has generated backlash on social media against children and teenage girls.

39 - Extinction Rebellion, a movement that began in the United Kingdom in October 2018, describes itself as an « international movement that uses non-violent civil disobedience in an attempt to halt mass extinction and minimize the risk of social collapse. »²⁴ Its approach contrasts with traditional tools like petitions or efforts to reach out to political representatives. The movement, using social media of Instagram and Twitter, advocates decentralized action, claiming that anyone who follows its core principles and values can act in its name.

40 - While these movements are similar in trying to effect political change, they differ in significant ways, including in their rhetoric. Most of the earlier movements self-identified geogra-

phically, used little social media (mostly nonexistent then) and were rather centralized, with sometimes layers of institutional organization. Recent movements use social media to reach people, advocate individual decentralized actions, and may use strident rhetoric. This strategy enables them to gain global momentum quickly, to reach far more people, and to stimulate wider action.

9. Actions in Courts and UN complaint bodies

41 - Civil society is increasingly bringing complaints before judicial or semi-judicial bodies to press for action on climate change. Some efforts target international tribunals or complaint bodies. Greta Thunberg and fifteen other youth have petitioned the U.N. Committee on the Rights of the Child under the Third Optional Protocol (Article 5) to protest governmental failures to address the climate crisis. The petition alleges that the lack of action by Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey will cause youth to suffer consequences in violation of the provisions of the Convention on the Rights of the Child (Articles 3, 6, 24, 30). The petition provides many details of expected harm and also considers applicable principles of international law, including the precautionary principle and the principle of intergenerational equity. While the issue of standing to bring the petition must be addressed, the initiative is important because it presages potentially further petitions to international bodies.

42 - Youth and others are also increasingly turning to national courts to try to force governments to do more to combat climate change or to target fossil fuel companies as sources of the climate problem. In the United States, 21 young people brought suit against the U.S. Government in *Juliana v. United States* alleging that the Government is knowingly neglecting to prevent future catastrophic effects from climate change in violation of the plaintiffs' constitutional due process rights in life, liberty and property. They have invoked the public trust doctrine and extended it to the atmosphere. The District Court and the Federal Appeals Courts have refused to dismiss the case, but due to procedural challenges the case has yet to proceed to trial. Similar lawsuits have been launched in other U.S. states.

43 - Cases are also being pursued in other countries. In the Netherlands, the *Urgenda Foundation* sued the Dutch Government for failing to take adequate measures to reduce GHG emissions. The District Court in The Hague ordered the Government to reduce annual GHG emissions by at least 25% at the end of 2020 compared with the 1990 emissions level in order to reduce the risk of dangerous climate change. The Court concluded that the principle of fairness required the State to ensure that the costs of climate change are distributed reasonably between present and future generations. On 20 December 2019, the Netherlands Supreme Court upheld the decision. In Pakistan, in *Leghari v. Federation of Pakistan*, the Lahore High Court Green Bench agreed that the failure of the Government to address climate change violated plaintiff's constitutional rights to life and dignity. It created a Climate Change Commission to monitor progress in implementing the country's National Climate Change Policy. The case is especially important for recognizing fundamental rights as a basis to challenge national government inaction on climate change and invoking the intergenerational equity and precautionary principles.

44 - While these cases are perhaps among the most well-known, youth and others have brought climate change cases in at least 28 countries, covering North and South America, Europe,

24. *About Us*, Extinction Rebellion, <https://rebellion.earth> (last visited 1 Nov. 2019).

Asia and the Pacific Region.²⁵ In January 2019 the municipality of Grande-Synthe in France filed a suit before the Conseil d'État against the French government for failing to take appropriate measures to combat climate change and requested that it be ordered to take appropriate actions to reduce GHG emissions. *Notre Affaire à Tous* and three other non-profits filed a similar suit in March 2019 before the Administrative Court of Paris. These cases reflect a growing trend to use the courts as a way to get governments to address climate change.

45 - Public prosecutors, nongovernmental organizations, and individuals are also turning to the courts to try to hold fossil fuel companies responsible for their failure to acknowledge publicly and address the dangers of fossil fuels in contributing to climate change. In New York, the Attorney General sought to prosecute Exxon Mobil under New York's Martin Act against shareholder fraud, alleging that the company misled investors and shareholders about the actual costs and risks of climate change and hence the assessment of the company's attractiveness as an investment. On 10 December 2019, the New York Supreme Court rejected the claim on the basis that the Attorney General had failed to establish a violation by a preponderance of evidence. Massachusetts has filed a civil suit against Exxon Mobil alleging misrepresentation and failure to disclose climate change risks to the business and seeking injunctive relief and punitive damages. Several Exxon Mobil shareholders in Texas and New Jersey have initiated suits in federal court against directors of the corporation, alleging violation of federal securities law, breach of fiduciary duty, waste of corporate assets, and unjust enrichment. In Maryland, the Mayor of Baltimore and the Baltimore City Council have filed a complaint in state court against 26 oil and gas companies alleging that they contributed to climate change by producing and selling fossil fuels and by deceiving the public about the products' danger in violation of several state laws.

46 - Lawsuits against companies for contributing to climate change are being litigated in other countries as well, as for example the suit by a Peruvian farmer against a German electricity company for contributing to climate change leading to glacial melting and floods.

47 - The use of court litigation to hold government and companies accountable for climate change is increasing. This trend reflects a sense of urgency in using all available levers and approaches to address climate change. The key question is what difference all the initiatives described above will make in limiting GHG emissions sufficiently to keep the global temperature from rapidly rising and risking the stability of our climate system. The answer is still unclear. Monitoring and assessing these efforts and their effects will be essential.

10. Reflections on Bottom-up Initiatives in the Kaleidoscopic World

48 - The mitigation of climate change is a global public good. Climate change has profound implications for people today and for future generations. It is inherently long-term and intergene-

ration. Our actions to address climate change take place in the context of the new kaleidoscopic world, with rapid change, many actors (both public and private), and different kinds of legal instruments. The problems of climate change must be addressed locally, regionally, and internationally. Individuals must become involved. While all the actors must be accountable for their actions (or inactions), the complexity of the kaleidoscopic world makes accountability more challenging.

49 - In the new kaleidoscopic world, national governments must act to reduce GHG emissions. However, top-down measures by themselves are unlikely to be sufficient even if States meet their current national determined contributions. Bottom-up approaches that engage other actors beyond governments are essential. They enable national governments to meet their commitments and provide avenues to go beyond them.

50 - In this more fluid context, legal instruments must go beyond formal international agreements and national legislation. Arrangements between subnational entities, nonbinding legal instruments, and individualized voluntary commitments by all actors, public and private, are essential and likely to become increasingly common.

51 - As we develop top-down and bottom-up measures to address climate change, equity issues arise. Climate change will have disparate and unequal effects on low-income and minority communities and individuals, who frequently live in vulnerable areas and have far fewer resources to adapt. Moreover, they have contributed least to emissions of greenhouse gases. This means we must address such intragenerational inequalities with fair and robust policies.

52 - Climate change intrinsically raises issues of intergenerational equity. Our actions today will profoundly influence the robustness and habitability of our planet for future generations and the costs they must bear to protect their inheritance. Youth know this. The problem is that future generations are not at the table for the decisions we take today. The kaleidoscopic world complicates efforts to give them a voice, because these decisions happen on multiple levels, with multiple actors, and on multiple issues. We need to devise ways to ensure that the interests of future generations are considered in these decisions.²⁶

53 - Accountability is critical to ensuring that those who act, whether top-down or bottom-up, are answerable for the results of their action or inaction. Individuals must also be accountable. Accountability can be complicated. Who is accountable to whom, for what, when, and how? The lawsuits related to climate change and the youth and other movements working through direct engagement with policy makers are efforts to hold leaders accountable. These actions are vital in capturing attention and in catalyzing action at all levels of society.

54 - We have only one planet Earth, on which we all depend. We have a moral obligation to ourselves and to future generations to protect our planet from catastrophic climate change. Bottom-up initiatives embracing the energy and commitment of all the individuals, governments, and other stakeholders described above are an essential part of fulfilling this obligation. ■

25. Joana Setzer & Rebecca Byrnes, *Climate Change Litigation : 2019 Snapshot* (July 2019), <http://www.lse.ac.uk/>. See *Climate Change Litigation Database*, for a list of cases initiated by youth, <http://climatecasechart.com> (last visited Nov. 5, 2019).

26. E. Brown Weiss, *Intergenerational Equity in a Kaleidoscopic World*, 49 *Env'tl. L. & Pol'y* 3 (2019); U.N. Secretary-General, *Intergenerational Solidarity and the Needs of Future Generations : Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/68/322 (15 Aug. 2013).

6 Face à la crise écologique, le droit au chevet de la biodiversité



Jean-Nicolas CLÉMENT,
Avocat au Barreau de Paris associé du cabinet Gide
Loyrette Nouel

1 - La crise écologique apparaît désormais comme un lieu commun tant le constat de la dégradation de l'environnement, dans toutes ses composantes, au niveau local comme au niveau global, s'impose : la disparition d'espèces animales et végétales, toujours plus menacées, l'accélération du changement climatique et de ses conséquences, la pollution chronique des océans en sont hélas devenus, entre autres, des témoins que personne ne peut plus ignorer.

2 - Si ce constat d'une planète en souffrance est patent, la notion de crise est pour sa part moins immédiate. Il est vrai que, plus que de renvoyer directement au mal en lui-même, elle s'inscrit dans la temporalité : de fait, la notion de crise correspond à un dérèglement des choses ou plus exactement à un dérèglement dans le rythme selon lequel celles-ci évoluent dans le temps, en particulier par rapport à ce qui aurait pu être attendu, anticipé ou constaté dans le passé. C'est ainsi que la médecine évoque une crise pour définir l'aggravation brusque d'une pathologie jusqu'à sa phase aigüe ; de même, la crise économique ou sociale correspond à une situation de déséquilibre grave ou de rupture d'autant plus préoccupante qu'elle ne correspond pas aux hypothèses d'évolutions et de régulation telles qu'elles étaient anticipées et attendues.

3 - S'agissant des espèces et des milieux, il n'est bien évidemment pas question de penser que le monde serait resté à l'identique depuis la création : l'évolution est une connaissance désormais d'évidences, reposant sur d'incontestables bases scientifiques mais qui nous est d'autant plus familière qu'elle reçoit périodiquement une confirmation empirique, par exemple à l'occasion de la comparaison entre des paysages représentés sur des tableaux avec leur morphologie actuelle, ou lors de la visite de musées où sont exposées des pièces vestimentaires faisant apparaître que nos ancêtres étaient en général d'une taille moins élevée que la nôtre. Bien plus, si le vivant, et le monde au sens le plus général, ont été de tout temps en constante évolution, ils ont déjà fait l'expérience de ces phénomènes de crise ; la science nous enseigne ainsi qu'en 600 millions d'années notre planète a connu une soixantaine de crises d'extinction dont six furent particulièrement radicales, la cinquième restant la plus communément connue puisqu'elle entraîna la disparition, il y a soixante-cinq millions d'années, des dinosaures.

4 - Ces éléments de relativité étant pris en compte, deux éléments doivent être pris en considération pour apprécier la situation actuelle et la qualifier de crise écologique. Le premier est celui d'une accélération de la dégradation. Force est de constater que milieux et espèces n'évoluent plus sur un rythme qui, à défaut d'être toujours harmonieux, s'inscrirait dans un cadre de temps long et suivrait des principes d'équilibre et de prévisibilité. Au contraire c'est un phénomène de dégradation accélérée qui est constaté et ce de façon objective : le rapport

rendu public en mai 2019¹ par la Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques vient ainsi poser des chiffres sur le phénomène en indiquant qu'un million d'espèces animales et végétales auront disparu dans les prochaines décennies ; de même, il a été constaté qu'en 2019, 75% des insectes volants présents en Allemagne il y a 30 ans avaient disparu² ; de même encore, le nombre d'hectares de surfaces rendues imperméables en Europe croît chaque année alors que dans un même temps, les zones humides se restreignent en superficie comme en qualité. Les chiffres ou leurs détails pourraient être multipliés. L'exercice serait vain, tant ces données sont univoques dans leur réalité et leurs orientations, toutes témoignant d'un dérèglement du rythme naturel de l'évolution des milieux et des espèces comme elles sont le signe d'une dégradation accélérée – voire s'accélération – de leur situation. La deuxième singularité de la situation actuelle est que, si dans l'histoire du monde des crises avaient déjà affecté espèces et milieux, l'effondrement actuel est rattaché – de façon quasi-unanime – aux activités humaines : là encore science et constats empiriques se rejoignent pour mettre en évidence la situation de crise écologique et son origine anthropique.

5 - La réponse à cette crise environnementale est sûrement scientifique, forcément politique mais elle est aussi juridique ; à ce dernier titre, le droit de l'environnement ne pouvait rester en dehors de ce phénomène ni ne pas chercher à lui apporter une réponse. En se limitant dans le cadre de cet article au seul droit interne, il sera constaté que la loi du 6 août 2016 marque une étape essentielle en introduisant dans notre droit le concept de biodiversité (1) et en mettant à son service des instruments novateurs ou renouvelés (2).

1. L'introduction dans notre droit de la notion de biodiversité

6 - A. Vingt ans avant la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, la loi 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature avait marqué une étape radicale car elle a modifié l'axe des rapports entre l'homme et la nature en reconnaissant à celle-ci et à sa protection une finalité d'intérêt général

De fait, la pensée écologique³ s'est longtemps construite sur la notion de nature, et s'est nourrie de l'opposition, réelle ou supposée, célébrée ou contestée, de l'homme et la nature. Le

1. <https://fr.unesco.org/events/7e-session-pleniere-plateforme-intergouvernementale-scientifique-politique-biodiversite> ; www.ipbes.net/news/media-release-global-assessment.fr.
2. C. Thiberge « Les insectes disparaissent partout sur la planète », *Le Monde*, 14 février 2019.
3. D. Bourg et A. Fragniere, *La pensée écologique, une anthologie*, PUF, 2014.

droit des rapports entre l'homme et la nature n'échappait pas à cette approche.

Le droit de l'environnement, même lorsqu'il n'était pas identifié comme tel, était un droit, qui d'une part traduisait le sentiment d'une propriété de l'homme sur la nature cette dernière étant à son service, qui d'autre part et pour reprendre le texte du célèbre ouvrage du Professeur Martine Rémond-Gouilloud⁴, pouvait alors se définir comme le « droit de détruire ». La nature était alors appréhendée comme au service de l'homme qui se trouve dès lors en droit de lui porter atteinte ; mais, dans un souci notamment économique et d'utilisation pérenne des richesses, l'emprise de l'homme sur la nature se doit d'être encadrée. La protection des milieux et des espèces n'apparaissait donc au mieux que comme un bénéfice secondaire de législations dont la finalité première se trouvait tournée vers la satisfaction de besoins essentiellement économiques.

7 - La réflexion environnementale au plan scientifique comme au plan philosophique – et ce dès le 18^{ème} siècle – s'est néanmoins orientée vers une prise en considération de la nature en tant que telle ; avec un temps de retard, mais de façon mécanique, la réflexion juridique se devait elle aussi d'évoluer en considérant que la nature doit être protégée par le droit, pour elle-même, et non en fonction des services rendus à l'homme. Avant la consécration législative de ce mouvement par la loi de 1976, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de reconnaître l'intérêt général attaché à l'environnement, en particulier et de façon éclairante dans le cadre de l'application de la théorie du bilan dégagee dans le contentieux de l'expropriation. Ainsi, dans ces conclusions sous l'arrêt *Ville nouvelle Est* (CE, 28 mai 1971, Rec., p.410), le Commissaire du gouvernement Guy Braibant invoquait l'idée d'un coût social des projets en ces termes : « *A un moment où il est beaucoup question et à juste titre d'environnement et de cadre de vie, il faut éviter que des projets par ailleurs utiles viennent aggraver la pollution ou détruire une partie du patrimoine culturel et naturel du pays* » ; et le Conseil d'État de prendre effectivement en compte dans son contrôle du bilan les conséquences de l'expropriation sur « *l'environnement naturel* » (CE 12 avril 1972, *Sieur Pelte*, Rec. p. 269).

8 - Mais, c'est la loi du 10 juillet 1976 qui allait concrétiser cette avancée en affirmant avec force l'intérêt général attaché à la protection de la nature appréhendée pour elle-même. L'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1976 dispose ainsi que : « *La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général.*

Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences.

La réalisation de ces objectifs doit également assurer l'équilibre harmonieux de la population résidant dans les milieux urbains et ruraux. »

9 - Ce faisant, le législateur a tout d'abord identifié la nature en tant que telle et surtout, ce qui est essentiel en droit, est venu la définir : sont ainsi visés les espaces naturels, les paysages, les espèces animales et végétales, les équilibres biologiques et les ressources naturelles. La Loi de 1976 est ensuite particulièrement novatrice en ce qu'elle érige la protection de la nature au rang des intérêts généraux, tout en soulignant qu'il existe un patri-

moine naturel sur lequel tous, personne publique ou privée, ont le devoir – et le mot est fort – de veiller.

B. Mais, aussi fondatrice et aussi précieuse qu'ait été et demeure cette définition de la nature par la loi du 10 juillet 1976, elle reste trop figée, trop statique et partant trop fermée pour couvrir tant la complexité et la diversité des milieux et des espèces, que de leurs évolutions comme de leurs les interférences et interactions. Par ailleurs, aux termes de la loi de 1976, la nature et l'Homme restent séparés voire étrangers l'un à l'autre. C'est sur ces deux points que l'introduction dans notre droit de la notion de biodiversité est à son tour fondatrice.

10 - La notion de biodiversité est apparue au milieu des années 1980, son origine étant classiquement trouvée dans les travaux de Walter Rosen et d'Edward O. Wilson. Sa première manifestation sous l'angle juridique résulte de la Convention pour la diversité biologique signée le 5 juin 1992 à l'occasion du Sommet de la Terre qui s'est déroulée, sous l'égide de l'ONU, à Rio de Janeiro et reconnaît pour la première fois au niveau du droit international que la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune pour l'ensemble de l'humanité. A ce titre, le Préambule de la Convention souligne que les signataires de la Convention se déclarent « *conscients de la valeur intrinsèque de la diversité biologique* » et de son rôle notamment pour l'Homme.

11 - Il faudra cependant attendre la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages pour que la notion soit législativement consacrée. Plusieurs avancées en résultent par rapport à la loi du 10 juillet 1976.

12 - Alors que la loi du 10 juillet 1976 se référait aux seules « *espèces animales et végétales* », l'article L. 110-1 du Code de l'environnement dispose désormais que font partie du patrimoine commun de la nation « *les êtres vivants et la biodiversité* » mais aussi « *Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air* », étant précisé que « *Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage* » et que « *Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine* ».

13 - Bien plus, et là encore résultant de la loi du 8 août 2016, la biodiversité se trouve désormais définie à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement comme « *la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.* » Cette définition de la biodiversité calée sur le vivant – le vivant d'évidence et ce même dans ses formes les plus primaires – se trouve depuis le 1^{er} janvier 2020 complétée par la définition de la géodiversité qui, si elle correspond à du « *moins vivant* », n'est ni uniforme, ni à jamais figée ; la géodiversité est en effet « *la diversité géologique, géomorphologique, hydrologique et pédologique ainsi que l'ensemble des processus dynamiques qui les régissent, y compris dans leurs interactions avec la faune, la flore et le climat.* »

14 - En s'emparant du vivant, notre droit investit un champ bien plus vaste que celui de la nature telle qu'il se trouvait défini en 1976. Cette extension se réalise tout d'abord au plan spatial dans la mesure où le champ d'application de la biodiversité se trouve très largement élargi par rapport à la définition de la nature posée par la loi de 1976. En effet, c'est l'ensemble du vivant qui se trouve appréhendé dans toute sa diversité, sans aucune restriction tenant à sa nature – l'espèce humaine relevant du vivant en est ainsi une composante –, ni à son lieu – la référé-

4. M. Remond-Gouillou, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.

rence aux écosystèmes, à savoir la conjonction d'une biocénose et d'un biotope est générale.

15 - Mais à cette extension spatiale s'ajoute une extension temporelle : le concept de biodiversité non seulement englobe toute la diversité du vivant mais de surcroît, l'apprécie dans le temps. C'est ainsi que la biodiversité intègre la mutabilité, l'évolution du vivant. Mais bien plus, et dépassant les simples marqueurs chronologiques, le concept de biodiversité s'intéresse aux moyens mis en œuvre par le vivant pour évoluer : en effet, par sa référence aux interactions entre les êtres vivants, la biodiversité s'étend aux échanges au sein des espèces et milieux, mais aussi à ceux existant entre eux notamment par la prise en compte des services écologiques et de leurs conséquences sur leurs évolutions⁵. La prise en compte de la diversité et des évolutions va ainsi du plus grand au plus petit, de la diversité des écosystèmes à la diversité génétique entre les individus d'une même espèce en passant par la diversité des espèces au sein d'un même écosystème.

2. De nouveaux outils mis par le droit au service de la protection des milieux et des espèces

16 - A. La notion de biodiversité resterait néanmoins au stade des principes, certes fondateurs et programmatiques comme le sont ceux de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement mais à la portée incertaine si elle ne s'était pas trouvée assortie par le législateur d'une série d'outils lui permettant d'acquiescer une portée directe et effective. Des exemples peuvent ici être donnés, certains touchant aux concepts, l'autre touchant les moyens de leur application.

17 - Il sera tout d'abord relevé que l'introduction de la biodiversité dans notre droit et l'accent mis par elle sur les solidarités et les interactions existant entre les êtres vivants conduit à revaloriser les milieux et espèces ordinaires, à savoir ceux qui ne font pas l'objet d'une reconnaissance particulière par le droit et partant d'une protection spécifique

18 - À cet égard, l'article L. 411-1 du Code de l'environnement pose le principe d'une protection renforcée accordée à certaines espèces animales et végétales menacées et figurant à ce titre sur les listes dressées en application de l'article R. 411-1 du même Code. Ces dispositions sont extrêmement rigoureuses dans leur formulation et leurs effets, puisqu'elles reposent sur le principe de l'interdiction de toute activité qui porterait atteinte à une espèce protégée et, au-delà de l'espèce, à son habitat ; par ailleurs, l'atteinte qui serait portée à une espèce protégée constitue un délit pénalement sanctionné (article L. 415-3 du Code de l'environnement) ; enfin, même si, aux termes de l'article L. 411-2-1 du code de l'environnement, des dérogations à l'interdiction de principe peuvent être accordées, elles le sont sous des conditions strictes⁶ contrôlées avec attention par le juge administratif⁷.

19 - Un tel système pouvait conduire à une approche binaire des milieux et des espèces, au terme de laquelle dès lors que des

espèces animales ou végétales ne seraient pas répertoriées comme étant à protéger, ces espèces banales se trouveraient à la merci des activités humaines sans bénéficier de la moindre protection offerte par le droit. Tel n'est plus le cas depuis longtemps. Mais cela l'est d'autant moins depuis l'introduction dans notre droit de la notion de biodiversité : en effet, comme le montre sa définition, telle qu'elle résulte désormais de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, la biodiversité est un concept englobant, appréhendant la nature dans son ensemble : partant du vivant dans toutes ses composantes, enrichie de la géodiversité, la notion-même de biodiversité interdit toute forme de distinction et plus encore d'opposition entre ses composantes ; par ailleurs, dès lors que la biodiversité s'attache aux interactions, aux échanges constructifs entre ses composantes, l'ensemble des milieux ou des espèces, fussent-ils « ordinaires », ne peuvent pas ne pas être pris en compte.

20 - Plus encore, il sera relevé que le législateur, en modifiant le texte de l'article L. 411-1 du Code de l'environnement, a introduit parmi les buts de la protection des espèces la défense de celles qui « ont un rôle essentiel dans l'écosystème » ; ce faisant, la loi du 8 août 2016 ouvre la porte à la protection d'espèces – les désormais fameuses espèces parapluies – protégées, non en raison de leur rareté ou des menaces qui pèsent sur elles, mais du fait de leur rôle pour la protection d'autres espèces.

21 - Cette prise en compte des interactions des milieux et des espèces, de leur diversité et de leurs évolutions, prive ainsi de portée des distinctions radicales entre milieux et espèces bénéficiant d'une protection et ceux à qui le droit ne la reconnaît pas directement ; elle conduit alors à des questions nouvelles. Un récent article du Professeur Jean-Marc Février⁸ l'illustre parfaitement : relevant que de nombreux animaux considérés comme des « loups » sont en fait des hybrides issus du croisement entre des loups et des chiens, il pose la question de « savoir si ceux-ci méritent eux-aussi la protection accordée au loup et, le cas échéant jusqu'à quel degré d'hybridation le statut d'espèce protégée a vocation à s'appliquer ».

22 - B. L'introduction dans notre droit de la biodiversité a conduit à remodeler le concept d'action corrective à la source. Certes, ce principe, d'origine internationale, préexistait dans notre droit à la loi du 8 août 2016 ; celle-ci vient néanmoins lui donner une dimension nouvelle en disposant que celui-ci « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit, à défaut d'en réduire la portée [et] enfin et 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 ».

23 - Ce faisant, la loi du 8 août 2016 donne sa plus haute valeur à la séquence dite « ERC » (éviter – réduire – compenser). Cette séquence est clairement impérative dans son déroulé et se trouve en cela particulièrement vertueuse : les opérateurs ne doivent pas aller directement à la compensation pour pallier les atteintes résultant pour les milieux et espèces de leur activité, mais doivent tout d'abord chercher – en pouvant le justifier – à supprimer ces nuisances, à défaut à en réduire l'ampleur et les effets ; ce n'est seulement que dans le cas où subsisteraient des nuisances résiduelles, dont il est établi qu'elles ne sauraient être davantage réduites à défaut de les avoir supprimées, qu'il sera possible de recourir à une compensation. La compensation n'est donc plus la solution de facilité qu'elle a pu être parfois – l'idée selon laquelle « je compense donc je n'impacte pas les milieux et les espèces » – mais apparaît au contraire comme le constat d'un échec, une solution de dernier ressort, en tous cas une situa-

5. Pour des illustrations, sous un angle de vulgarisation éclairée, de la richesse des échanges et interactions entre espèces et milieux, voir entre autres ouvrages, D. G. Haskell, *Un an dans la vie d'une forêt*, Flammarion coll. Champs 2014 l'auteur observant pendant une année un m² d'une forêt des Appalaches, et P. Wohlleben, *la vie secrète des arbres*, Les Arènes, 2017.

6. La dérogation ne peut légalement être accordée que si elle est cumulativement justifiée par une raison impérative d'intérêt public majeur, par l'absence de toute autre solution alternative et la démonstration qu'elle ne porte pas atteinte au maintien des populations d'espèces concernées dans un état de conservation favorable.

7. V. pour un exemple aussi récent que topique, CAA Bordeaux, 10 décembre 2019, Département de la Dordogne, req. n° 19BX02327.

8. J.-M. Février, *La protection des espèces entre chien et loup*, AJDA, 2019, p.2017.

tion où, dans un état technico-économique donné, il n'a pas été possible de définir des mesures de suppression puis de réduction telles qu'il n'existerait pas d'atteintes à l'environnement.

24 - Mais ce qui est particulièrement novateur, et l'effet de la séquence ERC en est d'autant plus forte, c'est que la compensation ainsi mise en œuvre, à défaut de toute autre solution alternative, doit s'effectuer en respectant l'objectif énoncé à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement d'une « atteinte de perte nette voire de gain de biodiversité ».

Sous l'apparence comptable d'une référence à la notion de « perte nette », le principe se voit doté par le législateur d'une dynamique propre.

25 - D'une part, c'est bien la biodiversité, donc l'ensemble du vivant, qui se trouve concerné ; en d'autres termes, pour prendre un exemple simple, un arbre ne vaut pas seulement un arbre, c'est sa contribution à la biodiversité qui est en jeu et donc l'ensemble des interactions qu'il a pu nouer avec d'autres segments ou acteurs du milieu ainsi que les potentialités d'évolution qui s'y trouvent attachées.

26 - D'autre part, la référence à l'absence non pas d'une perte, mais d'une absence de perte nette, conduit inmanquablement à une logique de bilan où ce sont bien toutes les atteintes directes mais aussi indirectes, car fruit des interactions et des évolutions des milieux, qui se trouvent pesées et comptabilisées : pour reprendre l'exemple grossier cité ci-dessus un arbre de compensation, voire deux, peuvent ne pas compenser la perte d'un arbre, si la disparition de celui-ci, par ses conséquences induites, entraîne une perte plus importante de biodiversité. La logique de bilan et le souhait d'un gain de biodiversité confirme ainsi la volonté du législateur de ne pas voir dans la compensation une facilité, à savoir quelque chose qui correspondrait à une version dégradée et inversée du principe pollueur payeur où payer serait l'acquisition d'un droit à polluer : la mise en œuvre sur le fondement de ces dispositions de ratios de compensation supérieurs à un vient traduire cette exigence.

27 - Au surplus, le concept est porteur de promesses de restauration. Comme tous les instruments modernes de protection des espèces et milieux, la dynamique de la séquence ERC telle que réécrite par le législateur de 2016 vient ajouter à la préoccupation de la préservation celle de la restauration : en d'autres termes, et c'est là l'une des fonctions des ratios de compensation supérieur à un, le gain de biodiversité permet de réparer les atteintes résultant des activités humaines passées.

28 - C. Enfin, pour répondre aux exigences de la biodiversité, la loi du 8 août 2016 vient refondre les services de l'administra-

tion et leurs moyens. Il s'est, à cet égard, agi de regrouper des services jusqu'alors épars et relevant d'administrations centrales différentes pour donner à une seule entité une culture commune et une force de frappe suffisante pour veiller aux impératifs de la biodiversité. Il faut ici souligner le réalisme du législateur qui a su comprendre, notamment dans le contexte bien connu de faiblesse des moyens financiers et humains de l'administration environnementale, qu'il fallait agir à la hauteur des enjeux ; l'avenir dira s'il a vu juste et si les moyens sont suffisants...

29 - C'est pour répondre à ces exigences que la loi du 8 août 2016 a tout d'abord regroupé au sein d'une nouvelle entité, prenant la forme d'un établissement public dénommé l'Agence Française pour la biodiversité (AFB), les moyens de l'Office Nationale de l'Eau et des Milieux Aquatiques (ONEMA) en charge de la police de l'eau y compris au sens de police judiciaire, ceux de l'agence des aires marines protégées, mais aussi ceux des parcs nationaux y compris ceux de l'établissement public Paris nationaux de France. Cette évolution a été parachèvement par la loi 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité et à compter du 1^{er} janvier 2020 la récente AFB et l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS).

30 - L'AFB s'était vu confier six missions par le législateur : 1° une mission de police administrative et de police judiciaire dans les domaines de l'eau, des espèces naturels, de la protection des espèces, de la chasse, et de la pêche ; 2° une mission de développement de la connaissance par la recherche et l'expertise ; 3° une mission d'expertise en matière de gestion de la faune sauvage ; 4° un certain nombre de missions d'appui et de soutien à l'action d'autres acteurs (stratégie nationale de la biodiversité, lutte contre la biopiraterie, suivi de la compensation des atteintes à la biodiversité, mise en œuvre des directives et règlements européens, ainsi que des conventions internationales, lutte contre les pressions exercées sur la biodiversité et lutte contre les espèces envahissantes, éducation à l'environnement, et financement des actions en faveur de la biodiversité) ; 5° une mission de restauration et de gestion des espaces naturels, notamment en zone littorale y compris s'agissant des récifs coralliens ; et 6° une mission de sensibilisation du public à la biodiversité.

31 - Au 1^{er} janvier 2020, l'Office français de la biodiversité, en se substituant à l'AFB dans l'exercice de ses précédentes missions, exercera au surplus une septième mission à savoir l'organisation, pour le compte de l'État, de l'examen du permis de chasser ainsi que de la délivrance de celui-ci. ■

7 Amazonie : le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles



Pierre-Marie DUPUY,

Professeur émérite à l'Université de Paris (Panthéon-Assas) et Graduate Institute of International and Development Studies, Genève

1 - Au mois de juillet dernier, l'actuel Président du Brésil déclarait, face à la presse étrangère : « *L'Amazonie est au Brésil, pas à vous* ». Soit ! La plus large part de cette forêt, grande de plus de cinq millions de kilomètres carrés, se trouve sur le territoire brésilien¹. Question : au regard du droit international public tel qu'il est en vigueur, et au-delà même de toute convention spéciale², cela signifie-t-il nécessairement que le Brésil puisse gérer comme bon lui semble « *le poumon de la planète* » ? Monsieur Bolsonaro peut-il légalement rendre la planète phénicienne en raison des seuls choix de développement qu'il a décidés ? Pondérée, car il s'agit d'apprécier les droits d'un État souverain, la réponse est néanmoins très clairement négative. Monsieur Bolsonaro ne peut pas faire n'importe quoi !

2 - La proposition majeure dans le droit international de l'environnement en vigueur est inspirée par le bon sens : chacun est libre d'utiliser sa propriété au mieux de ses intérêts ; mais nul ne saurait le faire de manière à porter gravement préjudice aux droits des tiers ou à ceux de la communauté tout entière à laquelle il appartient. Dans l'ordre international, cela se traduit par deux principes, complémentaires ; d'une part, « *la souveraineté permanente de chaque État sur ses ressources naturelles* », proclamée dès 1974 par l'Assemblée générale de l'ONU et nullement remise en cause par la pratique³ ; d'autre part, et en contrepartie, les États « *ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres États ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale* ». Ce principe, dit d'utilisation non-dommageable du territoire ou « *no harm principle* » dans la *lingua franca* du droit international contemporain⁴, fut réitéré lors de deux Déclarations successives adoptées dans le cadre des Nations Unies ; l'une à Stockholm en 1972, sur l'environnement humain (principe 21)⁵, l'autre à Rio,

en 1992, sur l'environnement et le développement⁶. La Cour internationale de Justice avait déjà, lors de son premier arrêt, dans l'affaire du Détroit de Corfou, énoncé le même principe, inspiré par des « *considérations élémentaires d'humanité* »⁷. C'était en 1949. En 1996, la Cour reconnaissait pour la première fois, dans un avis consultatif,⁸ que le principe 21 de Stockholm faisait désormais partie du droit international coutumier, lequel, faut-il le rappeler, est obligatoire. D'autres juridictions ou cours arbitrales devaient par la suite se référer au même principe, tels le Tribunal du droit de la mer en 2015⁹ ou un tribunal arbitral en 2016 dans le différend entre les Philippines et la Chine, relativement à la délimitation maritime en mer de Chine méridionale¹⁰. Le Brésil est, en outre, partie à la Convention de l'UNESCO pour la Protection du Patrimoine Mondial au titre de laquelle six millions d'hectares de la forêt amazonienne sont désignés, ce qui signifie qu'ils sont placés sous un régime assez strict de contrôle quant à la sauvegarde de leur intégrité.

3 - Au plan régional, le Brésil a également souscrit à un certain nombre d'engagements, en particulier, dans le cadre du traité de coopération amazonienne (OTCA) prévoyant notamment des actions collectives de protection et de surveillance de la forêt amazonienne. C'est dans le même cadre qu'a été adoptée la déclaration de Tena, en décembre 2017, laquelle reconnaît l'importance mondiale du système écologique de l'Amazonie¹¹.

1. Le Brésil comporte sur son territoire 60% de la forêt amazonienne, par ailleurs distribuée entre la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, la Guyane, le Pérou, le Surinam, le Venezuela et la Guyane française, département français depuis 1945.
2. On entend par là en dehors de tout cadre conventionnel, donc en droit coutumier, même si on citera aussi, dans la suite de ce bref article, quelques-uns des traités pertinents auxquels le Brésil est partie.
3. Résolution 3291 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, dite Charte des droits et devoirs économiques des États. V. commentaire M. Virally, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1974, pp. 57-77.
4. V. P.-M. Dupuy et J. Vinuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Second Ed. 2018, pp. 63-66.
5. Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain. Voir commentaire A.Ch. Kiss et J.D. Sicault, *AFDI*, 1972, pp. 603-628.

6. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (article 2). V. J. Vinuales, *The Rio Declaration on Environment and Development, A Commentary*, Oxford University Press, 2015 (720p), partie. chapitres 2 et 6.
7. CIJ, Arrêt, *Affaire du détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), 1949, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-FR.pdf>.
8. CIJ, Avis consultatif sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>.
9. Tribunal du droit de la mer, Avis consultatif du 2 avril 2015 sur la demande soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRPA), https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advisory_opinion_published/2015_21_advop-F.pdf.
10. Cour permanente d'arbitrage (CPA), Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, sentence du 12 juillet 2016.
11. Les pays membres de l'Organisation du traité de coopération amazonienne « *réitéran el papel fundamental que la Amazonia cumple en la preservación del equilibrio ecosistémico global y en la mitigación y la adaptación a los efectos del Cambio Climático* » [« réitérent le rôle fondamental que joue l'Amazonie dans la préservation de l'équilibre global comme dans l'atténuation et l'adaptation des effets du changement climatique »]. Cette déclaration n'est pas dépourvue de portée juridique à l'égard du Brésil qui, lié par elle, ne peut prétendre ignorer l'importance mondiale de l'aire amazonienne, largement majoritaire, qui se trouve sur son territoire.

4 - De plus, la forêt amazonienne n'intéresse pas seulement la faune et la flore ; elle constitue aussi, l'habitat traditionnel d'une importante population autochtone dont les droits inaliénables, à commencer par le droit à la vie (et pas seulement à la survie) font l'objet de protection spéciale mais s'inscrivent d'abord tout simplement au rang des droits humains par définition non dérogeables. A l'échelle régionale et en liaison directe avec la protection de l'environnement dans la région amazonienne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme est à cet égard l'auteur d'une jurisprudence déjà abondante¹² ; elle marque notamment les limites des droits d'exploitation des zones forestières dont disposent les États concernés. A l'échelle universelle, enfin, il n'est pas indifférent de noter que le Brésil a ratifié la convention n° 169 de l'OIT concernant « *les peuples indigènes et tribaux* » laquelle fait obligation à ses États parties de protéger l'habitat des populations concernées¹³.

5 - L'obligation d'utilisation non-dommageable du territoire ou « *no harm principle* » s'applique à tous les milieux, y compris bien entendu aux massifs forestiers. C'est aussi ce qu'affirme la convention sur la diversité biologique, elle-même souvent appelée « *Convention de Rio* », puisqu'elle y fut adoptée lors du même Sommet de la Terre en 1992¹⁴. Cette convention intéresse particulièrement la protection de la forêt amazonienne, plus grande réserve de biodiversité au monde. Une autre convention adoptée à Rio lors du même sommet, relative aux changements climatiques, prévoit la gestion rationnelle des « *puits et réservoirs de tous les gaz à effet de serre* » dont en particulier les forêts¹⁵. Pour sa part, l'Accord de Paris de 2015 sur le climat¹⁶ invite explicitement les États parties (article 5) à renforcer ces mêmes puits et réservoirs de gaz à effet de serre. On sait par ailleurs combien l'organe d'experts des Nations-Unies sur les changements climatique (GIEC) a souligné dans ses rapports successifs, y compris celui adopté au mois d'août dernier à Genève, le rôle essentiel que jouent les forêts dans l'absorption des gaz à effet de serre¹⁷. Or, selon les observations par satellite faites par l'organe d'experts brésiliens qu'est l'Institut national de la recherche spatiale (INPE) et rapportées par la presse¹⁸, la déforestation amazonienne au Brésil aurait progressé de 278 % par rapport au même mois en 2018. Au total, plus de 4.700 km² de la forêt primaire brésilienne ont été déboisés depuis le mois de janvier de cette année. La réalité et l'importance du dommage ainsi causé à une ressource déjà très éprouvée de longue date par la surexploitation paraît certaine, notamment sur la base des constats énoncés dans le récent rapport du GIEC sur la gestion des sols. Alors, que faire ?

6 - Face à des faits illicites de cette dimension, le réalisme incite à constater qu'une action en responsabilité devant la Cour internationale de Justice ne serait pas forcément aisée, fut-elle engagée par un ou plusieurs États codétenteurs de cette « *ressource*

naturelle partagée »¹⁹, ou, plus largement, par d'autres États parties à une des conventions internationales auxquelles le Brésil est partie. Une telle initiative se heurterait en effet, en l'état actuel du droit international en ce domaine, à plusieurs difficultés. Aucune n'est insurmontable mais toutes sont conséquentes. En effet, au-delà même de l'établissement des conditions de compétence de la Cour ou d'un tribunal arbitral, lesquelles supposent le consentement de l'État mis en cause, il ne faut pas dissimuler la difficulté pratique d'établissement des preuves ; notamment celle d'une corrélation directe et quantifiable entre les décisions politiques opérées par le pouvoir brésilien actuel, les effets dévastateurs sur la forêt et la dégradation du climat mondial comme de la diversité biologique. Une telle dégradation, à laquelle ont contribué une multitude de facteurs, est, de toute façon d'ores et déjà largement entamée. A ces obstacles techniques s'en ajouterait un autre, de caractère politique : beaucoup d'États craignent, en effet, qu'une action en responsabilité de ce type se retourne un jour ou l'autre contre eux en créant un précédent. Pendant ce temps-là, la forêt brûle.

7 - Le droit international tel qu'il existe fournit cependant d'autres procédures utiles : parmi elles, la demande d'un avis consultatif à la CIJ par l'Assemblée générale à la majorité requise qui est une majorité simple des États membres de l'ONU présents et votants ; ceci, afin de permettre à la Cour de préciser quelque peu la qualification juridique de l'espace amazonien, à la fois situé sur le territoire national de neuf États, et reconnu, y compris par le Brésil, comme doté d'une importance mondiale pour la régulation du climat de la planète entière ; afin, également, de préciser encore les conditions dans lesquelles les principes précédemment décrits ainsi que quelques autres (prévention et précaution en particulier) pourraient être appliqués à la gestion de la forêt amazonienne. On pourrait également demander à la Cour comment établir la « *balance des intérêts* » en présence, celui du Brésil à son propre développement étant, bien entendu, lui aussi incontestable.

8 - On a déjà beaucoup parlé dans la presse d'étendre la « *responsabilité de protéger* » (R2P) à la sauvegarde de l'environnement en détresse, voire de considérer que le type d'action commise par le Brésil en Amazonie constitue un « *écocide* », autorisant une action internationale, y compris sous l'égide du Conseil de sécurité (de toute façon requis, si on invoque la R2P dans le cadre des Nations Unies). D'autres ont préconisé que la forêt amazonienne soit dotée d'une personnalité juridique propre, autorisant sa défense en s'affranchissant des aléas de la souveraineté d'un seul. Ces propositions sont toutes stimulantes et inspirées par une généreuse indignation. Il n'est pas impossible qu'à terme, certaines d'entre elles puissent prospérer, sans toutefois que l'appel à la « *responsabilité de protéger* », même si cela sonne très bien, soit la plus réaliste. Supposant un vote à la majorité qualifiée des membres permanents du Conseil de sécurité pour être mise en œuvre, ce qui suppose aussi qu'on établisse un lien substantiel entre atteinte à l'environnement et menace contre la paix et la sécurité internationales, la « *R2P* » a du plomb dans l'aile depuis qu'elle a été invoquée par le Conseil de sécurité pour décider de l'intervention en Libye en 2011²⁰ ; par ailleurs, ni la Russie ni la Chine, au sein du Conseil de sécurité ni les pays en développement à l'Assemblée générale n'accepteraient dans l'immédiat l'extension de la « *responsabilité de protéger* » au domaine de la protection de l'environnement, voyant dans une initiative de ce type une entreprise des pays occidentaux pour entraver ou contrôler leur « *souveraineté permanente* » sur leurs ressources naturelles.

12. L'arrêt de principe en la matière est celui intervenu dans l'affaire *Mayagua (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, arrêt du 31 août 2001, Séries C N°79. Il fut suivi et confirmé par une série d'arrêts ultérieurs. Sur cette notion, voir P.-M. Dupuy et J. Vinuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, Second Ed. 2018, pp. 371 et s.

13. https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314.

14. <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>.

15. <https://www.unfccc.int/resource/docs/convkp/convfr.pdf>.

16. https://www.unfccc.int/sites/default/files/french_pari_agreement.pdf.

17. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/08/2019-PRESS-IPCC-50th-IPCC-Session_fr.pdf.

18. V. notamment, feux de forêt en Amazonie trois questions sur ces feux qui détruisent le poumon vert de la planète, Ouest-France, 22 août 2019, <https://www.ouest-france.fr/environnement/feux-de-foret-en-amazone-trois-questions-sur-ces-feux-qui-detruisent-le-poumon-vert-de-la-planete-6488326>.

19. Sur cette notion, voir P.-M. Dupuy, *AFDI* 1978, pp. 866-889.

20. Résolution 1973 du Conseil de sécurité du 17 mars 2011.

9 - L'expérience directe de la diplomatie multilatérale incite à penser que les souverainetés, du Sud comme du Nord, n'abdiquent pas volontiers les privilèges qu'elles détiennent en application du droit. Or, pour reprendre une expression récemment employée, « *c'est la maison qui brûle* ». Le paradoxe est alors que, pour aller plus vite ou moins lentement, il ne faille pas heurter de plein fouet les États les plus directement intéressés mais les persuader de coopérer, dans l'intérêt de tous y compris le leur. L'invocation de nouveaux concepts mobilisateurs n'est pas à proscrire et une révolution normative est sans doute possible à terme ; mais la révolution est souvent une longue patience. Pour l'instant, rien ne permet encore d'espérer que les délégations nationales à la session prochaine de l'Assemblée générale de l'ONU soient déjà prêtes à célébrer la nuit du 4 août.

10 - Dans ce domaine comme dans d'autres, c'est une active coopération multilatérale, des idées nouvelles et un dialogue quasi permanent qui doivent en premier lieu inspirer l'action

concertée pour la sauvegarde et l'entretien d'une ressource commune d'importance essentielle pour l'humanité. Il ne s'agit donc pas de chercher un bouc émissaire mais, compte tenu de l'urgence de la situation, d'encourager au plan international les discussions et négociations nécessaires, dont certaines sont déjà en cours, pour sauvegarder cet environnement d'importance vitale à l'échelle globale.

11 - Ce qu'il est important de réaffirmer dès à présent est que le droit, en son état actuel et malgré ses imperfections, offre un fondement d'action, au juge consultatif sans doute, mais aussi aux diplomates. C'est aussi de persuader l'opinion, de plus en plus mobilisée pour la sauvegarde du climat, que ce même corps de droit existe, qu'il peut être efficace et qu'elle peut invoquer son application. Face à la montée des populismes, il est temps de rappeler à tous que le droit international, lui aussi, est un patrimoine commun de l'humanité. ■

8 Le Pacte mondial pour l'environnement au secours de l'humanité



Laurent FABIOUS,
Président de la COP21

1 - Face à l'urgence écologique, une union de toutes les forces disponibles s'impose. Avec une place particulière pour le droit, appelé à orienter les actions humaines dans une direction soutenable pour la nature et pour l'humanité tout entière. Preuve que la matière juridique fait l'objet d'une attention grandissante, le nombre de contentieux déclenchés au cours de la dernière décennie pour faire rempart aux désastres causés à l'environnement par l'homme n'a cessé d'augmenter. Dans le seul domaine climatique¹, on dénombrait fin 2019 près de 1 500 affaires dans le monde. Fréquemment, la saisine du juge est motivée par la volonté d'accélérer et de renforcer les transformations du droit jugées nécessaires pour lutter contre le péril planétaire. Lorsque le juge innove, sa décision fait souvent le tour du monde, tant les acteurs de la protection de l'environnement ont en partage la recherche de fondements juridiques solides pour une nouvelle justice de l'environnement. Tel est notamment le cas de l'affaire Urgenda, dans laquelle le juge néerlandais, à tous les degrés d'instance, a ordonné à l'État néerlandais de réduire ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % d'ici 2020 par rapport à 1990. Dans sa décision du 20 décembre 2019, la Cour suprême des Pays-Bas a insisté sur la responsabilité de l'État de lutter contre le changement climatique, elle a écarté l'argument qui prospérait jusque-là dans ce type de contentieux, en particulier aux États-Unis, selon lequel un État ne saurait être tenu responsable des conséquences d'un phénomène global causé par l'action cumulée de tous les États du monde.

2 - Que nous enseignent ces appels en direction des juges ? Le souhait que le droit positif, national et international, soit mis à niveau pour relever les défis environnementaux, alors qu'il est souvent dispersé, imprécis, assez peu exigeant. En tout état de cause, face à des problèmes par nature transfrontaliers, une réponse globale claire et harmonisée est souhaitable. La nouvelle Commission européenne l'a compris, qui a posé récemment les bases d'un Pacte vert pour l'Europe, doté d'un volet juridique ambitieux. Ce Pacte vert envisage d'accroître le suivi de la mise en œuvre des politiques et législations européennes afin de s'assurer que les objectifs environnementaux sont atteints, et d'améliorer l'accès au juge pour les citoyens et les ONG qui souhaitent discuter la légalité des décisions comportant un impact sur l'environnement.

3 - Dans une telle logique d'approfondissement du droit et dans le prolongement de l'adoption en 1966 à l'ONU des deux Pactes internationaux visant à renforcer, l'un, les droits civils et politiques, l'autre, les droits économiques, sociaux et culturels, l'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement en faveur des droits environnementaux serait souhaitable. Une telle propo-

sition se justifie d'autant plus que l'on constate que l'Accord de Paris, adopté en 2015 à l'occasion de la COP21 et dépourvu d'un système de sanctions, n'est malheureusement pas respecté par nombre d'États signataires. Dans un tel contexte, l'engagement en faveur d'un Pacte mondial pour l'environnement vise à relever les défis environnementaux auxquels nous sommes désormais sensibilisés par les scientifiques et à répondre aux attentes des citoyens en faveur d'un plus grand respect de l'homme à l'égard de la nature. Si l'histoire (1) et les principaux axes (2) du Pacte mondial pour l'environnement montrent que, malgré les obstacles, beaucoup y sont favorables, la gravité et l'urgence des problèmes écologiques doivent conduire à mobiliser davantage afin d'en permettre la réussite (3).

1. L'histoire du Pacte

4 - En 2016, nommé, après quatre années à la tête du Quai d'Orsay, à la Présidence du Conseil constitutionnel, j'ai été invité à soutenir le projet d'un Pacte mondial pour l'environnement. Un réseau international d'experts juridiques de premier plan y a travaillé pendant plusieurs mois.

5 - En juin 2017, 40 de ces juristes se sont réunis, sous ma présidence, pour élaborer un projet de texte. Celui-ci a été dévoilé lors d'une Conférence à la Sorbonne, en présence de personnalités impliquées dans la protection de l'environnement – parmi lesquelles Ban Ki-Moon, Mary Robinson, Nicolas Hulot, Anne Hidalgo, Arnold Schwarzenegger. L'événement a été conclu par le soutien du Président Macron au projet de Pacte et par son engagement à le présenter à l'ONU. Présentation qui en a été faite dès septembre 2017 aux Nations unies.

6 - Le 10 mai 2018, l'Assemblée générale a voté une première résolution² établissant un groupe de travail pour discuter du projet de Pacte et demandant au Secrétaire général de présenter un rapport sur la question d'ici la fin 2018. Cette résolution a été approuvée par 143 voix contre 5 ; les 5 États qui ont voté contre étant la Russie, la Syrie, la Turquie, les Philippines et les États-Unis.

7 - En décembre 2018, le Rapport du Secrétaire général des Nations unies sur l'état actuel du droit international a été publié³. Ce rapport a souligné que, malgré l'existence de plus de 500 textes internationaux en la matière, la protection de l'environnement restait insuffisante en raison notamment du

2. Rés. 72/277, *Vers un pacte mondial pour l'environnement*, A/RES/72/277 (10 mai 2018).

3. AGNU, *Lacunes du droit international de l'environnement et des textes relatifs à l'environnement : vers un pacte mondial pour l'environnement*, Rapport du Secrétaire général, A/73/419 (13 décembre 2018).

1. Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School, New-York.

manque de cohérence, de contrôle et d'application de ces règles. Afin de combler ces lacunes, le rapport recommande, entre autres, une harmonisation du droit international de l'environnement par l'adoption d'un traité international regroupant les principes fondamentaux dans ce domaine afin de les clarifier et de les renforcer. Ce rapport a ouvert la voie à la perspective d'un Pacte mondial pour l'environnement.

8 - En mai 2019, le groupe de travail a formulé un certain nombre de recommandations de fond reprises dans la Résolution de l'AGNU du 30 août 2019⁴, dont celle de « reconnaître le rôle des débats sur les principes du droit international de l'environnement dans le renforcement de l'application de ce dernier, en prenant également note des travaux en cours dans le cadre de la Commission du droit international concernant les principes généraux du droit ». Le groupe de travail a également recommandé la préparation d'une « déclaration politique » qui serait élaborée dans le cadre de l'Assemblée des Nations unies pour l'Environnement de février 2021 en vue de son adoption à l'occasion d'une réunion de haut niveau de l'ONU dans le contexte des 50 ans de la Conférence de Stockholm en 2022. De telles recommandations peuvent en effet être utiles, même si elles ne permettent pas de respecter totalement l'ambition initiale donnant priorité à l'adoption d'un texte de codification des règles communes existantes et principes innovants du droit de l'environnement.

2. Les grands axes du projet de Pacte

9 - Le Pacte mondial pour l'environnement vise à dépasser les insuffisances avérées des conventions sectorielles, caractéristiques d'un droit international de l'environnement « en silos » et à faible force normative. Il propose de le faire par une codification des principes du droit de l'environnement dans un instrument international transversal ayant force obligatoire. Le Pacte a vocation à réunir dans un texte général – « Umbrella Agreement » – les principes du droit de l'environnement dispersés dans les conventions sectorielles. Ce faisant, il entend fournir un socle de droit commun accessible et lisible par tous. Cela permettrait, par exemple, une reconnaissance générale des principes de précaution et de prévention sans distinction des milieux naturels concernés.

10 - Le Pacte fournit également l'occasion de consacrer des principes innovants, tels que le principe de non-régression. Ce dernier signifie que, si des changements législatifs nationaux interviennent dans le domaine de l'environnement, ils ne devront pas aboutir à un recul global par rapport au niveau antérieur de protection. Un autre principe innovant est celui de l'accès à la justice en matière environnementale. En souscrivant au Pacte, les pays signataires s'engageraient, si ce n'est déjà le cas, à créer dans leur droit interne un dispositif garantissant l'exercice d'un tel droit. Ensuite, chacune des mises en œuvre nationales pourra être distincte, l'important étant la finalité, c'est-à-dire l'effectivité d'un accès au juge et notamment son accessibilité financière. Le Pacte constitue une illustration d'une autre évolution importante du droit contemporain en ce qu'il reconnaît la place des acteurs non étatiques dans la protection de l'environnement et le développement durable, acteurs tels que la société civile, les décideurs économiques, les villes ou les régions. A cet égard, le rôle des villes par exemple dans l'urbanisme durable, l'écomobilité et la gestion des déchets est essentiel. Quant au mouvement « Fridays for future » incarné depuis

plus d'un an par la jeune Greta Thunberg, il montre l'importance de la mobilisation de la jeunesse en faveur de la protection de l'environnement.

11 - Les principes inclus dans le Pacte pourront avoir un contenu à portée juridique différenciée : certains créeront des obligations de résultat à l'égard des Parties comme le devoir de prendre soin de l'environnement, d'autres fixeront des obligations de moyens à l'image des objectifs d'éducation ou de formation assignés aux Parties « dans toute la mesure du possible ».

12 - A la différence des nombreuses déclarations existantes en matière environnementale, le projet de Pacte mondial pour l'environnement marquerait donc un progrès global du droit international de l'environnement par les effets juridiques tangibles qu'il produirait. La question de sa force juridique a pu être à l'origine de certaines crispations ou quiproquos. Ces discussions sur la nature exacte du texte ne devraient toutefois pas conduire à un blocage du processus d'adoption d'un tel instrument juridique compte tenu de la gravité des périls environnementaux.

3. La nécessité de se mobiliser davantage

13 - Certains États ont manifesté des doutes, voire des réticences à l'égard du projet de Pacte sur plusieurs points. L'argument invoqué par les États plutôt tentés par l'unilatéralisme est la menace que ferait peser le droit international sur leur souveraineté. Mais l'urgence écologique mondiale ne va pas disparaître par elle-même, sans intervention des États ! Le Pacte constituerait un risque de régression pour les principes généraux du droit de l'environnement et dès lors, pour le niveau général de protection de l'environnement : l'argument apparaît sans fondement. Au contraire, l'objectif du Pacte est de contribuer à la consolidation et à la dissémination des principes du droit de l'environnement vers une meilleure protection de l'environnement et des générations futures.

14 - L'adoption d'un tel instrument serait bénéfique pour les citoyens, pour les entreprises et pour les États. Pour les citoyens, en renforçant la garantie de leurs droits environnementaux vis-à-vis des États. Pour les entreprises, en permettant de créer un espace normatif cohérent où des règles environnementales communes s'appliquent à tous, en facilitant le respect de la responsabilité sociale et environnementale, en renforçant la prévisibilité et la sécurité juridiques. Pour les États, ce texte international s'inscrirait dans une dynamique normative favorable à la protection de l'environnement, tout en respectant l'Agenda 2030 sur les objectifs de développement durable et les spécificités locales notamment culturelles et économiques.

15 - Un autre argument est parfois présenté à l'encontre du Pacte, selon lequel il risquerait de réduire l'effectivité des conventions sectorielles. Tel n'est pas le cas. Le rôle du Pacte ne sera pas de se substituer aux conventions sectorielles mais de les compléter et même d'en faciliter la mise en œuvre, conformément à la règle bien connue : *specialia generalibus derogant*. D'ailleurs, si la méfiance persistait, il suffirait de prévoir un article dans le Pacte qui règle expressément cette question d'articulation.

16 - La nécessité d'avancer sur le terrain juridique s'impose d'autant plus qu'il y a urgence à sauvegarder les conditions d'une vie décente sur notre Planète. Les experts français dont les travaux serviront de référence au prochain rapport du GIEC ont récemment annoncé que, si rien n'était fait pour limiter les émissions de gaz à effet de serre, le réchauffement climatique pour-

4. Rés. 73/333, Suite à donner au rapport du groupe de travail spécial à composition non limitée créé en application de la résolution 72/277 de l'Assemblée générale, A/RES/73/333 (30 août 2019).

rait atteindre jusqu'à 6°C à 7°C d'ici la fin du siècle⁵. Les chiffres de +1,5°C et +2°C de l'Accord de Paris ne seraient pas seulement dépassés, ils seraient pulvérisés, avec les conséquences dramatiques qui en résulteraient. Les récents incendies massifs en Australie sont une manifestation de plus du réchauffement climatique. Dans le domaine de la biodiversité, l'IPBES, ce « GIEC de la biodiversité », a montré que le déclin massif de la vie sauvage met en danger les conditions de vie des populations⁶. La Terre subit sa 6^e extinction de masse. Les disparitions d'espèces se produisent à un rythme sans équivalent depuis l'extinction des dinosaures il y a 66 millions d'années. Comme le montre une étude publiée en 2018 dans la revue scientifique *Nature Climate Change*, tout est lié⁷. Les effets de synergie des aléas environnementaux sont soulignés, qui, en se combinant, exercent des conséquences encore plus graves sur la société. L'effet d'effondrement devient alors possible, du fait de l'interdépendance des composantes de la nature. A titre d'exemple, les incendies en Australie auraient causé la disparition de plus de 500 millions d'animaux.

17 - Le Pacte pour l'Environnement devrait exercer un impact économique positif. La Chambre de commerce internationale soutient cette initiative. Beaucoup d'entreprises se sont déjà spécialisées dans des activités vertes rentables telles que l'industrie des énergies renouvelables. A l'inverse, les investissements dans l'économie carbonée s'avèrent de plus en plus risqués. Le risque de « bulle carbone » a clairement été identifié par de nombreux spécialistes dont le gouverneur de la banque d'Angleterre Mark Carney, qui alertait dès 2015 sur le risque grandissant d'effondrement du système financier si la transition énergétique

n'était pas dirigée de façon ordonnée vers une réduction de son appui aux projets polluants⁸. Au-delà, le Pacte comporterait également une utilité en matière de négociations d'accords commerciaux. La question des clauses environnementales constitue souvent une source de tensions que l'adoption du Pacte permettrait d'apaiser, en assurant aux États, en amont des négociations, davantage de lisibilité et de prévisibilité sur le contenu et la portée des clauses discutées. Formellement, les accords commerciaux à venir pourraient alors renvoyer au Pacte pour ce qui concerne leur volet environnemental.

18 - Le cinquantième anniversaire de la déclaration de Stockholm en 2022 pourrait être l'occasion, après un dialogue approfondi, de renforcer la mobilisation en faveur d'un tel projet. L'adoption, en matière environnementale, d'un langage commun des États, respectueux cependant de certaines spécificités notamment culturelles, va dans le sens de l'histoire. Un exemple récent montre qu'une telle voie est possible : l'accord régional sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes qui a été adopté à Escazú (Costa Rica) le 4 mars 2018. Ce texte qui possède force obligatoire est le premier accord sur l'environnement adopté par la région Amérique latine et Caraïbes. Signé par 24 États dont le Brésil, il contient des principes de droit de l'environnement ambitieux, tels que le droit de vivre dans un environnement sain, le principe de non-régression, le principe de précaution ou celui d'équité intergénérationnelle.

19 - Face aux menaces environnementales et notamment à l'urgence climatique, nous sommes entrés dans une ère de nécessaire mobilisation. L'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement soulève des résistances mais elle pourrait constituer une étape décisive en faveur de la reconnaissance d'un principe de respect de l'humanité à l'égard du vivant.■

5. CNRS, *Les deux modèles de climat français s'accordent pour simuler un réchauffement prononcé*, 17 septembre 2019.

6. IPBES, 6^e session plénière, 17 au 24 mars 2018, Medellin (Colombie).

7. Camilo Mora and alii., *Broad threat to humanity from cumulative climate hazards intensified by greenhouse gas emissions*, *Nature Climate Change*, 19 november 2018.

8. M. Carney, *Breaking the tragedy of the horizon – climate change and financial stability*, speech at Lloyd's of London, 29 september 2015.

9 Entretien RJSP – Les droits de la nature



Jeannette FÉMÉNIA,
magistrat administratif,
première conseillère,
cour administrative d'appel de Marseille

1. La nature est-elle déjà appréhendée aujourd'hui comme un sujet de droit ? Quelles sont les principales occurrences de cette idée de personnalisation de la nature en droit positif ?

1 - Il est possible effectivement de citer de façon assurément non exhaustive, quelques dates qui forment en quelque sorte l'arrière-plan de l'institution des droits de la nature. Elles représentent quelques unes des consécutions les plus significatives de cette idée de personnalisation de la nature, aussi bien au niveau des textes de loi qu'au niveau des décisions de justice.

Le droit progresse toujours d'abord par des textes de soft law – des textes symboliques – qui font avancer les mentalités, puis, dans un deuxième temps, ces avancées reçoivent une consécration en droit positif. On peut par exemple citer :

2 - La Charte mondiale de la nature, par laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies proclame pour la première fois le 28 octobre 1982 la valeur intrinsèque de la nature.

3 - Un pas de plus est franchi au plan national cette fois avec l'inscription dans le préambule de la Constitution de l'Équateur, adoptée en 2008, de la personnalité juridique de la nature et l'attribution à la « Pachamama »¹ de divers droits : existence, maintien, régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions, de ses processus évolutifs, droit à la restauration en cas de préjudice, et faculté de toute personne, communauté, peuple ou nation d'en appeler aux pouvoirs publics afin de faire respecter ces droits de la nature. Pour la première fois, un texte constitutionnel accorde des droits subjectifs à la nature : en tant que telle et dans son ensemble, elle devient une personne juridique, au même titre que les personnes dites « naturelles » et les personnes morales.

4 - C'est au nom de ce droit de la nature que la société Chevron-Texaco a été condamnée en 2013 à une amende record de 9,5 milliards de dollars pour des dégâts commis dans la forêt amazonienne et les peuples autochtones (une sanction qui n'est toujours pas exécutée à ce jour, la société a retiré ses actifs d'Equateur).

5 - La Bolivie emboîte le pas à l'Équateur, deux ans plus tard en 2010, en adoptant une loi sur les droits de la « Terre Mère », qui envisage tous les bénéfices de la nature pour elle-même et pas seulement pour les services qu'elle rend à l'être humain.

6 - Adoptée en 2010 lors de la Conférence mondiale sur le changement climatique et les droits de la Terre, la « Déclaration universelle des droits de la Terre Mère », consacre à une échelle internationale les droits de la nature.

7 - Et, le 20 mars 2017, le fleuve Whanganui a été reconnu « entité vivante ayant le statut de personne morale » par le Parlement Néo-Zélandais². À l'instar des personnes mineures, il s'est vu affecter deux tuteurs légaux qui défendront ses intérêts.

8 - La nature sujet de droit, ce n'est pas un simple artifice rhétorique, elle donne lieu à plusieurs procédures judiciaires. Parmi les plus retentissantes, on peut citer :

9 - Le cas du Gange et l'un de ses affluents, la rivière Yamuna, tous deux sacrés pour les hindous, qui entretiennent une relation spirituelle profonde d'adoration et de respect avec ces entités naturelles, qui sont devenues des sujets de droit par une décision prise par la Haute Cour de l'État himalayen de l'Uttarakhand³.

10 - On peut évoquer également, l'action du collectif citoyen Urgenda, qui a conduit à ce que l'État néerlandais a été reconnu responsable de sa mauvaise politique climatique, une première mondiale⁴. En 2015, le collectif Urgenda a ainsi porté plainte contre le gouvernement des Pays-Bas pour « carence fautive ». L'ONG Urgenda et 800 citoyens néerlandais accusaient le gouvernement de ne pas agir suffisamment contre le changement climatique et de mettre en danger les générations futures. Non seulement la plainte a été déclarée recevable par le juge – c'est la première fois au monde qu'une question climatique passait le cap de la recevabilité –, mais qui plus est, le gouvernement des Pays-Bas a été condamné à revoir ses engagements sur les émissions de gaz à effet de serre.

11 - Au Pakistan, toujours en 2015, un agriculteur a saisi la Haute Cour de justice de Lahore au motif que la passivité du ministre pakistanais du changement climatique portait atteinte à « ses droits fondamentaux »⁵. Le Pakistan est en effet l'un des pays les plus affectés par le réchauffement climatique – inondations, sécheresses intenses... –, qui met en péril la production agricole dont dépend la moitié de la population pour sa survie. La Haute Cour a donné raison à l'agriculteur, estimant que le

1. Le terme Pachamama peut se traduire par « Terre mère », pacha signifiant en aymara et quechua « terre », « cosmos », « temps » et « espace », et mama, « mère » (Wiktionary.org).

2. E. Pattée, Nouvelle-Zélande : les droits et devoirs du fleuve Whanganui, Libération, 28 mars 2017 (https://www.liberation.fr/debats/2017/03/28/nouvelle-zelande-les-droits-et-devoirs-du-fleuve-whanganui_1558950).

3. AFP, Inde : le Gange doté d'une personnalité juridique, Geo, 21 mars 2017 (<https://www.geo.fr/environnement/inde-le-gange-dote-d-une-personnalite-juridique-172052>).

4. M. Fauchier-Delavigne et S. Roger, Aux Pays-Bas, le premier jalon historique d'une justice climatique, Le Monde, 24 juin 2015 (https://www.lemonde.fr/planete/article/2015/06/25/la-justice-condamne-les-pays-bas-a-agir-contre-le-rechauffement-climatique_4661561_3244.html).

5. J. Bouissou, Après les Pays-Bas, la justice pakistanaise vole au secours du climat, Le Monde, 2 octobre 2015 (https://www.lemonde.fr/climat/article/2015/10/03/apres-les-pays-bas-la-justice-pakistanaise-vole-au-secours-du-climat_4782040_1652612.html).

gouvernement n'avait pris aucune mesure concrète pour mettre en place la politique nationale d'action sur le climat annoncée en 2012.

12 - Aux États-Unis enfin, l'organisation « *Our Children's Trust* », qui lutte pour le droit des générations futures à un environnement vivable, a vu pour la première fois en 2016 l'une de ses actions avalisée par la justice dans l'État de l'Oregon⁶.

13 - En Europe cependant, les droits de la nature sont encore à venir. Mais avec une conférence qui s'est tenue en mars 2017 au Parlement européen, l'Union Européenne (UE) rattrape la tendance internationale et commence à se pencher, timidement certes, sur les possibilités d'adoption de ces droits.

2. Quelles évolutions cette personnalisation de la nature induit-elle selon vous d'un point de vue conceptuel ou d'un point de vue de la théorie du droit ?

14 - Avant toute réflexion normative, il convient d'observer que pas plus qu'aucune autre création juridique, cette institution ne peut être détachée du contexte qui lui a donné naissance. Ces décisions judiciaires assez spectaculaires et ces législations qui accordent la personnalité juridique à des entités naturelles qui n'ont rien d'humaines sont incontestablement symptomatiques d'une réalité contextuelle qui s'impose à nous avec urgence et violence : je veux bien évidemment parler des bouleversements bien visibles sur le climat et la biodiversité. Nous sommes tous globalement affectés par l'accroissement de la gravité des perturbations, des pollutions, du dérèglement climatique et du déclin de la biodiversité.

15 - Une telle appréhension ne peut s'affranchir de conséquences canoniques conduisant nécessairement à envisager la question de la personnalisation de la nature dans une dimension théorique et éthique.

16 - En ce sens, on ne peut pas, me semble-t-il, se contenter de dire avec un certain scepticisme que cette question de la personnalisation juridique de la nature répond seulement à un souci de rendre justice aux traditions, coutumes et autres droits collectifs des communautés autochtones vivant en symbiose avec les milieux naturels et développant à leur égard une responsabilité continue. Je considère qu'elle traduit en réalité, d'un point de vue épistémologique, une véritable évolution du droit, c'est en ce sens qu'il convient de parler de changement de paradigme. Là où le droit anthropocentrique, encore à l'œuvre, répond à une idée de plus en plus obsolète de séparation entre les sociétés humaines et une nature à disposition, le droit biocentrique émergent et prenant appui sur les droits de la nature, est quant à lui plus adéquat à l'idée d'une inclusion de l'espèce humaine dans la communauté vivante.

Plus précisément, de ce point de vue de la théorie du droit, les droits de la nature reposent sur trois principaux arguments fondateurs :

- les droits de la nature doivent permettre de réaliser un rééquilibrage de la protection juridique en faveur de la nature ;
- les droits de la nature doivent imposer une limite au droit de propriété ;
- l'attribution de droits subjectifs à la nature a pour ambition de réaliser la conversion d'un droit anthropocentrique à un droit biocentrique.

17 - Sur le premier argument, il ne fait guère de doute en effet, que l'institution des droits de la nature doit permettre de réaliser un rééquilibrage de la protection juridique en faveur de la nature. Là où seuls les intérêts humains sont pris en compte, les intérêts des non-humains sont nécessairement désavantagés. C'est donc l'idée de dire que le caractère anthropocentrique du droit se traduit par un déséquilibre des forces préjudiciable à la nature. Ce raisonnement du rééquilibrage de la protection juridique s'inspire de la logique du droit moderne : là où un authentique droit subjectif est reconnu, celui-ci s'impose et seul un droit peut en principe borner l'existence d'un autre droit.

18 - Dans cette idée, la personnalisation de la nature n'est qu'un artifice juridique pour mieux protéger la nature, lui imputer une capacité d'action juridique, pour lui reconnaître des droits et des devoirs parfaitement modulables, et pour lui attribuer un patrimoine que la société juge collectivement souhaitable d'instituer en personne juridique.

19 - À un second degré d'analyse, nous trouvons une autre argumentation qui consiste à dire que les droits de la nature doivent imposer une limite au droit de propriété. La prévalence des droits humains sur les intérêts de la nature et sur l'intérêt général se fait particulièrement sentir du fait de l'appropriation des espaces et des ressources naturelles. Or cette situation qui conduit à la destruction généralisée de la nature nuit à l'humanité.

20 - On retrouve ici la notion théorique de collectivité, qui met un frein à la façon dont le droit moderne s'est construit jusqu'à présent, à savoir sur une démarche d'individualisation.

21 - Dans cette perspective, il s'agirait donc moins de reconnaître des droits à la nature – selon encore une fois une conception occidentale du droit qui conduit à un enjeu de pouvoir, une séparation, un dualisme et nécessairement une hiérarchisation des droits, après le primat accordé à l'homme, le primat accordé à la nature –, mais plutôt de protéger un avoir partagé d'une vision mercantiliste.

22 - Tout ce raisonnement, on le retrouve également aujourd'hui dans la notion de droits de troisième génération, c'est-à-dire, des droits dits de solidarité, différents des droits de seconde génération, essentiellement des droits économiques et sociaux (proclamés par le préambule de la Constitution de 1946), et bien sûr des droits de première génération à savoir les droits physiques et intellectuels universels (liberté, égalité et droit de propriété, proclamés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789).

23 - Enfin et c'est je pense le point le plus sensible et le plus innovant de cette question de la personnalisation de la nature, la dernière argumentation est de dire que l'attribution de droits subjectifs à la nature a pour ambition de réaliser la conversion d'un droit anthropocentrique à un droit biocentrique ; d'un droit centré sur la seule référence aux intérêts humains, à un droit qui prend en compte les intérêts de l'ensemble des non-humains autrement appelé de l'ensemble du vivant.

24 - Dans cette perspective, la nature n'est pas seulement un ensemble de ressources dont l'homme s'est approprié la valeur économique, elle a une valeur systémique. Cette valeur est très bien décrite par Holmes Rolston, professeur de philosophie émérite à l'université du Colorado et tenu pour le patriarche de l'éthique environnementale anglo-américaine (telle qu'elle s'est constituée en tant que champ d'investigation philosophique au début des années 1970) : « *La valeur systémique* (nous dit cet auteur) est une valeur d'un autre ordre que la valeur instrumentale ou la valeur intrinsèque. La valeur instrumentale est celle qui est conférée à une chose lorsqu'elle sert de moyen à une fin. La valeur intrinsèque est celle que l'on trouve à même le monde naturel lorsque nous rencontrons quelque chose qui comporte

6. Our Children's Trust (<https://www.ourchildrenstrust.org/oregon>) (consulté en décembre 2019).

une valeur en soi-même. Aucun de ces deux concepts traditionnels n'est pleinement satisfaisant au plan des écosystèmes⁷. La valeur systémique de la nature désigne la créativité qui opère au sein de la nature en vertu de laquelle viennent au jour la plus grande diversité et la plus grande complexité des formes de vie dans le cadre d'un système où rien n'est laissé au hasard, où tout joue un rôle, aussi discret soit-il, et où pourtant tout peut advenir ».

25 - Dans cette analyse, il est fondamental de retenir la notion d'écosystème qui s'appuie particulièrement sur les savoirs des anthropologues qui ont mis en exergue ce modèle de lien qui nous relie à la nature. Il n'y a pas à choisir en fait entre les humains et la nature, il y a à défendre un ensemble de relations et l'étendue des droits de la nature porte en réalité sur l'étendue de cette relation.

3. Vous identifiez donc des résonances du concept des droits de la nature en matière d'anthropologie ?

26 - La question de la réflexion sur la nature et du rapport de l'homme à cette entité est très ancienne, présocratique, elle est à la fois l'objet d'une pensée mystique et sacrée et d'un *logos* lui conférant des causes immanentes et une finalité plus matérialiste, empiriquement accessible à l'Homme. Elle est dès lors pour l'anthropologie un terrain d'exploration et de comparaison qui a permis à ce jour de mettre en exergue un corpus de connaissances fondamentales.

27 - Je citerai à cet égard deux des grandes figures de proue de cette perspective de l'anthropologie contemporaine qui explore les domaines au-delà de l'humain : Eduardo Kohn, et Philippe Descola.

28 - Le premier, E. Kohn, est professeur agrégé d'anthropologie à l'université McGill du Canada. Considéré par ses pairs comme un surdoué, il a écrit un ouvrage très remarqué intitulé « *How Forests think* » (« *Comment pensent les forêts. Vers une anthropologie au-delà de l'humain* »). Dans cet ouvrage, l'auteur s'emploie à décrire la continuité et l'enchaînement d'un univers de signes émanant de l'ensemble du vivant. Cette sémiotique est à la base de la communication entre les espèces. Mais il pointe malgré tout la spécificité du langage humain et en tire pour l'homme une condition d'éthique et de responsabilité. Il fait donc coup double en disant dans le même temps, que l'humain vit dans une sémiotique générale (théorie générale des systèmes des signes), qu'il résume avec la formule « *la vie pense* », tout en soulignant la propriété émergente d'un langage conventionnel ou symbolique investissant les humains de responsabilités spécifiques.

29 - Cette position dialectique ménage l'immersion radicale de l'homme dans un univers qui le dépasse et le conditionne tout en l'investissant d'un rôle spécifique qui ne doit pas être pensé en termes de supériorité ou de maîtrise mais plutôt sous la forme de responsabilité propre à son état.

30 - Le second, P. Descola, anthropologue et philosophe, professeur au Collège de France, développe une thèse comparable de fonctionnement systémique où l'homme et la nature agissent ensemble. Je citerai à cet égard un extrait d'un de ses ouvrages phares « *Par-delà nature et culture* » paru en 2005 :

« *Il faut imaginer que puissent être représentés non pas des êtres en tant que tels, des humains, des États, des chimpanzés ou*

des multinationales mais bien des écosystèmes, c'est-à-dire des rapports d'un certain type entre des êtres localisés dans des espaces plus ou moins vastes, des milieux de vie donc, quel que soit leur nature, bassins versants, massifs montagneux, des villes, des littoraux, des quartiers, des zones écologiques sensibles, des mers etc.... Une véritable écologie politique, une cosmopolitique de plein exercice ne se contenterait pas de conférer des droits intrinsèques à la nature, ainsi que l'a fait la Constitution de l'Équateur il y a quelques années. Elle s'attacherait à ce que des milieux de vie singularisés et de tout ce qui le compose dont les humains, deviennent des sujets politiques, dont les humains seraient des mandataires ? Pourrait ainsi prendre une expression politique concrète ce que j'ai appelé ailleurs l'universel relatif à savoir l'idée que des systèmes de relation, plutôt que des qualités attachées à des êtres, devraient former le fondement d'un nouvel universalisme des valeurs. Dans leur rôle de mandataire, les humains ne seraient plus la source du droit légitimant l'appropriation de la nature à laquelle ils se livrent. Ils seraient les représentants très diversifiés d'une multitude de nature dont ils seraient devenus juridiquement inséparables »⁸.

31 - La pertinence de cette proposition rassemble toutes les études effectuées à ce jour par d'innombrables chercheurs, toutes disciplines confondues, et met définitivement un terme à l'influence des théories politiques, juridiques et philosophiques, qui, à partir de la deuxième moitié du 17^{ème} siècle, ont appréhendé la nature comme une simple ressource spirituelle ou matérielle.

4. Une affaire semble ici fondatrice, du moins dans les commentaires qui l'ont entourée, celle de la controverse ayant entouré le projet Disney's Mineral King Ski Resort. Pouvez-vous revenir sur les questions qui l'ont entourée ? Qui sont pour vous les plus capables à agir pour défendre ou représenter les intérêts de la nature en justice ? Comment devons-nous penser cette représentation ?

32 - Effectivement, il est admis que les embryons des droits de la nature ont été théorisés par Christopher Stone, professeur de droit d'une université californienne, dans son article fondateur, « *Should trees have standing* » (« *Les arbres peuvent-ils plaider ?* »), paru en 1972, qui a très fortement marqué la doctrine.

33 - Cet article a été publié à l'occasion d'un procès : la société *Walt Disney* avait projeté à la fin des années 60 d'installer une station de sport d'hiver dans une vallée californienne, *Mineral King*, très célèbre pour ses séquoias (*redwood*). Le *Sierra Club*, qui est la plus ancienne association américaine de protection de la nature, très prestigieuse, s'y est opposée, en justifiant d'une atteinte à ses intérêts de protection de la nature. Sa requête a été rejetée pour irrecevabilité au motif que l'association n'avait pas d'intérêt direct à arguer d'un préjudice réel et direct la concernant. L'association a fait appel et dans l'intervalle, C. Stone a publié son article.

7. Un écosystème est une matrice d'interconnexions où les composantes biotiques et abiotiques évoluent solidairement, où les organismes individuels sont instrumentalisés pour servir le système, rendant par là même possible l'édification d'équilibres écosystémiques provisoires.

8. P. Descola, *Par-delà nature et culture* : Gallimard, 2015.

34 - Son raisonnement est simple : si l'association a été déboutée au motif que ses intérêts ne sont pas directement lésés, ce sont à l'évidence les arbres qui sont atteints. Par conséquent, les arbres eux-mêmes doivent être représentés en justice.

35 - La Cour Suprême a également rejeté la plainte de l'association jugée irrecevable, mais l'un des juges a eu une opinion dissidente et a repris voire même amplifié les arguments de C. Stone.

Au final, *Walt Disney* a tout de même renoncé à réaliser sa station, de guerre lasse, et peu de temps après, la vallée des séquoias a été incluse dans un espace naturel protégé.

36 - Le raisonnement de Stone est de dire : nous sommes passés des droits humains en général aux droits des femmes, des personnes de couleur noire, des indiens, des groupes sociaux minoritaires... et il dit que tout cela était impensable. Tous les êtres humains n'ont pas été sujets de droit, or maintenant toutes les personnes physiques le sont. Partant de là, pourquoi ne pas étendre les droits aux arbres, aux fleuves, aux rivières, à l'air.... Ce qui nous paraît impossible aujourd'hui pourrait parfaitement devenir possible à en croire l'évolution du droit moderne.

Le raisonnement juridique de Stone se déroule en trois points :

- premièrement, il faut que tout élément de la nature, quel qu'il soit, puisse intenter une action en justice en son nom propre ;

- deuxièmement, qu'à l'heure de déterminer l'octroi de réparations, le tribunal saisi de cette question apprécie les dommages à son encontre ;

- et troisièmement, que cette réparation soit effectuée à son profit.

37 - À cela, il indique qu'il faut bien sûr ajouter un mécanisme de représentation juridique, puisque la nature ne parle pas notre langage, ainsi qu'un ensemble de droits concrets qui puissent être revendiqués devant les tribunaux.

38 - Pour bénéficier de cette représentation pleine et entière, il faut nécessairement en passer par la qualité de sujet de droit, étendue donc à des non-humains. Au-delà de cette approche très juridique, l'attribution de droits aux arbres pose donc nécessairement la question de la dichotomie classique entre nature et culture.

39 - La thèse de Stone a donc inévitablement conduit à instaurer un dialogue à tout le moins entre juristes et philosophes. C'est de ce dialogue progressiste et inventif qu'est née l'identification des contraintes et des libertés qui définissent la cohabitation entre l'humain et le vivant. Il ne s'agit plus à présent d'objectiver juridiquement des entités individuelles mais d'explorer, dans une approche qui se veut être mésologique, une relation tacite et naturelle entre la force des interventions de l'homme et la globalité du monde. ■

10 La mise en œuvre d'une politique pénale environnementale : une clé de la réussite de la lutte contre les atteintes à l'environnement



Robert GELLI,
ex-procureur général près la cour d'appel d'Aix-en-Provence

1 - Le rôle que joue le droit pénal dans la protection de la nature est devenu de plus en plus important. Le recours à la voie pénale est préconisé dans plusieurs textes, notamment pour réprimer les atteintes les plus graves à l'environnement. La Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal du 4 novembre 1998, élaborée au sein du Conseil de l'Europe, a posé le principe selon lequel les atteintes à l'environnement entraînant des conséquences graves doivent être passibles de sanctions pénales appropriées. Depuis, d'autres textes consacrent les mêmes principes, et notamment la directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

2 - Dès le nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement a été placé, dans l'article 410-1 du Code pénal, parmi les intérêts fondamentaux de la Nation au même rang que son indépendance, l'intégrité de son territoire, sa sécurité ou les éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel.

3 - Avec l'intégration de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité en 2005, selon l'un de ses considérants « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ».

4 - Attentif à la préoccupation grandissante de la société quant aux enjeux de la protection de l'environnement, le législateur a renforcé le dispositif répressif à l'occasion de la création du Code rural et de la pêche maritime en 2010, de la refonte du Code forestier en 2012 ou de la réforme des polices de l'environnement la même année.

5 - Les exigences communautaires contenues dans la directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal ont conduit à un renforcement de la répression pénale en cette matière. Répondant à cet objectif, de nouvelles sanctions ont été introduites dans les codes, d'autres ont été modifiées, aggravées, des peines complémentaires et des mesures à caractère réel, telles que l'arrêt ou la suspension d'activité pour une durée d'un an ou la remise en état des lieux sous astreinte, ont été instaurées par l'Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012.

6 - Dans le même esprit et avec la volonté de renforcer le dispositif judiciaire et la réponse pénale, des juridictions spécialisées ont été créées : les juridictions du littoral spécialisées (JULIS) dès 2002, dont l'action en matière de pollution par

hydrocarbures a permis de voir prononcées des peines élevées et dissuasives. Les pôles santé publique de Paris et Marseille ont vu leur compétence élargie et couvrir les atteintes à la santé par la pollution. Des référents environnement, préconisés par une circulaire du 23 mai 2005, ont été désignés dans tous les parquets et parquets généraux.

7 - En dépit de ce dispositif complet, tant en termes de répression qu'en termes de procédure spécifique, la réponse judiciaire a été critiquée pour son manque de réactivité et de fermeté. En 2009 et 2010, la Cour des comptes et le Conseil d'État ont dénoncé le manque de coordination entre les parquets et les administrations ainsi que le déficit persistant de répression des infractions. Alors que le nombre d'infractions constatées a régulièrement progressé, la part des poursuites pénales est restée faible et, en cas de poursuites, les sanctions prononcées peu dissuasives, à l'exception d'affaires de pollution des eaux marines par hydrocarbure lourdement sanctionnées par les JULIS.

8 - Plusieurs procédures en manquements ont été diligentées par la Commission européenne contre la France devant la Cour de justice de l'Union européenne en matière de pêche maritime, pour non-respect de la directive relative aux nitrates d'origine agricole, ainsi qu'en matière de protection de la qualité de l'air, des espèces protégées, de traitement des déchets ou encore de respect des espaces naturels.

9 - L'existence de textes prévoyant et réprimant des infractions est indispensable mais pas suffisante.

10 - Pour conforter le dispositif répressif, l'affirmation d'une politique pénale claire, cohérente et déterminée en matière d'atteintes à l'environnement est devenue une nécessité.

11 - C'est dans cet esprit que, dans le prolongement d'une Circulaire du 23 mars 2005, celle du 21 avril 2015 est venue définir un certain nombre de principes devant guider la politique pénale en cette matière. Leur mise en œuvre concrète par les parquets coordonnés par les parquets généraux est une clé de la réussite et de l'efficacité de la lutte contre les atteintes à l'environnement.

1. Les éléments nécessaires à une politique pénale environnementale —

12 - Le Code de procédure pénale confie au garde des Sceaux le soin de conduire la politique pénale définie par le Gouverne-

ment et de veiller à la cohérence de son application (article 30), aux procureurs généraux de préciser, d'adapter au contexte propre au ressort les instructions générales du ministre de la justice et d'en évaluer l'application (article 35), aux procureurs de la République, sous l'animation et la coordination de leurs procureurs généraux, de mettre en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la Justice (article 39-1).

13 - En matière environnementale, la conduite, l'adaptation et l'animation d'une politique pénale est d'autant plus nécessaire que les acteurs de la lutte pour la protection de la nature et de la planète sont multiples et relèvent d'autorités différentes, que les textes d'incrimination et de répression sont nombreux, contenus dans plusieurs codes, lois et règlements, et qu'ils présentent une certaine complexité en raison de leur technicité.

14 - Par ailleurs, la spécificité et la diversité des atteintes à l'environnement selon les territoires supposent la mise en œuvre d'une action publique territorialisée et adaptée au contexte local.

15 - Dès lors, les procureurs généraux ont une responsabilité majeure et une marge d'initiative plus grande dans ce domaine pour adapter et impulser des politiques pénales en cohérence avec les réalités de leur ressort. De même, les procureurs de la République sont en situation de pouvoir conduire une action publique au plus près des constats sur la délinquance environnementale dans leur ressort, ainsi que des besoins recensés en commun avec les services de terrain spécialisés en matière environnementale.

16 - Cette politique pénale, que je qualifierai d'opérationnelle, s'articule, pour être efficace et efficiente, autour d'un certain nombre d'impératifs.

A. - Une coordination avec les services administratifs

17 - La spécificité du droit de l'environnement réside dans le nombre et la diversité des administrations ayant des prérogatives de police judiciaire dans ce domaine ainsi que dans la coexistence de sanctions administratives et de sanctions pénales. Il est dès lors indispensable d'organiser des rencontres régulières avec ces différents services afin de partager les constats nécessaires à l'élaboration d'une politique pénale locale, ainsi que de coordonner les réponses judiciaires et administratives dans le cadre de protocoles conclus au niveau régional par le procureur général et déclinés localement par les procureurs de la République.

18 - Ces rencontres sont aussi l'occasion d'impliquer les parquets dans la mise au point des plans de contrôle interservices, au-delà des réunions annuelles au cours desquelles ces plans sont soumis à validation et d'échanger des informations sur les suites pénales et administratives données – ou envisagées – aux procédures.

19 - Chargés de la direction de la police judiciaire, les procureurs de la République se doivent de donner des directives précises aux agents habilités à constater des infractions au droit de l'environnement, à veiller à la qualité et la lisibilité des procédures et contribuer à leur formation.

20 - L'articulation entre les mesures et sanctions administratives et les réponses judiciaires doit toujours être recherchée. L'extension de la transaction pénale par l'ordonnance du 11 janvier 2012 à l'ensemble des infractions environnementales a fait l'objet de critiques. Cette sanction, proposée par l'autorité administrative, contrôlée et validée par le procureur de la République, a pu être perçue comme de nature à affaiblir la répression. La Circulaire du 21 avril 2015 a précisé les situations dans lesquelles l'homologation d'une transaction pénale doit être circonscrite.

21 - « Le recours à cette procédure doit donc être réservé aux infractions de faible gravité, et exclu lorsque les faits ont été commis de façon manifestement délibérée, ont été réitérés, ou ont causé des dommages importants à l'environnement ou à des victimes. De même, il doit être écarté lorsque les victimes ont porté plainte et ont demandé réparation du préjudice. »

B. - Une diversification de la réponse pénale

22 - Dans le cadre de leurs attributions, les procureurs généraux, en lien avec les procureurs de la République de leurs ressorts respectifs, doivent veiller à la mise en œuvre d'une réponse pénale cohérente, adaptée et diversifiée.

23 - Pour atteindre cet objectif, il convient de disposer de la palette la plus large possible de modalités de réponses, tout en définissant préalablement des critères d'application des différentes mesures. En matière environnementale, les préconisations du ministère de la Justice quant à la politique pénale à conduire sont inspirées et guidées par des principes suivants :

- dans les cas les moins graves, la recherche d'une réponse à valeur pédagogique en recourant à des alternatives aux poursuites, telles que la composition pénale ou la médiation pénale ou encore le classement sous condition de régularisation. Le rappel à la loi, exécuté par un délégué du procureur de préférence sensibilisé et formé aux questions environnementales, reste cantonné aux infractions régularisées ou n'ayant entraîné aucun dommage à l'environnement ;

- dans le même esprit, et pour les infractions les moins graves, l'obligation d'effectuer un stage de citoyenneté est recommandée. Ces stages sont proposés et mis en œuvre par des organismes tels que l'Office national de la chasse et la faune sauvage ou par des fédérations de chasse. Ils peuvent l'être également par des associations de protection de la nature ;

- la remise en état, la restauration du milieu et la réparation du dommage doivent être systématiquement recherchées, lorsque cela est possible, que ce soit dans le cadre d'alternatives aux poursuites ou des réquisitions devant les juridictions de jugement ;

- les poursuites devant les juridictions pénales doivent être engagées en cas d'atteinte directe au cadre de vie causant un dommage grave ou irréversible à l'environnement, de comportement réitéré, de non-respect de prescriptions administratives (telles que la mise en demeure, la consignation, l'exécution de travaux, les mesures conservatoires), d'obstacle au contrôle des agents ainsi que d'échec des mesures alternatives aux poursuites. L'importance du gain économique résultant de la violation de la règle environnementale ainsi que l'existence d'un enjeu européen constituent des éléments d'appréciation de la gravité de l'infraction justifiant le recours à des poursuites ainsi que du niveau approprié du montant des peines, et notamment d'amendes, requises.

C. - La recherche de l'effectivité de la réponse et de son exécution

24 - Prononcer une peine ou une mesure n'a de portée que si celles-ci sont exécutées. En matière environnementale, les obligations de remettre en état, de régulariser une situation, de réparer les préjudices subis sont particulièrement adaptées et ont du sens tant pour les auteurs que pour les citoyens. Revêt un intérêt évident la décision consistant à contraindre la personne physique ou morale ayant causé des dégâts dans un espace naturel, celle ayant construit illégalement, celle ayant entravé le libre écoulement des eaux, celle ayant abandonné des déchets, à réparer ou à remettre en état.

25 - Pour autant, la remise en état doit pouvoir être contrôlée et constatée. Elle suppose dès lors un suivi précis. Dans le cadre

des alternatives aux poursuites, un classement sous condition par exemple, ce suivi peut être confié à un délégué du procureur.

26 - De même, lorsqu'une juridiction ordonne la destruction d'une construction illégale, d'un édifice ou d'un bien ayant servi à la commission d'une infraction, cette obligation doit faire l'objet d'une mise à exécution rapide et certaine. Trop de décisions ordonnant une destruction, dont la l'exécution appartient à l'autorité préfectorale, restent non suivies d'effets ou sont satisfaites avec retard.

27 - Si le cadre législatif fournit d'ores et déjà un large éventail de peines ou de mesures susceptibles d'être prononcées en cas d'atteintes à l'environnement, il serait bienvenu de créer une nouvelle sanction de mise en conformité à l'encontre des personnes morales sanctionnées pour un délit environnemental, à l'image de la sanction de mise en conformité anti-corruption instaurée par la loi du 9 décembre 2016. Il s'agirait ainsi d'imposer à l'entreprise condamnée de mettre en place des mesures internes anti-pollution ou des modes de fonctionnement protecteurs de l'environnement dans un certain délai et sous le contrôle d'une institution ou d'une agence dédiée et désignée par l'autorité judiciaire à cet effet.

D. - L'ouverture sur la société civile

28 - La mobilisation des citoyens en faveur de la protection de la nature, l'engagement constant et le professionnalisme croissant des associations de lutte contre les atteintes à l'environnement constituent un atout moteur. Ils sont aussi indispensables et utiles pour conduire une politique pénale adaptée aux enjeux et contextes locaux. Les associations jouent un rôle majeur dans la détection et la dénonciation des outrages à l'environnement. Elles usent de voies directes de saisine des juridictions (constitution de partie civile, citation directe).

29 - Il est dès lors essentiel de développer les contacts et les relations avec ces acteurs associatifs. Partager les constats, écouter les attentes des citoyens qu'elles relaient, connaître les actions menées sur le terrain et les difficultés rencontrées, font partie des éléments préalables et pragmatiques indispensables à la définition d'une politique pénale en harmonie avec les réalités locales.

30 - À cet effet, les magistrats référents des parquets et parquets généraux doivent être un point de contact connu des associations, permettant à la fois de faire remonter des renseignements aux premiers par les secondes, et de fournir aux associations des informations sur les suites données aux procédures pénales et les décisions rendues par les juridictions du fond.

31 - L'impulsion d'une politique pénale et de priorités d'action sur l'ensemble du ressort revient au procureur général. Il appartient à ce dernier de nouer des relations avec toutes les associations œuvrant sur son territoire, sans préjudice de celles entretenues au niveau des parquets locaux. Ainsi, pour la première fois en 2019, une réunion a été organisée au niveau du parquet général d'Aix-en-Provence avec les associations de lutte contre les atteintes à l'environnement et de protection de la nature. Destinée d'une part à faire un état des lieux des problématiques constatées sur la partie de la région Provence Alpes Côte d'Azur dépendant de la cour d'appel et un bilan des attentes et, d'autre part à expliquer l'action, les limites et les contraintes de l'institution judiciaire, cette rencontre a permis de dégager des priorités d'action pour le ministère public et de suivi de certains dossiers. Elle a conclu à la tenue d'une réunion régulière annuelle et à la décision de mettre mise en ligne une adresse mail dédiée permettant aux associations de signaler au parquet général les situations ou affaires les plus significatives ou emblématiques afin que celui-ci puisse, en lien avec les procureurs de la République concernés, en assurer un suivi et un traitement prioritaire.

E. - Une nécessaire spécialisation

32 - On assiste dans le monde entier à une tendance vers la spécialisation du judiciaire en matière d'environnement. La justice pénale n'y échappe pas. Ce mouvement a concerné la France qui s'est dotée de juridictions spécialisées. Pour lutter contre les rejets d'hydrocarbures, six juridictions spécialisées du littoral ont été créées par la loi du 3 mai 2001 et le décret du 11 février 2002 en France qui, avec ses 11 millions de kilomètres carrés de zone économique exclusive, a la deuxième plus grande surface maritime du monde après les États-Unis. Il s'agit des tribunaux de grande instance de Brest (zone Atlantique), Le Havre (zone Manche Nord), Marseille (zone Méditerranée), Fort de France, Saint Denis de la Réunion et Saint Pierre et Miquelon. Lorsque l'affaire présente une grande complexité ou concerne des pollutions commises en haute mer par les navires français, il est prévu que la juridiction spécialisée puisse se dessaisir au profit du tribunal de grande instance de Paris.

33 - Le bilan de ces juridictions spécialisées est incontestablement positif. Le montant élevé des peines prononcées, leur recouvrement facilité par le paiement de cautionnement et l'immobilisation du navire et l'amélioration des moyens de surveillance et de constatation des infractions ont certainement créé un effet dissuasif et ont contribué à la forte chute du nombre de bateaux pris en flagrant délit. Ainsi leur nombre était de 44 en 2000, il a chuté à 1 en 2018. Sur les 10 dernières années, seuls 21 flagrants délits, dont 5 sur les 5 dernières années, ont été constatés dans les eaux françaises. Au cours des 10 années précédentes, de 2000 à 2009, 242 flagrants délits avaient été enregistrés.

34 - Avec la même exigence de spécialisation, les pôles santé publique de Paris et Marseille ont été créés et disposent à eux deux d'une compétence sur tout le territoire national pour toutes infractions ayant un impact sur la santé publique, dont la pollution atmosphérique.

35 - Ainsi des magistrats du parquet comme du siège sont spécialisés pour traiter de ces dossiers d'infractions environnementales tant dans les juridictions de premier degré que dans les cours d'appel dont elles relèvent. Dans les tribunaux de grande instance, des assistants spécialisés entourent les magistrats, notamment dans les pôles santé publique. Il serait judicieux de compléter le dispositif en nommant aux côtés des magistrats des JULIS et des PSP, des assistants spécialisés en matière environnementale et écologique.

36 - Pour autant, la France a fait le choix de la compétence concurrente de ces juridictions avec les juridictions ordinaires et non d'une compétence exclusive en raison du délit constaté. Ce choix présente un double avantage, d'une part celui de réserver aux juridictions spécialisées les affaires les plus graves, complexes et ayant causé des dommages importants et d'autre part celui de maintenir dans les juridictions de droit commun une mobilisation, une sensibilisation et une motivation pour traiter les dossiers de proximité que la juridiction spécialisée, absorbée par des affaires importantes et concentrée sur leur traitement, n'a pas tendance à prioriser.

37 - La création d'un parquet national environnemental, présentée comme permettant de mettre en œuvre une politique pénale environnementale cohérente à l'échelle du territoire, d'améliorer les poursuites des atteintes à l'environnement et leur réparation, peut avoir un effet inverse à celui recherché pour le traitement de « toutes les atteintes au patrimoine naturel », y compris à celles susceptibles de conséquences sur la santé humaine. Il n'est pas raisonnable d'imaginer qu'un parquet unique, qui plus est implanté, dans un milieu urbain, à Paris, comme le sont en France tous les parquets nationaux créés, pourrait embrasser toutes les infractions commises sur le terri-

toire national relevant du Code de l'environnement, de l'urbanisme, du Code forestier, du Code rural et de la pêche maritime, du Code minier ainsi qu'aux contentieux connexes.

38 - L'organisation actuelle reposant sur des pôles spécialisés, dont la compétence pourrait être élargie pour pouvoir traiter de toutes les formes de pollution, disposant d'une compétence concurrente avec les autres juridictions, me paraît plus efficace et opérationnelle. S'appuyant sur une équipe renforcée d'assistants spécialisés pouvant être mis à la disposition de juridictions ordinaires traitant d'affaires d'atteintes environnementales, les juridictions spécialisées peuvent remplir le rôle de coordination à un échelon régional ou interrégional, sous l'autorité de leurs parquets généraux, et alimenter par les échanges entre elles la mise en place d'une politique nationale environnementale.

39 - La formation, la sensibilisation au développement durable, ne doivent pas être réservées à des spécialistes mais doit irriguer le plus possible de magistrats afin que les petites et moyennes juridictions puissent apporter les réponses adaptées aux atteintes à l'environnement pépétrées sur leur territoire.

F. - Une action territorialisée

40 - La question environnementale ne peut pas être déconnectée du territoire sur lequel elle se pose. Les problématiques sont différentes selon les régions, les sites, les espaces naturels. Une politique pénale suppose des déclinaisons locales pour prendre en compte les enjeux environnementaux du terrain et se nourrir de la richesse des dialogues avec les administrations spécialisées œuvrant sur le terrain mais aussi les acteurs de la société civile, les associations locales de protection de la nature.

41 - Comment peut-on imaginer qu'un parquet national serait plus performant qu'un parquet local pour mener ces déclinaisons locales ? Le parquet du Tribunal de grande instance de Mende, plus petite juridiction de France, n'a-t-il pas autant sinon plus d'atouts qu'un parquet national pour mener une politique pénale cohérente sur le parc national des Cévennes ?

G. - Une approche globale de la criminalité environnementale

42 - Certains aspects de la délinquance environnementale impliquent une criminalité organisée et habituelle. Selon le Rapport PNUE-Interpol de 2016, les crimes contre l'environnement constituent la quatrième activité criminelle la plus lucrative après le trafic de drogue, la contrefaçon et le trafic d'êtres humains, et elle ne cesse de progresser. Selon les estimations, le rapport de cette activité se situerait entre 91 et 259 milliards de dollars américains, soit une augmentation de 26% par rapport à 2014. Le rapport estime que cette activité devrait augmenter de 5 à 7% par an.

43 - Des réseaux criminels se sont investis dans des activités génératrices de pollution et d'atteinte à la nature. Il en est ainsi du déversement ou de l'exportation illégales de déchets industriels ou électroniques, de matières dangereuses, de produits chimiques. Le trafic d'espèces protégées est aussi une activité mettant en cause des réseaux de criminalité organisée transnationaux.

44 - A cela s'ajoutent l'exploitation forestière ou minière non autorisée, la pêche illégale. Autant d'activités interdites qui causent des atteintes parfois irréversibles à la nature ou à la faune.

45 - Cette criminalité organisée, complexe et transnationale relève de la compétence des juridictions interrégionales spécialisées, encore trop peu saisies de ce type de contentieux. De même l'articulation entre les deux pôles santé publique et les juridictions saisies de dossiers de pollution atmosphérique ou

aquatique de nature à avoir des effets sur la santé, mérite d'être renforcée et appréhendée sous tous ces aspects.

46 - Les gains retirés de ces activités et les mécanismes frauduleux utilisés pour les dissimuler ainsi que les méthodes suspectes ou corruptives adoptées pour obtenir des marchés ou des situations propices à la réalisation de ces trafics justifient une approche économique et financière. Dès lors que l'ampleur et la complexité de cette délinquance le justifient, la saisine de services d'enquête financiers, voire celle de parquets spécialisés, tels que les JIRS financières ou le parquet national financier, doit pouvoir être envisagée.

47 - Le visa d'infractions énumérées aux articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale présente l'avantage de pouvoir recourir à des techniques spéciales d'enquête et de faciliter les saisies et confiscations des avoirs criminels. Face à une criminalité organisée et à une délinquance financière complexe, qui investit le champ de l'atteinte environnementale, une approche procédurale, à l'image de celle utilisée pour lutter contre les trafics transnationaux et le blanchiment, garantit la qualité et la complétude des investigations ainsi que la possibilité d'une répression appropriée.

H. - Un renforcement de la coopération internationale :

48 - La lutte contre les infractions en matière environnementale passe nécessairement par une coopération internationale entre autorités judiciaires. La pollution n'a pas de frontières. Les gros pollueurs agissent souvent loin de leurs bases ou par l'intermédiaire de sociétés ou de personnel implantés dans des pays tiers. Les océans transportent des déchets, des hydrocarbures, déversés par des navires battant pavillons de pays de l'autre bout du monde et échoués sur les côtes d'États totalement étrangers à l'origine de la pollution. Les profits tirés des trafics causant un préjudice écologique suivent des circuits financiers atypiques se déroulant sur plusieurs territoires, voire continents, et terminant parfois leurs courses dans des paradis fiscaux.

49 - Des actions judiciaires sont introduites devant des juridictions européennes contre des sociétés qui y ont leur siège social, par des citoyens habitant dans des pays d'autres continents, victimes des pollutions liées à leurs activités.

50 - Cette réalité conduit naturellement à de l'entraide pénale entre autorités judiciaires de plusieurs pays. Au-delà de l'harmonisation des textes d'incrimination et de répression, préalable à la coopération judiciaire internationale, il convient de mettre en réseau les procureurs en charge du traitement des affaires de pollution et d'atteintes à l'environnement, d'organiser des rencontres internationales entre magistrats permettant d'échanger sur les bonnes pratiques, de partager les analyses et informations, de créer une culture commune, comme cela se fait pour la lutte contre la grande criminalité ou le terrorisme.

51 - Afin d'améliorer la réponse judiciaire, il est essentiel d'instaurer une coopération internationale régionale, regroupant des pays ayant un intérêt commun sur un territoire qu'il partage et qu'il faut protéger des outrages environnementaux subis.

C'est dans cet esprit, qu'a été organisée, en juillet 2019, une rencontre sur la protection de la mer Méditerranée avec tous les acteurs de la lutte contre les atteintes à l'espace marin, associant les procureurs généraux des pays riverains.

2. L'exemple de la protection de l'environnement en mer Méditerranée et le rôle de la justice pénale.

52 - La Méditerranée concentre à elle seule près de 30% du trafic maritime international et 20 à 25% du trafic des hydrocar-

bures alors même qu'elle ne représente que 0,7% de la surface maritime de notre planète. Plus de 85.000 navires transitent par le détroit de Gibraltar chaque année. La pression démographique des États côtiers génère des pollutions d'origine tellurique considérables sans parler de l'impact du tourisme et de la plaisance sur les zones naturelles sensibles. Cette mer, berceau de la civilisation, qui unit tous les peuples de la Méditerranée, est indiscutablement menacée.

53 - Initié par le parquet général d'Aix-en-Provence et le parquet de Marseille, en lien avec la préfecture maritime et le secrétariat général de la mer, un colloque s'est tenu les 4 et 5 juillet 2019, à Toulon, ville où, en 2015, le Centre régional Méditerranéen pour l'intervention d'urgence contre la pollution marine accidentelle (REMPEC) avait organisé une réunion du réseau méditerranéen d'agents chargés de l'application des lois relatives à la convention Marpol, le MENELAS.

54 - L'approche juridique et judiciaire du thème de ce colloque en a été le fil conducteur. Il a contribué à la réflexion sur :

- l'adéquation et l'applicabilité des normes visant à lutter contre les atteintes à l'environnement maritime ;
- la constitution des preuves ;
- les sanctions et la réparation du préjudice écologique.

55 - Le choix délibéré d'une approche interministérielle a été fait, illustré par la diversité des intervenants et des participants, représentant tous les acteurs administratifs, militaires, toutes les institutions et organismes engagés dans la lutte pour la préservation de la Méditerranée, au niveau national et européen.

56 - Ce colloque a eu aussi une dimension internationale concrétisée par la présence de magistrats des États riverains de la Méditerranée. Ont ainsi été invités et associés les États membres de l'Union des procureurs généraux de la Méditerranée et ce, dans la continuité d'une rencontre organisée à Aix-en-Provence en décembre 2018 portant sur la lutte contre la criminalité organisée. Il était important, et c'était une première en matière d'atteinte à l'environnement méditerranéen, d'associer à la réflexion les parquets généraux riverains de la Méditerranée afin de renforcer les actions de coopération judiciaire.

57 - Cette rencontre a eu pour ambition de partager une appréhension large des atteintes à l'environnement ; ont ainsi été abordées successivement la question des pollutions par hydrocarbures, des pollutions atmosphériques des navires, de la protection des aires marines, des rejets des eaux de ballast, des déchets plastiques ainsi que des habitats et des espèces protégées.

58 - Un tel colloque avait une double vocation : permettre un **dialogue entre spécialistes** et aboutir à **une meilleure effectivité des normes** visant à lutter contre les atteintes à l'environnement en mer Méditerranée. Il s'est agi de poursuivre l'œuvre de mise en réseau des acteurs locaux au niveau du ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

59 - Il visait à conforter l'amélioration de la coordination de tous les acteurs en charge de la lutte contre les atteintes à l'environnement aux niveaux national et international, de l'échange d'informations entre eux, l'amélioration aussi de l'efficacité et de l'efficience des mesures de prévention et de répression afin de préserver cet espace unique, exceptionnel, cher à l'humanité mais fragile qu'est la mer méditerranéenne.

60 - La cour d'appel d'Aix-en-Provence et notamment le parquet de Marseille grâce à ses juridictions spécialisées et ses pôles, juridiction spécialisée du littoral (JULIS), pôle santé publique (PSP) et juridiction interrégionale spécialisée (JIRS) ont un rôle majeur à jouer dans cette lutte. Ils déclinent et mettent en œuvre au niveau régional les priorités de politique pénale en matière d'environnement avec des résultats significatifs. Les juridictions du ressort et notamment de Marseille se mobilisent pour

que des réponses pénales soient données. On peut citer l'exemple des pollutions atmosphériques générées par les navires de commerce en escale qui ont impact direct sur la santé publique. Ainsi, la juridiction marseillaise a prononcé la première peine contre un navire de grande croisière pour pollution au soufre.

61 - L'analyse depuis 2014 de 21 affaires de pollution par hydrocarbure ou substance chimique constatées sur la zone de compétence de la cour d'appel d'Aix-en-Provence atteste des progrès restant à faire en matière de constitution des preuves des infractions.

62 - La lutte contre les trafics de déchets également, souvent de dimension transnationale et aux mains d'organisations criminelles, peut s'appuyer sur la spécialisation de la JIRS de Marseille.

63 - La pollution n'a pas de frontières, les pollueurs viennent de tous pays et agissent hors de leur territoire de rattachement, c'est pourquoi, tout comme dans la lutte contre la criminalité organisée ou financière, la coopération entre pays, l'entraide judiciaire constituent une des clés de l'efficacité de la lutte contre les infractions environnementales. Il en est de la responsabilité des États de créer les conditions normatives et institutionnelles permettant et facilitant cette coopération. Mais il faut aussi développer une coopération opérationnelle régionale entre les justices des pays bordant la Méditerranée.

64 - Enfin, un tel colloque a également pour vocation de former et d'informer les participants. La préservation de notre planète passe par une sensibilisation qui va bien au-delà des spécialistes qui sont déjà convaincus de l'urgence à protéger notre environnement.

65 - L'ensemble des parquets qui bordent la Méditerranée sont concernés et contribuent à cette lutte indispensable contre les atteintes à l'environnement. S'il est nécessaire d'avoir une concentration, une spécialisation, une assistance d'experts et de techniciens autour de parquets comme celui de Marseille, pour traiter des pollutions les plus graves ou complexes, il est tout aussi indispensable de maintenir une compétence concurrente pour permettre aux parquets locaux d'apporter des réponses concrètes et efficaces aux atteintes quotidiennes apportées à notre environnement.

66 - Les thèmes environnementaux sont des **préoccupations de tous les citoyens** ; et elles vont l'être de plus en plus. Ce colloque s'est inscrit donc, au-delà de la technique juridique, aussi dans une action de sensibilisation en leur direction.

67 - Durant deux jours, ont été réunis les acteurs de l'administration, de la marine et de la justice, avec les institutions européennes et internationales, dont le rôle est majeur pour impulser et coordonner l'action internationale. Sont intervenus ou ont été présents des hauts magistrats des pays riverains de la Méditerranée.

68 - Deux ministres, de la justice et de l'environnement, sont venus, démontrant la volonté et la détermination de faire de la protection de l'environnement une priorité politique majeure.

69 - Il est évident qu'une telle réponse pénale ne peut être efficace si elle n'est pas relayée et harmonisée dans les autres pays riverains de la Méditerranée, d'où l'importance de partager avec les parquets généraux de ces pays des orientations de politique pénale communes ou à tout le moins voisines.

70 - Dans cette lutte pour la protection de la mer Méditerranée, la justice a toute sa place et même un rôle majeur à jouer. La prévention, l'instauration de normes nationales, européennes, internationales, les contrôles, les constatations d'infractions n'ont pas d'effet si la décision judiciaire n'intervient pas ou n'est pas à la hauteur des enjeux.

71 - Pour parvenir à cet objectif et mettre en œuvre une politique pénale adaptée et efficace de lutte contre les atteintes à l'environnement méditerranéen, il faut :

- renforcer et poursuivre ce qui a été engagé : spécialisation des acteurs judiciaires, formation de l'ensemble des magistrats, association de la société civile à la réflexion préalable à la définition de priorités de politique pénale, coordination avec tous les services de l'État et articulation des réponses judiciaire et administrative ;

- améliorer le traitement judiciaire en facilitant la recherche et la collecte de la preuve et en tendant à harmoniser les législations et les pratiques des acteurs judiciaires. La mise au point d'un procès-verbal de constatation commun à tous les partenaires compétents sur la Méditerranée et la création d'un fonds bleu régional, sujets abordés lors de la réunion du réseau Menelas à Malte des 8 et 9 octobre 2019, complétés par une réflexion sur les perspectives d'harmonisation des peines en matière de pollution marine vont dans ce sens ;

- renforcer la coopération internationale opérationnelle entre parquets compétents sur l'ensemble de la Méditerranée.

72 - A l'issue du colloque de Toulon, la déclaration suivante a été faite.

Les participants au colloque réunissant l'Union des procureurs généraux de la Méditerranée et les autorités compétentes en matière de prévention et de lutte contre les atteintes à l'environnement marin en mer Méditerranée.

Réunis à Toulon, les 4 et 5 juillet 2019, à l'initiative du parquet général d'Aix-en-Provence, du parquet de la juridiction du littoral spécialisée de Marseille, du secrétariat général de la mer et de la préfecture maritime de la Méditerranée.

Rappelant les obligations résultant des États parties à la Convention des Nations Unies pour le droit de la mer (1982), à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (convention MARPOL 73/78), à la Convention de Barcelone pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (1995) et de son protocole additionnel relatif à la coopération en matière de prévention de la pollution par les navires et, en cas de situation critique, de lutte contre la pollution de la mer Méditerranée (25 janvier 2002) ;

Rappelant la déclaration commune du sommet de Paris Union pour la Méditerranée du 13 juillet 20018 par laquelle les 43 chefs d'État et de gouvernement des pays riverains de la Méditerranée ont exprimé leur volonté d'étendre la coopération dans le domaine des questions maritimes et de la justice et du droit et se sont engagés à développer des projets régionaux concrets, visibles et utiles pour les citoyens de la région en vue notamment de promouvoir un développement équilibré et durable ;

Rappelant la déclaration de Marseille du 4 novembre 2008 par laquelle les 43 ministres des affaires étrangères des pays riverains de la Méditerranée ont fixé pour l'année 2009 les objectifs de sécurité maritime de pollution et de justice au travers de l'action des acteurs juridiques pour faciliter les bonnes pratiques et pour veiller à la bonne application des conventions internationales et des décisions juridiques afin de garantir l'État de droit notamment en participant à un réseau au niveau national et méditerranéen ;

Rappelant la stratégie méditerranéenne pour le développement durable 2016-2025 (SMDD) adoptée par les parties contractantes à la Convention de Barcelone de 2016 ;

Rappelant la stratégie régionale pour la prévention et la lutte contre la pollution marine provenant des navires, adoptée par les parties contractantes à la Convention de Barcelone – 2016-2021 – qui lors de la 19ème réunion tenue à Athènes du 9 au 16 février 2016, a fixé 21 objectifs, notamment le renforcement du mémorandum d'entente MoU sur le contrôle par l'État du port dans la région méditerranéenne (MoU méditerranéen 4.4), ainsi que l'amélioration du suivi des événements de pollution, du contrôle et de la surveillance des rejets illicites et du degré d'implication et des poursuites contre les auteurs de rejets illicites (4.8) ;

Rappelant les précédents objectifs aux termes desquels les parties contractantes sont convenues, en vue de renforcer les possibilités de poursuite des auteurs de rejets illicites, de s'assurer de l'existence de cadres juridiques nationaux appropriés, de s'efforcer d'adopter des règles communes et d'harmoniser les sanctions en vue de garantir un égal traitement des auteurs, de partager les données recueillies en conformité avec leur droit interne, de faciliter la reconnaissance mutuelle des preuves, et d'établir, lorsque cela est possible et dans le respect de droit souverain des États et du droit international, des zones sous leur juridiction permettant la poursuite des contrevenants à la Convention MARPOL ;

Désireux d'intensifier la coopération transfrontalière en matière de lutte contre les atteintes à l'environnement marin en méditerranée, dans le cadre de la mise en œuvre des engagements internationaux susvisés et du respect de la diversité de leurs législations respectives ;

Convaincus de l'intérêt, à cette fin, de créer et de développer une instance de coordination regroupant au-delà des frontières nationales des représentants des différents autorités administratives, militaires et judiciaires spécialisées en charge de la prévention de la poursuite et la répression des atteintes à l'environnement.

Invitent à développer le réseau des procureurs afin de lutter contre les atteintes à l'environnement en Mer Méditerranée dans le cadre d'une Instance de coordination qui pourrait avoir pour mission, notamment :

- d'identifier les différents acteurs des États riverains de la Méditerranée ;

- de contribuer à une coopération opérationnelle visant à développer les échanges d'informations et améliorer l'efficacité des enquêtes et de faciliter la reconnaissance mutuelle des preuves ;

- de développer des stratégies judiciaires communes sur la base d'un partage des décisions judiciaires prononcées en répression et en réparation des atteintes à l'environnement.

Appellent à cette fin :

De désigner chacun un point de contact unique pour l'échange d'informations en vue de dégager les meilleures pratiques et, le cas échéant, de proposer des mesures d'adaptation des cadres législatifs et réglementaires nationaux ;

De promouvoir la coopération opérationnelle en matière d'enquête, de poursuite et d'exécution des décisions ;

De réunir annuellement l'instance de coordination précitée afin de dresser un bilan des poursuites et condamnations prononcées dans la perspective d'une protection accrue de l'espace maritime méditerranéen. ■

11 Face à la crise écologique, quel rôle pour le droit privé ?



Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET,
professeure de droit à l'université Aix-Marseille

1 - Face à la crise écologique, quel rôle pour le droit privé ? Pour répondre à cette question, il faut souligner le contraste suivant : d'un côté, quiconque ouvre un manuel de droit de l'environnement peut se rendre compte de la densification et de la sophistication de la matière¹. A cheval sur le droit interne, international et de l'Union européenne, le droit de l'environnement est composé d'une multiplicité de règles dont le but est de participer à la protection de l'environnement. Depuis 1976, date de la première grande loi sur la protection de la nature, les réformes se sont succédées, chacune à leur manière étant censées répondre aux problèmes environnementaux qui, révélés au grand public par le biais de grands accidents ou mise en évidence de l'évolution des connaissances scientifiques, ne pouvaient plus être ignorés par le politique. Air, eau, déchets, espaces, espèces, pollutions, biodiversité, climat... Le législateur ne cesse d'intervenir pour prévoir des dispositifs tournés tout à la fois vers la prévention des pollutions à la source, la préservation des éléments naturels et leur réparation, au moyen d'instruments de plus en plus sophistiqués.

2 - D'un autre côté, quiconque s'intéresse aux connaissances scientifiques concernant l'état de la planète ne peut que s'interroger sur l'efficacité du droit, arme justement du politique². L'ICUN ne cesse de tirer le signal d'alarme à l'occasion de la publication de ses inventaires destinés à évaluer l'état de la biodiversité (état de conservation des espèces végétales et animales). Alors que la récente « Liste rouge » mondiale publiée en 2019 indique que sur les 112.432 espèces étudiées, 30.178 sont classées menacées, selon la « Liste rouge » établie au niveau national, en France métropolitaine, 14% des mammifères, 24% des reptiles, 23% des amphibiens et 32% des oiseaux nicheurs sont menacés de disparition du territoire, de même que 19% des poissons d'eau douce et 28% des crustacés d'eau douce³. Quant au GIEC, le Groupe d'Experts Intergouvernemental sur le Climat, selon son rapport spécial sur le changement climatique publié en 2018, au rythme actuel des émissions de gaz à effet de serre, le seuil des 2°C. par rapport au niveau préindustriel sera franchi en 2030-2040⁴. D'emblée, en résonance avec la crise écologique, c'est donc la crise juridique qui se révèle. L'on peut

ici y voir son échec, celui de son incapacité à préserver efficacement la biodiversité et lutter contre le changement climatique.

3 - Certes, l'on peut admettre que la situation serait bien pire si le droit n'existait pas. Néanmoins, faut-il se résoudre à accepter l'échec et, en conclure que le droit n'a plus ici véritablement son rôle à jouer ? Nous ne le pensons pas. Le terme « crise » qui trouve ses racines dans le grec (*krisis*) fait référence à la « décision ». Autrement dit, toute crise appelle des prises de décisions, qu'elles soient favorables ou défavorables à la situation, qu'elles conduisent à en sortir ou non. Diverses pistes sont envisageables pour tenter de remédier à la situation : alourdir les sanctions, renforcer les dispositifs existants, l'effectivité du droit de l'environnement et les pouvoirs du juge. C'est aussi, à la lecture du droit positif, une autre piste qui se dessine, celle de l'instrumentalisation autant que la refondation du droit privé. C'est à cette piste que cette contribution est consacrée.

4 - D'emblée, cela peut surprendre. Dans l'esprit des juristes, et à l'image des manuels expliquant la matière, le droit de l'environnement est généralement vu comme une discipline de droit public. D'intérêt général, la protection de l'environnement est une compétence de l'État. À lui d'autoriser, interdire et contrôler les activités néfastes pour l'environnement par le biais des régimes de police administrative, qu'il s'agisse de la police des ICPE, des déchets, de l'eau ou de la réparation des dommages environnementaux. Pourtant, depuis quelques années, l'on assiste à un renouvellement du droit de l'environnement qui, au-delà des instruments de droit public, s'appuie sur les instruments, outils, techniques, notions et disciplines de droit privé et mobilise ses sources et acteurs⁵. D'un côté, c'est la privatisation du droit de l'environnement qui se révèle et qui fait dire aux experts de la matière que le droit de l'environnement est devenu un droit mixte à cheval sur le droit public et le droit privé. Mais à bien y regarder, d'un autre côté, autre chose se joue : il s'agit de l'écologisation du droit privé. La protection de l'environnement trouve dorénavant place parmi les considérations auxquelles le droit privé ne reste plus insensible. Cela n'est pas anodin. Le droit privé a pour but la régulation des relations entre personnes privées. Il est le droit du quotidien, celui de la vente, de la consommation, de la responsabilité, de l'entreprise. Constaté que le droit privé n'est pas un simple instrument du droit de l'environnement, à la marge, dans lequel le législateur vient piocher lorsqu'il se trouve bloqué face aux carences du droit public, mais qu'il est lui-même porteur de techniques mises

1. Not. M. Prieur et ALI, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 2019, 8^e éd. ; L. Fonbaustier, *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2018 ; A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 4^e éd. 2016, M. Moliner-Dubost, *Droit de l'environnement*, Dalloz Connaissance du droit, 3^e éd. 2019.
2. F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, Larcier 2016 ; D. Missone (coord.), *À quoi sert le droit de l'environnement ?*, Bruylant 2019.
3. <https://www.iucn.org/fr/a-propos/rapports-annuels>.
4. <https://www.climat.be/fr-be/changements-climatiques/les-rapports-du-giec/2018-rapport-special/>.

5. Pour une vue d'ensemble, M. Mekki (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant 2016 ; M. Mekki et E. Nain-Gesbert, *Droit public et droit privé de l'environnement*, Unité dans la diversité, LGDJ coll. Grands colloques, 2016.

au service de la protection de l'environnement, c'est admettre sa possible métamorphose de l'intérieur et en profondeur. C'est autrement dit faire le pari d'un droit privé conçu comme une matière incluant la défense de l'environnement dans la régulation des relations sociales, interpersonnelles, la faire entrer dans les relations à l'horizontal afin que ces dernières soient à même de participer au défi environnemental à relever : la protection de l'environnement.

5 - Ainsi, c'est tout à la fois par le biais de son instrumentalisation et de sa refondation que le droit privé pourrait devenir une discipline participant à la protection de l'environnement pour, non seulement réparer (1) et prévenir les atteintes à l'environnement (2), mais aussi le conserver (3).

1. Un droit privé pour la réparation des atteintes à l'environnement

6 - Que le droit public possède des instruments de police administrative tournés vers la réparation des atteintes à l'environnement, cela ne fait aucun doute. Alors que le droit des ICPE depuis le décret du 21 septembre 1977 et, plus récemment, la loi du 30 juillet 2003 et son décret d'application du 13 septembre 2005, impose une obligation de remise en état au dernier exploitant d'une installation classée selon certaines conditions, le droit des déchets prescrit, depuis la loi du 15 juillet 1975, au détenteur ou producteur des déchets de procéder à leur gestion. Quant au régime de police de réparation des dommages causés à l'environnement créé par la loi du 1^{er} août 2008, il impose aux exploitants, comme l'indique l'intitulé, de réparer certains dommages causés à l'environnement. Toutefois, ces régimes connaissent certaines faiblesses. Outre que malgré la compétence liée des autorités compétentes, le risque d'inaction existe, les débiteurs administratifs peuvent avoir disparu ou rencontrer des difficultés financières pour assurer la remise en état, voire s'avérer insolvable. Surtout, leurs conditions d'application limitent leur aptitude à participer largement à la réparation des atteintes à l'environnement, à sa remise en état ou à sa dépollution. Leur application est dépendante de certaines conditions *personae* (en raison notamment des qualifications d'exploitant ou dernier exploitant, détenteur et producteur de déchets), *materiae* (niveau de remise en état ou dépollution limité, gestion des déchets excluant l'excavation ou types de dommages réparables) et temporelles (prescription ou conditions d'application dans le temps) qui peuvent être un frein à la réparation des atteintes à l'environnement. Au final, il faut bien admettre que la police administrative ne permet pas à elle seule de contribuer efficacement à la restauration de l'environnement.

7 - C'est ici, et – le législateur l'a bien compris – que le droit privé entre en scène et dévoile les différents atouts inhérents à ses trois piliers fondamentaux : la responsabilité civile, le contrat et la propriété.

8 - Notons en premier lieu, l'intérêt du caractère universaliste du droit de la responsabilité civile. Outre les atteintes causées à l'homme, cette discipline répare les atteintes à l'environnement⁶. Traditionnellement de nature individualiste, ce droit a su évoluer, sous l'action du juge et du législateur, pour affronter les nouveaux enjeux de notre siècle. En atteste la multiplication des dommages réparables, l'assouplissement des conditions exigées par le droit commun, la création de régimes spéciaux et la multiplication des actions attirées en défense d'un intérêt déterminé.

Peu étonnant que la révolution soit ici aussi écologique. Si dès 1844, le juge français n'a pas hésité à créer la théorie du trouble anormal de voisinage qui permet aux victimes de certaines nuisances environnementales d'en demander la cessation et la réparation, plus d'un siècle et demi plus tard, le 25 septembre 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation⁷ a consacré, dans l'affaire de l'Érika, la réparation du préjudice écologique et opéré ainsi le passage du préjudice subjectif au préjudice objectif⁸.

9 - En prenant acte, c'est ensuite le législateur qui a, via la loi Biodiversité du 8 août 2016, créé un régime de réparation du préjudice écologique selon lequel « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer » (art. 1246 du Code civil)⁹. Dorénavant, par le biais d'une nouvelle action attirée dérogeant aux exigences de l'action banale et donc de la preuve d'un intérêt personnel à agir, certaines personnes peuvent demander la réparation de ce préjudice « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » (art. 1247 du Code civil). Surtout, à l'issue de cette action, le juge doit imposer la réparation en nature du préjudice écologique, tout en tenant compte de ce qui aurait pu être déjà réalisé dans le cadre de la police administrative de la réparation des dommages causés à l'environnement. Ce n'est qu'à certaines conditions que le juge peut accorder des dommages-intérêts qui, par dérogation au droit commun et au principe de libre affectation de la réparation, seront affectés à la réparation de l'environnement. L'on note alors combien le droit de la responsabilité civile est appelé à compléter l'outil administratif, voire remédier à ses faiblesses. Ce qui n'a pu être effectué ou insuffisamment effectué par l'État, peut être imposé par le juge civil. L'universalité du droit de la responsabilité civile remédie à la rigidité de la police administrative au bénéfice de l'environnement !

10 - Que dire, en second lieu, du droit des contrats qui, grâce au principe de liberté contractuelle sur lequel il repose, fait preuve d'une flexibilité qui permet de remédier au risque d'inefficacité et d'ineffectivité de la police administrative¹⁰. Dans la pratique, le contrat constitue en effet un instrument de mise en œuvre de l'obligation de remise en état prévue par le droit des ICPE. Il faut rappeler que la jurisprudence administrative et civile rappelle régulièrement le principe selon lequel, parce que « l'obligation de remise en état du site imposée par l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977 pèse sur l'ancien exploitant ou, si celui-ci a disparu, sur son ayant-droit »¹¹ et qu'elle est

6. Pour une vue d'ensemble, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, p. 247 et s. ; M. Hautereau-Boutonnet, *Responsabilité civile environnementale*, Répertoire Dalloz, 2019.

7. N° 10-82-938, v. not. : F.-G. Trébulle, *Quelle prise en compte pour le préjudice écologique après l'Erika ?*, *Environnement et Développement Durable* 2013/3, p. 19 ; M. Bacache, *Quelle réparation pour le préjudice écologique*, *Environnement et Développement Durable* 2013/3, p. 26 ; P. Jourdain, *Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique*, RTD. Civ. 2013, p. 119.

8. Selon la proposition doctrinale de L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préf. C. Thibierge, T. 468, LGDJ 2006, n° 625 et s.

9. Not. L. Neyret, *La consécration du préjudice écologique dans le code civil*, D. 2017, p. 924.

10. Pour une vue d'ensemble des relations contrat-environnement, v. la thèse de V. Monteillet, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2017. V. aussi, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement*, Étude de droit interne, international et européen, PUAM, 2014 ; *Le contrat et l'environnement*, Étude de droit comparé, Bruylant 2015.

11. Selon la formule de l'arrêt *Aluisuisse*, CE, ass., 8 juill. 2005, n° 247976 : *JurisData* n° 2005-068616 ; *Environnement* 2005, comm. 67, note P. Trouilly ; *LPA* 2005, p. 5, note F. Braud et A. Moustardier ; *Cass.* 3^e civ., 16 mars 2005, n° 03-17.875 ; *JurisData* n° 2005-027583 ; *JCP A* 2005, 1195, note Ph. Billet ; *JCP G* 2005, II, 10118, note F.-G. Trébulle ; D. 2006, p. 50, note M. Boutonnet ; *Environnement* 2005, comm. 51, note D. Gillig. – *Cass.* 3^e civ., 2 avr. 2008, n° 07-12.155 et n° 07-13.158, *Sté Interfil France c/ SCl*

« d'ordre public »¹², les contrats opérant le transfert de cette obligation lui sont inopposables. Lorsque l'exploitant a disparu ou se trouve insolvable, ce principe peut être néfaste pour la réparation des atteintes à l'environnement. Toutefois, rien n'empêche les parties de s'entendre et de faire peser sur un tiers intéressé la charge financière de l'obligation de remise en état. Par le biais d'un contrat de vente, un aménageur peut ainsi, tout en acquérant le terrain pollué, s'engager à prendre à sa charge les frais de la dépollution. C'est alors par le jeu de la contribution à la dette, et non de l'obligation à la dette, que le contrat contribue à la réparation des atteintes à l'environnement.

11 - Le législateur ne s'y est pas trompé. Emboîtant le pas de la pratique contractuelle, la loi ALUR de 2014 est venue autoriser le « tiers intéressé » à « demander au représentant de l'État dans le département de se substituer à l'exploitant, avec son accord, pour réaliser les travaux de réhabilitation en fonction de l'usage que ce tiers envisage pour le terrain concerné » (art. L. 512-21 du Code de l'environnement). Et aujourd'hui, c'est au dispositif de la compensation des « 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° C. env.) que le contrat est associé¹³. En effet, selon l'article L. 163-1. II. du Code de l'environnement, « Toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité y satisfait soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation défini au III du présent article, soit par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation défini à l'article L. 163-3. Lorsque la compensation porte sur un projet, un plan ou un programme soumis à évaluation environnementale, la nature des compensations proposées par le maître d'ouvrage est précisée dans l'étude d'impact présentée par le pétitionnaire avec sa demande d'autorisation ». Est ainsi institué un contrat de compensation appelé à mettre en œuvre l'obligation légale de compensation, conclu entre l'aménageur avec une partie nommée un « opérateur » défini comme « une personne publique ou privée chargée, par une personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, de les mettre en œuvre pour le compte de cette personne et de les coordonner à long terme ». Là encore, tout l'intérêt du contrat est de faciliter la mise en œuvre d'une obligation de police administrative et, in fine, de renforcer, par la compensation, la réparation des atteintes à l'environnement.

12 - Enfin, en dernier lieu, il ne faut pas négliger le rôle joué par la propriété¹⁴. Pour une part, celle-ci peut participer à la réparation des atteintes à l'environnement. Cette fois, c'est l'atout de sa durabilité qui se révèle. En effet, alors que l'exploitant à l'origine de la pollution peut disparaître, le terrain sur lequel existe la pollution fait l'objet d'un droit de propriété. Or, si l'obligation de remise en état pèse exclusivement sur le dernier exploitant de l'ICPE ou sur son ayant droit, ce n'est pas le cas de l'obligation de gérer les déchets. Selon l'article L. 541-2 du Code de l'environnement, « tout producteur ou détenteur de déchets est

tenu d'en assurer ou d'en faire assurer la gestion, conformément aux dispositions du présent chapitre ». Bien que les déchets posés sur le terrain ne résultent aucunement de l'activité du propriétaire, les juges administratif et judiciaire n'hésitent pas à le qualifier de détenteur des déchets pour lui imposer de les éliminer à défaut de tout autre responsable tel que le dernier exploitant de l'activité ayant été exercé sur le terrain et lorsqu'il a commis une faute.

13 - Alors que la Cour de cassation fait peser sur le propriétaire une présomption lui impliquant de démontrer « être étranger » au fait de l'abandon des déchets et « ne l'avoir par permis ou facilité par négligence ou complaisance »¹⁵, le Conseil d'État exige la preuve de la négligence du propriétaire dans cet abandon¹⁶. Il fait peser l'obligation de gérer les déchets sur le propriétaire « s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain ou s'il ne pouvait ignorer, à la date à laquelle il est devenu propriétaire de ce terrain, d'une part, l'existence de ces déchets, d'autre part, que la personne y ayant exercé une activité productrice de déchets ne serait pas en mesure de satisfaire à ses obligations »¹⁷. Autrement dit, aujourd'hui, le propriétaire est appelé à participer incidemment à la réparation des atteintes à l'environnement – ce qui reste certes limité en matière de déchets car l'élimination ne peut conduire à l'excavation des terres – dès lors qu'il est « non-innocent »¹⁸. Or, parce qu'on peut difficilement imaginer que le bailleur du terrain sur lequel sont sis les déchets ou son nouvel acquéreur ignore leur existence, le propriétaire devient le débiteur idéal de l'obligation de gérer les déchets. C'est dire combien le droit de propriété se trouve ici mis au service de la protection de l'environnement, ce qui n'étonne pas. La propriété n'est-elle pas, selon l'article L. 544 du Code civil, « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » ?

14 - Au final, si l'universalité de la responsabilité civile, la flexibilité contrat et la durabilité de la propriété représentent des atouts importants pour la réparation des atteintes à l'environnement, c'est plus profondément la refondation du droit privé à travers l'extension de la finalité de ses instruments qui se manifeste. En effet, derrière leur instrumentalisation, l'on constate leur capacité à se soucier, au-delà des intérêts particuliers, de l'intérêt général. Il en est de même lorsque l'on observe de plus près les instruments de droit privé tournés vers la prévention des atteintes à l'environnement.

2. Un droit privé pour la prévention des atteintes à l'environnement

15 - La prévention des atteintes à l'environnement est l'objectif primordial du droit de l'environnement. Outre les différents instruments d'audit, d'étude d'impact, de seuil de nuisance, de réduction des pollutions à la source ou de planification, la part belle est ici faite aux instruments de police administrative. Il en est ainsi du régime des ICPE qui vise à contrôler les exploitations industrielles ou agricoles susceptibles de créer des risques ou de provoquer des pollutions ou nuisances (art. L. 511-1 du Code de l'environnement). Le degré de contrôle (autorisation, enregistrement et déclaration) étatique varie selon les risques créés par

du Réal : JurisData n° 2008-043436 ; Environnement 2008, comm. 83, p. 28, note M. Boutonnet ; JCP G II, 10158, note B. Parance.

12. Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-14.986 et n° 10-30.549 ; JurisData n° 2011-025165.

13. M. Lucas, « Le contrat au service de la compensation », Revue Énergie Environnement Infrastructure 2017, p. 25.

14. Sur les relations propriété/environnement : B. Grimonprez (dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires 2018 ; « La fonction environnementale de la propriété », RTD civ. 2015, p. 539 ; F.-G. Trébulle, « L'environnement et le droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Association H. Capitant, Journées nationales, Tome XI, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2010, p. 85.

15. Cass. 3^e civ., 11 juillet 2012, n° 11-10.478, D. 2012, p. 2208, note M. Boutonnet.

16. CE, 25 sept. 2013, n° 358923, note JCPN 2013, p. 31, M. Boutonnet, D. 2013, Point de vue, p. 2528 ; CE, 26 juillet 2011, n° 328651, Environnement 2011, comm. 131, Ph. Billet.

17. CE, 24 oct. 2014, n° 361231.

18. Selon l'expression de F.-G. Trébulle, D. 2011, p. 2696.

l'exploitation. Il s'agit ici pour les entreprises exerçant des activités polluantes d'obéir aux normes prescrites sous le prisme du modèle de gouvernance étatique dit de « *command and control* ». Or, confronté aux limites du système quant à son efficacité autant que son effectivité, le législateur amorce, depuis quelques années, un tournant plus libéral. Le but, en complément de l'unilatéralisme, est de faire de la protection de l'environnement un élément déterminant du marché, celui de l'offre et de la demande. Le pari est le suivant : l'entreprise devrait adopter un comportement respectueux de l'environnement, non pas uniquement parce que l'État le lui impose, mais aussi parce que le marché – et donc ses acteurs – l'y incite. Autrement dit, l'entreprise a tout intérêt à se soucier de la protection de l'environnement dès lors qu'elle devient, en sus d'un impératif d'intérêt général, un enjeu intégrant les intérêts particuliers.

16 - C'est ici que la régulation de droit privé entre de nouveau en scène, le but étant de remettre la valeur environnementale au cœur des relations extracontractuelles autant que contractuelles, d'opérer le passage de la prévention à la verticale vers la prévention à l'horizontal. Plus précisément, à la lecture du droit positif, il semble qu'aujourd'hui, le pari repose sur trois techniques vertueuses et connectées : l'obligation légale d'information des parties prenantes (ou tiers intéressés), l'obligation légale de planification des mesures de prévention des atteintes à l'environnement dont il pourrait découler, de manière davantage volontaire, des obligations contractuelles. Sous la pression de l'information, l'entreprise est appelée à réagir et changer son comportement. Pour cela, elle doit adopter certaines mesures de prévention qui peuvent être concrétisées par leur contractualisation.

17 - D'abord, s'agissant de l'information, obligation supposée jouer un rôle incitatif, elle est particulièrement prégnante en droit commercial. Certaines sociétés, cotées et non cotées, sont soumises à des obligations de transparence extra-financière¹⁹. Les informations dont elles sont redevables prennent place dans leur rapport annuel de gestion. Née avec la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001, le dispositif légal n'a fait que se densifier et complexifier au gré de différentes réformes. En dernière date, la réforme issue de l'ordonnance du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines entreprises et certains groupes d'entreprises et de son décret d'application du 9 août 2017²⁰. Désormais, et en substance, il convient de retenir que, au regard de certains seuils fixés par décrets, alors que certaines sociétés doivent veiller à ce que leur rapport de gestion contienne des informations « de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel » (art. L. 225-100-1 du Code de commerce), d'autres sociétés doivent insérer une déclaration de performance extra-financière dans le rapport de gestion (art. L. 225-102-1-I du Code de commerce).

18 - Il faut signaler que le changement climatique fait l'objet d'une attention croissante²¹. Le rapport de gestion doit contenir « des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité » et,

selon les sociétés concernées, la déclaration de performance extra-financière doit comprendre « notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit » (art. L. 225-102-1-I du Code de commerce). Un décret est aussi venu préciser la manière dont doivent être présentées ces informations dans la déclaration de performance. Doivent être détaillés, selon un critère de pertinence, « les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit ; les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique ; les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet ».

19 - Or, cette obligation d'information est supposée ne pas être anodine en ce qui concerne ses effets sur le marché. Destinataires des informations, les actionnaires peuvent faire pression sur l'entreprise afin qu'elle réoriente son activité. Surtout, les investisseurs peuvent conditionner leur soutien financier au contenu des informations délivrées notamment en refusant d'investir dans des activités polluantes et émettrices de gaz à effet de serre et en mettant sur le marché des obligations vertes. C'est enfin la société civile, et en particulier les ONG, qui peuvent dénoncer le mauvais comportement écologique de certaines entreprises au vu des informations.

20 - Ensuite, il faut noter l'importance du pas franchi récemment par le législateur en consacrant le devoir de vigilance²². Il ne s'agit plus d'inciter à la prévention, mais de l'imposer.

21 - Dorénavant, certaines entreprises²³ sont soumises à un devoir de vigilance consistant, selon l'article L. 125-102-4 du Code de commerce, à « établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance », sachant que ce dernier ainsi que ses résultats doivent être rendus publics et insérés dans le rapport de gestion. Plus précisément, selon les termes de la loi, « Le 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, l'entreprise concernée doit, au regard des atteintes que son activité est susceptible de causer à l'environnement, faire connaître les mesures de prévention destinées à les prévenir. Il en est ainsi des

19. V. la thèse de A. S. Epstein, *Information environnementale et entreprise, Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut universitaire Varenne, coll. Thèses, 2015.

20. N. Cuzacq, « Le nouveau visage du reporting extrafinancier français », *Revue des Sociétés* 2018, p. 347.

21. B. Rolland, « Le reporting des sociétés cotées en matière de changement climatique : état du droit et pratiques », in M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon, *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, Dalloz Thèmes et Commentaires 2019, p. 25.

22. L. no 2017-399, 27 mars 2017, *JO* 28 mars 2017, texte no 1, *JCP* 2017. I. 545, K. Haeri, *JCP E* 2017. Actu. 250. V. not. le commentaire de S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP* 2017. 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 ; 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. 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 », *RDT* 2017. 380. Pour une vue générale de ce devoir, S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis 2019.

23. Selon l'article L. 225-102-4-I du Code de commerce : « Toute société qui emploie, 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, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

préjudices pour la biodiversité mais aussi des différents dommages climatiques.

22 - Surtout, cette planification des mesures de vigilance fait l'objet d'une attention particulière du législateur qui a pris soin, non seulement de lister le type de mesures à prévoir, notamment une cartographie des risques et les actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, mais aussi de mettre à disposition de certaines personnes intéressées une action en justice visant à assurer le respect de cette obligation tout en précisant que, sur le fondement du droit commun et à certaines conditions, en cas de dommage en résultant, la responsabilité civile de l'entreprise débitrice pourra être engagée. Au final, muni d'un dispositif permettant d'assurer la conformité de l'entreprise à son obligation, le plan de vigilance bénéficie d'une certaine garantie normative²⁴.

23 - Enfin, parce que le plan de vigilance doit être effectif, la contractualisation d'obligations environnementales au sein des relations « *intra-groupe* » et « *d'affaires* » devrait en découler. Certes, un temps évoqué par une proposition de loi lors de son vote (proposition n° 2578 du 11 février 2015), la contractualisation n'est pas prévue par le nouveau dispositif. Toutefois, si à l'avenir elle pourrait prendre place comme mesures de vigilance et rejoindre les 5 mesures imposées par le législateur au titre du contenu du plan de vigilance²⁵, d'ores et déjà, la contractualisation s'avère inévitable, non seulement pour permettre aux débiteurs légaux de gérer les risques découlant de leur obligation, mais aussi parce que, pour veiller à ce que ces sociétés ne créent pas de dommages, les sociétés mères ou donneuses d'ordre doivent insérer dans des contrats conclus avec elles ou avec les sociétés surveillées des clauses allant en ce sens, que ce soit des contrats de distribution, fourniture ou sous-traitance ou des contrats spécialement conclus dans cet objectif. Dans tous les cas, les contrats deviendraient « durables »²⁶. Par ailleurs, parce que pour remplir leurs nouvelles obligations contractuelles, les filiales et autres partenaires sont appelées à leur tour à imposer des mesures de vigilance à leurs partenaires, la contractualisation devrait se diffuser dans la chaîne de valeur²⁷. Il convient alors de noter combien, sous l'influence du devoir de vigilance, cette contractualisation en cascade, source d'une « zone de vigilance »²⁸, constitue un « plus » par rapport aux instruments de police administrative : elle permet en effet d'imposer des mesures de prévention à des entreprises étrangères et, par conséquent, de renforcer la prévention des atteintes à l'environnement au niveau mondial et non uniquement interne.

24 - Au final, l'on comprend bien tout l'intérêt d'instrumentaliser le droit privé à des fins environnementales. En imposant à certaines entreprises des obligations environnementales incitatives ou prescriptives de planification et incidemment de contractualisation, le législateur fait entrer la prévention des atteintes à l'environnement dans les relations entre personnes privées. C'est alors dorénavant sous le contrôle et la pression, non plus seulement de l'État, mais aussi des « parties prenantes », actionnaires, ONG ou investisseurs, que les entreprises sont

appelées à adopter un comportement davantage respectueux de l'environnement. N'est-ce pas ce que vient de formellement reconnaître la loi Pacte ? Inséré dans une section intitulée « *repenser la place des entreprises dans la société* » et dans un chapitre destiné à rendre « *les entreprises plus justes* » – les mots ont leur importance –, l'article 169 de la loi Pacte du 22 mai 2019 entérine ces évolutions. Selon le nouvel article 1833 alinéa 2 du code civil, toute société doit dorénavant être « *gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux* »²⁹.

25 - Il en ressort une refondation du droit privé. Par le biais de ces différentes techniques, le législateur fait de la protection de l'environnement tout à la fois une finalité d'intérêt général garantie par les personnes privées et une finalité d'intérêt privé complétant l'action des pouvoirs publics. Plus profondément et incidemment, la question se pose alors de savoir si ce droit privé pour la réparation et prévention des atteintes à l'environnement ne doit pas être vu comme une manifestation de son instrumentalisation et sa refondation au bénéfice de la préservation de l'environnement.

3. Un droit privé pour la préservation de l'environnement

26 - La préservation est une finalité plus englobante car, à bien y regarder, autant les instruments de réparation que de prévention y contribuent³⁰. Il s'agit en substance de veiller à ce que la nature demeure dans un état respectueux des fonctions et services de la biodiversité indispensables à la survie de l'Homme. Pour cela, le droit public fait appel à d'autres instruments de politiques publiques ayant pour but de veiller à la préservation de l'eau, de l'air et des sols, des espaces et des espèces animales et végétales. Alors que la préservation des espaces fait l'objet d'une réglementation complexe invitant à distinguer – sans éviter les superpositions – entre les zones Natura 2000, les parcs naturels, les réserves naturelles, les zones naturelles d'intérêt écologique faunistique et floristique et les sites classés, la préservation des espèces s'appuie essentiellement sur une réglementation opérant un classement des espèces protégées et, dépassant une vision statique de la faune et de la flore pour une vision plus dynamique, sur des instruments symbolisés par les « corridors » ou « trames vertes et bleues » qui visent à assurer les continuités écologiques et les migrations des espèces. Les personnes privées sont pleinement visées par ces réglementations en ce qu'elles doivent y obéir sous peine de sanction pénale. Leur liberté individuelle se voit limitée par l'interdiction qui leur est faite de chasser certaines espèces animales, de cueillir certaines espèces végétales, de construire dans certains espaces protégés ou d'utiliser leur véhicule en cas de dépassement de seuils de pollution à l'air, voire par les obligations environnementales auxquelles elles ont consenti en concluant avec une personne publique un contrat Natura 2000.

27 - Pourtant, là encore, les données scientifiques signent le relatif échec de ces dispositifs. Selon la liste rouge française de l'IUCN, la France figure parmi les 10 pays accueillant le plus grand nombre d'espèces menacées. Par ailleurs, selon le dernier bilan dressé par l'Observatoire Climat Energie, En 2018, les émissions de gaz à effet de serre ont baissé de 4,2 % par rapport à 2017. Malgré cela, la part annuelle indicative du budget

24. Il s'agit ici, selon l'étude de Catherine Thibierge, du troisième pôle permettant d'apprécier la force d'une norme, C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris-Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, p. 823 s.

25. Rappelons que le dispositif prévoit qu'un décret en Conseil d'État peut permettre de compléter la liste des mesures de vigilance.

26. Y. Queinnec, « L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2014.

27. Sur cette notion et la difficulté de son périmètre, A. Acquier, T. Daudigeos et B. Valiorgue, *Responsabiliser les chaînes de valeur éclatées*, Enjeux et limites, *Revue française de gestion*, 2011/6, n° 215, p. 167 et s.

28. Contrat et devoir de vigilance, RLDA mai 2015/104, p. 89. *Sur la création d'une « universalité contractuelle »*, V. Monteillet, thèse préc., n° 479

29. Parmi les nombreux commentaires, nous reportons à l'article de P. Abadie, « Le volet RSE et la loi Pacte, aspects pratiques », *BRDA* 2019/13.

30. L. Fonbaustier, *Manuel de droit de l'environnement*, préc. p. 261 et s.

carbone pour 2018 de la France, a été dépassée de 4,5 %³¹. Or, là encore, à titre complémentaire, depuis quelques années, le droit privé pointe son nez pour, en sus des outils de réparation et prévention déjà existants, mettre à profit l'inclusion de la préservation de l'environnement dans les relations interpersonnelles. C'est cette fois une instrumentalisation du droit des biens qui se révèle, à savoir la valorisation des utilités de certaines choses appropriées au bénéfice de la chose environnementale qu'elle soit ou non appropriée.

28 - Pour le comprendre, il faut rappeler que le droit civil se structure autour de deux catégories juridiques : les personnes et les choses³². Alors que certaines choses sont appropriées et se divisent en bien meuble ou immeuble, d'autres ne le sont pas et relèvent alors de la catégorie de chose commune. Dans les deux cas, la chose est vue à travers ses utilités ou valeurs³³. La première permet à son propriétaire de profiter de toutes ses utilités, à savoir sa valeur d'usage autant que d'échange, tandis que l'usage de la seconde bénéficie à tous et que sa valeur d'échange se voit stérilisée³⁴. Plus précisément, selon l'article 714 alinéa 1 du Code civil, « il y a des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Pour cette raison, l'alinéa 2 de ce même article prévoit que « des lois de police règlent la manière d'en jouir ». La doctrine précise que la chose est commune lorsqu'elle ne peut être saisie dans sa globalité, qu'elle est inépuisable et indispensable à la vie de l'homme³⁵. Concernant l'environnement, si dans l'esprit du Code civil, il peut être vu comme une chose commune en raison au moins du caractère indispensable de certaines ressources pour l'homme, aujourd'hui il est l'objet d'appropriation. Outre qu'il est possible, selon certaines conditions, de s'approprier une fraction de la chose commune pour en faire un produit de commercialisation, en la polluant, l'homme en vient aussi à se l'approprier. Ce schéma ne pose pas de problème dans un monde où les ressources naturelles sont abondantes et leur détérioration est sans conséquence pour la vie de l'homme. Mais ce n'est pas le cas dans un monde dans lequel l'usage de la nature est tel qu'il risque de fragiliser la vie de l'Homme sur Terre. D'où l'importance de sa préservation. 29. Or, si les différentes dispositions de droit public précitées peuvent être vues, sous le prisme de l'article 714 alinéa 2 précité, comme une manière de protéger l'environnement en tant que chose commune, au vu des données scientifiques, elles ne sont pas suffisamment efficaces. De ce fait, il faut noter l'intérêt de certains dispositifs de droit privé qui montrent comment le législateur tend à s'appuyer sur des techniques de droit privé pour préserver autrement. Ces derniers viennent promouvoir la valeur d'usage de certains biens immeubles et la valeur d'échange de certains biens meubles au bénéfice de l'environnement. C'est alors par le biais la réglementation des choses appropriées que passe sa la préservation.

29 - S'agissant de la promotion de la valeur d'usage, les exemples sont particulièrement topiques en matière immobilière. Il en est ainsi du bail rural, à savoir le contrat par lequel le propriétaire agricole met à disposition de l'exploitant des terres ou des bâtiments en contrepartie d'un loyer ou d'un partage de récolte. Le dispositif permet au bailleur d'imposer au preneur, dans le contrat de bail, des clauses environnementales visant « au respect par le preneur de pratiques ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des

paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion, y compris des obligations de maintien d'un taux minimal d'infrastructures écologiques » (art. L. 411-27 du Code rural). Il tend alors à promouvoir un usage écologique d'un bien immobilier³⁶. Par ailleurs, depuis la récente loi Biodiversité, les propriétaires peuvent grever leurs biens d'obligations environnementales. Selon le nouvel article L. 132-3 du Code de l'environnement, « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques »³⁷.

30 - Ces obligations peuvent être prévues pour une durée maximum de 99 ans. Autrement dit, un propriétaire peut attacher à son immeuble des obligations contribuant à préserver l'environnement, qu'il s'agisse de l'interdiction de l'utilisation de pesticides ou autres produits néfastes pour la biodiversité, de la culture d'OGM, ou plus positivement de la possibilité d'imposer la culture en jachères ou selon le respect de certains objectifs écologiques. Tout l'intérêt est ici que, parce qu'il s'agit, à l'inverse du bail rural, d'obligations réelles et non pas personnelles, la préservation perdure malgré la transmission du bien. Les deux dispositifs, auxquels il faudrait ajouter en raison de leur incitation à un usage écologique du bien, certaines obligations d'information environnementale dans le secteur de l'immobilier, à l'instar des mécanismes de l'annexe environnementale ou bail vert prévu à l'article L. 125-9 du Code de l'environnement³⁸ et du dossier de performance énergétique transmis par le propriétaire à l'acquéreur ou au locataire récemment renforcé par la loi Elan³⁹, demeurent volontaires et encadrés. Il faut noter malgré tout combien ils montrent que le législateur s'appuie sur des outils de droit privé, la valorisation de l'usage écologique de l'immeuble via les relations interpersonnelles d'ordre contractuel, pour renforcer la préservation de l'environnement.

31 - Quant à l'instrumentalisation de la valeur d'échange, cela est manifeste s'agissant de certains biens meubles incorporels. C'est en ce sens que peuvent être vus les mécanismes de marché. Si le dispositif de la compensation autorise le débiteur de l'obligation légale de compensation à faire appel à un opérateur pour acquérir des unités de compensation, existe surtout le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (SECQUE)⁴⁰. Les exploitants autorisés à émettre des gaz

31. https://cler.org/wp-content/uploads/2019/09/DP_Observatoire_Climat_Energie_19.pdf

32. V. sur l'importance de la qualification de chose en droit civil, v. parmi les manuels, W. Dross, *Droit des biens*, Lextenso, p. 11.

33. W. Dross, ouvrage préc., n° 8-9.

34. Sur la chose commune, W. Dross, ouvrage préc., p. 360 s.

35. Idem, n° 319.

36. I. Doussan, *La biodiversité : une valeur (enfin) reconnue par le droit agricole*, RJE n° spécial 2008, p. 108.

37. G. J. Martin, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement », RJE n° spécial 2008, p. 123 s.

38. Ce dispositif impose aux preneurs et bailleurs d'immeubles à usage de commerce ou bureaux de plus de 2000 mètres carrés de se transmettre mutuellement « toutes informations utiles relatives aux consommations énergétiques des locaux loués » et prévoit que « l'annexe environnementale peut prévoir les obligations qui s'imposent aux preneurs » (art. L. 125-9 du Code de l'environnement). V. loi du 3 août 2009 (Grenelle 1, L. n° 2009-967), la loi du 12 juillet 2010 dite Grenelle II (Grenelle II, n° 2010-788) et le décret d'application du 30 décembre 2011 (D. n° 2011-2058). J.-B. Gouache, L'annexe environnementale est obligatoire à partir du 1^{er} janvier 2012, RLDA 2010/9, n° 52, p. 25 ; M. Boutonnet, L'information « pour l'environnement » dans l'intérêt général, RDC juillet 2012, p. 919.

39. V. les articles L. 271-4 et L. 134-3-1 du code de la construction et de l'habitation.

40. Créé par la directive 2003/87/CE du parlement européen et du conseil, du 13 oct. 2003. La France a transposé le mécanisme par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004, date de l'ordonnance (n° 2004-330). T. Granier, *Le*

à effet de serre se voient octroyés des quotas d'émission chaque année. Au terme de l'année civile d'affectation, ils doivent rendre le nombre de quotas correspondant au total des émissions qu'ils ont émises. Ces quotas, biens meubles incorporels⁴¹, peuvent être vendus sur un marché qui y est dédié. C'est le cas pour les exploitants qui réduisent les émissions de gaz à effet de serre produites par leur activité. Or, c'est grâce à la valorisation de l'échange d'un bien sur le marché que l'environnement tend à être préservé.

32 - L'on peut aussi se demander si certains dispositifs imposant aux entreprises de fournir des informations environnementales au sujet des biens meubles corporels qu'elles mettent sur le marché ne peuvent pas être vus sous ce prisme. Si d'ores et déjà l'achat d'un produit électroménager impose au producteur d'indiquer sa consommation en énergie et en autres ressources⁴² et celui d'un service de transport s'accompagne de l'indication « relative à la quantité de dioxyde de carbone émise par le ou les modes de transports utilisés pour réaliser cette prestation »⁴³, l'information sur la durabilité est en progression.

33 - Alors que la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 a créé l'information sur les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens⁴⁴, le projet de loi n° 660 concernant la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire prévoit un renforcement et un affinement des types d'obligations à fournir au consommateur. À la lecture de la dernière mouture du projet de loi actuellement en première lecture à l'Assemblée nationale, il est prévu l'expérimentation de l'affichage environnemental (alors que celui-ci a déjà eu lieu à la suite de la loi Grenelle 1 de 2009 !) ainsi qu'une meilleure information relative à la réparabilité des produits électriques et électroniques et au geste de tri. Dans tous les cas, destinés certes à promouvoir un usage des biens respectueux de l'environnement, ces dispositifs s'appuient aussi sur leur valorisation sur le marché, et donc sur leur valeur d'échange. Et cela n'est pas anodin : plus le consommateur sera informé des conséquences environnementales de l'usage du bien acheté, plus il deviendra

un « consommateur » opérant des choix décisifs susceptibles d'exercer une influence sur le comportement responsable de l'entreprise – l'on retrouve les supposées vertus du marché – et, *in fine*, sur la préservation de l'environnement⁴⁵.

34 - Au final, ces différents exemples montrent combien derrière les réglementations dont font l'objet certains biens immobiliers ou mobiliers se cache une instrumentalisation de leur valeur d'usage et/ou d'échange au profit de la préservation de l'environnement, qu'il soit approprié ou non approprié. Subrepticement, c'est alors la refondation des catégories du droit des biens – ou des choses – qui se révèle. Si l'on peut y voir une manifestation de la fonction sociale de la propriété prônée par Josserand⁴⁶, c'est plus profondément de nouvelles « figures » ou « modèles » destinés à articuler droit de propriété et chose commune qui se dessinent⁴⁷, à savoir : la transpropriation⁴⁸, la « restauration de la communauté dans la propriété »⁴⁹, la fonction collective de l'immeuble (possédant un domaine commun et individuel)⁵⁰, voire aussi des meubles, et à terme, s'agissant particulièrement du climat et si l'on tient compte de la multiplicités des actions en justice destinées à le protéger⁵¹, d'une communauté bénéficiaire d'une ressource commune⁵².

35 - En conclusion, ne nous y trompons pas : si le droit s'appuie sur le contrat, la responsabilité civile ou la propriété pour les mettre au service de la protection de l'environnement, cela ne change rien à la vocation de la matière. C'est bien *in fine* les relations entre les hommes qui sont en jeu. Simplement, dès lors que l'environnement comme chose est vu à travers ses utilités indisposables à sa survie, son rapport à elle et aux personnes sont voués à se transformer. C'est dire tout le rôle que le droit privé pourrait jouer dans le dépassement de la crise écologique...■

droit des marchés financiers à l'épreuve des questions environnementales, p. 157 et s., in *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, M. Mekki (dir.), Bruylant 2016.

41. T. Bonneau, « Quotas de CO₂, biens et titres financiers », *Bull. Joly Bourse*, 2001, n° 3, p. 107 ; H. Le Bars, « La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004, réflexion sur l'adaptabilité du droit des biens », *JCP G* 2004, I, p. 148 ; A. Greybollet, « Extension de la notion de marché réglementé aux quotas d'émission de CO₂ et à certains actifs », *RTDF* 2010/4, p. 103.
42. Dir. n° 92/75/CEE du 22 sept. 1992.
43. Art L.1431-3 et art. D. 1431-1 à D. 1431-23 C. des transports.
44. Art. L.227-67 du code de la consommation, précisé par le décret n° 2016-703 du 30 mai 2016 et par l'arrêté du 8 octobre 2018 et art. Art L. 111-4 et art. D111-4 issu du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016.

45. M.-P. Blin, « Le contrat de consommation, outil de protection de l'environnement », in *Le contrat et l'environnement en droit interne, international et européen*, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), 2014, p. 315 ; M. Friant-Perrot, « Consommation et transition », in *Dictionnaire des transitions écologiques*, Fondation Varenne, 2018 ; G. Goffaux-Callebaut, « La consommation responsable », *LPA* 27 juin 2014, p. 15.
46. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd. 1939, rééd. 2006, p. 15.
47. J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire des « communs » ?, » in *Repen- ser les biens communs* B. Parance et J. de Saint Victor, CNRS éd., 2014, p. 124.
48. F. Ost, *La nature hors la loi*, p. 69 et 323 et s.
49. W. Dross, « *Rapport de synthèse* », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon, Dalloz Thèmes et Commentaires, 2019, p. 279.
50. Il s'agit de la thèse de Grégoire Leray : *L'immeuble et la protection de la nature*, LGDJ, 2018.
51. Not. C. Cournil et L. Varisson, *Les procès climatiques*, éd. Pedone 2018.
52. J. Rochfeld, « Défense du climat : les figures des communautés de protection des ressources communes », in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé ?*, préc. p. 225 s.

12 Participation du public, du légal au légitime



Chantal JOUANNO,
Présidente de la Commission Nationale du Débat Public

1 - De longs débats accompagnent la participation du public s'affrontant autour d'une question simple : est-ce une nouvelle forme de démocratie ou une modalité pratique spécifique de la démocratie existante ? Pire, la gouvernance citoyenne est-elle la négation de la démocratie, comme l'affirme le philosophe Alain Deneault¹ ? Cette contribution ne vise pas à trancher ces débats, mais à l'éclairer par la pratique participative. Aussi, cet article se propose-t-il d'étudier les spécificités de la participation du public dans le domaine environnemental pour en suggérer des améliorations.

Pourquoi penser la participation dans le domaine de l'environnement ?

2 - La participation du public est invoquée dans un nombre croissant de domaines : l'éthique, l'alimentation, la santé, les retraites, l'éducation, etc. Qu'il s'agisse de questions sociales, sanitaires, économiques ou encore environnementales, les méthodes de participation peuvent être assez similaires. Pour autant, c'est bien dans le champ de l'environnement que les textes et procédures sont les plus aboutis en France comme dans plusieurs pays démocratiques.

3 - La France s'est ainsi dotée d'un arsenal juridique complet et complexe détaillé dans le Code de l'environnement dans le Titre II du Livre I^{er} relatif à l'information et à la participation des citoyens. La loi dite Barnier du 2 février 1995² dispose que les grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national présentant un fort enjeu socio-économique ou ayant un impact notable sur l'environnement peuvent faire l'objet d'un débat public organisé par la Commission nationale du débat public (CNDP). La loi de 2002³ transforme la CNDP en autorité administrative indépendante, suivant en cela les recommandations du Conseil d'État⁴. Le principe sera ensuite intégré dans la Charte de l'environnement adoptée le 1^{er} mars 2005⁵ qui dispose en son article 7 que : « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. ». Enfin, à la suite du décès d'un opposant au barrage de Sivens, Rémi Fraisse, le champ d'inter-

vention de la CNDP a été nettement élargi en 2016⁶ afin qu'elle soit compétente y compris sur des projets de moindre ampleur mais hautement conflictuels ou impactant pour l'environnement, ainsi que sur les documents de planification qui peuvent encadrer ces projets.

4 - L'Italie conjugue les dispositifs légaux et le soutien aux initiatives citoyennes informelles de participation⁷. Les États-Unis et le Royaume-Uni favorisent les organisations collectives locales, le *community organizing*. Le Québec s'est doté d'un Bureau d'audiences publiques sur l'environnement⁸ (BAPE), souvent cité en exemple, dans la mesure où son rôle est d'informer et de consulter les citoyens sur des grands projets ayant un impact environnemental afin d'élaborer un avis qui doit éclairer le décideur.

5 - Ce panorama rapide, tend à confirmer qu'il y a bien une spécificité de la question environnementale qui suppose une association particulière des citoyens. L'idée est d'ailleurs posée comme une évidence dans le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁹ : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient (...) ». Cette rédaction laisse à penser que la participation n'est donc qu'une procédure pour améliorer la décision, une « méthode » de traitement des questions environnementales.

6 - La Convention d'Aarhus¹⁰, en ses articles 6, 7 et 8 inscrit la participation environnementale dans une ambition très supérieure : elle est constitutive de ces droits nouveaux que devraient garantir les démocraties. La Convention d'Aarhus est un texte précieux qui fixe les modalités et les ambitions de la participation. En résumé, celle-ci doit permettre au public concerné d'être informé et de participer à l'élaboration de la décision publique sur un projet, le plus en amont possible, à un stade où son opportunité même peut être interrogée. À ce stade, l'expression par le public de ses attentes, ses interrogations, ses ambitions ou ses craintes sont un éclairage utile pour que les responsables décident ou non de poursuivre un projet, de le modifier et qu'ils en

1. A. Deneault, « La médiocratie », Lux Éditeur, 2015.

2. Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

3. Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

4. Les études du Conseil d'État, « L'utilité publique aujourd'hui », La documentation française, 1999.

5. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

6. Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

7. Legge regionale n° 46, 2 agosto 2013, « Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali ».

8. Loi n° 1978, c.64 modifiant la loi sur la qualité de l'environnement.

9. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement réunie à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992.

10. Convention d'Aarhus, Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, 25 juin 1998.

construisent les grands scénarios. Mais au-delà de la procédure, la Convention d'Aarhus transforme la participation en droit de l'Homme à l'environnement¹¹, elle bénéficierait donc des principes de non-régression et de non-discrimination qui lui sont liés. D'ailleurs, il n'est plus question de « *citoyens* » mais d'un droit reconnu à tout « *public* ».

7 - Il y aurait bien un lien substantiel entre la participation et l'environnement : les droits de participation et de transparence procéderaient directement de la notion d'environnement, du droit de vivre dans un environnement équilibré et du devoir de toute personne de prendre part à la préservation de l'environnement. Ces droits seraient consubstantiels à l'existence d'un bien public, d'un patrimoine commun : une citoyenneté de la chose publique¹². Il y avait donc à l'origine une très grande ambition de la participation environnementale chez les pères et mères fondateurs, une ambition que l'on ne saurait résumer à la volonté de « *faire comprendre* » un projet, de le faire « *accepter* » et d'éviter les recours, une haute ambition de renforcer la démocratie.

8 - L'ambition est d'autant plus grande que la réalité de la participation dans le domaine environnemental montre qu'au-delà du bien commun, c'est bien la question de la maîtrise des espaces qui mobilise.

Ilaria Casillo, vice-présidente de la CNDP et Maître de conférences en Urbanisme et Aménagement, a récemment proposé une analyse¹³ des conflits autour des projets environnementaux – projet d'enfouissement de déchets hautement radioactifs à Bure, projet de TGV Lyon-Turin, projet d'aéroport Notre Dame des Landes, projet du barrage de Sievens – montrant qu'ils se structurent systématiquement en trois étapes. Une première étape où la contestation reste circonscrite à une échelle locale et concerne uniquement le projet. Les autorités locales refusent alors le dialogue préférant la « *pédagogie* » puisqu'elles considèrent que l'opposition s'explique par l'incompréhension de leur projet. Durant cette période, les opposants montent en compétence sur la connaissance du projet et de ses enjeux. Dans une deuxième étape, se produit un événement « *choc* » ou symbolique : défrichement de la parcelle, ouverture de chantier, annonce du démarrage du projet par exemple, qui suscite une réaction violente des opposants. Ceux-ci s'inscrivent alors dans un mouvement plus large de protestation. La « *montée en généralité* » de leurs arguments leur permet de se relier à des mouvements de protestation plus globaux. Dans une troisième et dernière étape, une double impasse oppose les participants au débat : l'ouverture de négociations, versus l'exigence de renonciation au projet ; et l'argument d'un projet « *possible* » versus un projet « *juste* ».

9 - Il est intéressant de constater que systématiquement, à l'origine du conflit, ce n'est pas la valeur du juste ou l'intérêt commun qui est mobilisé par les opposants, mais plutôt la maîtrise de l'espace. L'espace est ici le lieu des attentes, des aspirations, des besoins, mais aussi le symbole de la domination. Encore récemment, nous a été présenté un projet de déploiement d'énergie renouvelables sur un territoire où le maître d'ouvrage considérait qu'il n'y avait « *rien hormis des pierres* ». Or, ce fut autour de la maîtrise de cet espace que le conflit s'est structuré très fortement.

En d'autres termes, c'est bien cette double spécificité des projets ayant un impact sur l'environnement – le bien commun et l'espace – qui expliquent qu'ils soient soumis à une procédure spécifique de participation du public. Parce que l'environnement, la nature, n'est pas appropriable et parce qu'il s'inscrit dans un espace physique de « *concernement partagé* », il doit dans sa dimension symbolique et physique pouvoir être discuté avec le plus grand nombre de personnes. Ceci explique d'ailleurs, que la participation n'est pas liée à la citoyenneté. Si Rio en son principe 10 évoque les « *citoyens concernés* », la convention d'Aarhus évoque le « *public* ».

10 - Au terme de cette première analyse, il est plus aisé de comprendre les objectifs et les principes de la participation environnementale, et surtout de mesurer l'incompréhension de ses objectifs par nombre de décideurs. Afin d'en illustrer les ambitions, nous nous appuyons sur l'expérience de la Commission nationale du débat public qui est la seule instance participative institutionnelle dans le champ environnemental en France.

11 - **L'objectif de la participation** est de comprendre les aspirations et inquiétudes, les espoirs et craintes du public face à un projet sur un espace donné, au stade le plus précoce, afin de prendre la meilleure des décisions. Elle peut être d'abandonner le projet, de le poursuivre sans modifications, ou de le modifier substantiellement. Afin de satisfaire à cet objectif, la CNDP s'attache au principe d'**argumentation**. Nous ne demandons pas si les personnes sont favorables ou défavorables à un projet mais « *pourquoi* ». Le « *pourquoi* » permet d'organiser le débat, d'inviter les arguments à se rencontrer, de comprendre et se comprendre, de se frotter aux arguments des autres. L'ambition d'un débat public ou d'une concertation est donc de « *faire le tour des arguments* »¹⁴, d'en établir une photographie sincère et neutre pour éclairer la décision. Laurent Mermet qualifie le débat public de « *critique civile* », « *support à des échanges argumentaires (...)* Échanges éristiques par lesquels les protagonistes s'affrontent devant un public tiers (...) relais démocratiques critiques au même titre que le sont les échanges délibératifs »¹⁵. Le débat public est un échange entre pairs, un échange pour le public, par le public.

12 - Utiliser les mots de « *pédagogie* » et « *acceptabilité* » pour qualifier les ambitions d'un processus participatif est donc une erreur conceptuelle fondamentale. La participation informe le public, elle ne lui explique pas qu'un projet est bon et qu'il a tort de ne pas le comprendre. Plus encore le terme de « *pédagogie* » présuppose une hiérarchie entre « *sachants* » et « *ignorants* ». Or, le principe de la participation est bien de considérer fondamentalement que le public est un « *sachant* » légitime pour éclairer le décideur. Le débat public ne saurait également mesurer ou viser « *l'acceptabilité* » d'un projet puisqu'il intervient à un stade précoce « *au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence* »¹⁶. En ce sens, parce qu'elle reconnaît à tout individu une légitimité équivalente à participer à la décision, soit la participation à une ambition démocratique supérieure.

13 - Ni pédagogie, ni mesure de l'acceptabilité, la participation est un principe fondamentalement politique qui reconnaît à tout individu le droit de s'exprimer sur un sujet qui n'est appropriable par personne sur un espace partagé. L'environnement n'est pas même appropriable par les États et la participation est

11. Intervention de M. Prieur, Cycle de conférences du Conseil d'État, *La démocratie environnementale*, Collection droits et débats, la Documentation française, 2013.

12. J.-M. Sauvé, *Cycle de conférences du Conseil d'État sur la démocratie environnementale*, *Supra*.

13. I. Casillo, « *Ce que les conflits environnementaux et d'aménagement donnent à voir de la démocratie contemporaine* », *Revue L'ENA Hors les murs*, Dossier Le Dialogue, septembre 2018, n° 483, pp. 11-13.

14. G. Mercadal, *Le débat public : pour quel « développement durable » ?*, Presse des Ponts, 2012, p.70.

15. L. Mermet, *in* Le débat public : une expérience française de la démocratie participative, La Découverte, 2007.

16. Convention d'Aarhus, Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, 25 juin 1998, article 6, point 4.

ouverte à tout public, pas simplement au citoyen. Ceci explique un devoir de **transparence** absolue. L'information ne peut appartenir à personne sur un sujet d'intérêt commun. D'ailleurs, le droit à l'information est indissociable du droit à la participation. La loi ne définit qu'un droit unique : le droit à l'information et à la participation. Le garant d'un processus participatif se doit de vérifier que l'information qui permettra au public de construire ses arguments est la plus complète, la plus compréhensible, la plus diversifiée. Il n'est pas en mesure d'en juger la fiabilité compte tenu de la haute technicité des controverses. Il peut par contre identifier celles-ci et diversifier les sources d'information afin que le public construise ses arguments. Ainsi, lors du récent débat public sur le Plan national de gestion des matières et déchets radioactifs (PNGMDR) avons-nous rédigé une « *clarification des controverses* ». Elle vise à identifier les points de controverses afin que chaque partie puisse apporter un éclairage favorable et un éclairage défavorable.

14 - Puisque les objets et les espaces de la participation environnementale ne sont pas appropriables, chacun est parfaitement et également légitime à s'exprimer : il s'agit du principe d'**équivalence**. Dans le domaine de la participation, toutes les paroles, tous les arguments ont le même droit d'existence. Élus, syndicats, chefs d'entreprises, experts, responsables d'associations ont exactement le même poids dans le débat public que l'individu qui se présente comme « *président de rien* » ou « *citoyen ordinaire* ». Concrètement, les temps de parole doivent être identiques pour tous, aucune estrade ne saurait dominer le débat, aucune parole ne saurait bâillonner les autres, aucun propos ne doit être corrigé ou réécrit. L'organisateur ne doit jamais juger la validité ou la pertinence d'un argument. Il nous a souvent été reproché de restituer fidèlement les arguments de climato-sceptiques ou de thèses complotistes. Mais, même un argument manifestement « *faux* » est une source précieuse d'informations pour tous. Le débat n'est pas simple avec les experts qui peinent à concevoir que leur parole soit restituée avec la même équivalence que celle d'un public qu'ils jugent parfois empreint d'émotions. Et pourtant, relisons les échanges lors du deuxième débat public organisé par la CNDP avec EDF sur le projet de ligne à très haute tension Boutre-Carros en 1998. Alors que les ingénieurs hautement diplômés défendaient l'intelligence de leur projet, une riveraine leur tint ces propos voux : « *vous êtes tellement passionnés par votre projet que vous n'écoutez pas nos raisons* ». En quelques mots, elle avait inversé la logique de la raison et des émotions. Ce débat public fut d'autant plus intéressant qu'il a abouti à une profonde reconfiguration du projet en reprenant une alternative technique proposée par le public qui s'était avérée moins coûteuse.

15 - Le principe d'équivalence est assez proche du principe d'inclusion. Même si ce dernier ne fait pas officiellement partie de la doctrine de la CNDP, il en inspire le fonctionnement. Nous veillons dans toute procédure participative à multiplier les outils – réunion publique, débat mobile, débat numérique, tirage au sort... – afin d'aller au-devant du public, d'aller chercher sa parole et notamment les paroles faibles ou timides. A défaut, que ce soit en réunion publique ou sur internet, nous ne recueillons que la parole d'un public homogène, adulte, à fort capital socio-culturel et généralement masculin.

16 - La **condition première de la participation est la confiance** : confiance dans sa sincérité, confiance dans son utilité. De longue date, la CNDP en a tiré deux principes : l'indépendance et la neutralité. L'**indépendance** fut en réalité fortement recommandée par le Conseil d'État dans l'étude adoptée en 1999 par l'Assemblée générale : l'utilité publique aujourd'hui : « *Le fait que les débats, consultations et enquêtes se déroulent sous le contrôle d'une instance consultative impartiale favorisera une plus claire répartition des rôles, dissipera les*

suspensions et les procès d'intention, facilitera la tâche des représentants de l'État et donnera davantage de légitimité aux actes déclaratifs d'utilité publique. » (p. 88)¹⁷. L'État ne saurait être l'organisateur des procédures participatives dans la mesure où il est souvent maître d'ouvrage ou autorité autorisatrice. Ce principe est indissociable du principe de **neutralité** qui exige que la CNDP ou ses représentants ne prennent et n'aient pris aucune position sur le fond du projet. Ces deux principes sont explicitement inscrits dans le Code de l'environnement. Il est assez fréquent que la contestation d'un projet commence par la contestation des modalités de processus participatif. Ainsi, sur un projet de grand complexe touristique avons-nous dû refuser un garant qui ayant enseigné l'économie du tourisme avait laissé entendre qu'il était très favorable à son développement. La conséquence logique de ces deux principes est qu'aucun processus participatif ne peut être organisé sous l'égide d'un expert du secteur. L'exigence d'indépendance et de neutralité est absolue. L'organisation d'une démarche participative sous l'égide du décideur, quelle que soit sa sincérité, sera toujours suspecte de partialité et incitera ses opposants à se détourner de la procédure. De même, aucune partie prenante ne peut être pilote d'une démarche participative sans se trouver confrontée à de fortes contradictions. Ainsi, sera-t-elle tentée de ne pas rendre compte de positions ou d'arguments contraires à ses positions ou ses intérêts. Et si nous considérons que la participation définie par la Convention d'Aarhus est un droit de l'Homme, elle ne peut être contrôlée et régulée que par une instance neutre.

17 - En mars 2020, la CNDP fêtera ses 25 ans d'existence et l'article 7 de la Charte de l'environnement ses 15 ans. Quel bilan est-il possible de tirer des 95 débats publics directement organisés par la CNDP et plus de 400 concertations menées par les maîtres d'ouvrage sous le contrôle de nos garants ?

Au regard des objectifs de la Convention d'Aarhus, le dispositif français de participation environnementale a porté ses fruits dans la mesure où il a contribué à éclairer les décideurs. Sur 95 projets soumis à débat public, seuls trois projets ont été abandonnés dans les six mois qui ont suivi le débat. En conséquence, il est faux de considérer que la participation environnementale « *tue* » les projets. Par contre, elle conduit généralement à une modification profonde soit du projet (59 projets), soit des conditions de sa réalisation (29 projets). Nous avons même observé sur 14 projets de grande ampleur que le maître d'ouvrage avait modifié son projet en reprenant une alternative apparue pendant le débat, à l'initiative des participants. Et pourtant, depuis 25 ans, l'existence même de la CNDP est contestée. Les propositions ou projets de lois prévoyant sa suppression ne se comptent plus.

18 - Force est de constater que la participation environnementale « *à la française* » n'est pas allée au bout de ses ambitions et des espoirs de la participation. Les maîtres d'ouvrage et décideurs sollicitent la participation trop tardivement dans l'élaboration de leur projet déjà fortement détaillé et pour lequel des investissements conséquents ont déjà été engagés dans les études. Ils n'envisagent que très rarement de débattre de l'opportunité de leur projet mais souhaitent en faire la pédagogie et en mesurer l'acceptabilité. Ne comprenant pas ou n'adhérant pas aux objectifs, ils se trompent de méthodes. Nombre de commentateurs pensent qu'une procédure participative réussie est celle du grand nombre. Mais, si les procédures de débat public attirent de plus en plus de monde, nous ne dépassons que rarement les 10.000 participants. En réalité, nous ne cherchons pas la loi du grand nombre, car il est aisé mais inutile de « *faire du chiffre* ». Les robots saturent les plateformes participatives, des réunions

17. Les études du Conseil d'État, *L'utilité publique aujourd'hui*, La documentation française, 1999, p. 88.

de militants peuvent être organisées sur tout le territoire sans exigence qualitative, les réseaux sociaux peuvent facilement se mobiliser. Le grand nombre est rarement synonyme de débat argumenté et de représentation diversifiée et inclusive. Plus encore, cette information ne sera d'aucune utilité au décideur. Même si nous réunissions 10 millions de participants, cela ne légitimerait en rien un projet, ni ne garantirait la représentativité des personnes qui se sont exprimées.

19 - A l'inverse, le public s'interroge systématiquement sur l'utilité des démarches de participation. Je ne reviendrai pas sur la question du droit à l'information, et la faiblesse de l'expertise mobilisable dans le domaine environnemental. La contestation des hypothèses des projets soumis à participation est récurrente. Si nous avons proposé la création d'une haute autorité environnementale qui rassemblerait les acteurs du Titre II du Livre 1^{er} du Code de l'environnement¹⁸, nous n'avons aucune illusion sur la volonté des responsables publics de voir ainsi émerger une autorité aussi puissante alliant l'expertise et la participation du public.

20 - L'écueil principal de la participation est la faiblesse de son lien à la décision. Ce n'est pas un obstacle infranchissable. Après l'élargissement du droit à l'information et à la participation, le temps est à son approfondissement. En effet, l'article L. 121-13 du Code de l'environnement dispose que le maître d'ouvrage « décide, dans un délai de trois mois après la publication du bilan du débat public (...) du principe et des conditions de la poursuite (...) du projet. (...) Il indique également les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire du débat public. » Légalement, le décideur n'est pas tenu de répondre de manière argumentée à chaque recommandation et proposition du débat public. La réponse du maître d'ouvrage peut être laconique puisqu'il n'est prévu aucune sanction spécifique dans le Code de l'environnement.

21 - Or, l'absence de prise en compte des enseignements du débat public délégitime tant le décideur que la procédure participative. Ainsi, en 2005, un débat public très réussi fut-il organisé sur les grandes options de gestion des déchets hautement radioactifs à vie longue. Celui-ci conclut à la nécessité de poursuivre deux pistes de gestion : l'enfouissement en profondeur et l'entreposage pérenne en attendant de trouver des solutions adaptées. Le gouvernement et le législateur en 2006 n'ont pas retenu cette dernière solution, et ne l'ont que peu argumenté. Ceci a fortement radicalisé les conflits autour du centre d'enfouissement des déchets radioactifs, CIGEO, et a contribué à discréditer toute démarche participative dans le domaine nucléaire au motif que « tout est décidé d'avance ».

22 - Nombre d'éminents juristes ont souligné cette limite du droit de la participation. Jean-Marc Sauvé, Gilles Dumont ou encore Yann Aguila ont déclaré que le véritable obstacle au développement de la démocratie participative tient à la faiblesse de sa prise en compte dans le processus décisionnel. Gilles Dumont lors du cycle de conférences du Conseil d'État sur la

démocratie environnementale¹⁹ recommandait que les administrations aient l'obligation d'intégrer dans leurs décisions les propositions mises en avant lors de la participation. L'idée est séduisante. Elle fut d'ailleurs en partie reprise par le Président de la République dans son discours de conclusion du Grenelle de l'environnement²⁰ : il faut que « la décision négociée « à cinq » se substitue à la décision administrative. » Il s'agissait d'une procédure de concertation, non de participation, mais le principe était similaire. Cette idée ne fut jamais traduite en actes concrets. Elle pose plus encore une difficulté pratique dans le domaine de la participation qui donne parfois lieu à des propositions divergentes. Pour autant, des méthodes sont possibles. Les États-Unis confrontés à l'exigence de vacciner la population face à l'épidémie de grippe H1N1 avait ainsi eu recours aux *Towns meetings* qui permettent de co-construire des solutions en rassemblant autour de mêmes tables des parties prenantes et des individus tirés au sort.

23 - Une autre solution, plus simple, serait d'inscrire dans la loi que le maître d'ouvrage doit répondre de manière argumentée à chaque proposition issue du processus participatif et que le défaut de participation serait un défaut de compétence, non un simple vice de procédure. Plus encore, les maîtres d'ouvrage devraient être libres de demander une procédure de co-décision. Cette procédure, dans un cadre légal considérant le défaut de participation comme un défaut de compétence, permettrait de considérer les parties prenantes comme co-auteurs de l'acte. On constate que des élus locaux, en dehors de toute obligation institutionnelle liée au cadre procédural de la participation environnementale n'hésitent pas à oser la co-décision sur des projets d'urbanisme avec un grand succès.

24 - Nous constatons donc que les voies d'un approfondissement de la participation environnementale sont multiples, et que la France peut se prévaloir d'une véritable exemplarité qui lui permettrait d'expérimenter des ambitions plus grandes pour une véritable gouvernance participative dans le champ environnemental. Nous avons démontré également combien la question environnementale exige par ses caractéristiques un approfondissement démocratique. Approfondir la gouvernance participative semble donc une évidence. Pour autant, au-delà des discours lourdement ponctués du mot « participation », la France ne semble pas prendre la voie de cette ambition. Au contraire, les lois d'exceptions se multiplient pour résoudre la participation dans de floues consultations numériques et amoindrir le lien à la décision. Cette évolution respecte-t-elle le principe de non-régression du droit de la participation rappelé par Michel Prieur qui considère que la participation étant partie intégrante du droit à l'environnement est couverte par le même principe de « non-régression » ? Tant que les décideurs et maîtres d'ouvrage vivent la participation comme une obligation légale, ils ne peuvent lui donner de consistance. Or, la participation est mère et fille de la décision, elle lui confère et en acquière sa légitimité. Tout l'enjeu est donc de passer de la décision légale à la décision légitime. ■

18. Reprenant ainsi les propositions du rapport dit « Jégouzo » : Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 17 septembre 2013.

19. Intervention de Gilles Dumont, Cycle de conférences du Conseil d'État, La démocratie environnementale, Collection droits et débats, la Documentation française, 2013.

20. Discours du Président de la République du 25 octobre 2007 à l'Élysée.

13 Typologie du contentieux climatique en France



Sébastien MABILE,
docteur en droit,
avocat au Barreau de Paris
(Seattle Avocats),
enseignant à Sciences Po
Paris (PSIA)



Léa KARILA-COHEN,
juriste

Introduction

1 - Selon le philosophe grec Aristote, « ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet de soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est en commun »¹. Quoi de plus commun que l'air que nous respirons et le climat dans lequel nous vivons ?

2 - Dès 1979, un groupe d'experts présidé par Jules Charney remettait à l'Académie des sciences américaine, la *National Academy of Sciences*, un rapport qui confirmait les constatations faites 80 ans plus tôt par le chimiste suédois Svante August Arrhenius : « si le dioxyde de carbone continue à s'accumuler [dans l'atmosphère], le groupe d'experts ne voit aucune raison de douter que des changements du climat en résulteront, ni aucune raison de penser qu'ils seront négligeables »². Les experts annonçaient alors qu'un doublement de la concentration atmosphérique de dioxyde de carbone (CO₂) entraînerait une hausse des températures comprise entre 1,5 et 4,5 °C. Cette information, confirmée en 1982 dans une note interne du pétrolier Exxon dans laquelle il était écrit que « le réchauffement était déjà en cours et assez important pour être détecté », ne sera suivie d'aucune conséquence juridique ou politique. L'échéance d'une modification perceptible du climat, estimée au début du 21^e siècle, sera considérée comme trop lointaine pour justifier des changements notables de politiques publiques.

3 - Ce n'est que le 22 décembre 1989 que l'Assemblée générale des Nations-Unies décidait, dans sa résolution 44/228, de convoquer une Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement, affirmant que la « protection de l'atmosphère par la lutte contre les changements climatiques » figurait parmi les problèmes écologiques « les plus importants pour la préservation de la qualité de l'environnement terrestre ». Toutefois, et malgré l'adoption en 1992 de la Convention cadre sur les changements climatiques, il faudra attendre plus de 20 années supplémentaires pour que le climat fasse son entrée dans les prétoires et devienne un sujet de contentieux juridique.

4 - Avec l'accumulation des rapports scientifiques, au premier plan desquels figurent les rapports réguliers du Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat (GIEC) créé en 1988 sous l'égide de l'Organisation Météorologique Mondiale (OMM) et du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement (PNUE), la société civile s'est progressivement saisie de la question climatique, notamment par la voie contentieuse.

5 - Le contentieux climatique peut être défini par les actions en justice qui soulèvent le changement climatique comme une question de fait ou de droit³. Il a connu ces dernières années un développement considérable : en mai 2017, on dénombrait déjà 654 procès climatiques aux États-Unis, et 230 dans d'autres pays⁴. Aujourd'hui, ce sont plus de 1300 actions « climatiques » qui auraient été intentées à travers le monde⁵.

6 - En France, le mouvement reste pour le moment assez timide. Le procès dit de « l'Affaire du Siècle », engagé par quatre associations et recueillant plus de 2 millions de signatures de soutien, a été le plus médiatisé. Pourtant, la question climatique irrigue chaque jour davantage le contentieux tant public que privé avec des finalités diverses. A l'instar de l'Affaire du Siècle ou du procès Urgenda aux Pays-Bas, les actions les plus médiatiques visent à rehausser le niveau des ambitions des États qui, sans effort supplémentaire, nous mènent vers un réchauffement de +3°C à l'horizon 2100. Désormais, les plus grands pollueurs privés que sont les compagnies pétrolières sont également tenus de rendre des comptes devant les tribunaux sur la manière dont ils entendent contribuer à la neutralité carbone, indispensable au respect des objectifs de l'Accord de Paris (1). La question de la responsabilité des émissions passées, destinée à faire supporter les coûts d'adaptation aux entreprises dont les activités ont généré le plus d'émissions de gaz à effet de serre se heurte à des obstacles *a priori* plus importants (2). C'est donc en matière de contestation de projets sources de nouvelles émissions que le climat devrait prochainement investir massivement les juridictions administratives (3). Quant au juge pénal, il n'est pas exclu qu'il ait à juger de la responsabilité des dirigeants de grandes entreprises contribuant au dérèglement du climat, à l'instar du patron d'Exxon à New-York (4).

1. Relever les ambitions

7 - De nombreux acteurs sont désormais tenus de rendre compte de leur capacité à baisser leurs émissions de gaz à effet de serre afin de prévenir les risques multiples générés par un réchauffement du climat au-delà du seuil de 1,5°C fixé par l'Accord de Paris : les États et l'Union européenne au titre de leurs pouvoirs de régulation, mais aussi les opérateurs privés au titre des émissions résultant de leurs activités.

1. Aristote, *Politiques*, Livre III, Citation reprise de Petit, 2011

2. *Rapport Charney*, commandé par l'administration Carter à l'Académie des sciences américaine, 1979.

3. M. Torre-Schaub, *La construction d'une responsabilité climatique au prétoire : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ?*, *Energie - Environnement - Infrastructures* - n° 8-9 - août-septembre 2018

4. Rapport de l'UNEP (United Nations Environment Program) et du Sabin Center for Climate Change Law of Columbia Law School, « *the statute of climate change litigation, a global review* », pp.12-13, publié en mai 2017

5. Grantham Institute, juillet 2019

8 - Les États sont aujourd'hui majoritairement conscients de l'urgence de mener une politique de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Cependant, plusieurs acteurs de la société civile estiment que cet engagement, formalisé par la signature et la ratification de l'Accord de Paris, n'est pas en cohérence avec les politiques publiques. Ils engagent alors des poursuites afin que les États se voient obligés par les juges à agir pour atteindre les objectifs affichés.

9 - Très récemment, l'affaire inspirante « Urgenda », par laquelle une association et de nombreux citoyens reprochent à l'État néerlandais de ne pas respecter ses engagements internationaux en matière climatique a connu de récents rebondissements. La Cour de cassation des Pays-Bas a en effet rendu, ce 20 décembre 2019, une décision historique, par laquelle elle a confirmé les décisions de première instance et d'appel rendues respectivement en 2015 et 2018 qui ordonnaient à l'État de réduire le volume annuel des émissions de gaz à effet de serre de 25% d'ici fin 2020 par rapport à leur niveau en 1990⁶.

10 - Il s'agit de la première décision juridictionnelle au monde ordonnant à un État de limiter ses émissions de gaz à effet de serre pour des motifs autres que ceux relevant des législations nationales⁷. En se fondant sur les articles 2 et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation des Pays-Bas, à la suite des juridictions de première instance et d'appel, contribue à la reconnaissance d'un nouveau droit de l'homme : le droit à ce que l'État respecte son « devoir de protection » des citoyens contre le changement climatique, lequel découle du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale garantis par la Convention.

11 - Cette décision est d'autant plus importante qu'elle démontre l'acceptation par les juges d'un fait juridique fondé sur le consensus scientifique de la réalité du changement climatique et la contribution des activités humaines à ce changement. Au titre de ce fait juridique, les juges déduisent alors une obligation légale de définir un objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre en cohérence avec les données scientifiques et les engagements internationaux.

12 - Cette affaire a inspiré de nombreux autres contentieux dans le monde. Le pendant français est « l'Affaire du Siècle ». Initié par quatre ONG (Notre Affaire à Tous, Oxfam France, Greenpeace France et la Fondation Nicolas Hulot) après l'obtention record de plus de deux millions de soutiens, un recours a été déposé devant le tribunal administratif de Paris le 14 mars 2019 contre l'État français pour « inaction climatique ». Leur objectif, à l'instar d'Urgenda, est d'obtenir une obligation d'agir de l'État français face au réchauffement climatique à travers la reconnaissance d'un nouveau principe général du droit portant sur le « droit de chacun de vivre dans un système climatique soutenable ».

13 - Au niveau européen, le contentieux climatique est confronté aux difficultés processuelles afférentes au contentieux européen. Le *People's Climate Case* (ou « *Recours Climat Citoyen* ») est une action en justice initiée par dix familles de nationalités différentes et l'association suédoise *Såminuorra* devant le tribunal de première instance de l'Union européenne. Les requérants soutiennent que les objectifs climatiques fixés par l'Union sont insuffisants, ce qui met en danger les droits fondamentaux à la vie, à la santé, au travail et à la propriété des familles. Ils demandaient au tribunal d'enjoindre l'Union à adopter des mesures imposant d'ici à 2030 une réduction du niveau

des émissions de gaz à effet de serre comprise, à tout le moins, entre 50 % et 60 % par rapport aux niveaux de 1990.

14 - Dans une décision du 8 mai 2019, tout en reconnaissant que « chaque individu est affecté d'une manière ou d'une autre par le changement climatique », le tribunal a jugé que cela « n'implique pas que, pour cette raison, il existe une qualité à agir » (point 50), ajoutant que « les requérants n'ont pas fait valoir la perte d'un droit spécifique acquis » (point 55)⁸. Le 11 juillet 2019, les familles ont interjeté appel de cette décision.

15 - Les autres actions visant à rehausser les ambitions sont dirigées contre les plus grands pollueurs privés en raison des émissions générées par leurs activités.

16 - Toujours aux Pays-Bas, aux avant-gardes du contentieux climatique en Europe, des associations environnementales et des particuliers ont co-saisi la justice néerlandaise le 5 avril 2019 pour obliger Shell, accusée de ne pas respecter l'Accord de Paris sur le climat⁹, à cesser d'investir dans les énergies fossiles : c'est la première multinationale à faire l'objet d'un tel contentieux. Les requérants exigent que Shell réduise, d'ici 2030, de 45 % les émissions de gaz à effet de serre générées par ses activités et que l'entreprise atteigne la neutralité carbone en 2050. Sous la pression de ses actionnaires, la multinationale s'était engagée à limiter à 21 % la part de ses activités dans la production d'énergies fossiles à l'horizon 2070, alors même que le rapport spécial du GIEC d'octobre 2018 indique que le monde devra être neutre en carbone à cette échéance pour limiter le réchauffement à +2°C, et en 2050 pour le limiter à +1,5°C.

17 - S'appuyant sur les travaux du scientifique américain Richard Heed, l'association requérante MilieuDéfense (Amis de la Terre Pays-Bas) soutient qu'« historiquement, Shell est responsable de l'émission de 1,8 % de la totalité du CO₂ émis par l'homme »¹⁰. Elle souligne que l'entreprise était consciente de l'urgence climatique depuis « au moins 1986 », sans qu'aucune action ne soit prise¹¹.

18 - Les juges qui ont condamné l'État néerlandais pour inaction climatique pourraient-ils étendre leur raisonnement à l'égard d'une multinationale et la contraindre à changer de modèle économique ? La difficulté tient ici au fait que la majorité des émissions imputées à Shell relèvent du champ des émissions indirectes, dites du « scope 3 », générées par l'usage des produits mis sur le marché par la firme. Le jugement attendu pour 2021, pourrait conforter la reconnaissance concrète d'un droit à vivre dans un environnement sain, préservé d'une évolution non contrôlée des conditions climatiques.

19 - En France, le pétrolier Total est également visé par une action intentée par un collectif d'associations et de collectivités territoriales. Il lui est demandé, au titre de l'obligation de vigilance environnementale, de justifier dans quelle mesure il entend réduire ses émissions afin de prévenir les risques

8. Ordonnance du Tribunal du 8 mai 2019, affaire T?330/18.

9. On rappellera la difficulté liée au caractère non suffisamment contraignant de l'Accord de Paris.

10. S. Dourlens, *Les Amis de la Terre Pays-Bas assignent Shell en justice sur sa politique climatique*, AEF info, 5 avril 2019

11. En 1988, une note interne de la société Shell intitulée « *The Greenhouse Effect* » (l'effet de serre) et révélée en avril 2018 par un journaliste néerlandais, confirmait la connaissance fine des causes et des effets du réchauffement climatique. Cette note établissait notamment : « tout changement climatique lié au CO₂ ne serait pas détectable avant la fin du (XX^e) siècle. Avec les échelles de temps très longues, il serait tentant pour la société d'attendre jusque-là avant de faire quoi que ce soit. Les implications potentielles pour le monde sont cependant si grandes que les options politiques doivent être considérées beaucoup plus tôt. Et l'industrie de l'énergie doit examiner comment elle devrait jouer son rôle ». Le rapport assurait également : « à partir du moment où le réchauffement climatique sera détectable, il pourrait déjà être trop tard pour prendre des contre-mesures effectives pour en réduire les effets, ou même stabiliser la situation ».

6. *Urgenda v. Netherlands Rechtbank Den Haag*, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24 juin 2015

7. M. Torre-Schaub, *La construction d'une responsabilité climatique au prêtre : vers un changement de paradigme de la responsabilité climatique ?*, op. cit.

d'atteintes graves aux droits humains, à l'environnement, et à la santé et sécurité des personnes¹².

20 - Les associations, à travers ces actions, comptent également dénoncer le « *green-washing* » des grands groupes pétroliers. Notre Affaire à Tous, 350.org et les Amis de la Terre France ont ainsi publié plusieurs rapports dénonçant la « *stratégie de façade* », et le « *double discours* » du pétrolier Total sur sa stratégie climatique¹³, lequel prétend s'imposer comme la « *major de l'énergie responsable* »¹⁴.

21 - Ces actions, dont on ne connaît pas encore les dénouements, contre les États, l'Union européenne ou les multinationales se heurtent à un cadre judiciaire substantiel et processuel qui n'est pas complètement adapté au contentieux climatique. Le droit de l'environnement se fonde sur des intérêts et des notions qui surpassent le droit positif, largement fondés sur l'individualisation des droits. Renverser cette pyramide est primordial pour assurer un droit effectif à un environnement sain, préalable au nécessaire maintien des conditions d'habitabilité de notre planète destinée à garantir le droit à la vie.

22 - Des évolutions jurisprudentielles – et parfois législatives – seront sans doute nécessaires, tant sur le plan de la reconnaissance de l'effet direct des dispositions de l'Accord de Paris sur le climat que sur le plan des règles de recevabilité et d'intérêt à agir. La première évolution conduirait à transformer le corpus important de normes relevant du droit « mou » en un système de normes contraignantes à l'égard des personnes publiques et privées. La loi française sur le devoir de vigilance des sociétés mères du 27 mars 2017¹⁵ opère un premier changement en ce sens. En intégrant dans le « cadre normatif de référence » des normes de « droit mou » telles que les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales¹⁶, ce texte est susceptible, sous réserve de l'interprétation que sera celle des juges, de conférer un caractère contraignant à des normes non réglementaires ; des discussions sont en cours au niveau européen pour élargir à l'ensemble de l'Union ce devoir de vigilance afin de prévenir les risques de « *forum shopping* » engendrés par les disparités juridiques de chaque pays. Au niveau jurisprudentiel, la reconnaissance d'un droit objectif à chaque individu de vivre dans un environnement sain, et non plus un droit subjectif fondé sur un intérêt individuel et direct d'interprétation stricte, serait également bienvenue. La recevabilité d'une action se fonderait alors sur l'existence d'un préjudice objectif, centré vers l'intérêt à protéger, le climat, au lieu d'un classique préjudice subjectif, centré sur la personne du demandeur.

23 - Outre ces recours contentieux ayant pour objectif d'astreindre les principaux pollueurs à prendre de réels engagements en vue de la préservation de l'environnement, la question de la réparation des conséquences du changement climatique est également primordiale.

2. Faire supporter les coûts d'adaptation sur les principaux pollueurs

24 - Atteintes aux personnes, atteintes aux biens, aux services écologiques ou écosystémiques : les conséquences du dérègle-

ment climatique sont innombrables, actuelles et ne sont plus sérieusement discutables.

25 - Le préjudice est donc actuel et certain ; cependant, des difficultés juridiques apparaissent dans la conception classique de la responsabilité civile : l'imputabilité juridique et le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur apparaissent comme des obstacles majeurs en l'état du droit positif. Malgré ces difficultés, de nombreuses actions sont déjà menées par des villes ou des particuliers victimes de préjudices directement liés au dérèglement climatique ; les solutions sont diverses et amènent à une réflexion sur un changement substantiel du droit de la responsabilité.

26 - Le retrait des États-Unis de l'Accord de Paris a conduit à la pleine expression du contentieux climatique contre les entreprises désignées comme les principales responsables de la hausse des émissions de gaz à effet de serre. A partir de 2017, de nombreuses villes et comtés étasuniens (San Francisco, New York, San Mateo et Santa Cruz en Californie, King dans l'État de Washington, etc.) ont ainsi assigné en justice les grandes multinationales du pétrole pour les obliger à prendre en charge les coûts des mesures d'adaptation nécessaires pour protéger leurs populations des effets du changement climatique¹⁷.

27 - En France, en février 2018, le Conseil de la Ville de Paris a également manifesté la volonté « *d'étudier la faisabilité d'assigner en justice les pétroliers pour leur responsabilité dans le changement climatique* »¹⁸. A ce jour, ce vœu n'a pas encore été suivi d'effets judiciaires même si le refus de la Maire de Paris de voir Total parmi les sponsors des Jeux Olympiques de Paris 2024 doit être analysé à l'aune de la position du Conseil de Paris.

28 - D'autres affaires illustrent les difficultés en matière d'imputabilité et de démonstration du lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice.

29 - La question se pose en France en particulier pour le littoral : entre tempêtes à répétition et montée progressive du niveau des eaux, de nombreuses personnes résidant sur les côtes se trouvent en situation de danger potentiel, certaines ayant déjà perdu la vie dans des épisodes de submersions. Ces préjudices, actuels ou futurs, mais en toutes hypothèses certains, connaissent de réelles difficultés d'indemnisation : qui doit payer, et à quel titre ?

30 - Ces difficultés sont apparues pour la première fois à l'occasion du procès « Le Signal » du nom de cet immeuble édifié à plusieurs dizaines de mètres du linéaire côtier qui, sous l'effet cumulé de l'érosion et de la montée des eaux, a dû être évacué en vue de sa destruction prochaine. Le Conseil d'État a jugé en août 2018 que l'érosion maritime du cordon dunaire sur lequel trône la barre d'immeuble n'entraîne pas dans la catégorie des phénomènes naturels¹⁹. Ainsi, les copropriétaires de cet immeuble ne pouvaient bénéficier de l'indemnisation de leur préjudice et de la perte de leur bien, la situation n'entrant pas dans la catégorie du « *risque de submersion imminent* » prévu à l'article L. 561-1 du Code de l'environnement. Face à cette impasse judiciaire, un projet de loi « *portant adaptation des zones menacées par l'érosion du trait de côte* » a été déposé à l'Assemblée Nationale le 5 juin 2019²⁰, lequel prévoit une enveloppe de 7 millions d'euros d'indemnisation.

12. TOTAL SA a été mis en demeure le 19 juin 2019 de publier un nouveau plan de vigilance conforme aux exigences légales. Faute d'avoir publié un nouveau plan, les demandeurs assigneront le pétrolier devant le tribunal judiciaire de Nanterre le 21 janvier 2020.

13. Rapport « Total, la stratégie du chaos climatique », 28 mai 2019, Notre affaire à tous, 350.org et les Amis de la terre France

14. <https://www.total.com/fr/engagement>

15. Dispositions codifiées aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce.

16. Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, dernière mise à jour en 2011.

17. M. B. Gerrard, *L'évolution des actions en justice climatique aux États-Unis, de George W. Bush à Donald Trump*, Energie-Environnement-Infrastructures – n° 8-9 – août-septembre 2018

18. Vœu pour un Paris décarboné, adopté lors du Conseil de février 2018 sur initiative du Groupe Écologiste de Paris

19. Conseil d'État, 16 août 2018, req. n° 398671

20. Proposition de loi n° 1996 portant adaptation des zones menacées par l'érosion du trait de côte déposée à l'Assemblée Nationale le 5 juin 2019 par M. Maquet.

31 - Outre le cadre légal amené à évoluer sous l'impact de la montée des eaux, l'affaire « Lliuya c/ RWE » en Allemagne mérite l'attention : un citoyen péruvien, soutenu par une association, a assigné en 2015 l'énergéticien allemand RWE, identifié par les travaux de Richard Heed parmi les principaux émetteurs historiques de gaz à effet de serre. Le requérant demande la réparation du préjudice subi par les habitants de sa région des Andes pour les risques de submersions liés à la fonte du glacier situé au-dessus de la ville de Huaraz au Pérou. Une Cour d'appel allemande a jugé la requête recevable et a ordonné une série d'expertises sur l'effet des émissions de gaz à effet de serre générées par les activités de RWE sur les glaciers²¹.

32 - Les difficultés majeures liées à une éventuelle reconnaissance de la responsabilité du groupe énergétique sont ici très bien illustrées. Le groupe RWE considère que la requête est « injustifiée », estimant qu'il n'est « pas possible d'imputer juridiquement à un émetteur particulier des conséquences spécifiques d'un changement climatique ».

33 - Plusieurs incertitudes sont à prendre en compte dans ce genre de contentieux : le fait générateur, la causalité scientifique, la causalité juridique et la part contributive dans le dommage. La jurisprudence française ayant séparé causalités scientifique et juridique²², et cette dernière pouvant être démontrée par des indices concordants, ces difficultés semblent surmontables pour remplir certains critères du droit de la responsabilité civile.

34 - Cependant, la difficulté tendant à l'imputabilité des dommages semble plus délicate à surmonter. Une double incertitude frappe ce critère : tout d'abord, un dommage peut résulter de plusieurs causes (causalité partagée) ; ensuite, le dommage peut être causé par plusieurs acteurs (imputabilité partagée). Si les interprétations faites du droit de la responsabilité peuvent amener à une reconnaissance de la causalité partagée et ainsi de la réparation du préjudice par les théories de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate, il est plus délicat d'admettre une imputabilité partagée. La Cour de cassation a certes déjà admis une responsabilité entre plusieurs opérateurs économiques en fonction de leurs « parts de marché » respectives à l'occasion du contentieux médical²³, mais cela concernait la causalité alternative et non la causalité partagée. En outre, encore faudrait-il démontrer l'existence d'un « marché de la pollution »²⁴. De récentes études semblent toutefois permettre d'imputer à certaines entreprises des volumes d'émissions de gaz à effet de serre de manière à ce qu'elles forment un groupe suffisamment restreint pour permettre leur identification : 90 entreprises contribueraient ainsi à hauteur de 57 % à la hausse constatée de CO₂ dans l'atmosphère, environ 50 % à la hausse de la température, et entre 26 et 32 % à l'élévation du niveau moyen des mers²⁵. Aucune juridiction n'a cependant encore validé ces travaux en matière d'imputabilité.

35 - La causalité propre au contentieux climatique est ainsi fractionnée ; l'incertitude est multiple et porte tant sur l'aspect scientifique que juridique, particulièrement en matière d'imputabilité du dommage. On pourrait compter sur la flexibilité du droit de la responsabilité pour espérer une adaptation aux risques nouveaux et contourner ces obstacles, en prenant exemple sur le contentieux de la santé ; cependant, des auteurs invitent à

repenser le régime de responsabilité en son ensemble, afin d'assurer une fonction préventive à la responsabilité environnementale à travers un nouveau cadre juridique d'indemnisation des dommages²⁶.

3. Stopper les nouvelles sources d'émissions

36 - Un autre moyen d'action utilisé par la société civile pour protéger le climat réside dans la contestation de projets d'infrastructures et des politiques publiques susceptibles d'amplifier les sources d'émissions de gaz à effet de serre.

37 - L'association Notre Affaire à Tous répertorie, depuis quelques mois, de nombreux projets polluants à travers sa campagne SuperLocal²⁷ afin de sensibiliser les riverains sur les conséquences climatiques, mobiliser et structurer leur opposition.

38 - C'est dans ce cadre que le 19 décembre 2019, les associations Notre Affaire à Tous et l'ACAPACC²⁸ ont déposé un recours gracieux afin de demander l'annulation du schéma de cohérence territoriale de la métropole de Caen. Ce schéma, qui prône les mobilités douces et la préservation des terres agricoles prévoit paradoxalement l'allongement de la piste de l'aéroport de Caen-Carpiquet, alors même que ce projet n'a pas encore fait l'objet d'une étude d'impact aboutie et que les émissions ou nuisances qu'il entraînerait n'ont pas été mesurées²⁹.

39 - Le projet d'allongement de la piste de l'aéroport de Caen-Carpiquet ferait partie de la dizaine de projets qui, en France, prévoient l'intensification du trafic aérien sur différents aéroports en contradiction avec les objectifs affichés par les politiques publiques de neutralité carbone et de baisse des émissions.

40 - A l'instar de l'Autriche, dont les juges de première instance ont annulé le projet d'extension de l'aéroport de Vienne en raison de ses conséquences sur le climat³⁰, les juges français pourront probablement s'appuyer sur les objectifs internationaux de réduction des émissions pour, au terme d'une balance des intérêts, annuler certains projets. A ce titre, et à propos du projet d'extension de l'aéroport de Marseille, l'autorité environnementale avait rappelé dans un avis du 24 juillet 2019 que « le projet doit s'inscrire dans le cadre de la loi de transition énergétique pour la croissance verte, ainsi que des plans qui en découlent et dans le respect par la France de son engagement à atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050 et à réduire ses émissions de gaz à effet de serre en conséquence ». Elle avait critiqué le fait que « le dossier ne comporte aucune analyse et aucune mesure permettant de garantir que le surcroît d'émissions de gaz à effet de serre généré par la construction des différents aménagements et par l'augmentation d'utilisation de l'aéroport, sera compensé en comparaison d'une trajectoire de diminution compatible avec l'Accord de Paris et avec les objectifs de réduction retenus dans les plans nationaux et territoriaux »³¹.

41 - La contestation de projets suppose cependant que des acteurs de la société civile, essentiellement des associations, s'emparent en faisant valoir l'atteinte aux intérêts collectifs qu'ils se sont donnés pour mission de défendre. En accordant la

21. aff. Lliuya v. RWE AG, 30 nov. 2017

22. Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 (5 arrêts)

23. Arrêts DES du 24 septembre 2009 ; Civ. 2, 8 juin 2017 (n° 16-19185)

24. M. Bacache, *Changement climatique, responsabilité civile et incertitude*, Énergie-Environnement - Infrastructures - n° 8-9 - août-septembre 2018

25. B. Ekwurzel, J. Boneham, M. W. Dalton, R. Heede, R. J. Mera, M. R. Allen, P. C. Frumhoff, *The rise in global atmospheric CO₂, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers : Climatic Change (2017)*

26. M. Bacache, *Changement climatique, responsabilité civile et incertitude*, op. cit.

27. <https://superlocal.team/>

28. Association Contre l'Allongement de la Piste Caen-Carpiquet

29. C. Rinaudo, CP/Dépôt du recours gracieux contre le projet d'allongement de piste d'aéroport de Caen-Carpiquet, décembre 19, 2019, Notreaffaireatous.org

30. *Austrian Federal Administrative Court case n° W109 2000179-1/291E*. La décision a été infirmée en appel.

31. Rapport « Extension du terminal t1 Marseille Provence 13 », Autorité environnementale, 24 juillet 2019

personnalité juridique à des éléments de l'environnement (rivières, forêts, écosystèmes divers...), le nombre de demandeurs potentiels justifiant d'un intérêt légitime à agir s'élargirait. C'est la position que défendait Luis Fernando Macias au sein de cette même revue, celle d'un droit de la nature qui permettrait à l'écosystème, alors doté d'une personnalité morale, d'agir par l'intermédiaire d'un « tuteur » contre les projets susceptibles de lui porter préjudice.

42 - Il serait également souhaitable d'instaurer en amont une évaluation systématique des lois par rapport à leur impact environnemental. Le Haut Conseil pour le Climat (HCC), instance indépendante lancée en novembre 2018, s'empare déjà de ce rôle. Il part du constat qu'« en matière d'évaluation environnementale, et qui plus est climatique, les études d'impact existantes n'ont pas atteint leur potentiel : elles ne couvrent qu'une faible part des textes adoptés (les propositions de loi, d'origine parlementaire, et les amendements ne sont pas concernés), ne sont que rarement mobilisées et restent souvent incomplètes ». Selon le HCC seulement 3% des lois sont actuellement évaluées sous l'angle du climat. L'instance propose ainsi de mettre en place un contrôle de la qualité de l'étude d'impact sur ses impacts climatiques par une autorité indépendante. Le Haut Conseil estime qu'il suffit d'identifier « *quelles lois nécessitent raisonnablement une évaluation en regard du climat* », intégrant une consultation des parties prenantes dont l'avis serait rendu public : s'il apparaîtrait que la loi aurait des effets significatifs sur l'environnement, alors l'étude d'impact serait requise³².

43 - Une démarche plus ambitieuse serait bien évidemment d'insérer l'objectif de lutter contre le dérèglement climatique dans la Constitution afin d'autoriser un contrôle *a priori* des lois par le Conseil constitutionnel. Cette insertion du climat dans la Constitution représenterait une étape importante puisque contrairement aux traités internationaux, la « *norme constitutionnelle* » est directement applicable même si elle est imprécise. Cependant, l'effectivité de sa mise en œuvre semble plus incertaine. Si les garants du « bloc constitutionnel » ne font que rarement référence à la Charte de l'environnement, quelle place donneront-ils à cette réforme constitutionnelle ? Les avis sont partagés quant à l'efficacité de cette mesure, mais, à notre sens, sa symbolique est importante et permettrait pour le moins de constituer un levier d'action.

4. Sanctionner les responsables

44 - Le sujet du contentieux climatique amène évidemment la question des sanctions prévues pour les responsables d'actions reconnues comme « climaticides ».

45 - Aujourd'hui, la sphère financière connaît ses premiers contentieux liés au climat. Un procès qualifié par les médias d'« historique » s'est ouvert le 22 octobre 2019 devant la Cour Suprême de l'État de New-York et s'est finalement soldé par un échec cuisant pour le procureur de New-York. Le géant pétrolier ExxonMobil était accusé d'avoir délibérément minimisé l'impact du réchauffement climatique sur la valorisation de ses actifs. Suivant les précédentes conclusions de la SEC³³, le gendarme boursier étatsunien, les juges ont considéré que « *le bureau du procureur a échoué à prouver qu'ExxonMobil avait*

fait des déclarations substantielles inexactes ou des omissions sur ses pratiques et ses procédures, qui auraient induit en erreur un investisseur raisonnable »³⁴. Mais l'affaire n'est pas totalement terminée : le géant pétrolier est également poursuivi par l'État du Massachusetts pour les mêmes raisons.

46 - En France, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a créé, le 2 juillet 2019, une commission « climat et finance durable » ayant pour objectif de parfaire les missions de régulation et de supervision de l'AMF sur les thématiques liées à la finance durable. Toute personne, et pas uniquement les investisseurs et actionnaires, peut saisir l'AMF par la voie d'un signalement afin de dénoncer des informations potentiellement trompeuses diffusées par les entreprises cotées, ouvrant ainsi la voie d'un nouveau contentieux, extra-judiciaire, quant à la sincérité des informations contenues dans les documents de référence, les comptes consolidés ou les déclarations de performance extra-financières.

Conclusion

47 - La lutte contre le réchauffement du climat est le plus grand défi que l'humanité devra surmonter dans les trente prochaines années, nécessitant des transformations à des échelles qui n'ont jamais été connues auparavant. Cette transition, qui nécessite de construire un monde neutre en carbone d'ici 2050, tout en répondant à une demande croissante en énergie, suppose la mobilisation de tous les acteurs : les États en premier lieu, à qui les citoyens demandent désormais de rendre des comptes devant la justice quant au respect de leurs engagements internationaux. Les majors du pétrole ensuite qui, interpellées par les victimes du changement climatique et de plus en plus aussi par leurs propres actionnaires, doivent changer rapidement de modèle économique pour espérer continuer à exister dans un monde sans énergies fossiles. Les collectivités territoriales, enfin, qui ne peuvent plus ignorer l'enjeu climatique dans la mise en œuvre de leurs politiques publiques et projets d'infrastructures.

48 - Cette évolution nécessaire fait entrer la question du climat dans les prétoires. Encore marginaux, les procès dans lesquels la question climatique sera centrale sont naturellement amenés à se multiplier, favorisant aussi l'émergence de nouveaux concepts juridiques tels que les droits de la nature ou la reconnaissance du crime d'écocide. Comment les juges prendront en compte ces enjeux ? Le temps judiciaire sera-t-il compatible avec celui de l'urgence climatique ? L'affaire Urgenda aux Pays-Bas illustre ce paradoxe : il aura fallu sept années pour que la Cour suprême rende sa décision définitive le 20 décembre 2019, condamnant l'État néerlandais à baisser ses émissions « *d'au moins 25% d'ici la fin de 2020 par rapport à 1990* », lui laissant 12 petits mois pour relever considérablement son ambition...

49 - Nous pouvons parier que le droit du climat sera bientôt enseigné dans les universités comme une matière à part entière. La succession de textes législatifs et réglementaires visant la protection de l'atmosphère justifiera probablement, dans les années qui viennent, la publication d'un « code du climat » et l'émergence de juristes spécialisés. Il appartient désormais aux juges d'apporter leur pierre à la construction de ce droit du climat en gestation. Nous ne sommes qu'à l'aube de cette nouvelle ère juridique et judiciaire. ■

32. Rapport « évaluer les lois en cohérence avec les ambitions », Haut Conseil pour le Climat, 18 décembre 2019

33. US Securities and Exchange Commission (SEC).

34. Cité par Lemonde.fr, « Réchauffement climatique : Défaite de l'État de New York contre ExxonMobil », Arnaud Lepartementier, 11 décembre 2019

14 La nature, une personne morale : l'exemple de la Colombie



Luis Fernando MACIAS GOMEZ,

Avocat associé du Cabinet PPU Colombie et professeur à l'Université du Rosario à Bogotá. Arbitre en droit de l'environnement au centre d'arbitrage de la Chambre de Commerce à Bogotá

Introduction

1 - La Colombie est un pays plein de paradoxes et de contradictions. Elle est connue pour être un territoire où la violence est présente depuis plus de 50 ans. Il s'agit d'une véritable caractéristique de son Histoire. Pourtant, elle possède des institutions juridiques plus modernes que nombre de pays dits développés et démocratiques. Parmi ces institutions, on trouve par exemple une action d'inconstitutionnalité. Par la voie de cette action, un citoyen colombien peut saisir la Cour Constitutionnelle pour engager un contrôle de constitutionnalité des lois. Il y a aussi une action de légalité ou de nullité qui appartient à tous les citoyens colombiens, y compris les personnes morales, qui permet de saisir le Conseil d'État pour contrôler la légalité des actes administratifs. Il y a également, l'action de la « *tutela* » qui assure la protection des droits fondamentaux. De même, il y a une action « *popular* »¹ qui protège les droits collectifs. Les droits collectifs sont ceux qui appartiennent à la communauté entière, pas seulement à un individu. Enfin, il existe plusieurs mécanismes de participation dans le domaine administratif, principalement en ce qui concerne les activités liées à l'environnement.

2 - Toutes ces institutions ont eu, peut-être, pour effet de renforcer la cohésion et la stabilité de la société, laquelle cherche de l'espoir dans la Constitution. Le droit devient un catalyseur de la crise et, par-là, la Constitution a bâti un État Social de Droit. Celui-ci est la pierre angulaire de la justice, de la démocratie, de la solidarité et de la garantie d'une protection matérielle des droits.

3 - Parmi ces droits, et plus particulièrement des droits collectifs, on trouve le droit à un environnement sain. Ces droits collectifs sont ceux qui n'appartiennent pas à un individu mais à la communauté tout entière. Un citoyen, par la voie de l'action « *popular* », peut saisir les tribunaux pour rechercher la protection de ce droit. Pour cela, il n'a pas besoin d'établir un intérêt à agir.

4 - La Constitution devient l'alpha et l'oméga de la fondation de la société, celle-ci cherche à se réfugier derrière la Constitution afin de trouver une protection des droits et surtout une façon de retrouver un bien-être dilué dans le marché et les inégalités. Les tribunaux en sont parfois arrivés à protéger les droits de certaines communautés et des plus démunis.

5 - L'environnement en tant que droit collectif a été protégé par des arrêts et des décisions de plusieurs tribunaux, dont ceux de

la Cour Constitutionnelle. Celle-ci a produit un véritable arsenal d'arrêts protecteurs du droit de l'environnement comme droit collectif.

6 - Ces développements d'une protection de l'environnement conduisent à considérer la nature comme sujet de droit ou personne morale. C'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui produit une véritable révolution du concept de nature. Ces jurisprudences ont créé des interactions entre la nature et la société colombienne.

7 - Des arrêts reconnaissent les animaux comme des êtres vivants et sensibles. A cet égard, ils méritent la protection de leurs droits. La nature a aussi été protégée en tant que sujet de droit ou personne morale. Cette reconnaissance trouve un relais dans la théorie du « *néo constitutionalisme* », dans laquelle la Constitution n'est pas seulement constituée de règles, mais également de principes et de valeurs qui permettent la garantie et la protection des droits fondamentaux et collectifs d'une façon réelle et matérielle et par là d'établir un vrai État Social de Droit.

1. Le Néo constitutionalisme² Soutien théorique de la Nature comme Personne Morale

8 - La crise écologique a conduit à chercher une protection spéciale de la nature puisque les modèles économiques et les processus de globalisation ont pu augmenter le risque de dommage à l'environnement et à la nature. Un des nouveaux paradigmes qui s'impose est de penser la nature comme personne morale.

9 - La nature en tant que personne morale conduit à une réflexion sur une nouvelle façon de se rapprocher de la nature. Autrement dit, ce nouveau modèle juridique pousse la société civile à développer une nouvelle vision de la nature. À partir de ce rapprochement il est nécessaire de trouver un cadre juridique dont la Constitution constitue le réceptacle idéal. Il y a de plus en plus de textes juridiques, de lois, de constitutions et de jurisprudences de différents pays qui consacrent la nature comme personne morale.

10 - Le droit prend une nouvelle dimension, cherche des concepts, prend de nouvelles fonctions, usages, finalités et surtout, produit des institutions qui peuvent rompre avec la tradition juridique.

11 - La nature comme personne morale est une idée qui appartient à la *Deep Ecology*. Cette idée conçoit la nature et la planète

1. La « *acción popular* » est différente de la *class action* parce qu'on ne cherche pas la réparation d'un préjudice individuel mais collectif. Il n'est pas possible d'utiliser cette action pour saisir les tribunaux afin d'obtenir la réparation d'un préjudice individuel.

2. On parle en Amérique Latine de « *Neo constitucionalismo* ».

comme un être vivant, les deux ont besoin de vivre ensemble. L'Homme n'est plus en dehors de la nature, il en fait désormais intégralement partie. Les deux doivent vivre ensemble dans une communauté, ils doivent respecter les droits dont l'un et l'autre jouissent.

12 - En 1972, Christopher Stone, professeur de droit à l'Université de Southern California, a écrit un article dans lequel il développe avec rigueur juridique l'idée selon laquelle la nature possède des droits. L'auteur écrit : « *Thus, to say that the environment should have rights is not to say that it should have every right we can imagine, or even the same body of rights as human being have* »³. L'environnement a des droits mais pas les mêmes que l'Homme.

13 - Dans le même esprit, certains affirment que l'Homme et la nature ont vécu ensemble historiquement et ont une certaine parenté : « *En vertu de cette parenté, il s'impose que la paix s'instaure entre l'Homme et la nature. Une paix qui demande des garanties juridiques, telles des protections constitutionnelles. La Constitution consacrerait l'existence de cette « communauté juridique naturelle » au sein de laquelle prévalent non seulement la paix, mais aussi l'égalité entre les membres. De la sorte, l'État ne sera plus seulement un État social, mais aussi un État naturel (Naturstaat).* »

14 - « *Une telle « communauté juridique naturelle » (natürliche Rechtsgemeinschaft) consacrerait les droits égaux de chacun de ses membres ; elle réaliserait de ce fait l'unité des lois juridiques et des lois naturelles* »⁴.

15 - En voyant la nature comme un tout, dans un sens holistique, c'est-à-dire en comprenant tous les êtres de la nature, vivants ou non vivants, comme une « *communauté morale* », cela pourrait amener à penser la nature de la même façon qu'une personne morale avec une personnalité et une capacité juridiques, en vertu de la même fiction réalisée pour octroyer de la vie juridique aux sociétés.

16 - La critique effectuée par une partie de l'écologisme, comme par le courant de l'écologie profonde, à la modernité initiée par Descartes et qui a abouti à la reconnaissance des droits de l'Homme, est aujourd'hui remise en question et demande d'un changement. En effet, de ce constat, il découle le besoin de corriger cette erreur historique pour que l'Homme ne soit plus au centre de l'Univers mais qu'il fasse partie de cette communauté naturelle avec laquelle nous devons reconnaître la nature comme une personne morale. De cette façon on lui donne sa place dans l'Histoire.

17 - De cette manière, le « *juridique* » est introduit comme une façon d'aboutir à une sorte de paix entre la nature et l'Humanité. Celui-ci serait le moyen de reconnaître le devoir que l'humanité aurait de remédier aux dommages causés à la nature. C'est ainsi que : « *La « pertinence juridique », ou aptitude à être pris en compte par le droit, signifie que l'entité qui en bénéficie est en droit d'obtenir le strict respect du statut légal le concernant* »⁵.

18 - Il est vrai que la planète est en train de subir de grandes transformations et il est également indéniable que l'action humaine a contribué à ces changements. Mais cela ne doit pas amener à penser que l'Humanité est au bord de sa disparition. L'Humanité, tout au long de son histoire, a démontré qu'elle n'était pas suicidaire et que sa raison, son intelligence lui permettent de comprendre ses erreurs et d'effectuer les corrections nécessaires. Les changements de la planète ne sont ni le

monopole, ni l'exclusivité de la période actuelle, ni d'un comportement irrationnel de l'être humain. L'Histoire est riche de changements produits par de multiples causes. C'est pour cela que, si la planète a réussi à survivre à ces grands changements, on peut espérer aujourd'hui, que nous puissions découvrir des voies pour faire face aux transformations qui sont en train de se produire.

19 - Face à ces grandes transformations, il y a une nouvelle représentation de la nature, laquelle a cessé d'être un simple objet d'appropriation pour devenir un objet de protection sociale, politique, économique et juridique. Chez des auteurs tels que François Ost, la nature est passée d'objet à sujet.

20 - La nature acquiert une connotation spéciale, faisant d'elle une entité juridique qui mérite une protection spéciale, mais cela ne signifie pas qu'elle devienne une personne morale. Dans ce sens, l'Homme reconnaît le changement de paradigme : « *Nous sommes ainsi devenus responsables de nos conditions biosphériques et biologiques d'existence. Là où nous pouvions autrefois faire fond sur des automatismes, et donc sur des mécanismes naturels, il est aujourd'hui nécessaire d'instituer des procédures artificielles. La terre est partiellement devenue une gigantesque individualité technique. La biosphère tend à disparaître au profit d'une anthroposphère. Nous avons détruit l'équilibre naturel et sommes obligés de lui substituer un équilibre techno - naturel* »⁶.

21 - Cela signifie que l'Homme en tant qu'humain, mais non comme espèce, doit trouver les moyens pour continuer à exister.

22 - C'est dans cette perspective que le droit de l'environnement devrait être développé, c'est-à-dire en essayant de résoudre la tension autour de la nouvelle vision de la nature, sans tomber dans le messianisme, le fatalisme ou le militantisme. Nous ne pouvons nier que la crise environnementale est accompagnée d'une crise sociale et, dans le cas présent, le droit acquiert un nouveau rôle : « *Lorsque la tension est « normale », c'est-à-dire qu'elle n'entraîne pas une rupture ou un conflit ultime, il y a un équilibre, sans cesse à reconstituer, sans cesse à reproduire, mais qui n'affecte pas l'existence du tout. [...] Il établit les bornes qu'il ne faut pas dépasser pour ne pas mettre en péril la société. Il énonce les limites et frontières, à l'intérieur desquelles les concurrences et les conflits pourront se manifester. Le droit doit évidemment être admis par tous, mais il existe comme une sorte d'évidence à laquelle on se soumet sans en discuter les termes* »⁷.

23 - Néanmoins, le contexte philosophique dans lequel s'est développé le droit de l'environnement, paraît plutôt une réaction à un sentiment de culpabilité et, par conséquent, un retour à l'origine des temps, dans une sorte de recherche du paradis perdu. Le siècle des Lumières a formulé un principe selon lequel l'Homme est arraché de la nature, néanmoins maintenant il apparaît un désir de réappropriation de celle-ci.

24 - Le droit de l'environnement apparaît ainsi comme la tentative d'établir une contention des pulsions ambitieuses d'exploitation et d'appropriation de la nature. On pourrait dire qu'il s'agit de la tentative de limiter le désir d'arrachement total et absolu d'elle, puisque l'Homme pourra s'arracher de la nature, mais simultanément continuer à être au centre de la nature. Et c'est là où on parle de biocentrisme, c'est-à-dire l'Homme faisant partie

3. Ch. Stone. « *Should Trees Have Standing ? Towards Legal Rights for Natural Objects* » in Southern California Law Review. No. 45. 1972, p. 457.

4. F. Ost, *La nature hors la loi. L'Écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions la Découverte, 1995, p. 167.

5. *Ibid.*, p. 178.

6. D. Bourg, 1992 (octobre). « *Droits de l'Homme et écologie* » in Revue Esprit. Paris, No. 10, 1992, p. 86.

7. J. Ellul, « *Le rôle du droit comme réducteur de crise au XIV^{ème} siècle* », En Droit, Institutions et système Politique. Mélanges en hommage à Maurice Duverger. Paris. P.U.F., 1987, p. 64.

de la biosphère et qui est désormais appelé écocentrisme – anthropique.

25 - Mais cette tentative s'est sabordée et a engendré une sorte d'environnementalisme qui actuellement se diffuse partout surtout dans des latitudes peu habituées à la réflexion et l'analyse critique, en imposant souvent ses idées absolutistes et autoritaires. On ne doit pas perdre de vue que les premières normes de protection de l'environnement ont été prises sous le régime Nazi. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit de l'environnement dans sa totalité est imprégné par cette conception, mais il y a dans quelques idéologies, une certaine tendance à le considérer comme le sauveur du monde. **Tout droit mis au service d'une idéologie, conduit toujours à l'arbitraire et à la tyrannie. La nature et l'environnement peuvent et doivent être protégés dans la tradition du « rule of law » et de la sécurité juridique.**

26 - Cela dit, cette tentative de donner le caractère de personne morale à la nature s'inscrit dans le développement constitutionnel qui a eu lieu dans de nombreux pays, particulièrement latino-américains, l'Équateur étant le premier. Nonobstant, en Colombie, c'est par la voie jurisprudentielle que cette reconnaissance s'est faite.

27 - Cette incorporation pourrait en réalité dériver de la tradition juridique que certains nomment néo-constitutionnalisme idéologique. « *Le néo-constitutionnalisme tend à se distinguer en partie de l'idéologie constitutionnaliste, puisqu'il relègue en deuxième plan l'objectif de la limitation du pouvoir public – qui était au contraire absolument central pour les constitutionnalismes du XVII^e et XIX^e siècle. A l'inverse, il met au premier plan l'objectif de garantir les droits fondamentaux. [...]*

Le néo-constitutionnalisme idéologique ne se limite pas à décrire les réussites du procès de la constitutionnalisation du droit, mais valorise positivement ces réussites et surtout cherche sa défense. En particulier, il souligne l'importance des mécanismes institutionnels de tutelle des droits fondamentaux – nous pourrions en ce sens-là, parler de « néoconstitutionnalisation des contrepouvoirs » –, mais plus encore, il met l'accent sur l'exigence que les activités du législatif et du judiciaire soient directement destinées à la concrétisation, à la performance et à la garantie des droits fondamentaux envisagés dans la Constitution – nous pourrions en ce sens la parler de « néoconstitutionnalisme des règles »⁸.

28 - Dans la conception du néo-constitutionnalisme, la Constitution devient une norme supérieure à l'ensemble du corpus juridique, laquelle doit être respectée (non seulement le texte mais aussi les principes présents à l'intérieur de la Constitution.) L'ensemble de la Constitution doit être utilisé pour interpréter l'application du droit car, ce n'est plus seulement le texte de la loi qui doit être appliqué et interprété, mais l'ensemble des principes qui sont à l'intérieur de la Constitution. Le nouveau constitutionnalisme se caractérise par le fait que « *les principes prévalent sur les règles* »⁹. Il n'est plus question de voir le texte de la Constitution dans un sens positif. Les droits fondamentaux sont au cœur de la Constitution¹⁰.

29 - Le nouveau constitutionnalisme transforme l'État de Droit en un État Social de Droit qui reste reconnu aussi comme un État Constitutionnel de Droit. Dans cette nouvelle conception de l'État, le plus important, ce sont les droits fondamentaux, les

nouveaux droits pour les communautés les plus faibles et bien sûr pour l'environnement. La garantie des protections devient l'atout principal de ces nouvelles conceptions de l'État, de la Constitution et du Droit.

30 - Les tribunaux constitutionnels seront chargés de donner une réalité aux principes constitutionnels et ils sont responsables de l'interprétation et de l'application du droit selon les valeurs implicites de la Constitution. Les décisions de la Cour Constitutionnelle et d'autres tribunaux deviennent des limites aux pouvoirs de l'exécutif et du législatif, mais aussi une limite au pouvoir du marché.

31 - En Colombie la Cour Constitutionnelle est devenue une gardienne de la Constitution, de l'État Social de Droit et de l'environnement.

2. La Nature Personne Morale : Création de la Jurisprudence Constitutionnelle en Colombie

32 - La Colombie se caractérise par un fort activisme jurisprudentiel, les décisions des tribunaux du pays ont œuvré, par des voies diverses, à la consolidation de l'État Social de Droit et à la reconnaissance des droits de la nature.

33 - En Colombie et à l'inverse d'autres États où le débat ont lieu au sein du Parlement, des médias, voire au sein même de l'exécutif ou encore par des manifestations, c'est dans les tribunaux que se sont concentrés les débats. C'est comme si le politique ne pouvait pas exister de façon autonome par rapport au juridique. Il s'agit d'une manifestation topique de la juridisation de la vie politique et du conflit socio politique.

34 - La Cour constitutionnelle a étendu l'interprétation de la Constitution vers l'idée que la charte est d'abord un ensemble de principes et de droits nécessaires pour mettre en place un véritable État Social de Droit. C'est la seule façon de promouvoir l'égalité, la justice et l'égalité des chances, et surtout l'intérêt général ou encore la solidarité. Parmi les valeurs et les principes de la Constitution, on trouve l'environnement comme un droit « collectif » qui a aussi une relation avec les droits fondamentaux. Ces droits sont importants car la Constitution est une Constitution écologique avec plus de 40 articles en lien avec l'environnement. On citera ici : la fonction écologique de la propriété privée et de l'entreprise, la protection de la biodiversité, la participation des citoyens dans toute décision portant sur l'environnement.

35 - Néanmoins, la Cour constitutionnelle n'est pas le seul tribunal à avoir développé la Constitution Écologique, le Conseil d'État, par exemple a disposé que l'animal doit être considéré comme un être vivant : « *Par conséquent, selon la position théorique mentionnée, la dignité innée de l'animal ne lui permet pas d'être assimilé à une chose ou à un objet ; pour cette raison, la responsabilité dérivée d'animaux domestiques, domestiqués ou sauvages, ne saurait être comprise comme une sorte de responsabilité qui se réfère au fait des choses. Au contraire, au sens strict, le principe de dignité implicite de ces êtres vivants obligerait toute institution juridique – y compris la responsabilité civile ou la responsabilité non contractuelle de l'État – à prendre en compte cette condition. L'animal est donc susceptible d'être titulaire de droits (par exemple, le droit à ne pas être maltraité, le droit à une mort digne sans souffrance, entre autres).* (Conseil d'État, troisième section, arrêt du mai 2012, exp. 22592, magistrat rapporteur Enrique Gil Botero) ».

36 - Une autre thèse élaborée par le Conseil d'État énonce clairement le principe selon lequel les animaux ont des droits autonomes et propres, même les espèces végétales. Dans sa décision

8. P. Comanducci. « *Formas de (neo) constitucionalismo : un análisis meta-teórico* », EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 91. (Traduction libre)

9. L. Prieto Sanchis, « *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* » In M. Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 134.

10. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere ?*, Editori Laterza, Roma, 2013, p. 58.

du 26 novembre 2013, le magistrat rapporteur Enrique Gil Botero, de la 3^{ème} section du Conseil d'État, a déclaré ce qui suit :

37 - « *Il est nécessaire que l'humanité change de paradigme dans sa vision des animaux, de sorte que, comme aujourd'hui, l'esclavage, le racisme, les jeux olympiques dans l'imposant Colisée romain, etc., ne sont plus autorisés, Il ne doit pas non plus être permis de soumettre les animaux, dotés de systèmes nerveux très développés, semblables dans bien de cas à ceux des êtres humains, à des spectacles dans lesquels l'humain satisfait ses besoins les plus élémentaires et retourne à l'état de nature dont Hobbes a parlé dans son Léviathan, voyant et profitant de la souffrance et du sacrifice des êtres animés capables de connaître le plaisir, la souffrance et la loyauté. (...)*

Par conséquent, selon la posture théorique, la dignité de l'animal ne permet pas de l'assimiler à une chose ou à un objet ; pour cette raison, la responsabilité dérivée d'animaux domestiques, domestiqués ou sauvages, ne sauraient être comprise comme celle qui se réfère au fait des choses. Au contraire, le principe de dignité implicite dans ces êtres vivants obligerait toute institution juridique – y compris la responsabilité civile ou la responsabilité non contractuelle de l'État – à prendre en compte cette condition, qui serait une fin en soi et ils sont donc susceptibles d'être les titulaires de droits (par exemple, le droit à ne pas être maltraité, le droit à une mort digne sans souffrance, entre autres). (Conseil d'État, troisième section, arrêt du mai 2012, exp. 22592, magistrat rapporteur Enrique Gil Botero) ».

38 - Dans le même arrêt, le Conseil d'État pose la question suivante : *Est-il possible en Colombie de maintenir l'existence de droits autonomes et directs sur les animaux et les espèces végétales ?*¹¹ Question à laquelle, il répond affirmativement :

39 - « *le législateur a à nouveau attribué des droits aux êtres vivants autres que les êtres humains, plus précisément, le droit de ne pas être maltraité et de ne pas vivre dans des conditions de précarité. Ainsi, pour le législateur colombien, les animaux et les espèces végétales (les forêts, l'Amazonie, les páramos, les ressources hydriques, etc.) sont sujets de droits et, par conséquent, par action populaire toute personne peut demander leur protection en agissant en tant qu'agent informel de ces entités, sans pour autant être en mesure d'affirmer qu'il s'agit d'un droit collectif/subjectif appartenant à la société ; au contraire, c'est la reconnaissance explicite par la Constituante et le législateur colombien d'attribuer une valeur en soi aux animaux et aux espèces végétales, pour lesquelles, dans chaque cas particulier, le juge doit préparer un jugement en matière de pondération ou de proportionnalité entre les intérêts en conflit ou en opposition.*

En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que les animaux ou les espèces végétales soient considérés comme des personnes juridiques ou morales pour pouvoir comparaître devant l'administration de justice afin de protéger leurs droits reconnus par la communauté elle-même, puisqu'il existe des mécanismes de procédures constitutionnelles propres à garantir la protection des droits respectifs.

Cependant, ce qui précède ne signifie pas le sacrifice du développement de l'humanité, ni sa survie au profit du respect des droits des animaux, de la faune et de la flore ; au contraire, au sens strict, il est expressément reconnu que les êtres humains ont besoin ou requièrent d'autres animaux pour leur survie, ainsi que l'exploitation de ressources naturelles renouvelables et non renouvelables pour garantir le développement durable de la population. »

40 - Cette décision définit clairement la nécessité de protéger les animaux et les espèces végétales en leur accordant des droits, mais sans les qualifier de sujets de droit. Par celle-ci, le Conseil d'État s'éloigne philosophiquement d'autres institutions, en particulier de la Cour constitutionnelle, qui reconnaît ouvertement la nature en tant que sujet de droit, comme dans le cas du fleuve Atrato.

41 - Or, l'arrêt le plus important dans cette consécration de la nature comme personne morale est l'arrêt de « tutela » du 10 novembre 2016, T-622/16¹² où la Cour constitutionnelle fait un développement théorique sur ce sujet.

42 - La Cour constitutionnelle montre l'évolution de la conception de la nature, en partant de l'anthropocentrisme, puis du biocentrisme, pour atteindre ensuite une position écocentrique. Il souligne qu'elle « *conçoit la nature comme un véritable sujet de droits et soutient les conceptions du monde plurielles et alternatives [...]* » aux approches anthropocentriques et biocentriques.

43 - Pour y parvenir, la même décision part du concept de droits bioculturels (*biocultural rights*), une idée qui établit « *un lien intrinsèque entre la nature et la culture et la diversité de l'espèce humaine en tant que partie intégrante de la nature et manifestation de multiples modes de vie* ». Cette conception permet de soutenir l'idée que la biodiversité et toutes les formes de vie et les cultures interagissent, ce qui implique une vision holistique. Il en résulte une bioculturalité caractérisée par une « *profonde unité entre la nature et l'espèce humaine* ».

44 - La Cour appuie sa position :

[...] L'approche écocentrique part de l'idée de base que la terre n'appartient pas à l'Homme et suppose au contraire que l'Homme est celui qui appartient à la Terre, comme toute autre espèce. Selon cette interprétation, l'espèce humaine n'est qu'un élément de plus dans une longue chaîne d'évolution qui dure depuis des milliards d'années et ne possède donc en aucun cas les autres espèces, la biodiversité ou les ressources naturelles, ainsi que le destin de la planète. Par conséquent, cette théorie conçoit la nature comme un véritable sujet de droits qui doit être reconnu par les États et exercé sous la tutelle de leurs représentants légaux, par exemple, par les communautés qui l'habitent ou qui entretiennent une relation privilégiée avec elle.

45 - La Cour poursuit ensuite son argumentation, mais en se référant à la justice, notant que :

« En d'autres termes, la justice avec la nature doit s'appliquer au-delà du stade humain et doit permettre à la nature d'être soumise à des droits. Dans cette optique, la Cour Constitutionnelle estime qu'il est nécessaire de faire un pas en avant dans la jurisprudence en vue de la protection constitutionnelle de l'une de nos plus importantes sources de biodiversité : le fleuve Atrato. Cette interprétation, trouve une justification complète dans le meilleur intérêt de l'environnement qui a été largement développé par la jurisprudence constitutionnelle et se compose de nombreuses clauses constitutionnelles qui constituent ce que l'on a appelé la « Constitution écologique » ou « Constitution verte ». Cet ensemble de dispositions nous permet d'affirmer l'importance d'un environnement sain et du lien d'interdépendance avec l'Homme et l'État ».

46 - La Cour conclut son argument :

« Dans cette mesure, la portée de la protection des traités internationaux signés par la Colombie dans les domaines de la protection de l'environnement, de la Constitution écologique et des droits bioculturels (principes fondamentaux 5.11 à 5.18), qui prône la protection conjointe et interdépendante de l'être

11. ¿Es posible sostener la existencia de derechos autónomos y directos de los animales y las especies vegetales en Colombia ?

12. Arrêt T-622/16. Expediente T-5.016.242. M.P. Jorge Iván Palacio, 10 de novembre de 2019.

humain avec la nature et ses ressources, c'est que la Cour déclarera que la rivière Atrato est soumise à des droits qui impliquent sa protection, sa conservation, son entretien et, dans le cas spécifique, sa restauration ».

47 - Sur la base d'un argument fondé sur une vision écocentrique de la nature, selon laquelle on peut considérer celle-ci comme une personne morale, une protection constitutionnelle est justifiée. La nature n'est plus à la libre disposition de l'humanité en tant qu'objet matériel transformable et utilisable par l'humanité, mais comme un être sensible qui interagit avec elle dans divers aspects de la vie.

48 - La Cour suprême de Justice a alors déclaré que l'Amazonie était un sujet de droit. En effet, dans la décision STC4360 – 2018 du 5 avril 2018 du magistrat rapporteur Luis Armando Tolosa Villabona, la Cour Suprême de Justice a statué sur un pourvoi contre la décision de tutelle rendue par la chambre civile spécialisée en restitution des terres du Tribunal Supérieure de Bogotá, dans laquelle les demandes des actionnaires ont été rejetées.

49 - Ce qui est intéressant dans cette décision, c'est qu'elle reprend les approches de la décision AHC4806-201, connue sous le nom de tutelle de l'ours « *chucho* », du 26 juillet 2017, en faisant référence au concept de vision écocentrique – anthropique, et explique que :

« Nous ne sommes pas encore conscients du passage qu'il faut donner de l'anthropocentrisme à une vision du monde écocentrique-anthropique, non pas en tant qu'écocentrisme pur et insensé méprisant l'humain en tant que fanatique de la nature, mais en tant que vision écologique-anthropique dans laquelle l'Homme est le principal responsable de la conservation de l'univers et de l'environnement, qui prône une citoyenneté universelle et biotique. (...) »

« Repenser l'éthique juridique en tant que substance d'une nouvelle conception juridique repose sur un respect défini et une solidarité qui dépasse le cadre personnel et individualiste pour voir, penser et agir à partir de la compréhension de l'autre, de la terre, de la nature et du planétaire pour la survie humaine ; pas à cause d'un universalisme insensé des droits de l'Homme dans le temps et dans l'espace. »

50 - C'est-à-dire que l'arrêt pose un nouveau rapport entre l'Homme et la nature pour l'incorporer, sans pour autant tomber dans un radicalisme naturaliste, puisque « *l'Homme est le principal responsable de la conservation de la nature* ». La loi pourrait reconnaître le statut de sujet de droit, en leur attribuant le statut de personne morale à d'autres êtres sensibles, en ayant recours à la théorie de la fiction juridique, comme c'est le cas pour les personnes morales.

51 - La décision utilise l'argument de l'altérité pour soutenir la nécessité de protéger l'autre, qu'il soit humain ou non, car cet

autre serait formé par d'autres espèces animales et végétales. C'est-à-dire qu'il semble élever toutes les espèces vivantes de la planète au même rang de l'humanité, puisqu'elles sont toutes sur un pied d'égalité, d'où découle un devoir de solidarité.

52 - Il existe une autre série de jugements de divers tribunaux qui ont déclaré d'autres ressources naturelles, telles que les « *paramos* » et certaines rivières, sujets de droits, ce qui a été critiqué même par les secteurs de l'environnement qui y voient une banalisation de la protection de l'environnement.

Conclusion

53 - La tendance actuelle à donner à la nature le caractère de sujet de droit repose principalement sur des arguments philosophiques inspirés par l'écologie profonde et certaines positions millénaristes, qui envisagent destruction totale de l'humanité résultant de la dégradation de l'environnement. Elle est soutenue, de manière ni explicite ni radicale, par une critique de la modernité et de la vision du développement, mais on ne comprend peut-être pas que l'humanité a conçu des concepts conformes au besoin de protection de la nature, tel que le développement durable.

54 - Cette tendance à donner à la nature le statut de sujet de droits fait partie d'un courant de pensée qui redéfinit les relations entre la société et la nature. Peut-être ces dernières années, la nature est-elle apparue de nouveau comme une nécessité pour l'humanité de rechercher une solution ou une réponse à la grande complexité de la société actuelle. Le développement technologique rapide, ainsi que la grande crise de la société qui ne trouve pas de direction claire, conduisent à la recherche de nouveaux paradigmes de cohésion sociale. Dans cette recherche, il semble que l'être humain retourne son regard vers ses origines : la nature.

55 - C'est à ce moment que les droits lui sont reconnus et que son caractère sacré est recherché. Certains identifient déjà une nouvelle époque de la renaissance. Pourtant, il y a un retour à la religiosité, et la nature devient presque un dieu. Le néo-constitutionnalisme est la voie juridique pour arriver à cette position, dans cette conception où la constitution n'est pas seulement une règle positive d'organisation de l'État et de la relation de celui-ci avec la société, mais une source de principes et valeurs.

56 - Le problème surgit quand ces préoccupations rentrent dans le monde juridique, car elles deviennent obligatoires et parfois même politiques d'État. Bien sûr, il y a un danger pour la liberté, la démocratie et pour l'État lui-même. En outre, est-ce qu'on va vers une nouvelle vision de l'humanité ou peut-être vers une deshumanisation de l'humanité ? Voilà une des interrogations qui surgit lorsque la nature devient une personne morale. ■

Annexes

Bibliographie

Ch. Stone. « *Should Trees Have Standing ? Towards Legal Rights for Natural Objects* » En *Southern California Law Review*. No. 45. 1972. pp 450 – 501.

D. Bourg. 1992 (octobre). « Droits de l'Homme et écologie » En *Revue Esprit*. No. 10. Paris. pp. 80 – 94.

E. Álvarez – Correa. *Curso de Derecho Romano*. Editorial Pluma. Bogotá. 1979. 543 p.

F. Ost. 1995. *La nature hors la loi. L'Écologie à l'épreuve du droit*. Paris. Éditions la Découverte. 346 p.

G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere ?*, Editori Laterza, Roma, 2013

J. Ellul. « Le rôle du droit comme réducteur de crise au XIV^e siècle », En *Droit, Institutions et système Poli-*

tique. Mélanges en hommage à Maurice Duverger. P.U.F Paris. 1987 pp 63 – 77.

L. Ferry. *El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre (Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'Homme)*, Tusquets Editores, Barcelona, 1994.

L. Prieto Sanchis, « Neoconstitucionalismo y ponderación judicial » In M. Carbonell (Editor), *Neconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2005

L.F. Macías Gómez. « El Daño Ambiental. Hacia una Reflexión Conceptual desde la Filosofía y el Derecho Ambiental » En *Daño Ambiental tomo I*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. pp 125 – 151

L.F. Macías Gómez. « *El constitucionalismo Ambiental en la Nueva Constitución del Ecuador. Un reto a la Tradición Constitucional* ». En *Revista Iuris Dictio* de la Universidad San Francisco de Quito. 2009. Año 10 No. 12. Pags. 21 – 30.

M. Melo. « Los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana ». EN Alberto Acosta – Esperanza Martínez (compiladores), *derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*. Ediciones Abya – Yala. Quito, 2009, 122 p.

M. Serres. *Le contrat naturel*. Paris. Editions François Bourin. Paris, 1990, 191 p.

P. Comanducci. « Formas de (neo) constitucionalismo : un análisis metateórico », EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*.

Editorial TROTTA, Madrid, 2005, pp. 75 – 98.

Arrêts

Cour Constitutionnelle : Tutela T – 622/16. Expediente T – 5.016.242, le 10 novembre de 2016, M.P : Jorge Iván Palacio.

Court Suprême de Justice : STC 4360-2018 ; Radicación : 11001 – 22 – 03 – 000 – 2018 – 00319 – 01, le 5 avril 2018, M.P. Luis Armando Tolosa.

Tribunal Administrativo del Tolima : Acción Popular, Radicación Número : 73001 – 23 – 00 – 000 – 2011 – 00611 – 00, le 30 mai 2019, M.P. José Andrés Rojas Villa. Cet arrêt décide de déclarer quelques fleuves comme étant des sujets de droits.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente : 22592, arrêt du 23 mai 2012, M.P. Enrique Gil Botero

15 La constitutionnalisation de la protection de l'environnement dans le monde : d'une ontologie de la protection de l'environnement à ses concrétisations positives en droit constitutionnel comparé



Xavier MAGNON,
professeur agrégé de droit public à l'université d'Aix-Marseille,
Directeur de l'Institut Louis Favoreu

1 - Non sans un certain paradoxe, l'identification de ce qu'est « la protection constitutionnelle de l'environnement » est sans doute plus aisée que celle de l'« environnement ». Le paradoxe n'est toutefois qu'apparent : si les textes constitutionnels usent du terme « environnement », le plus souvent, ils ne le définissent pas. Ne s'en tenir qu'à un nominalisme constitutionnel – *la chose n'est là qui si le mot qui la désigne est utilisé dans la Constitution* – ne conduirait qu'à une lecture partielle du sujet. Il nous faut savoir ce qu'est l'environnement pour pouvoir valablement identifier ce qui relève de la protection constitutionnelle de celui-ci, que le mot soit ou ne soit pas utilisé, ce qui importe, c'est que la chose soit protégée.

2 - Sous l'angle des définitions, l'on doit à Massimo Severo Giannini l'identification de trois sens au mot environnement :

- 1) comme *paysage*, envisagé alors comme un bien public ;
- 2) comme *champ d'« interaction mutuelle entre l'Homme et la nature »* ;
- 3) comme *territoire*, au sein duquel les êtres humains vivent et agissent¹.

3 - De ces trois sens, il semble que le second soit plus singulier que les autres et qu'il recouvre de façon pertinente la manière dont est perçu, aujourd'hui, l'environnement. Il est d'ailleurs suffisamment large pour recouvrir les sens 1 et 3, où, pour le moins, peut-on lire les sens 1 et 3 à la lumière du sens 2. L'on peut encore expliciter ce sens 2, avec Michel Prieur, qui voit l'environnement comme l'« expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l'Homme), entre eux et avec leur milieu »². Par commodité de langage et dans un souci de simplification, l'environnement ainsi désigné sera qualifié par la suite d'« espace physique ». Cette approche de l'environnement fait de ce dernier un concept relationnel qui entend saisir la coexis-

tence des êtres vivants entre eux et dans leur milieu naturel. Territoire et paysage ne s'intègrent à une logique environnementale que s'ils sont appréhendés en tant que milieu au sein duquel évoluent les êtres vivants.

4 - Pour pertinente qu'on puisse la considérer, cette définition n'en est pas moins difficilement mobilisable pour circonscrire ce qu'est l'environnement et, surtout, ce qui relève du droit se rattachant à cet objet. Tout comportement humain peut être rattaché à une question environnementale, qu'il s'agisse du transport, de la consommation, de l'alimentation, du logement... ; tout comportement humain a une incidence sur les relations entre les êtres vivants et leur milieu. Aussi, sans doute faut-il percevoir autrement, si ce n'est l'environnement, du moins ce qu'il convient de protéger lorsque le droit protège l'environnement. Si l'on peut considérer que la protection juridique de l'environnement vise, plus ou moins directement, à protéger l'Homme, la manière de le faire consiste précisément à s'éloigner de l'Homme ou, du moins, à ne pas le saisir seul et, plus précisément, à le protéger en tant qu'élément d'un ensemble plus large. Il s'agit de créer une protection, non pas seulement d'une personne, mais de toutes les personnes qui coexistent au sein d'un même espace de vie. La protection de l'espace de vie bénéficie de surcroît, aux générations futures. Par rapport à la conception classique des droits fondamentaux, la protection est décentrée : l'Homme n'est pas le sujet premier protégé. La protection de l'environnement conduit à la création d'un espace de protection au profit, non pas seulement d'une personne en particulier, mais au bénéfice de toutes celles qui évoluent et qui évolueront dans le même espace physique.

5 - La question de la spécificité de la protection de l'environnement est d'autant plus importante qu'il en va de l'autonomie du droit de l'environnement. Il ne s'agit évidemment pas ici de défendre, par principe, son autonomie, mais, précisément, de montrer quelle en est la spécificité et donc la part d'autonomie qu'il convient de lui reconnaître.

6 - La protection de l'environnement consiste à protéger un espace physique en lui-même, tel est l'objectif de la protection, en saisissant les comportements de ceux qui évoluent au sein de cet espace. S'il est vrai que la protection de cet espace contribue à protéger ceux qui y évoluent et, plus précisément, les Hommes,

1. M.S. Giannini, *Scritti*, vol. VI, 1970-1976, Milan, Giuffrè?, pp. 445 et s., spécialement et respectivement p. 456, 469 et 455 (article original : « *Ambiente* ». *Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici* », en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 15 et s.), cité en ce sens par M. Luciani, dans le rapport provisoire italien à la XXXVème Table ronde internationale aixoise sur le thème *Constitution et environnement*, qui s'est tenue en 2019, à paraître à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*.

2. M. Prieur et al., *Droit de l'environnement*, D., Précis, 8ème édition, 2019, pp. 6-7.

il n'en demeure pas moins que la protection s'étend en réalité au-delà des Hommes. De manière plus précise, la protection de l'environnement se fait au profit de la communauté humaine et donc de tous les Hommes, y compris ceux qui ne sont pas encore nés, la protection est collective, mais elle se matérialise par des obligations de comportements à la charge de chaque Homme. Pour une protection objective de la communauté humaine, il faut concrétiser juridiquement cette protection, de manière subjective, en saisissant des comportements particuliers. La protection de l'environnement implique la protection de l'espace physique autour de l'Homme, et donc la protection de quelque chose de collectif par une démarche individuelle ; la protection d'un espace commun grâce à des interventions individuelles. La protection de l'environnement présente une spécificité par rapport à la protection classique telle qu'elle résulte des droits fondamentaux. L'on peut constater une désobjectivisation de la protection, au-delà de la protection des personnes, l'environnement est protégé en lui-même, en tant qu'espace commun, ce qui conduit, dans une certaine mesure, à une nouvelle subjectivisation de la protection, au profit, cette fois, de l'environnement, la reconnaissance de droits au profit de la nature en étant l'expression ultime.

7 - Peut-être convient-il d'illustrer cette réflexion à partir d'un exemple concret. Supposons que, suite à une marée noire, une maison située en bord de mer soit touchée par cette marée, une partie du jardin ainsi que de la façade de la maison ayant été recouvertes de mazout. Les droits fondamentaux susceptibles d'être mobilisés dans cette situation sont de deux ordres : les droits fondamentaux (DF) classiques, en l'espèce, le droit de propriété et le droit à la santé, et un DF environnemental, le droit à un environnement sain, par exemple. Si la protection de la santé ou du droit de propriété ne permet que de protéger la personne bénéficiaire de ces droits, la protection de l'environnement se déploie au-delà du seul bénéficiaire susceptible de le revendiquer et concerne l'espace physique au sein duquel toutes les personnes vivent. La dimension subjective de la protection, au regard de la personne qui revendique une telle protection, se concrétise par une protection à dimension objective, profitant à l'ensemble de ceux vivant au sein de l'espace physique. Un tiers, non propriétaire de la maison, pourra d'ailleurs revendiquer la protection de l'environnement, ce qui étend le cercle de ceux en mesure de défendre celui-ci.

8 - Cette spécificité de l'objet protégé, en tant qu'espace physique, rejaillit sur la manière dont il est possible de le protéger. Autrement dit, la spécificité de l'objet protégé commande une certaine manière de protéger : l'ontologie conditionne la formalisation positive des normes. A cet égard, il convient d'explicitier le *ressort* de ce que la protection de l'environnement implique pour mieux identifier la *manière* dont il est possible de le protéger. La finalité de la protection consiste à imposer des comportements susceptibles de protéger l'environnement, en confiant à ceux qui peuvent se sentir lésés du fait de ce que leur espace physique est affecté le soin de réclamer le respect de ces comportements. Les personnes ne sont que des instruments de protection de l'environnement à même d'imposer à d'autres personnes des comportements en ce sens. L'environnement ne pouvant, autrement que de manière fictive, être à même de se défendre matériellement, il faut confier à d'autres le soin de le faire, de sorte que la dimension subjective de la protection de la personne constitue un moteur suffisant pour qu'une protection objective de l'environnement puisse voir le jour. Pour être plus trivial, il faut que les personnes puissent avoir intérêt à réclamer, pour eux-mêmes, le respect de leur environnement (d'où l'intérêt de développer une éducation et une culture de protection de l'environnement en ce sens) pour que l'environnement, en général, puisse être protégé.

9 - La première des spécificités de la protection de l'environnement consiste dans l'impossibilité matérielle de reconnaître des *libertés* et donc des *permissions d'agir*. L'on ne saurait accorder à l'environnement des permissions d'agir, pas plus d'ailleurs que la reconnaissance de permission d'agir de bénéficiaires de DF vis-à-vis de l'environnement ne serait susceptible de protéger celui-ci. Toute reconnaissance d'une permission d'agir sur l'environnement serait susceptible d'affecter celui-ci. Il ne peut donc y avoir qu'une seule catégorie de DF concernée par la protection de l'environnement, des *droits*, à savoir des *habilitations au profit de titulaires que d'obtenir un comportement particulier de la part d'un obligé*. Ce comportement permettra de protéger l'environnement, mais il sera réclamé, non pas par l'environnement, sauf, tout au plus de manière fictive si des droits sont reconnus à l'environnement lui-même, mais par une tierce personne, cette dernière devenant la personne par laquelle l'obligation de comportement pour un obligé sera exigible.

10 - La spécificité de l'environnement implique ensuite que sa protection se matérialise par la formulation de normes rendant des comportements obligatoires, non seulement vis-à-vis des personnes publiques, ce qui n'a rien de très original dans une Constitution, mais également vis-à-vis des personnes privées, entre elles, ce qui l'est déjà plus. Autrement dit, des normes en principe contenues dans la loi, des normes de comportements à destination des personnes privées, sont formalisées dans la Constitution. Il faut y voir là un attachement fort à l'environnement en tant que valeur défendue dans une société déterminée.

11 - Dans un tel contexte ontologique, deux questions paraissent devoir retenir l'attention. La question de la formalisation des normes constitutionnelles environnementales est tout d'abord décisive (1). Ensuite, c'est la question de la sanction juridictionnelle du respect de ces normes (2) dans la Constitution qui l'est tout autant. Autrement dit : comment les normes en matière environnementale doivent-elles être formulées compte-tenu de la spécificité de la protection environnementale ? Quelle sanction juridictionnelle de ces droits consacrer dans le texte constitutionnel ? La résolution de ces questions impose de mettre en évidence les différents possibles, et donc d'identifier les différentes manières de faire, en général, avant de les illustrer par des exemples de droit positif. La dimension de droit comparé de l'analyse consiste précisément à poser un cadre catégoriel général, nourri et illustré par des exemples de droit positif provenant de différents systèmes juridiques. Plus que l'exhaustivité des illustrations, c'est celle des situations générales qui est déterminante dans la connaissance du sujet.

1. La formalisation des normes constitutionnelles environnementales

12 - La manière dont il est possible d'énoncer les normes constitutionnelles relatives à l'environnement peut être appréhendée selon une échelle de protections possibles, intégrant une dimension qualitative dans la protection de l'environnement. Deux situations générales peuvent être identifiées, susceptibles de différentes déclinaisons en leur sein, situation générale et déclinaisons particulières étant présentées selon une échelle de protection partant de la protection la plus faible à celle la plus élevée.

13 - Il est une première situation générale qui se matérialise par une *absence totale de consécration* d'une protection de l'environnement dans le texte constitutionnel (1). Cette absence de protection directe peut se confirmer, ce qui est logique dès lors que le juge constitutionnel respecte la Constitution, dans la juris-

prudence du juge constitutionnel, qui ne se substituera pas au constituant ou au pouvoir de révision constitutionnelle et qui ne protégera donc pas non plus celui-ci (1.1). Trop habitués que nous le sommes à un activisme jurisprudentiel du juge constitutionnel, celui-ci peut également, contre le texte constitutionnel ou de manière constructive par rapport à ce dernier, protéger l'environnement (1.2). Dans cette protection, le juge constitutionnel peut user de toute la palette des concrétisations constitutionnelles possibles (1.2.1) qui seront étudiées dans la seconde situation générale (2).

14 - Il est toutefois une situation plus originale, qui, si elle peut également être consacrée de manière expresse par un texte constitutionnel (2)³, semble être une situation qui trouve une illustration forte devant le juge, lorsque celui-ci protège l'environnement par l'intermédiaire d'autres droits fondamentaux (1.2.2). La protection d'un droit fondamental particulier peut fournir l'occasion de *protéger indirectement l'environnement*. Par l'entremise d'un droit subjectif à la protection de la santé, par exemple, l'environnement peut être protégé. Cette protection peut se faire en déduisant de manière indirecte un droit à un environnement sain du droit à la santé ou en étendant la protection du droit à la santé de manière à protéger l'environnement. Dans le premier cas, un droit à l'environnement est reconnu ; dans le second, ce droit est seulement protégé de manière indirecte. La Cour constitutionnelle italienne a pu dégager, à partir du droit à la santé consacré par l'article 32 de la Constitution, un droit à un environnement sain⁴. Elle a encore rattaché la protection de l'environnement à l'article 9 alinéa 2 de la Constitution qui reconnaît que la République « *protège le paysage et le patrimoine historique et artistique de la Nation* ».

15 - La seconde situation générale concerne les cas de *protection constitutionnelle explicite* (2). Dans cette situation, la Constitution protège d'une manière ou d'une autre l'environnement. Cette protection peut revêtir plusieurs formes qu'il nous appartient de classer selon le degré de protection.

16 - Le premier niveau se matérialise par l'existence de *clauses attributives de compétences* à l'État et/ou à des entités décentralisées pour protéger l'environnement (2.1). Il ne s'agit là que d'attribuer une compétence, sans obligation d'action, ce qui relèverait d'une autre situation (2.3), et l'on pourrait d'ailleurs discuter de la question de savoir si nous sommes là en présence d'une situation véritable de protection de l'environnement. L'article 74 alinéa 1 de la Constitution suisse dispose, par exemple, que « *la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes* ». La Constitution italienne confie à l'État la compétence exclusive en matière de « *protection de l'environnement, de l'écosystème et du patrimoine culturel* » (art. 117 s) de la Constitution).

17 - Le deuxième niveau consiste à reconnaître que la protection de l'environnement peut constituer un *cas légitime de limitation des autres droits fondamentaux* (2.2). Autrement dit, des restrictions à l'exercice de droits fondamentaux peuvent être justifiées d'un point de vue constitutionnel par la protection de l'environnement. La protection est *indirecte*, elle ne se fait que par l'entremise d'un autre droit fondamental dont la méconnaissance est avancée, et *négative*, elle ne vise pas positivement à la protection de l'environnement mais, négativement, à permettre des restrictions à l'exercice d'autres droits fondamentaux au nom de la protection de l'environnement.

18 - La protection de l'environnement peut ensuite être, une *finalité qu'il appartient à l'État de poursuivre* (2.3) et donc d'une

obligation d'agir de celui-ci en vue de la protection de l'environnement. La formulation de la finalité assignée à l'État peut être générale (2.3.1), la préservation de l'environnement (art. 48 A de la Constitution indienne), ou plus spécifique (2.3.2), la promotion d'un développement durable, par exemple (art. 6 Charte de l'environnement française), ou des forêts et de la vie sauvage (art. 48 A de la Constitution indienne) ou combiner les deux (2.3.3). La Constitution portugaise, pose, dans son article 66, à la fois une obligation générale de l'État de protéger le droit à l'environnement, et toute une série d'obligations spécifiques, concrétisant l'obligation générale. De plus, l'obligation d'action de l'État peut être formulée, de manière générique, à la charge de l'État (2.3.4), ou, plus précisément, à la charge des personnes publiques (2.3.5) ou encore, d'un point de vue normatif, par une exigence d'intervention de certaines catégories de normes (art. 23 de la Constitution belge qui prévoit l'adoption de lois et de décrets) (2.3.6), voire combiner ces différentes formulations (2.3.7). L'article 20 a de la Loi fondamentale allemande prévoit qu'« *assumant sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège également les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et par l'exercice des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans le respect de la loi et du droit* ».

19 - Des *normes générales de comportement* peuvent être posées, fixant des obligations précises de comportement à certains destinataires (2.4), qu'ils s'agissent de personnes publiques et privées (2.4.1), de personnes publiques seulement (2.4.2) ou de personnes privées exclusivement (2.4.3). De telles normes apparaissent comme relativement originales dans des textes constitutionnels, elles ne concernent, pour reprendre une distinction matérielle classique, ni le droit constitutionnel institutionnel, ni le droit constitutionnel normatif, ni le droit constitutionnel substantiel, et apparaissent donc, plus fréquemment, dans des normes législatives. Il faut voir là une survalorisation axiologique de ces normes, parce qu'elles contribuent à la protection de l'environnement, qui se traduit par une formalisation constitutionnelle. A ce titre, si le lecteur français connaît les formulations des principes de prévention, de précaution et de responsabilité environnementale dans la Charte de l'environnement, l'article 396 de la Constitution d'Équateur mérite d'être cité *in extenso* au regard de son degré de précision dans l'énoncé de ces différents principes : « *L'État adopte les politiques et les mesures opportunes qui écartent les impacts environnementaux négatifs lorsque le dommage est certain. En cas de doute quant à l'impact environnemental d'une action ou omission, même s'il n'existe pas d'évidence scientifique du dommage, l'État adopte les mesures protectrices efficaces et opportunes. La responsabilité pour dommages environnementaux est objective. Tout dommage à l'environnement, outre les sanctions correspondantes, implique également l'obligation de restaurer intégralement les écosystèmes et d'indemniser les personnes et les communautés touchées. Chacun des acteurs des processus de production, distribution, commercialisation et usage de biens ou services, a la responsabilité directe de prévenir tout impact environnemental, de réduire et de réparer les dommages qu'il a causés et d'assurer un système de contrôle environnemental permanent. Les actions légales afin de poursuivre et de sanctionner les dommages environnementaux sont imprescriptibles* ». Les obligations qui pèsent sur l'État en matière environnementale sont en l'occurrence très fortes en Équateur car celui-ci est tenu, par l'article 397 de la Constitution, « *en cas de dommage environnemental* » d'agir « *de manière immédiate et subsidiaire pour garantir la santé et la restauration des écosystèmes* ». En outre, dans cette situation, « *en plus de la sanction prévue, l'État reportera sur l'opérateur à l'origine de l'activité dommageable toutes*

3. V.r *infra*, l'exemple de la Belgique.

4. CCI, n° 345 de 1995, in diritto § 4.

les obligations que suppose la réparation intégrale du préjudice ».

20 - Ces obligations générales de comportement peuvent prendre la forme de devoirs, des devoirs à charge de tous, que de protéger l'environnement. Un tel devoir est consacré par l'article 51A g) de la Constitution indienne qui prévoit que chaque citoyen doit « protéger et améliorer l'environnement naturel », tout comme par l'article 66 § 1 de la Constitution portugaise qui dispose que « toute personne (...) a le « devoir de (...) défendre » « un cadre de vie, humain, sains et écologiquement équilibré ». L'article 35 (3) de la Constitution roumaine précise que « les personnes physiques ou morales sont tenues de protéger et d'améliorer l'environnement ». L'article 40 de la Constitution ivoirienne dispose encore que « la protection de l'environnement et la promotion de la qualité de la vie sont un devoir pour la communauté et pour chaque personne physique ou morale ».

21 - Les normes constitutionnelles environnementales peuvent accorder des droits et donc des habilitations attribuées à certains destinataires leur permettant de réclamer le respect de certains comportements à des obligés (2.5). Ces derniers peuvent être des personnes privées et des personnes publiques (2.5.1), des personnes publiques (2.5.2) ou des personnes privées (2.5.3). Les destinataires de ces droits peuvent être, de manière spécifique, les peuples autochtones (2.5.4), ou encore, d'une manière plus singulière encore, la nature elle-même (2.5.5). L'Équateur est tout à fait singulier sur ces deux dernières situations. Ainsi, le chapitre V de la Constitution équatorienne confère des droits collectifs à différents peuples indigènes visant à « conserver et promouvoir leurs pratiques de gestion de la biodiversité et de leur environnement naturel » (§ 8). L'article 10 de la même Constitution dispose que « la Nature est sujet des droits que lui reconnaît la Constitution »⁵. Sur le fond, les droits qui sont reconnus sont relativement larges, il peut s'agir de droit général à un environnement sain et/ou équilibré, un « droit à un environnement sain et écologiquement équilibré », selon la formule, par exemple, de l'article 50 alinéa 2 de Constitution du Costa-Rica, ou un droit « de profiter d'un environnement équilibré et adapté au développement de la vie » selon l'article 2 § 22 de la Constitution péruvienne, mais également de droit à la participation de production de norme intervenant en matière environnementale (participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, art. 7 Charte de l'environnement, art. 398 de la Constitution Équatorienne⁶ ou un droit à l'information en matière environnementale (art. 7 Charte de l'environnement).

22 - Face à ces différentes classifications, une illustration de droit positif témoigne d'une combinaison de différentes situations pour le moins originale. La Constitution belge consacre ainsi, dans son article 23⁷, le droit de mener une vie conforme

à la dignité humaine (situation 1.2.2 de protection indirect de l'environnement par un autre droit), oblige les catégories normatives loi et décret, et donc l'État, afin de préserver ce droit, à garantir les droits économiques, sociaux et culturels en déterminant les conditions de leur exercice (situation 2.3) et, parmi ces droits à garantir, figure le droit à la protection d'un environnement sain (situation 2.5). Cette combinaison conduit à ce qu'il existe une obligation normative à la charge de l'État de garantir un droit à la protection d'un environnement sain afin de préserver le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

2. La sanction juridictionnelle des normes constitutionnelles environnementales

23 - La question de la sanction juridictionnelle du respect des normes constitutionnelles environnementales ne sera entendue ici que sous l'angle constitutionnel, à savoir ce que prévoient les textes constitutionnels, voire la jurisprudence constitutionnelle, en matière de sanction juridictionnelle. Par ailleurs, elle ne saurait être envisagée de manière autonome par rapport à la question précédente. En effet, de la formulation des énoncés dépendent les différents possibles concernant la sanction juridictionnelle, même si, la violation du droit étant toujours possible, le juge, en particulier, peut s'éloigner des normes telles qu'elles ont été posées et consacrer d'autres normes. Il reste que la sanction juridictionnelle des normes constitutionnelles environnementales doit être lue sous l'angle de trois paramètres : l'existence éventuelle d'une juridiction constitutionnelle, les juges de droit commun, dénommés ainsi pour les distinguer de la première, et l'existence d'une juridiction environnementale spécifique, ces trois paramètres pouvant être combinés. En intégrant ces différents paramètres, les questions posées semblent pouvoir être organisées autour de trois questions : l'invocabilité des normes constitutionnelles environnementales devant le juge constitutionnel, leur effet direct devant les juges de droit commun et la reconnaissance de juridictions spéciales en matière environnementale. L'invocabilité des normes constitutionnelles environnementales devant le juge constitutionnel renvoie à la possibilité pour les organes habilités à saisir le juge constitutionnel de soulever valablement le grief tiré de leur violation par le législateur devant ce juge ou, plus largement, de soulever ce grief dans les différents contentieux qui relèvent de la compétence du juge constitutionnel. L'effet direct désigne la situation dans laquelle le justiciable peut, devant le juge de droit commun, valablement soulever le grief tiré de la violation de normes constitutionnelles environnementales ou demander l'application de celles-ci, y compris si ces dernières n'ont fait l'objet d'aucune concrétisation législative.

24 - Ces questions peuvent être résolues par le texte constitutionnel, soit de manière explicite, soit parce que les travaux préparatoires le sont, sans alors que la situation ne soulève de difficulté particulière. La Constitution peut soit permettre soit interdire, d'une part, l'invocabilité devant le juge constitutionnel ou, du moins, certains recours devant celui-ci, et, d'autre part, l'effet direct devant le juge de droit commun.

25 - La norme de protection environnementale peut, par exemple, se situer dans une partie de la Constitution qui reconnaît l'invocabilité des normes qui y appartiennent. Tel est le cas de l'article 23 de la Constitution belge, inséré dans le titre II de la Constitution, qui, en vertu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, est une norme de référence du contrôle de

5. L'article 71 de la Constitution prévoit encore que « la nature ou Pacha Mama, ou? la vie se reproduit et s'accomplit, a droit au respect intégral de son existence ainsi qu'au soin et à? la re?ge?ne?ration de ses cycles vitaux, structure, fonctions et processus e?volutifs. Toute personne, communauté?, peuple ou nationalité? peut exiger de l'autorité? publique le respect des droits de la nature. Afin d'appliquer et d'interpréter ces droits, on respectera les principes e?tablis dans la Constitution, dans la mesure ne?cessaire. L'Etat encouragera les personnes physiques et les personnes morales, et les collectifs, afin qu'ils prote?gent la nature et promouvoir le respect de tous les e?le?ments qui forment un e?cosyste?me ».

6. « Toute de?cision ou autorisation e?tatique pouvant affecter l'environnement doit faire l'objet d'une consultation de la communauté?, qui est largement et opportune?ment informée? ».

7. « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment : (...)

4° le droit à la protection d'un environnement sain ; »

constitutionnalité des lois⁸. La Constitution peut reconnaître également de manière explicite une large invocabilité des droits de la nature contre l'État. L'article 71 de la Constitution colombienne dispose en ce sens que « toute personne, communauté, peuple ou nationalité peut exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature ». L'article 34 de la Constitution bolivienne offre à chaque personne, à titre individuel ou en représentant une collectivité, des actions légales de protection du droit à l'environnement. Cette Constitution ouvre d'ailleurs une action populaire en vue de la protection de l'environnement contre toute action ou omission des personnes publiques ou privées qui y porteraient atteinte (art. 135). De manière particulièrement explicite, la Constitution portugaise dispose dans son article 18 que « les préceptes constitutionnels relatifs aux droits, libertés et garanties fondamentales sont directement applicables et opposables aux personnes de droit public et de droit privé ». L'Argentine prévoit que le recours d'*amparo* est ouvert (article 43 de la Constitution) pour la protection du droit à un environnement sain et équilibré consacré par l'article 41 de la Constitution. Ce recours est ouvert contre toutes les actions ou omissions des autorités publiques ou personnes privées. L'on sait, à l'inverse, qu'en Espagne, en vertu de l'article 53 § 2 de la Constitution, le droit de jouir d'un environnement adapté (art. 45 § 1 de la Constitution) ne peut faire l'objet d'un recours d'*amparo*.

26 - En dehors des cas dans lesquels la Constitution règle de manière explicite la question, il convient de s'interroger sur les éléments susceptibles d'être pris en compte pour résoudre ces questions. C'est donc ce champ de réflexion là qu'il s'agira d'entreprendre ici. Il convient de présenter les choses à partir de l'élément pertinent qui est susceptible de prédéterminer la résolution de ces questions : la formulation des énoncés des normes environnementales. Il semble que nous soyons au cœur de la difficulté sur la justiciabilité, dans un sens large, des normes constitutionnelles environnementales.

27 - Selon les différents types d'énoncés constitutionnels environnementaux, l'invocabilité devant le juge constitutionnel comme l'effet direct devant les juges de droit commun sont variables. Le degré de précision de l'énoncé conditionne l'étendue du pouvoir du juge dans la concrétisation normative de celui-ci et donc dans l'étendue de son pouvoir. Des énoncés du type, « l'État doit protéger l'environnement » ou « chacun à un droit à un environnement sain », sont fortement indéterminés et sont donc susceptibles de couvrir un nombre extrêmement important de comportements humains. L'obligation de protection de l'environnement par l'État interdit-elle la vente de véhicule diesel ? Le droit à un environnement sain exige-t-il l'interdiction de la circulation automobile dans les agglomérations ? Si la circulation de véhicule diesel est préjudiciable à la santé de tous, tout comme, plus largement, l'est également la circulation automobile dans des zones de concentration de population, alors de tels comportements sont préjudiciables à l'environnement et sont donc susceptibles d'entrer dans le domaine d'application des normes environnementales indéterminées prises en exemple. De telles normes impliquent, en conséquence, un pouvoir d'appréciation considérable du juge qui peut, en raison du *self restraint* plus ou moins important qu'il s'accordera, soit refuser l'invocabilité de la norme devant lui, soit n'autoriser son invocabilité que s'il existe une concrétisation législative, soit dégager de faibles contraintes normatives, soit limiter son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, soit combiner ces deux dernières solutions. L'affirmation d'un *self restraint* du juge face à des normes environnementales est parfois explicite. Ainsi, la Cour constitutionnelle belge précise qu'elle « ne dispose pas

d'un pouvoir d'appréciation et de décision comparable à celui des assemblées législatives démocratiquement élues ». Elle n'entend pas apprécier si l'intervention législative « est opportune ou souhaitable », seul le législateur est compétent pour apprécier la manière de concrétiser le droit consacré en usant des moyens appropriés⁹.

28 - En dehors de l'indétermination de l'énoncé, les catégories d'énoncé sont également susceptibles de déterminer le comportement des juges. Il faut ici revenir vers les trois catégories d'énoncés déjà mis en évidence 2.2 à 2.4, ceux de type 2.1 étant exclus, l'environnement étant seulement un objectif susceptible de justifier une atteinte à un droit fondamental et il n'est alors invocable qu'en défense.

29 - Les énoncés de type 2.2 qui fixent des objectifs devant être poursuivis par l'État peuvent être justiciables du juge constitutionnel, à charge pour lui de vérifier que les interventions du législateur respectent la finalité qui lui est assignée, le contrôle du respect de ces finalités pouvant être un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou une vérification de l'efficacité minimale de l'intervention du législateur. L'intervention de l'État peut être entendue comme une intervention du seul législateur, ce qui interdit *a priori* une invocabilité directe de la norme devant les juges de droit commun, ou, plus largement, à l'ensemble des pouvoirs publics ce qui autorise une invocabilité générale devant tous les juges. Reste encore à déterminer qui peut invoquer le respect par l'État de ces finalités. Dans le cadre d'un contentieux objectif de constitutionnalité, à savoir lorsqu'il existe des autorités de saisine, aucune difficulté ne se pose. En revanche, si le contentieux est subjectif, du moins dans sa naissance, il convient d'établir si un justiciable peut invoquer le respect par l'État des finalités qui pèsent sur son action.

30 - Dans le prolongement de cette situation, le renvoi à la loi pour la protection de l'environnement témoigne encore, potentiellement, de l'absence d'invocabilité directe des droits environnementaux. C'est au législateur de concrétiser ces droits et, à défaut de concrétisation, ces derniers ne sauraient pouvoir être invoqués directement devant le juge de droit commun. L'article 35 de la Constitution roumaine, après avoir posé que « l'État reconnaît à toute personne le droit à un environnement sain et équilibré écologiquement », précise que « l'État assure le cadre législatif pour l'exercice de ce droit ». Dans le même sens, l'article 74 alinéa 1 de la Constitution suisse dispose que « la Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes ». Cette clause d'attribution de compétences n'est ici d'ailleurs pas combinée à la reconnaissance d'un droit fondamental particulier.

31 - Les énoncés de type 2.3 sont ceux qui ont vocation à être invoqués devant tous les juges, précisément en ce qu'ils reconnaissent des droits subjectifs au profit de personnes, sous les réserves déjà identifiées relatives à l'indétermination des énoncés de consécration. Se pose toutefois la question, parce que nous sommes dans le domaine environnemental, de leur invocabilité dans des litiges entre personnes privées. Cette question renvoie à l'effet horizontal des droits fondamentaux et peut expliquer qu'il n'y ait pas d'invocabilité directe de ces normes devant les juges de droit commun, sans concrétisation législative.

32 - Enfin, les énoncés de type 2.4 qui posent des normes de comportement semblent pouvoir être invocables devant le juge constitutionnel comme devant tous les juges de droit commun dans la mesure où elles posent directement des comportements à suivre de manière précise.

8. C.C., arrêt n° 82/2017, 22 juin 2017, B.13.1.

9. C.C., arrêt n° 125/2016, 6 octobre 2016, B.47.1.

33 - Concernant la reconnaissance constitutionnelle d'une juridiction spéciale environnementale, plusieurs configurations sont possibles, en fonction des rapports entretenus avec les autres juridictions. Il est possible que la juridiction spéciale n'ait aucune compétence exclusive d'usage des normes constitutionnelles environnementales, qui pourraient être également invocables devant le juge constitutionnel, s'il en existe un, et devant tous les autres juges. La compétence de la juridiction environnementale pourrait être alors réservée à des contentieux d'application de la loi en matière environnementale. Même peu probable, car moins favorable en termes d'efficacité et de diffusion des normes constitutionnelles environnementales, il est également possible de concevoir que la juridiction spéciale dispose d'une plénitude et d'une exclusivité de compétences pour mobiliser les normes constitutionnelles environnementales et, plus largement, pour résoudre tous les contentieux environnementaux.

34 - Des liens procéduraux pourraient alors être établis entre cette juridiction spéciale et les juridictions de droit commun, voire la juridiction constitutionnelle, pour que ces dernières puissent saisir la première. Le chapitre 3, intitulé « Juridiction agroenvironnementale », du titre III de la Constitution bolivienne consacre l'existence, dans une certaine mesure, d'un ordre juridictionnel environnemental. En vertu de l'article 186 de la Constitution, le Tribunal agroenvironnemental est « est le plus

haut tribunal spécialisé de la juridiction agroenvironnementale ». Certaines de ses attributions sont fixées par la Constitution, celle-ci renvoyant à la loi le soin d'en prévoir éventuellement d'autres (art. 189 Constitution). En vertu de la Constitution, selon les domaines, ce Tribunal a des fonctions de cassation en matière environnementale, tout en ayant également des compétences en premier et dernier ressort. Aucune compétence exclusive ne lui est accordée, ce qui relève de l'évidence, dans l'usage des normes constitutionnelles environnementales. L'article 162 (2) de la Constitution kényane prévoit que le Parlement peut créer des juridictions avec le statut de Haute Cour en matière environnementale.

35 - La consécration constitutionnelle de normes environnementales met en évidence à la fois des questions singulières, propre à la spécificité de ce domaine, en particulier dans la formulation des énoncés de ces normes, mais également des questions plus classiques, pour ce qui concerne, notamment, la justiciabilité de ces normes. En tout état de cause, la spécificité de la protection de l'environnement fait de ce domaine un nouveau terrain d'expérimentation constitutionnelle à même de nourrir une doctrine foisonnante dans le domaine environnemental. En souhaitant que les quelques pistes de réflexions modestement abordées ici contribuent à la réflexion. ■

16 De quelques évolutions du droit contemporain à la lumière de la réparation du préjudice écologique par le droit de la responsabilité civile



Gilles J. MARTIN,
professeur émérite de l'université Côte d'Azur

1 - Il n'est pas indifférent, pour aborder les relations entre le droit de la responsabilité et le préjudice écologique, de rappeler quelques éléments de l'histoire des cinquante dernières années. Ce rappel permettra de comprendre combien ces relations furent difficiles et combien elles provoquèrent de désillusions. L'état actuel du droit positif est le fruit de nombreuses hésitations et de nombreux échecs. C'est finalement en replaçant le débat dans le cadre du droit de la responsabilité civile, un temps délaissé, et en acceptant d'innover radicalement, que les obstacles finirent par tomber.

2 - Lorsqu'au milieu des années 70 quelques jeunes doctorants commencent à s'intéresser à « la réparation du dommage écologique »¹, aux « nuisances »² ou à « la responsabilité civile pour faits de pollution »³, leur constat est le même : le droit de la responsabilité, tel qu'il fonctionne au travers des catégories et des concepts qu'il met en œuvre, n'est pas armé pour relever les nouveaux défis que la doctrine juridique peine d'ailleurs à identifier⁴. Considérant sans doute que la question était bien trop complexe pour être abordée aussi globalement, la Commission européenne, de son côté, lança dans les années 80, une réflexion et des négociations en vue de proposer le texte d'une directive limitée à la responsabilité du fait des déchets. La proposition fut rédigée, révisée, amendée, réécrite... mais n'aboutit jamais⁵. C'est peut-être ce qui conduisit la même Commission à revenir sur sa démarche et à engager une réflexion sur la responsabilité environnementale envisagée cette fois dans sa globalité. Cette réflexion fut nourrie par les négociations conduites au sein du Conseil de l'Europe, qui aboutirent en 1993 à l'adoption de la Convention dite de Lugano sur « la responsabilité civile des dommages (sic) résultant d'activités dangereuses pour l'environnement ».

ouverte ». Ouverte à la signature le 21 juin 1993, la Convention fut signée par quelques rares États, ... mais ne fut jamais ratifiée. La Commission européenne adopta la même année une Communication dénommée « Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement »⁶, dont l'objet affiché était d'ouvrir une concertation avec le Parlement européen et avec les secteurs industriels potentiellement concernés par cette question. Les orientations de cette Communication manquaient encore de précision, mais le texte définissait clairement le régime à venir comme un régime de responsabilité civile.

3 - La Commission poursuivit longuement ses travaux, assistée de nombreux comités d'experts, pour adopter le 9 février 2000 un « Livre blanc sur la responsabilité environnementale ». Ce Livre blanc constatait que de nombreuses questions importantes n'étaient pas encore définitivement tranchées, mais paraissait encore – bien que de manière plus hésitante – s'inscrire dans le cadre conceptuel de la responsabilité civile⁷. A partir de cet instant, les discussions devinrent beaucoup plus discrètes – pour ne pas écrire opaques – et tous ceux qui suivaient cette question furent surpris de découvrir la directive finalement adoptée⁸. Le texte ne conservait, en effet, du droit de la responsabilité que quelques concepts essentiels (la faute, le dommage, le lien de causalité), mais les mettait en œuvre dans un cadre juridique qui n'avait plus aucun rapport avec un régime de responsabilité, puisqu'il s'agissait d'un pur régime de police administrative. Pour parvenir à un accord, à la veille d'un élargissement⁹ qui l'aurait rendu impossible, la Commission avait accepté un texte qui était le plus petit dénominateur commun et qui chassait le droit de la responsabilité du régime de la réparation des dommages à l'environnement.

4 - Cette directive, dont le principal mérite était – et demeure – d'avoir consacré le concept de préjudice écologique, fut très fidèlement transposée en droit interne par la loi du 1^{er} août

1. P. Girod, *La réparation du préjudice écologique*, LGDJ, 1974.
2. F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981.
3. G. J. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, PPS 1978.
4. M. Despax, *La pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, Librairies techniques, 1968.
5. Proposition de directive du Conseil concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets, COM (89), 282 final, JOCE, 1989, C 251/3 (pour la proposition modifiée : COM (91) 219 final, JOCE, 1991, C 192/6). Une proposition parallèle relative à la mise en décharge des déchets contenait une disposition prévoyant la responsabilité de l'exploitant pour les dommages et dégradations de l'environnement causés par les déchets, mais sans définir le dommage : proposition de directive du Conseil concernant la mise en décharge des déchets, COM (91) 102 final, JOCE, 91, C 190/1).

6. Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement – Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social, COM n° (93) 47.
7. G. J. Martin, *Le Livre Blanc sur la responsabilité environnementale*, J.C.P. 2000, n° 17, p. 723 et s.
8. Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, Journal officiel n° L 143 du 30/04/2004, p. 0056 – 0075.
9. Le 1^{er} mai 2004, 10 nouveaux États ont, en effet, intégré l'Union européenne.

2008¹⁰. La directive comme sa loi de transposition furent accueillies très positivement par les secteurs industriels les plus exposés à ces problématiques (secteur des industries chimiques, notamment). Nous estimions, au contraire, que compte tenu de leur rédaction et des multiples exceptions qu'elles prévoyaient, ces dispositions étaient écrites pour ne pas s'appliquer¹¹ ! A ce jour, rien n'est venu démentir en France ce sombre pronostic, puisque la loi de 2008 n'a jamais fait l'objet de la moindre application ! Comment expliquer ce glissement du droit de la responsabilité vers un régime de police administrative ? On peut y voir l'effet d'un lobbying efficace des milieux industriels les plus concernés. La police administrative se négocie, tant au stade de sa préparation dans les cabinets ministériels qu'au stade de sa mise en œuvre sur le terrain, notamment grâce au dialogue avec les préfets. Le droit de la responsabilité échappe au contrôle ; il est mis en œuvre à l'initiative des membres de la société civile par des juges prompts à considérer que les dommages causés doivent être réparés !

5 - La directive et la loi de transposition sont donc apparues comme les digues permettant d'éviter que le flot des actions en responsabilité vienne inquiéter les pollueurs potentiels. Mais la digue édiflée fut si haute que très vite il apparût que le dispositif ne permettait pas de répondre – fût-ce *a minima* – aux situations dommageables. Il fallait donc remettre l'ouvrage sur le métier, abandonner les solutions qui n'étaient considérées comme satisfaisantes que par les secteurs industriels les plus susceptibles d'être mis en cause et revenir au droit de la responsabilité, en acceptant d'innover et de bousculer les piliers de ce droit pour l'adapter aux particularités du préjudice écologique. C'est comme bien souvent la jurisprudence judiciaire, attentive aux développements doctrinaux – tels qu'ils s'expriment, par exemple, dans le rapport de la commission environnement du Club des juristes en janvier 2012¹² –, qui, arrêts après arrêts, ouvrit la voie. La décision phare – mais dont on ne doit pas oublier qu'elle intervint après une série de décisions du fond¹³ – est évidemment celle que la Cour de cassation a rendu le 25 septembre 2012 à propos de la pollution par hydrocarbures provoquée par l'*Erika*¹⁴. C'est en effet cette décision qui qualifia le préjudice écologique de « préjudice objectif », en le distinguant très clairement des préjudices « subjectifs » causés aux intérêts humains, et qui accepta de le réparer en ayant recours au droit commun de la responsabilité civile.

6 - Les dernières résistances tombent alors et les mêmes milieux qui s'étaient opposés à des solutions de ce type, admettent que pour éviter le développement d'une jurisprudence qu'ils craignent trop audacieuse, il convient d'encadrer dans une loi le régime de réparation du dommage écologique fondé sur le droit de la responsabilité. Une proposition de loi déposée par le Sénateur Retailleau en 2012¹⁵ est adoptée à l'unanimité par le Sénat, mais ne sera jamais examinée par l'Assemblée nationale, tandis qu'en 2013, une Commission mise en place par la Garde des Sceaux et présidée par le professeur

Jegouzo rend un rapport¹⁶ qui inspirera largement les dispositions de la loi sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages adoptée le 8 août 2016. C'est ce texte qui insère dans le Code civil un nouveau chapitre (articles 1246 à 1252) consacré à la « réparation du préjudice écologique ».

7 - Ce long rappel permet de vérifier que, contrairement au sentiment qui semble parfois dominer, la relation entre le droit de la responsabilité et le préjudice écologique ne s'est imposée qu'après de très longs débats et une succession d'expériences, décevantes pour la plupart. L'objet de la présente contribution ne sera pas de présenter, ni d'analyser en détail les dispositions précitées du Code civil, mais bien plutôt de proposer une réflexion sur les effets que ce nouveau dispositif est susceptible d'entraîner sur le droit de la responsabilité et, peut-être, sur le droit tout entier. Dans cet esprit, il paraît justifié de s'interroger d'abord sur la nature même du préjudice désormais pris en compte, notamment pour se demander si cette consécration n'a pas pour effet de donner une certaine autonomie à l'intérêt protégé et, partant, de lui conférer des caractéristiques qui jusqu'ici n'étaient reconnues qu'aux personnes juridiques (1). Dans une toute autre direction, il peut être intéressant de s'arrêter ensuite sur les modalités de la réparation, telles qu'elles sont prévues par les textes et telles qu'elles commencent à être mises en œuvre sur le terrain. Très originales pour les juristes, ces modalités obligent tous les acteurs du procès à faire preuve d'imagination et de créativité ; elles conduisent surtout à croiser les regards du droit de la réparation et des sciences de l'écologie (2).

1. La nature du préjudice écologique : vers la reconnaissance d'un intérêt légitime juridiquement protégé non humain ?

8 - Après avoir affirmé le caractère réparable du préjudice écologique, l'article 1247 du Code civil précise que ce préjudice consiste « en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés de l'homme de l'environnement ». Ce faisant, le législateur s'inspire des travaux du *Millennium Ecosystem Assessment* (MEA)¹⁷ et des propositions qui avaient pu être faites, en France, dans la « Nomenclature des préjudices environnementaux »¹⁸. Ces travaux mettaient l'accent sur la nécessité de distinguer, d'une part, les *éléments* constitutifs des écosystèmes (l'eau, l'air, le sol, la faune, la flore), d'autre part, les *fonctions* que remplissent ces éléments et qui permettent le fonctionnement et la perpétuation des écosystèmes et, enfin, les *services* que ces mêmes écosystèmes rendent à l'homme¹⁹.

10. GR/ Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JORF n° 0179 du 2 août 2008, page 12361.

11. G. J. Martin, « La responsabilité environnementale », in *L'efficacité du droit de l'environnement*, D. 2010, Thèmes et commentaires, p.9 et s.

12. http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2012/01/Rapport_Commission_Environnement-final.pdf.

13. L. Neyret et G. J. Martin, *La nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ 2012, notamment p. 313 et s.

14. Crim. 25 sept. 2012, n° 10-82.938, D. 2012. 2281 ; RSC 2012.847, obs. J.-H. Robert.

15. G. J. Martin, *Proposition de loi Retailleau adoptée par le Sénat le 16 mai 2013*, « Point de vue », D. 2013 p. 1695.

16. G. J. Martin, *Le rapport « pour la réparation du préjudice écologique »* présenté à la Garde des Sceaux le 17 septembre 2013, « Point de vue », D. 2013, p. 2347 et s.

17. *Ecosystems and Human Well-Being – A Framework for Assessment*, Island Press, 2005.

18. L. Neyret et G. J. Martin, *op.cit.*

19. Le MEA distingue quatre catégories de services : les services **de support** ou **de soutien** : ce sont les services nécessaires à la production des autres services, c'est-à-dire qui créent les conditions de base au développement de la vie sur terre (formation des sols, production primaire, air respirable, etc.) ; les services **d'approvisionnement** ou **de production** : ce sont les services correspondant aux produits, potentiellement commercialisables, obtenus à partir des écosystèmes (nourriture, eau potable, fibres, combustible, produits biochimiques et pharmaceutiques, etc.) ; les services **de régulation** : ce sont les services permettant de modérer ou réguler les phénomènes naturels (régulation du climat, de l'érosion, des parasites, etc.) ; enfin, les services **culturels** : ce sont les bénéfices non-matériels que l'humanité peut tirer des écosystèmes, à travers un enrichissement spirituel ou le développement

9 - De cet ensemble de références, il ressort clairement que le préjudice écologique, tel que défini par le Code civil, est un préjudice qui ne concerne jamais une personne juridique titulaire de droits subjectifs, mais soit l'environnement lui-même, *per se* et indépendamment des répercussions sur les intérêts humains, soit le groupe, voire la collectivité tout entière, qui tire un bénéfice collectif de cet environnement. Un auteur, dont la formulation avait été reprise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Erika*, avait proposé de traduire cette spécificité du préjudice écologique en le qualifiant de préjudice « objectif », pour l'opposer aux préjudices réparables traditionnels, affectant les personnes ou leurs biens, et qui pour cette raison appelaient le qualificatif de « subjectifs »²⁰. Il n'est pas nécessaire d'insister sur le fait que cette consécration du préjudice écologique dégagé de tout intérêt subjectif est une innovation considérable dans notre système juridique. Elle est si importante qu'elle peut conduire à se demander si le législateur n'a pas, ce faisant – et sans en être forcément conscient –, reconnu que l'environnement était, en tant que tel, un intérêt légitime juridiquement protégé non humain, ouvrant ainsi la voie à des interrogations sur la reconnaissance de sa personnalité juridique (A). Sans aller jusque-là, la consécration du préjudice écologique peut au moins être regardée comme reconnaissant à certaines entités la qualité de « centres d'intérêts », catégorie proposée par le professeur Gérard Farjat en 2002²¹ pour dépasser la *summa divisio* entre les personnes et les choses (B).

A. - La consécration du préjudice écologique : un pas vers la personnalité juridique de la nature ?

10 - Il ne fait aucun doute que la définition retenue du préjudice écologique consacre l'existence d'un intérêt autonome, non rattaché à une personne juridique, et dont la protection juridique est assurée par une possible action en justice.

11 - Comment ne pas voir dans cette réalité, la traduction de ce que Marie-Angèle Hermitte, dans un article fondateur²², qualifiait de « *personnification procédurale* », à l'œuvre selon l'auteur, « *lorsque des mécanismes d'action en justice donnent une voix plus ou moins perceptible à des non-humains* » ? Écrivant avant l'adoption de la loi de 2016, mais après les décisions rendues par les juges du fond dans l'affaire *Erika*, Madame Hermitte relevait le progrès réalisé par les juges qui venaient de reconnaître l'existence d'un préjudice écologique, objectif et autonome, mais pointait les incohérences et les contradictions de la décision qui ne parvenait pas à distinguer clairement le préjudice moral, subi par les personnes morales agissant en demande, du préjudice écologique, subi par les éléments naturels et les écosystèmes²³. Pour l'auteur, ces incohérences et ces contradictions trouvaient principalement leur origine dans l'absence d'altérité entre, d'une part, les associations ou les personnes publiques exerçant l'action en justice et, d'autre part, l'environnement dont elles étaient censées représenter les intérêts²⁴, mais à qui le juge ne reconnaissait pas d'existence propre.

cognitif des peuples (patrimoine, plaisir esthétique, éducation, religion, etc.).

20. L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006.

21. G. Farjat, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt – Prolégomènes pour une recherche*, Rev. trim. dr. civ. 2002, p.221.

22. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2011/1 (66^e année), p. 173-212.

23. « On s'attachera ici aux incohérences liées à la volonté de reconnaître le préjudice causé à la nature et à ses composants, sans lui reconnaître la qualité de sujet de droit », écrit l'auteur (*Ibid.* page 208).

24. L'auteur écrit. (*Ibid.* page 210) : « Autrement dit, malgré les efforts de la Cour pour parler de symbiose des hommes avec la nature, on constate sa difficulté à distinguer le dommage moral du dommage écologique. Dans le cas des associations, c'est toujours l'*affectio societatis* qui est en cause, dans le cas des collectivités territoriales l'atteinte au territoire étant ramenée au bien-être

12 - Le dispositif législatif issu de la loi de 2016 constitue-t-il un pas supplémentaire dans la direction souhaitée par Marie-Angèle Hermitte ? La réponse doit, nous semble-t-il, être nuancée. À l'évidence, le législateur s'est attaché à mieux caractériser l'intérêt de l'environnement protégé et à en renforcer l'autonomie. Il y parvient de deux manières : d'une part, à travers la définition qu'il donne du préjudice écologique ; d'autre part en organisant, dans l'article 1249 du Code civil les modalités de la réparation. S'agissant de la définition, elle fait la part belle aux caractéristiques propres aux milieux atteints en visant « *les éléments et les fonctions des écosystèmes* », et même lorsqu'elles visent « *les bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* », elle n'entretient pas de confusion entre les intérêts personnels du demandeur et cet intérêt collectif dont il n'est que le représentant. Quant aux modalités de la réparation, elles renforcent à l'évidence l'autonomie de l'intérêt protégé, puisque l'article 1249 du Code civil organise cette réparation en ne considérant que l'environnement en lui-même et pour lui-même²⁵. En principe au moins, les incohérences et contradictions relevées par Madame Hermitte avant l'adoption de ce texte ne devraient donc plus se reproduire. Dans tous les cas, en effet, ce sont les seuls intérêts de l'environnement qui seront pris en compte et non plus l'*affectio societatis* des demandeurs où l'intérêt des habitants d'un territoire, même si la référence aux « *bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* » est encore susceptible de faire naître quelques interrogations.

13 - Pour autant, le pas n'a pas été franchi de conférer la personnalité juridique à l'environnement. Pour de multiples raisons que les limites de cette contribution ne permettent pas de développer²⁶, nous approuvons le choix du législateur. Le nœud de la discussion entre partisans et adversaires de la reconnaissance de la personnalité juridique à la nature se trouve certainement dans la conception que les uns et les autres se font de la personnalité juridique. Pour les premiers, la personnalité juridique n'est qu'une technique, ce qu'établirait sans discussion la reconnaissance de la qualité de sujets de droit aux personnes morales. Dans ces conditions, rien n'interdit d'accorder la personnalité juridique à d'autres entités, si par là on peut garantir la protection souhaitée²⁷. Pour les seconds, au contraire, l'octroi de la personnalité juridique n'est pas seulement affaire d'opportunité et de besoins techniques ; il fait naître des questions éthiques et il pourrait y avoir quelques risques à user de la même qualification pour l'humain et le vivant non-humain²⁸..., d'autant qu'un autre choix est possible en voyant dans l'environnement un « *centre d'intérêts* ».

des habitants. Du coup, le préjudice écologique apparaît plus comme une forme de dommages punitifs s'ajoutant au droit de la responsabilité traditionnelle que comme l'analyse fine des atteintes aux éléments constitutifs de l'environnement. C'est un progrès, mais cela devrait n'être qu'une phase intermédiaire, au moins si l'on veut retrouver un système de responsabilité clair et cohérent. On reste au milieu du gué, avec un préjudice écologique, mais pas un préjudice écologique « pur ». Au fond, les éléments de la nature ne sont toujours pas envisagés pour eux-mêmes, mais on les affranchit de l'enfer où les avait mis leur qualité d'objets non appropriés pour les mettre dans le purgatoire d'un attribut du bien être humain ».

25. Cf. *infra*, II.

26. On pourra trouver des éléments de la controverse, d'une part dans l'article précité de M.-A. Hermitte, d'autre part dans la transcription d'une conférence de G. J. Martin, « *L'arbre peut-il être une victime ?* » in Clément, M., Martin, G., Timmermans, Ch., *Le livre blanc « Le droit prend-il vraiment en compte l'environnement ? »*, Recueil de conférences du Collège Supérieur Lyon dans le cadre du cycle « *Droit et environnement* », Le Collège Supérieur Lyon (www.collegesuperieur.com), novembre 2018.

27. M.-A. Hermitte, *op.cit.* et les nombreuses références citées.

28. G. J. Martin, « *L'arbre peut-il être une victime ?* », précité. Voir également F. Wolf, *Plaidoyer pour l'universel*, Fayard 2019.

B. - La consécration du préjudice écologique : la reconnaissance de l'existence d'un « centre d'intérêts »

14 - Gérard Farjat, qui a porté cette idée, n'était pas hostile « par principe » à l'élargissement de l'octroi de la personnalité juridique. Il considérait en tout cas que « la « thèse » d'une soi-disant *summa divisio* juridique des personnes et des choses est erronée lorsqu'on considère le fonctionnement du système juridique »²⁹. Pour autant, il relevait aussi que tous ceux qui proposaient un octroi beaucoup plus large de cette personnalité juridique ne pouvaient citer aucun exemple, autre que lointain et apparu dans des sociétés dont la culture et les usages avaient préparé cette consécration³⁰. De ce constat, il déduisait que, pour nos systèmes juridiques, « l'avenir appartient aux centres d'intérêt ! ».

15 - Comment définir le centre d'intérêts ? Dépassant la distinction des choses et des personnes, « la notion de centre d'intérêts est sans doute d'abord une notion de fait », écrit Gérard Farjat, une réalité que chacun perçoit concrètement et peut observer, « mais c'est un fait « pertinent » producteur d'effets de droit dans une mesure variable ». Et l'auteur de poursuivre : « S'il correspond à une personnalisation des intérêts en jeu, il est en revanche dépourvu du droit d'agir à la différence de la personne juridique ». Enfin, conclut-il, « c'est un concept normatif qui détermine un point d'imputation du droit, un ordre juridique partiel ». Les centres d'intérêts sont des points d'imputation du droit parce qu'ils sont au cœur de contradictions majeures qui imposent une organisation des rapports juridiques et des régulations particulières. Ainsi sont, par exemple, des centres d'intérêts l'embryon, le cadavre, la famille, l'entreprise, le groupe de sociétés, mais aussi l'animal et l'environnement, tous sans personnalité juridique, mais tous objet d'un ordre juridique partiel, dont la dimension « protectrice » est essentielle.

16 - Il suffit alors de reprendre les textes que la loi du 8 août 2016 a consacré à la réparation du préjudice écologique pour vérifier combien toutes les caractéristiques ci-dessus énoncées se retrouvent dans le régime mis en place.

17 - En premier lieu, le principe même du caractère réparable du préjudice écologique (art. 1246 du Code civil) et la définition de ce préjudice (art. 1247) permettent d'identifier les éléments et les fonctions des écosystèmes, mais aussi les services écosystémiques, comme des intérêts dignes de protection justifiant en eux-mêmes et pour eux-mêmes la mise en place d'un régime spécial de réparation des dommages qui leur sont causés.

18 - En deuxième lieu, l'absence de personnalité juridique de ces centres d'intérêts conduit le législateur à attribuer le droit d'agir pour leur défense à un certain nombre de personnes ayant qualité et intérêt pour agir (art. 1248). Cette dernière disposition mérite une attention toute particulière. Les débats parlementaires à son propos ont été extrêmement vifs : les uns souhaitaient que seuls l'État et ses démembrés puissent demander réparation d'un tel préjudice, au motif qu'il ne fallait pas ouvrir trop largement les portes des prétoires au risque de voir les tribunaux submergés par les actions ; les autres, au contraire, souhaitaient que l'action soit ouverte à tout intéressé, proposant même pour les plus radicaux une *actio popularis* telle qu'elle est prévue (au moins dans les textes) par certains droits étrangers (Portugal, Brésil, par exemple). Le législateur a préféré retenir une formulation que d'aucuns jugent surprenante, mais qui pourrait avoir quelques vertus.

19 - L'article 1248 du Code civil énonce en effet que : « 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 ». Ce texte dresse donc la liste fermée de toutes les personnes et organisations publiques et privées qui, si elles parviennent à démontrer qu'elles ont un intérêt à agir, reçoivent de la loi l'habilitation spéciale à faire valoir leurs prétentions, c'est-à-dire la qualité à agir. Par ailleurs, le texte envisage l'action de « toute personne ayant qualité et intérêt à agir », c'est-à-dire devant faire la preuve de cette qualité et de cet intérêt, qui, dans ce cas, ne sont donc pas présumés.

20 - En somme, le législateur a considéré que l'action devait être facilitée et que l'accès aux tribunaux devait être quasi-automatique pour toutes les personnes figurant dans la liste, tandis qu'au contraire, il attend de toutes les autres la preuve positive de leur qualité et de leur intérêt à agir. Comme le rappellent, en effet, les Doyens Cornu et Foyer « n'importe qui n'a pas le droit de demander n'importe quoi, n'importe quand à un juge »³¹. Si le législateur avait voulu ouvrir largement l'action à toute personne ayant un intérêt à demander réparation du préjudice écologique, il se serait borné à user de la formule habituelle en visant « toute personne ayant intérêt à agir » ou « toute personne intéressée ». Mais cela n'aurait pas pris en compte la caractéristique principale de ce régime de réparation qui vise à réparer les atteintes causées à des intérêts considérés en eux-mêmes et pour eux-mêmes (l'environnement, les services écosystémiques, la biodiversité). En d'autres termes et comme cela ressort très clairement de l'article 31 du Code de procédure civile, la qualité consiste à attribuer le droit d'agir aux seules personnes que la loi qualifie – au sens propre de « qui a la qualification » – pour élever ou combattre une prétention. En l'espèce, la qualité à agir appartient à celles et ceux qui par leur statut, leur position, leur action peuvent être considérés comme « dignes » de représenter les centres d'intérêts que constituent les éléments, les fonctions et les services des écosystèmes. C'est d'ailleurs en ce sens que la doctrine s'était prononcée dans les premiers commentaires³².

Enfin, la qualité de centre d'intérêts est confirmée par la mise en place d'un ordre juridique partiel et original consistant en une obligation de réparation dont les caractéristiques sont définies à l'article 1249 du Code civil. En substance, ce texte dispose que le dommage n'étant pas causé « à autrui », mais à l'environnement et à ses intérêts propres, la réparation ne doit pas pouvoir bénéficier à d'autres qu'aux intérêts atteints.

21 - Parvenu à ce point, il est aisé de mesurer le caractère très innovant de ce dispositif ; bien au-delà de son objet propre – la réparation du préjudice écologique –, il bouscule les approches traditionnelles du droit de la responsabilité, mais remet égale-

29. *Op.cit.*

30. *Ibid.*

31. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Thémis, 3ème édit., PUF, Paris 1996, p. 334 et s., n° 77 et s. ; v. également Cadet et Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10ème édit. 2017.

32. « L'environnement et la biodiversité ne pouvant agir par eux-mêmes, les intérêts de ces 'victimes' seront portés, soit par les personnes publiques qui 'représentent' la collectivité, soit par des groupements de citoyens qui se définissent comme en charge des valeurs et des biens communs atteints par le dommage...sans exclure qu'un individu ayant pu rapporter la preuve concrète de son rôle dans la gestion et la défense de ces biens et valeurs soit lui aussi admis à agir », G. J. Martin, *Réflexions autour du nouveau régime de réparation du préjudice écologique introduit dans le Code civil par la loi 'Biodiversité'*, in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul, Dalloz 2017, p.505 et s., spéc., p. 510.

ment en cause la distinction entre les personnes et les choses. Pour autant, les bouleversements ne sont pas seulement d'ordre conceptuel. Ils peuvent également être identifiés sur le terrain de la mise en œuvre concrète de la réparation du préjudice écologique, conduisant alors à s'interroger sur le croisement nécessaire des regards du droit et des sciences de l'écologie.

2. Les modalités de la réparation du préjudice écologique : l'indispensable croisement des regards du droit et des sciences de l'écologie

22 - Réparer le préjudice écologique suppose que le dommage soit identifié, qu'il puisse être imputé à un responsable, et enfin qu'il puisse être évalué. A ces trois stades du processus, le juriste doit nécessairement prendre en considération les données des sciences de l'écologie avec lesquelles il n'avait jusqu'ici pas l'habitude d'échanger. Pour l'heure, le temps est encore aux questionnements et aux hésitations, mais ce croisement des regards ne devrait pas rester sans conséquence sur le droit de la responsabilité.

23 - S'agissant de l'identification du dommage, la difficulté naît de ce que, dans bien des cas, la réalité préexistante à l'atteinte est difficile à établir. Si les espaces protégés, tels que les parcs nationaux ou les réserves, font l'objet de nombreux inventaires et de suivis réguliers, l'état préexistant au dommage de la « nature ordinaire » est généralement très mal connu. C'est donc seulement à partir des observations scientifiques du voisinage immédiat et des « restes » des écosystèmes atteints que l'état initial du site pourra être reconstitué pour tenter de mesurer les effets de la dégradation. Mais ce travail d'identification suppose aussi que tous les acteurs – responsables, demandeurs à l'action, experts, magistrats, assureurs, avocats – parlent le même langage et s'accordent sur les définitions qu'ils retiendront pour caractériser le dommage. Le juriste, professionnel de la qualification, a dû s'entourer d'écologues pour réaliser ce travail et proposer une « Nomenclature des préjudices environnementaux »³³, comme il avait dû s'entourer de médecins pour établir la Nomenclature des préjudices corporels³⁴. Pour autant, ce sont, d'une part, les questions d'imputation et de causalité (A) et, d'autre part, celles qui naissent de la nécessaire évaluation des dommages (B) qui font naître les interrogations les plus actuelles.

A. - La causalité et l'imputation

24 - L'un des points communs à toutes les affaires relatives à la réparation d'un préjudice écologique tient aux difficultés que les demandeurs rencontrent pour établir le lien de causalité et, en conséquence, pour imputer le dommage constaté à un événement ou à une activité donnée. Des exemples très récents le confirment : que l'on songe aux conséquences de l'incendie de l'usine Lubrizol³⁵ à Rouen, ou aux débats sur les effets des pesticides sur l'effondrement de l'avifaune. La difficulté naît de ce que, *en fait*, il est souvent très difficile d'établir un lien certain entre une pollution, un épandage, une activité et la dégradation d'un milieu, l'effondrement d'une population d'animaux ou la déstabilisation d'un écosystème – car ces dommages peuvent aussi résulter de multiples autres causes –, alors qu'*en droit*, la

responsabilité implique que l'on puisse imputer le dommage à celui qui est poursuivi et donc que le lien de causalité soit démontré.

25 - Le droit de la responsabilité a traditionnellement toujours été assez strict dans l'exigence de la démonstration de ce lien. Il est donc intéressant de noter l'évolution qui se dessine lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice écologique. Déjà dans les années 70, certains tribunaux avaient accepté que le lien de causalité entre une pollution et un dommage puisse être établi par la négative, c'est-à-dire par élimination³⁶. C'est la Convention du Conseil de l'Europe, dite de Lugano, qui consacra l'idée qu'en ces matières, il fallait accepter une démarche probabiliste, en évoquant dans son article 10 la preuve d'une causalité reposant sur une « vraisemblance prépondérante ». Même si cette convention n'a jamais été ratifiée, quelques signaux faibles laissent penser qu'une telle évolution est en cours. Certains systèmes juridiques, par exemple le système japonais, admettent un rapport de causalité prenant appui sur des corrélations statistiques ; de même de plus en plus souvent sont invoqués devant les tribunaux des travaux scientifiques qui établissent, par exemple, la part des principaux producteurs d'énergies fossiles dans le réchauffement climatique, pour tenter de leur imputer, en proportion, une part des dommages. Dans le même esprit, on ne peut rester insensible au mouvement qui conduit aujourd'hui des citoyens, des associations, des enfants (représentés par un *public trust*), à attirer devant les tribunaux des grandes firmes ou des États pour faire juger qu'ils sont responsables³⁷. Il sera intéressant de suivre les décisions des tribunaux dans les années à venir pour vérifier si l'assouplissement de la preuve du lien de causalité, qu'impliquent toutes ces actions, se vérifie.

26 - Une fois le dommage caractérisé et le lien de causalité établi, il convient de réparer le préjudice écologique et, pour cela, lorsque la réparation en nature n'est pas possible, de l'évaluer. Sur ce point encore, les tendances qui se font jour dans la jurisprudence naissante méritent d'être relevées.

B. - L'évaluation du préjudice écologique

27 - Pour faire en sorte que les modalités de la réparation soient aussi proches que possible du dommage causé, le législateur a prévu que la réparation devait avoir lieu « par priorité en nature » et que, dans les hypothèses où une telle réparation serait en tout ou partie impossible, des dommages-intérêts pourraient être prononcés, mais qu'ils devraient être « affectés à la réparation de l'environnement » (art. 1249 du Code civil).

28 - Il est extrêmement fréquent qu'une réparation en nature *stricto sensu* soit impossible, soit pour des raisons techniques, soit pour des raisons juridiques. Les cas dans lesquels il faudra donc traduire le dommage constaté en équivalent monétaire sont nombreux. La difficulté tient alors au fait qu'il convient de donner une traduction monétaire aux dommages causés à des biens et à des processus qui sont eux-mêmes non marchands.

29 - L'objet n'est pas de faire une présentation théorique et abstraite de l'évaluation du préjudice écologique³⁸, mais

33. L. Neyret et G. J. Martin, *op.cit.*

34. Nomenclature dite « Dintilhac » du nom de son créateur.

35. Selon la presse (BFM TV, 10 oct.2019), la directrice de l'entreprise aurait déclaré : « il faudra prouver que la pollution est liée à l'incendie ».

36. Cf. par ex. Cass civ. 12 oct.1971, JCP 1972.II.17044, note de Juglart et du Pontavice ; RTDCiv. 1972, obs. Durry. V. également, TGI d'Alberville, 26 août 1975, JCP 1976.II.18384, note Rabinovitch.

37. Sur ces différents points, on se reportera avec profit à l'ouvrage récemment publié de J. Rochfeld, *Justice pour le climat !*, Odile Jacob, 2019, spécialement p.48 à 62, 114 et s.

38. Une approche de ce type a été tentée par le CGEDD qui a publié trois rapports sur la question de l'évaluation du préjudice écologique (CGDD, « Analyse d'une méthode d'évaluation d'un dommage environnemental : la méthode ressource-ressource européenne », éd. SEEIDD, mai 2014 ; « Comment réparer des dommages écologiques de moindre gravité ? », éd. SEEIDD, dossier Théma, mai 2017 et « Comment réparer des dommages

d'analyser la pratique encore naissante des tribunaux pour essayer d'en percevoir les tendances. En se livrant à cet exercice, il est possible de mesurer le chemin déjà parcouru – comme celui qui reste à parcourir – et surtout de prendre conscience que le discours des sciences écologiques commence à infuser dans la pratique judiciaire.

30 - En acceptant de schématiser, on peut distinguer cinq façons de procéder, en précisant que ces méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre et peuvent être combinées³⁹.

31 - C'est l'évaluation forfaitaire qui a été utilisée la première et qui, malheureusement, est encore parfois appliquée : le préjudice écologique est alors évalué à travers un élément (les individus d'une population d'animaux, un m³ d'eau, un hectare de forêt) auquel on donne une valeur forfaitaire et que l'on multiplie par le nombre d'unités atteintes par le phénomène dommageable.

32 - Une autre façon beaucoup plus satisfaisante d'évaluer le préjudice est de le faire par référence au coût de la remise en état, même si cette remise en état ne peut pas être mise en œuvre, pour des raisons techniques et/ou pour des raisons éthiques⁴⁰.

33 - Une troisième façon de procéder consiste à évaluer le préjudice par référence aux budgets dépensés en pure perte du fait de la survenue du dommage. Un parc national dépense un budget déterminé pour gérer une espèce présente sur son territoire ou un écosystème particulier. Le braconnage, la pollution, l'accident ont rendu ces dépenses inutiles et il faudra un certain nombre d'années pour revenir à la situation initiale : le préjudice est égal au budget annuel multiplié par ce nombre d'années.

34 - L'évaluation du préjudice écologique par référence à la valeur des services écosystémiques qui ont été perdus du fait du

dommage constitue une quatrième méthode d'évaluation du préjudice écologique. Un herbier de posidonie rend plusieurs services écosystémiques⁴¹, qui peuvent être évalués par référence aux dépenses qu'il faudrait engager pour les obtenir. S'il faut 20 ans pour que l'herbier se reconstitue progressivement, il est possible de calculer la perte subie pendant ce laps de temps.

35 - Enfin, dernière méthode, qui est souvent associée aux précédentes : on ajoute à l'évaluation, les investissements rendus nécessaires pour accompagner la restauration naturelle du milieu. L'idée ici est qu'il faut se méfier de la « reconstruction » qui peut avoir des effets aussi désastreux que le dommage initial et qu'il est préférable d'accompagner une restauration naturelle, ce qui implique évidemment des coûts de suivi, de surveillance, parfois des aménagements (par exemple l'installation de mouillages de substitution, la mise en place d'une surveillance de la zone, etc.).

36 - Une certitude demeure : l'évolution décrite – qui n'est évidemment pas linéaire et qui reste balbutiante – est largement influencée par le dialogue des juristes et des écologues : les premières évaluations étaient réalisées de manière totalement arbitraire, puis est venu le temps où les progrès de l'ingénierie écologique ont laissé penser que la référence pertinente pouvait être trouvée dans la reconstruction active, la remise en état, tandis qu'aujourd'hui le balancier se déplace vers la prise en compte des services écosystémiques perdus et du coût de l'accompagnement nécessaire à la restauration naturelle des sites dégradés... Ce mouvement suit l'évolution des idées sur la nécessité de procéder, autant que faire se peut, à une « gestion écosystémique » des milieux et témoigne – ce qui est une bonne nouvelle – que le droit n'y est pas insensible.

37 - Ainsi, peut-on conclure en confirmant que, bien au-delà de son objet immédiat, le droit de la réparation du préjudice écologique est de nature à renouveler profondément le droit de la responsabilité et sans doute même à marquer de son empreinte le droit tout entier. ■

écologiques graves ? », éd. SEEIDD, dossier *Théma*, décembre 2018). Ce travail savant est malheureusement totalement détaché des réalités de terrain et des réalités judiciaires. Tous les professionnels interrogés s'accordent pour considérer que ces rapports sont inutilisables.

39. Pour des illustrations concrètes de ces différentes méthodes, cf. G. J. Martin, Rapport sur la politique juridique du Parc national de Port-Cros, Scientific Reports of Port-Cros national Park, n° 34 à paraître en 2020.

40. L'idée s'impose aujourd'hui peu à peu que l'ingénierie écologique et la reconstruction du vivant peuvent être contraires à l'éthique environnementale, dans certaines circonstances ou certains territoires (par exemple dans un espace protégé)

41. Il capture le carbone ; il permet de lutter contre l'érosion des plages et donc le recul du littoral ; il sert d'abri et de lieu de reproduction aux poissons ; il a une fonction d'épuration des eaux.

17 Déplacés environnementaux : une urgence extrême pour l'action



Yvon MARTINET,
associé DS Avocats,
ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

1 - La prise en main par la Communauté internationale de la problématique des déplacés environnementaux est toujours urgente, au fur et à mesure que s'aggravent, sous nos yeux, les effets du changement climatique. Dès 2006, les experts estimaient qu'environ 200 millions de personnes seraient forcées de s'exiler en raison de causes environnementales d'ici la moitié du siècle¹. Selon le Rapport sur l'économie du changement climatique de Nicolas Stern le dernier rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) en la matière faisant état de plus de 280 millions de personnes déplacées à l'horizon 2050². Si ce chiffre est à prendre avec précaution, les variables et méthodes de calcul étant multiples, l'enjeu géopolitique et humanitaire est sans conteste majeur.

2 - En 2016, le nombre de personnes déplacées internes à la suite d'une catastrophe climatique s'élevait à 23.5 millions³. Au sein du rapport de la Banque Mondiale du printemps 2018 intitulé « *Preparing for internal climate migration* », ce nombre est estimé à 140 millions de personnes uniquement pour les régions Afrique sub-saharienne, Amérique Latine et Asie du Sud⁴.

3 - Or, le vide juridique reste à combler. Il devient urgent de faire entendre les voix de ces nouveaux « oubliés » du droit international.

4 - Si la quantification exacte des mouvements de population est donc difficilement possible, le phénomène est pour autant aisément constatable et de nombreuses régions du globe sont déjà affectées par les effets du réchauffement climatique et, par extension, par un déplacement des populations. Le cas le plus emblématique est probablement celui des différents États ou archipels du Pacifique (regroupés dans l'Accord de Paris sur le climat dans le groupe PIED (Petits États Insulaires en Développement)), susceptibles de disparaître à cause de la montée des eaux, entraînant un départ forcé des populations insulaires. D'autres régions sont d'ores et déjà concernées : désertification des sols en Chine, inondations chroniques au Bangladesh ou dans le delta du Nil, fonte du permafrost affectant les Inuits d'Amérique du Nord et du Groenland, sécheresse au Sahel, sont

autant de manifestations directement liées au réchauffement climatique et facteurs de mobilité importants.

5 - Par ailleurs, la raréfaction des ressources qui résulte de ces phénomènes laisse présager des conflits inévitables. Dès 2011, António Guterres, alors Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés de 2005 à 2015, a mis en garde le Conseil de sécurité de l'ONU contre la menace croissante que le changement climatique et son interaction avec d'autres facteurs de déplacement massif représentent pour la paix et la sécurité internationales.

6 - Il a exhorté la communauté internationale à formuler et à adopter un ensemble de principes pour aider les personnes forcées de quitter leur pays à la suite de catastrophes environnementales, mais qui ne rempliraient pas les conditions nécessaires pour être reconnues comme réfugiés en vertu du droit international en l'état actuel.

7 - Il n'existe en effet aucun statut international applicable à ces personnes, alors même que la question de leur protection est intrinsèquement liée à celle des droits fondamentaux.

8 - Il convient donc que la Communauté des juristes relève ce défi et présente un statut juridique pour ces personnes, en se tournant vers un statut *ad hoc* et en utilisant les instruments juridiques existants afin de garantir un régime fiable de protection des droits des déplacés environnementaux.

Un sujet étroitement lié à la protection des droits fondamentaux

9 - Les principes juridiques devant guider l'action environnementale au niveau national et international ont été rappelés, notamment lors de l'adoption en septembre 2017 d'une résolution par l'Assemblée Générale des Nations Unies ouvrant la voie à la négociation du Pacte mondial pour l'environnement⁵. Au sein de ce projet de 3ème Pacte porté par la France, sont successivement rappelés le droit de vivre dans un environnement écologiquement sain et propice à sa santé, à son bien-être, à sa dignité (Article 1), la nécessité de coopération et de solidarité entre les États (Article 18) ou encore le besoin d'attention particulière des pays en développement et la nécessaire prise en compte de la diversité des situations de chaque pays (Article 20).

10 - Malgré plusieurs déclarations affirmant le droit de vivre dans un environnement sain ou l'importance de minimiser les effets négatifs du changement climatique, aucune obligation contraignante n'existe en l'état dans ce domaine. La question des déplacés environnementaux influe pourtant sur la sécurité natio-

1. N. Stern, *Rapport sur l'économie du changement climatique*, National Archives, 30 octobre 2006
 2. *Rapport spécial sur les liens entre le changement climatique, les océans et la cryosphère (SROCC)* du GIEC (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat), 25 septembre 2019.
 3. Rapport « *Déracinés par le changement climatique* », OXFAM, novembre 2017.
 4. Rapport de la Banque Mondiale « *Groundswell : Preparing for internal climate migration* », K. Rigaud, Kanta, A. de Sherbinin, B. Jones, J. Bergmann, V. Clement, K. Ober, J. Schewe, S. Adamo, B. McCusker, S. Heuser, and A. Midgley. 2018, Washington, DC, [file:///Users/white/Downloads/WBG_ClimateChange_Final.pdf].

5. Résolution A/72/L.51 de l'Assemblée Générale de l'ONU « Vers un Pacte mondial pour l'environnement » : adoption des recommandations du troisième projet de Pacte Mondial pour l'Environnement, 10 mai 2018.

nale et est rattachée à la protection des droits de la personne, les conditions de vie des déplacés étant particulièrement difficiles tant sur un plan physique que moral, les familles se retrouvant déracinées d'une région où elles vivaient pour la plupart depuis plusieurs générations.

11 - Il est à noter que le déplacement des populations pour des raisons liées à l'environnement a un effet encore plus retentissant sur les femmes. En premier lieu, les conditions de vie des déplacés facilitent la violence fondée sur le genre et à l'encontre des femmes (exploitation, trafic, violence sexuelle). Du fait de la place qui leur est traditionnellement accordée dans certaines communautés, ces dernières sont plus touchées par le changement climatique et les catastrophes naturelles, souvent dévolues aux tâches de la vie quotidienne telles que la collecte d'eau, la recherche de combustible ou de nourriture. Or, la recherche de ces ressources devient toujours plus difficile, en raison des conditions climatiques dégradées : sécheresse et pollution, augmentation du nombre de catastrophes naturelles, sont autant d'éléments compliquant la réalisation de ces corvées. Elles sont également, en général, plus vulnérables en raison du manque d'accès à l'éducation – ce qui est aggravé par l'augmentation du temps qu'elles accordent à la réalisation des activités précitées – et aux compétences de survie de base et du manque d'accès aux soins de santé, notamment lors du déplacement. Ainsi, la condition déjà bien souvent désastreuse des femmes s'aggrave en raison du réchauffement climatique, dès lors qu'elles sont elles aussi contraintes à se déplacer en raison des changements affectant leur milieu.

Une terminologie à élucider : de l'importance d'une définition juste pour une protection adéquate

12 - La création d'un statut spécifique aux déplacés environnementaux permettrait une prise en charge de ces populations. Les principes de sécurisation des déplacés, de leur réinstallation dans des conditions décentes ou dans certains cas de leur droit de retour doivent être établis. Afin qu'ils puissent bénéficier de droits adaptés à leur situation, un cadre juridique stable et international, applicable de façon homogène à travers le monde, doit être établi en leur faveur.

Migrants, réfugiés ou déplacés ? Peut-être même apatrides ? Encore faut-il se mettre d'accord.

Les termes sont pluriels mais le phénomène est unique. Comment nommer ces personnes lorsque les sources de mobilité sont si variées ?

13 - La classique catégorie des « *réfugiés climatiques* » s'avère trop restrictive. En effet, il convient de rappeler que la notion de « *réfugié* », est portée par la Convention de Genève de 1951⁶, qui accorde ce statut en raison d'une « *Crainte* », fondée sur des critères de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social ou d'opinions politiques. En l'état, aucune disposition ne fait écho à un statut de réfugié pour cause climatique ou environnementale. Ce n'est donc que si des catastrophes ou changements environnementaux sont liés à des situations de conflit armé et/ou de violence, que ces personnes peuvent prétendre au statut de réfugié tel qu'il a été créé par la Convention de Genève. Force est de constater que ce concept de réfugié climatique révèle bien de l'état d'un droit international inadapte aux réalités complexes de ces déplacements.

14 - Par ailleurs, un statut de réfugié au sens de la Convention de Genève, suppose un déplacement transfrontalier, alors que

la majorité des mobilités en question sont internes à chaque État concerné.

15 - Les « *réfugiés environnementaux* », définis pour la première fois en 1985 par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), sont quant à eux « *ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie* »⁷.

16 - Plus large, cette définition n'intègre plus seulement les conséquences du réchauffement climatique, mais bien des causes plus multiples : des catastrophes naturelles (séismes, typhons, feux de forêts...), dégradations environnementales (assèchement des points d'eaux, accidents industriels), mais aussi des mesures anthropiques (projets de développement, déforestation...). Malgré la portée étendue de cette définition, cette « *rupture environnementale* » qui renvoie à la violence de l'exil exclurait les déplacements de personnes dus à des processus lents, moins visibles et quantifiables (comme la progressive salinisation des sols) intrinsèquement liés au changement climatique.

17 - Dans les textes du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), la qualification de « *personnes déplacées dans le cadre d'une catastrophe ou de changements environnementaux* » est mise en avant⁸. On peut donc y lire un élément de réponse. Ce terme de « *déplacés* », plus neutre, indiquerait avec plus de justesse les différentes mobilités, tandis que le terme « *migrant* » peut être compris comme plus englobant, mais fait référence encore une fois au régime existant en droit international.

18 - Subsiste encore le cas particulier des États insulaires, menacés par la montée des eaux, pour lesquels le statut d'apatride serait envisageable (mais serait-ce là une nouvelle forme d'apatridie ?).

19 - Le fait est que ces termes de déplacés, réfugiés, ou migrants coexistent aujourd'hui dans l'attente d'une catégorisation juridique spécifique. L'adaptation du droit international est d'autant plus complexe que la pluralité de situations rend difficile de réduire toutes les victimes à une catégorie juridique unique. Il faut donc prendre garde aux connotations que ces termes impliquent afin de construire un régime de protection efficace et stable.

Réveil timide de la communauté internationale

20 - Si le besoin d'adopter un corpus de textes juridiques internationaux se fait ressentir, la conjoncture actuelle fournit hélas peu d'avancée. Dans un contexte de politiques sécuritaires, l'Accord de Paris, adopté en 2015, première convention mondiale pour lutter contre les changements climatiques⁹, démontre un manque flagrant de volonté et de moyens mobilisés sur la question des déplacés environnementaux. Le texte n'est qu'une première étape, qui ne fait qu'évoquer le phénomène des déplacés et appelle à l'étudier, sans pour autant leur reconnaître un statut juridique. S'il témoigne d'un certain consensus, le texte

6. Convention de Genève du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, entrée en vigueur le 22 avril 1954 http://www.ofii.fr/IMG/pdf/L%E2%80%99accueil%20du%20demandeur%20d%E2%80%99asile/Convention_de_Geneve.pdf, Chapitre 1 « *Dispositions générales* », Art. 1 « *Définition du terme réfugié* », p.1/8.

7. Rapport du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), E. El Hinnawi, 1985, p.4 : « *those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardised their existence and/or seriously affected the quality of their life* » (El-Hinnawi, 1985 : 4).

8. « *Déplacements liés aux catastrophes et au changement climatique* », synthèse du rôle de l'UNHCR, E. Hansen, S. Tadjbakhsh, M. Garlick, M. Franck, E. Bower, 2017, <https://www.unhcr.org/fr/5a8d48ff7.pdf>.

9. Accord de Paris : *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 2015, https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf.

de l'accord ne va pas plus loin que la création d'un groupe de travail spécifique.

21 - Même le projet de Pacte mondial pour l'environnement, présenté à l'Organisation des Nations Unies en septembre 2017¹⁰ et qui a vocation à devenir, à terme, contraignant, ne prévoit pas de dispositions spécifiques concernant cette catégorie de personnes.

22 - La COP 24, tenue en décembre 2018 en Pologne, a été elle aussi décevante de ce point de vue. La Conférence était notamment destinée à donner suite à l'Accord de Paris, et son « *mode d'emploi* », adopté au terme de la Conférence, ne prévoit pas l'inclusion de droits humains ou de la sécurité alimentaire dans l'application du texte fondateur. Il omet ainsi des éléments essentiels pour apporter des réponses aux plus vulnérables face à la crise climatique. Le dernier rapport du GIEC, centré sur l'objectif de limiter la hausse des températures à +1,5°C a aussi été boudé par de nombreux pays.

Dès lors, comment avancer ?

Régimes de protection, le « droit souple » comme meilleure solution provisoire ?

23 - L'adoption des *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes qui ont été forcés ou contraints de fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'Homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'Homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un État*¹¹ a jeté une lumière nouvelle sur la question, en vue de protéger les populations soumises à cet exode forcé. Sous l'impulsion de Francis Deng, ancien représentant du Secrétaire Général des Nations Unies sur les droits des personnes déplacées internes, cet instrument non-contraignant s'est efforcé de lever certaines ambiguïtés et de combler les lacunes du droit international existant, en définissant les « *personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays* » (PDIPP).

24 - Ces PDIPP sont ainsi : « *des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou contraints de fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'Homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'Homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un État* »¹².

Un grand pas en avant donc, mais toujours cantonné à la sphère nationale.

25 - Gage de la prise de conscience progressive des enjeux liés aux déplacés environnementaux, l'Initiative Nansen¹³ a ancré un peu plus les efforts des États dans la sphère internationale. Ce dispositif, né en 2011 d'un engagement pris par les gouvernements norvégien et suisse, privilégie la « *bottom-up approach* » : loin de la mise en place de nouvelles dispositions conventionnelles contraignantes venues d'en haut, ce sont des recommandations qui ont été préférées. Cette initiative a eu pour but d'identifier les pratiques efficaces et de parvenir à un consensus sur les éléments et principes fondamentaux, afin de répondre aux besoins de protection et d'assistance des personnes déplacées au-delà des frontières. L'Agenda Nansen qui en a résulté, regrou-

pant les résultats d'une série de consultations intergouvernementales régionales et de réunions avec la société civile, a ainsi été adopté par 109 États en octobre 2015 à Genève.

26 - S'il est destiné à permettre des adaptations des cadres normatifs des États au regard des bonnes pratiques dégagées, l'Agenda Nansen, et en particulier son caractère non-obligatoire, doit désormais faire ses preuves, mais surtout éviter l'écueil d'une mise en œuvre et de négociations difficiles.

Vers une prise de conscience des enjeux liés aux déplacés environnementaux

27 - À titre d'exemple, certaines juridictions ont déjà été saisies de questions liées au déplacement de populations pour des raisons environnementales. Le Tribunal néo-zélandais de l'Immigration et de la Protection a notamment rendu une importante décision en la matière, à propos de la demande de reconnaissance du statut de réfugié effectuée par *M. Teitiota*, en raison l'élévation du niveau de la mer que subissent les îles Kiribati, son pays d'origine.

28 - Par ce jugement en date du 5 juin 2013¹⁴, le Tribunal a reconnu que des facteurs environnementaux tels que les inondations, l'érosion côtière, combinés à des facteurs individuels et familiaux, font qu'ils devraient être reconnus comme réfugiés. Cependant, le Tribunal n'a pu que rejeter la demande, l'*Immigration Act*¹⁵ néo-zélandais applicable en la matière ne permettant pas de reconnaître le statut de réfugié à une personne en raison des effets du changement climatique affectant son territoire d'origine.

29 - Le 20 juillet 2015, la Cour suprême a confirmé le jugement du Tribunal de l'Immigration¹⁶. Elle a estimé que *M. Teitiota* ne subissait pas de préjudice grave et que rien ne prouvait que le gouvernement de Kiribati ne prenait pas les mesures nécessaires pour protéger ses citoyens des effets de la dégradation environnementale dans la mesure de ses moyens, tout en prenant soin de préciser que cette décision n'a pas vocation à minimiser l'importance du changement climatique, mais seulement que ce phénomène et la situation des déplacés environnementaux ne pouvait être traité à l'aune de l'*Immigration Act*.

30 - Par la suite, Madame Jacinda Ardern, Premier ministre néo-zélandais, a évoqué la création de visas pour les réfugiés du changement climatique, soulignant que la Nouvelle-Zélande est entourée d'un certain nombre de nations qui subiront de plein fouet les effets du changement climatique, et estimant « *qu'il est de notre responsabilité personnelle et nationale de faire notre part* »¹⁷. Cependant, cette annonce est restée lettre morte, la Nouvelle-Zélande ayant déclaré en mars 2018 qu'elle ne créerait pas ce visa inédit sans l'approbation des nations insulaires du Pacifique que la mesure est destinée à aider.

31 - Ainsi, la communauté internationale n'a plus d'autre choix que d'engager un véritable débat pour créer un cadre juridique pour les déplacés environnementaux. Une conférence mondiale sur la question pourrait être une solution pour débiter ce travail sur la base des initiatives existantes.

Vers des réglementations internationales contraignantes : la doctrine et les praticiens à l'avant-garde

10. Projet de Pacte mondial pour l'environnement ONU, initiative lancée en septembre 2017, et adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies par la résolution A/72/L.51 du 10 mai 2018 « *Vers un Pacte mondial pour l'environnement* ».

11. UNHCR, *Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur propre pays*, 11 février 1998, Note liminaire du Représentant du Secrétaire général pour les personnes déplacées F. Deng, E/CN.4/1998/53/add.

12. UNHCR, *Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur propre pays*, 11 février 1998, Introduction al.2 [https://www.unhcr.org/fr/protection/idps/4b163f436/principes-directeurs-relatifs-deplacement-personnes-linterieur-propre-pays.html].

13. « *Nansen Conference on Climate Change and Displacement* », Oslo, juin 2011, https://www.nanseninitiative.org/secretariat/.

14. *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, 5 juin 2013, NZHC 3125 (Immigration and Protection Tribunal).

15. « *Immigration Act* », Public Act No 51, 16 novembre 2009, http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0051/latest/DLM1440303.html.

16. *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment*, 20 juillet 2015, NZSC 107 (Supreme Court of New Zealand).

17. Intervention de J. Shaw (Ministre de l'environnement néo-zélandais) sur « *Radio New Zealand* » 31 octobre 2017.

32 - En avril 2009, lors d'un sommet exceptionnel en Ouganda, l'Union africaine approuve définitivement une *Convention sur la protection et l'assistance des personnes déplacées*, aussi connue sous le nom de Convention de Kampala¹⁸. Ce texte s'inspire largement des Principes Directeurs de 1998 suscités¹⁹. Ce traité régional est à ce jour le premier et seul instrument régional juridiquement contraignant au monde portant sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées dans leur propre pays. L'Union Africaine s'impose dès lors comme chef de file dans les efforts mondiaux visant à résoudre les déplacements forcés. De fait, le 21 juin 2019, le Soudan du Sud est devenu le 28^{ème} État membre de l'Union Africaine à avoir adhéré à cette Convention²⁰.

33 - Qu'en est-il à l'échelle internationale ? Si l'on en est encore au stade embryonnaire, les projets de conventions internationales fleurissent, et c'est bien la doctrine qui donne de l'élan.

34 - En particulier, l'Université de Limoges a proposé en 2008 un projet de *Convention sur le statut international des déplacés environnementaux*, reconnaissant à ces derniers un statut juridique et prévoyant l'articulation de nouvelles institutions spécifiques, à savoir une Agence mondiale pour les déplacements environnementaux, une Haute autorité, et des commissions nationales. Son Article 1 consacre ainsi²¹ :

« L'objet de la présente convention est de contribuer à garantir des droits aux déplacés environnementaux et à organiser leur accueil ainsi que leur éventuel retour, en application du principe de solidarité.

Chaque partie contractante s'engage à accueillir les déplacés environnementaux dans le plus strict respect des droits de l'homme garantis par les conventions internationales auxquelles elle est déjà liée et à leur conférer les droits spécifiques définis par le présent texte »

Le texte prévoit aussi un fonds de financement, ainsi que des droits spécifiques pour les déplacés externes, notamment autour de la question de la nationalité. Sont également affirmés le droit de se déplacer et le principe de non-refoulement.

35 - Plus récemment, le signataire du présent article a porté, comme vice-bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris, le projet de *Charte portant statut juridique des déplacés environnementaux*, élaboré à l'initiative du Barreau de Paris²². L'Ordre des

avocats de Paris a ainsi rédigé le texte de façon simple, et se veut clair et concis, afin que tous les acteurs nationaux et internationaux puissent le lire, le penser et proposer des modifications à ce projet de convention pour obtenir une adhésion la plus large possible.

36 - Le terme de « déplacés environnementaux » a été choisi pour, d'une part, éviter toute confusion avec le terme de réfugié de la Convention de Genève de 1951 et, d'autre part, distancer la problématique des réfugiés environnementaux de celle spécifique du réchauffement climatique.

37 - Ce projet définit alors un déplacé environnemental comme une personne contrainte de quitter son lieu de vie à cause d'un « bouleversement environnemental »²³, qui pourra être compris comme le changement environnemental, brutal ou insidieux mettant en péril la vie de groupes de personnes, les contraignant à se déplacer, à l'intérieur ou à l'extérieur d'un État.

38 - De manière plus précise, le bouleversement brutal est assimilable à un événement imprévu et impréparé, tandis que le bouleversement insidieux serait la conséquence d'une action naturelle et/ou anthropique, s'inscrivant dans un cadre progressif.

39 - Cette définition large permet d'inclure dans les bouleversements environnementaux les catastrophes d'origine naturelle, mettant en péril la vie ou la sécurité de groupes de personnes en influant négativement leur lieu de vie et leurs environs tels que la mer ou les sols (il s'agit, par exemple, des sécheresses, de l'érosion des sols, des tremblements de terre, de l'augmentation du niveau de la mer, des éruptions volcaniques...), mais également les catastrophes liées aux différentes activités humaines (telles que le transport, la production industrielle, l'utilisation d'énergie, à l'instar notamment des accidents industriels et technologiques, des marées noires ou des accidents nucléaires).

40 - Au-delà de l'instauration de définitions précises permettant d'identifier juridiquement les personnes concernées, le projet de Charte fixe les obligations des États Parties²⁴, qui s'engageraient notamment à adopter, dans un délai raisonnable, toutes mesures nécessaires à assurer le respect et la bonne application des termes de la convention, notamment en opérant les modifications législatives nécessaires afin que les exigences de la convention soient transposées dans leurs droits nationaux.

41 - Les États sont aussi appelés à favoriser l'adoption de conventions bilatérales entre pays frontaliers visant à améliorer la prise en charge des déplacés environnementaux, garantir les droits des déplacés environnementaux se trouvant sur leur sol et optimiser leurs conditions d'accueil. C'est en effet à court terme, le processus le plus efficace, un État voisin étant le premier candidat à accueillir des populations exilées.

42 - Est également fixée une liste de droits individuels garantis aux déplacés environnementaux²⁵, tels que le droit au secours et à l'assistance, le droit à la réinstallation dans leur lieu habituel de vie dès lors que les dangers ont disparu, le droit à la dignité et au respect de l'unité familiale, mais également le droit de bénéficier automatiquement des droits accordés aux réfugiés

18. *Convention de l'Union Africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique*, adoptée par le sommet spécial de l'Union tenu le 22 octobre 2009 à Kampala (Ouganda) <http://www.peaceau.org/uploads/convention-on-idps-fr.pdf>.

19. UNHCR, *Principes directeurs relatifs au déplacement des personnes à l'intérieur de leur propre pays*, 11 février 1998, Introduction al.2 [<https://www.unhcr.org/fr/protection/idps/4b163f436/principes-directeurs-relatifs-deplacement-personnes-linterieur-propre-pays.html>].

20. Adhésion du Soudan du Sud à la Convention de Kampala : date de signature le 24 juin 2013, date de ratification le 26 septembre 2018, date de dépôt le 21 juin 2019 [https://au.int/sites/default/files/treaties/36846-sl_AFRICAN%20UNION%20CONVENTION%20FOR%20THE%20PROTECTION%20AND%20ASSISTANCE%20OF%20INTERNALLY%20DISPLACED%20PERSONS%20IN%20AFRICA%20%28KAMPALA%20CONVENTION%29.pdf].

21. « *Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux* », élaboré par le CRIDEAU (Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme) et le CRDP (Centre de recherche sur les droits de la personne), équipes thématiques de l'OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques), Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, avec le concours du CIDCE (Centre international de droit comparé de l'environnement), septembre 2008 [https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_39/39-12-convention.pdf] Chapitre I « *Objet, définitions, champ d'application, principes* », Article 1 « *Objet* », p.18/56.

22. « *Projet de convention portant statut juridique des déplacés environnementaux* », Y. Martinet, vice-bâtonnier du Barreau de Paris, juin 2015, http://www.avocatparis.org/system/files/editos/dossier_de_presse_dalai_lama.pdf.

www.avocatparis.org/system/files/editos/dossier_de_presse_dalai_lama.pdf.

23. « *Projet de convention portant statut juridique des déplacés environnementaux* », Y. Martinet, vice-bâtonnier du Barreau de Paris, juin 2015, p. 24/30.

24. « *Projet de convention portant statut juridique des déplacés environnementaux* », Y. Martinet, vice-bâtonnier du Barreau de Paris, juin 2015, Chapitre II « *Obligations particulières des États Parties et des déplacés environnementaux* », Art.3.A « *obligations incombant aux États Parties* », p.25/30.

25. *Projet de convention portant statut juridique des déplacés environnementaux* », Y. Martinet, vice-bâtonnier du Barreau de Paris, juin 2015, Chapitre III « *Droits garantis aux déplacés environnementaux* », Art.4 « *Les droits individuels garantis aux déplacés environnementaux* », p.26/30.

au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Par là même, la stratégie de l'ordre des avocats de Paris est d'étendre le droit actuel, relatif aux réfugiés entendus au sens classique du terme, à une catégorie juridique plus large qu'il reste encore à construire.

43 - À l'inverse du projet proposé par l'Université de Limoges, le projet de Charte a pris le parti d'exploiter les institutions internationales existantes. Le contrôle de sa mise en œuvre pourrait être confié au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR). La Cour internationale de Justice quant à elle serait compétente pour connaître de tout conflit qui pourrait naître de l'interprétation ou de l'application de la Charte, cette juridiction ayant déjà rendu des décisions importantes en

matière d'environnement, notamment en reconnaissant le droit à l'indemnisation des dommages environnementaux²⁶.

44 - Le futur nous dira quel angle d'approche sera préféré par les États. L'instauration d'un instrument juridique nouveau au plan international visant la protection de ces déplacés environnementaux serait sans aucun doute la solution la plus adaptée, mais il faut garder à l'esprit que cette ambition peut se heurter à des obstacles sociaux, politiques, économiques et même idéologiques. L'enthousiasme autour d'un tel acte n'est donc pas garanti.

45 - Il faut donc maintenant constituer une coalition d'États, d'ONG et d'acteurs désireux de porter ce combat, l'Ordre des Avocats de Paris y jouant tout son rôle. ■

26. Affaire *Costa Rica v Nicaragua*, Cour Internationale de Justice, 2 février 2018, rôle général No 150.

18 Procès climatiques : une voie pour le commun ?



Judith ROCHFELD,
professeure de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, IRJS

1 - Les procès climatiques scandent désormais la vie judiciaire et médiatique de nombreux États¹. Ils mettent en cause les pouvoirs publics et certaines entreprises et s'animent en général de deux types d'argumentation.

Selon une première catégorie, qui s'adressent davantage aux États, ceux-ci ne respecteraient pas leurs engagements internationaux (notamment ceux affichés lors de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015²), régionaux (européens par exemple) ou nationaux (plan pakistanais sur le changement climatique de 2012, plan « climat » français³, etc.). Alors que les États se sont « engagés », pour 2020, 2030, 2040 ou 2050, à atteindre des objectifs « d'atténuation », c'est-à-dire de diminution des émissions de gaz à effet de serre (GES) (et d'augmentation des puits de GES) pour viser à terme une neutralité voire une résilience, à progresser vers une transition énergétique, à adapter leur territoire aux conséquences négatives du changement ainsi qu'à aider les pays en développement dans cette voie, les efforts réalisés seraient insuffisants. Face à cette catégorie d'arguments, les débats judiciaires se portent sur la « justiciabilité » des engagements (de l'Accord de Paris, des plans nationaux, etc.)⁴, le degré de contrainte qu'ils font peser sur les pouvoirs publics, les personnes aptes à les leur rappeler ainsi que sur la marge de manœuvre à reconnaître à chaque gouvernement dans la poursuite des objectifs énoncés⁵. Le point remarquable tient en ce

que, à l'initiative d'associations, de collectivités locales ou encore de citoyens, l'on en discute à l'échelon national, dans une jonction entre l'application du droit international public et le rappel des engagements par des « parties prenantes » issues de la société civile nationale⁶.

2 - Un second type d'argumentation fait quant à lui intervenir la défense des droits fondamentaux des humains au bénéfice de la nature⁷. Ces droits, très présents dans la pensée philosophique relative à l'éthique climatique qui les saisit comme des « droits de base »⁸ conditionnant la jouissance de tous les autres droits et devant en conséquence être reconnus à tout être humain, seraient bafoués par « l'inaction climatique » des États ou par l'activité de certaines entreprises. Or, ils devraient être protégés en priorité à tout autre ordre de principe ou impératif, notamment économique et de développement, et s'associer des obligations corrélatives de ne pas les violer (plus exactement, pour certains auteurs, de ne pas en priver autrui, de protéger toute personne de la privation et, dans le cas d'une privation, d'aider les victimes)⁹.

Ces droits sont brandis dans des versions devenues « classiques » dans ce contexte, à l'instar des droits à la vie, à l'alimentation, à l'eau (plus rarement à la sécurité physique ou à la santé), voire au respect de la vie privée. Par exemple, les actions emblématiques menées depuis 2015 par l'association *Our Children's Trust* aux États-Unis pour pousser à des politiques plus offensives en défense du système climatique les administrations fédérées ou l'État fédéral, sont assises sur les droits fondamentaux des 21 enfants et adolescents représentés, et précisément sur le respect de leur dignité, leurs droits à la vie et à la santé (également ceux

1. Pour des recensions en temps quasi-réel, cf. not. *Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School and Arnold & Porter, Climate Change Litigation Databases* : www.climatecasechart.com. Pour des synthèses et analyses en français, cf. C. Huglo (dir.), *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018 ; C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques. Entre le national et l'international*, préf. M. Delmas-Marty, Paris, Pedone, 2018.
2. V. not. article 2.1, a, b et c, de l'Accord, cf. not. M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspective de l'Accord de Paris (COP 21). Regards croisés*, Paris, IRJS-éditions, 2017 ; M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois (dir.), *Après l'Accord de Paris, quels droits face au changement climatique ?* RJE 2017/HS.
3. Plan national d'adaptation au changement climatique de 2011, revu le 20 déc. 2018 : https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2018.12.20_PNACC2.pdf ; Stratégie Nationale Bas-Carbone. Sur l'application desquels, cf. Conseil national de la transition écologique, Avis du 18 avril 2019 : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/CNTE%20-%20Avis%202019.pdf>. Adde Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, JO n° 0261 du 9 novembre 2019.
4. M. Torre-Schaub, « Justice et justiciabilité climatique : état des lieux et apports de l'Accord de Paris », in *Bilan et perspectives...*, op. cit., p. 107 ; M. Hautereau-Boutonnet et S. Maljean-Dubois (dir.), *Après l'Accord de Paris*, op. cit. ; M. Torre-Schaub, L. d'Ambrosio, B. LormetEAU, « Introduction », in *Changement climatique et responsabilité : quelles normativités ?*, EEI août 2018.
5. Pour une discussion intéressante sur cette marge, cf. les procès britanniques, Civil Appeal, *The Queen on the application of Plan B Earth and others v/ The Secretary of State for Business and Energy and Industrial Strategy and*

Another), No. CO/16/2018 (Jan. 25 2019) : http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190120_Claim-No.-CO162018_decision-1.pdf.

6. C. Cournil et L. Varison (dir.), op. cit., Introduction.
7. Dans la lignée de ce qu'avait proposé, en France, G. Martin, *Le droit à l'environnement*, PPS, 1978, I. Pour plus de détails en fonction des contentieux, C. Cournil, « L'intégration de l'approche fondée sur les droits de l'homme dans le régime du climat », in M. Torre-Schaub (dir.), op. cit., spéc. p. 65 et s. V. égal. *Human Rights and Climate Change Working Group*.
8. Théorisés à partir de H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, [1980, 1^{re} éd.], Princeton, Princeton University Press, 2^e éd., 1996. V. égal. S. M. Gardiner, S. Caney, D. Jamieson, H. Shue (ed.), *Climate ethics. Essential readings*, Oxford University Press, 2010 ; D. Bell, « Climate Change and Human Rights », *WIREs Climate Change* 2013, 4 : 159-170 ; M. Bourban, *Penser la justice climatique*, Paris, PUF, 2018, p. 71-74.
9. Sur la difficulté, toutefois, d'associer un « débiteur » et des « devoirs » identifiés à ces droits, cf. D. Bell, « Does Anthropogenic Climate Change Violate Human Rights », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 14, n° 2, 2011, p. 99-124.

des générations futures, disposant d'un « représentant »¹⁰. Le respect de droits fondamentaux individuels a aussi sous-tendu la décision de 2015 de la Haute Cour de Lahore au Pakistan, accueillant la demande d'un fermier contre son État¹¹. Dans le même ordre d'idées, la garantie des droits fondamentaux a habité l'action infructueuse dite « *People's Climate Case* » menée par des associations (CAN-Europe et Germanwatch) ainsi que 36 requérants et leurs familles devant le Tribunal de l'Union européenne (désormais devant la Cour JUE) avec, dans ce cas, la grande originalité de non seulement saisir les droits « de base » évoqués, mais aussi ceux relatifs à l'activité économique : l'« inaction climatique » menacerait les cultures et la survie de certaines espèces animales (les abeilles notamment) et, par voie de conséquence, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre¹². Enfin, et pour s'en tenir à des exemples marquants, ce fut également l'assise des retentissantes décisions *Urgenda* de la Cour de District de La Haye du 24 juin 2015, confirmée en appel le 9 octobre 2018 et rendue définitive par un arrêt de la Cour suprême du 20 décembre 2019, qui ont fait droit à la demande d'une fondation néerlandaise et de 886 citoyens d'enjoindre leur État à adopter une politique de baisse des émissions plus conforme à ses engagements nationaux et internationaux (soit moins 25% d'ici la fin de 2020) : les juridictions admirent de constater la violation des droits à la vie et à vivre dans un environnement sain, protégés par les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹³ ainsi que par la Constitution néerlandaise¹⁴.

D'un autre côté, des versions dérivées des droits fondamentaux évoqués se sont également invités dans les débats : ceux des humains dans leur rapport à leur « environnement », tel celui « à un environnement sain » ou « adéquat à la santé humaine et au bien-être » ; ou encore un droit « à partager les ressources naturelles de la planète » ou « les services offerts par l'environnement »¹⁵ ; voire, pour le climat spécifiquement, le « droit à un climat stable » ou « à un système climatique permettant de soutenir la vie ». En France, par exemple, le procès en cours dit de l'« Affaire du siècle » défend, face à l'État français accusé de carences, le « droit de vivre dans un environnement équilibré et

respectueux de la santé » consacré par la Charte de l'environnement (et la jurisprudence de Cour européenne des droits de l'Homme)¹⁶ et, sur fond d'interprétation dynamique des droits fondamentaux, tente également de faire admettre un nouveau « principe général de droit » tenant au droit de « vivre dans un environnement satisfaisant », soutenable. Dans le même sens, à titre plus prospectif, les « principes d'Oslo sur les obligations concernant le changement climatique », rédigés en 2015 par des juristes spécialisés en droit international et en droits de l'homme, ainsi que le projet de Pacte mondial pour l'environnement proposent de reconnaître, à « toute personne », « le droit de vivre dans un environnement écologiquement sain et propice à sa santé, à son bien-être, à sa dignité, à sa culture et à son épanouissement »¹⁷.

3 - Les engagements pris, et le respect des droits fondamentaux, apparaissent ainsi comme les ressorts de toute argumentation en défense du climat. On le comprend fort bien. Parmi d'autres avantages, la défense des droits fondamentaux présente notamment celui de ne pas modifier la conception traditionnelle que l'on a de l'intérêt à agir en justice – au stade de la recevabilité de l'action – et atténue les exigences de démonstration d'une atteinte qui seraient impliquées par une action en responsabilité : la jonction de la défense des entités naturelles et des droits fondamentaux permet à chaque humain de faire valoir des droits en défense de la nature, sans avoir à effectuer la démonstration rigide d'un préjudice direct, personnel et immédiat¹⁸ (et à endosser la figure de la « victime climatique »¹⁹). Elle permet d'arbitrer, comme l'énonce justement le Conseil d'État italien confronté à de telles interrogations en matière environnementale, « entre les intérêts [...] qui appartiennent ontologiquement à toutes les composantes de la collectivité et les mécanismes procéduraux, qui exigent que l'action soit exécutée par un sujet du système bien identifié »²⁰. Par ailleurs, cette argumentation simplifie l'articulation entre droit international et droit national,

10. Ourchildrenstrust.org/legal/US-Action. Pour une synthèse, v. par ex. E. Gebre, « L'affaire *Juliana et a. c/ États-Unis*, enjeux et perspectives », in C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques*, op. cit., p. 129.
 11. <http://edigest.elaw.org/sites/default/files/pk.leghari.091415.pdf>.
 12. TUE, 13 août 2018, *Carvalho e.a./Parlement et Conseil*, Aff. n° T-330/18, JOUE, C-285, les requérants reprochant au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne la non-conformité de la trajectoire de diminution des émissions de GES aux engagements pris par l'Union au sein de l'Accord de Paris et attaquant en annulation le « paquet législatif sur les émissions de GES » (art. 9, 2, directive 2003/87/CE, modifié par la directive 2018/410 ; art. 4, 2, et annexe I, règlement 2018/842 ; art. 4, règlement 2018/841) ; demande jugée irrecevable le 8 mai 2019 pour absence de « préoccupation directe et individuelle ».
 13. Par interprétation de la Cour EDH, pour l'article 8 : 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, A, n° 303-C ; 27 janv. 2009, *Tatar c/ Roumanie*, n° 67021/01 : RJE 2010. 61, obs. J.-P. Margenau. Pour l'article 2 : 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie* : Rev. europ. Dr. envir. 2003. 67, obs. J.-P. Marguenaud.
 14. *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*, case n° C/09/456689/HA ZA 13 1396 ; *The State of the Netherlands v. Urgenda foundation*, n° C/09/456689/HA ZA 13-1396, sur lesquelles not. A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c/ Pays-Bas*) », RJE 2015. 672 ; C. Perruso et E. Canal-Forgues, « La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié ? », EEI 2015, no 8-9. Étaient également invoqués des textes proprement européens, comme l'article 19 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE et la directive 2003/87/C ainsi qu'une défaillance de l'État néerlandais dans son « *Duty of care* », cf. infra II. Adde Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Avis consultatif OC-23/17, 15 novembre 2017, §47, traçant ce lien entre violation de droits et changement climatique.
 15. Par ex. T. Hayward, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 29 et s.

16. C. Cournil, A. Le Dyllo et P. Mougeolle, « « L'affaire du siècle » : entre continuité et innovations juridiques », AJDA 2019, Dossier spécial *Les procès climatiques*, p. 1864. Egal. Convention internationale d'Aarhus, signée et ratifiée par la France en 2002 et visant à une « démocratie environnementale », qui enjoint aux États d'ouvrir leurs prétoires aux actions qui défendent ce droit (en plus d'imposer une information environnementale et une participation des citoyens aux décisions importantes en matière environnementale).
 17. Article 1^{er} du Pacte mondial. Il a récemment été reconnu comme une simple déclaration politique et non comme un texte contraignant, au grand dam de ses concepteurs, cf. Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU, A/72/L.51, 7 mai 2018 ; 23 mai 2019. Pour soutenir l'efficacité de ce droit, le Pacte consacre également des droits d'accès aux informations sur l'environnement, à la participation aux décisions qui l'impactent, ainsi qu'un droit à l'accès à la justice (articles 9, 10 et 11).
 18. Cf. *Urgenda*, préc. : l'exigence d'une démonstration d'un préjudice et d'un lien de causalité ne fut pas un obstacle, la Cour opérant une distinction entre les demandes fondées sur les droits fondamentaux et visant à ce que l'État agisse – pour lesquelles la démonstration d'un risque de dommage suffisait – et celles qui auraient eu pour but l'indemnisation d'un dommage. L'exigence n'est néanmoins qu'atténuée et la violation des droits peut ne pas être constatée. Tous les contentieux ne sont toutefois pas aussi exigeants, notamment devant le juge administratif, cf. Y. Aguila, « Petite typologie des actions climatiques contre l'État », AFDA 2019, Dossier spécial *Les procès climatiques*, p. 1853 ; pour les actions en responsabilité spécifiquement, cf. A. Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », RFDa 2019. 652.
 Adde que la défense des droits fondamentaux s'est inscrite au rebours des analyses économiques classiques sur le fondement desquelles il y avait lieu d'opérer un bilan coûts-avantages pour déterminer si les pollutions ou dégradations critiquées étaient ou non acceptables, cf. D. Bell, « Does Anthropogenic Climate Change... », art. préc.
 19. C. Cournil, « L'invocation des droits constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in C. Cournil et L. Varison (dir.), op. cit., p. 91, spécialement pour les plus vulnérables (enfants, insulaires touchés par la montée des eaux, etc.), cette victime serait-elle encore potentielle.
 20. CE italien, 9 décembre 2010, no 8683.

en permettant une application plus aisée du premier, à l'égard duquel se pose de façon récurrente la question de son application directe²¹, dans la sphère nationale.

4 - Est-ce pourtant la seule voie à acclimater ? Teintée d'un fort anthropocentrisme comme d'un individualisme prononcé, elle dit fort peu de la nécessaire inclusion de tous dans la jouissance du milieu ainsi que de l'interaction avec ce dernier ; elle opère une subjectivation des entités naturelles, défendues et protégées pour leur rôle d'assurer la survie des personnes et l'effectivité de leurs droits, selon une adjonction d'intérêts individuels ; elle dessine une « bande de moi »²² faisant peu de place à l'indispensable organisation collective propre à assurer ce bénéfice. Il pourrait pourtant se forger un autre ordre de récit et de défenses, pour l'heure totalement ou partiellement occulté, au moins en France²³, qui mettrait l'accent sur la vocation du système climatique à s'inscrire dans la galaxie du commun, selon des formes qu'il faut définir, et réintégrer les exigences d'inclusion et d'interactions entre le milieu et les humains. Le plus étonnant est qu'il n'y aurait rien d'inédit à cette orientation. C'est effectivement ainsi que le système climatique a tout d'abord été saisi sur la scène internationale, avant qu'une occultation se produise, occultation également alimentée à l'échelle nationale (1). La réflexion peut cependant être reprise aujourd'hui, pour tenter de proposer des qualifications et régimes efficaces (2).

1. L'occultation de la vocation commune

5 - Le système climatique est apparu comme une « préoccupation commune de l'humanité » sur la scène internationale, représentation dont on a aujourd'hui acté l'échec (A). Dans l'urgence, cet échec a renvoyé la défense du climat devant les arènes judiciaires nationales, selon une « reterritorialisation du global »²⁴. Or, devant les juridictions françaises, on ne peut que constater pour l'heure l'inaptitude du droit et de ses qualifications existantes à asseoir cette protection sur une idée de « commun » (B).

A. - L'échelon international : l'échec de la « préoccupation commune »

6 - A partir de la fin des années 1980 et du début des 1990, s'impose en droit international public une représentation du système climatique comme une « préoccupation commune de l'humanité ». Le préambule de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992, signé au sommet de la Terre de Rio et s'inscrivant dans le prolongement des réflexions menées à Montréal (1987) puis à Toronto (1988-1989)²⁵, énonce ainsi que « les changements du climat de la

planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière » (1^{er}). Par-là, il trace les liens d'une communauté mondiale « bénéficiaire », dessinée sous les traits de l'humanité²⁶, et d'une « ressource » commune (tout en minimisant néanmoins, par le choix de la formulation, les principes qui auraient été applicables à un « patrimoine commun de l'humanité »²⁷). Par là, également, le texte donnait « corps » à l'intuitive « communauté du risque » théorisée par Ulrich Beck dès le début des années 1980, censée s'ancrer, unie et consensuelle, dans une conscience du risque majeur à affronter ensemble²⁸. S'exposait aussi l'articulation qui allait présider à la poursuite d'une politique de préservation : selon des atours tout à fait classiques, « il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives » (article 3, principe 1). D'un côté, donc, la bénéficiaire abstraite de la jouissance et de la préservation de cette « ressource » commune, à savoir cette « humanité » figurant la solidarité intergénérationnelle et spatiale ; de l'autre, les instances à qui l'on en confiait la charge, c'est-à-dire chacun des États demeurant souverains d'appliquer des politiques de préservation sur son territoire. C'est d'ailleurs cette articulation qui perdure, comme en témoigne l'Accord de Paris réitérant le constat que « les changements climatiques [sont] un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière » (11^e) et confiant aux États la tâche d'y réagir.

7 - Dès lors, au-delà de ce « bénéficiaire » supposé pour l'humanité, il n'est jamais revenu à ce groupe de prendre corps – d'avoir des représentants dédiés et des intérêts identifiés, quand bien même des propositions existaient en ce sens, tel un médiateur ou *ombudsman*, personne ou collectif désigné pour parler en son nom et défendre ses intérêts²⁹ – et de s'organiser collectivement. Comme le souligne par exemple Catherine Le Bris, cette référence a constitué « davantage un point de départ qu'un point d'arrivée » au sens où « cette notion renseign[ait] sur la voie à suivre – voie [...] collective –, mais n'impliqu[ait] pas en soi l'application de normes substantielles déterminées³⁰ ». Elle pouvait seulement être comprise comme une incitation, pour les

à Paris (2015), Paris, Pedone, 2015 ; S. C. Ayuk, « Chapitre 30. Le climat et l'Anthropocène. Cadrage, agentivité et politique climatique mondiale après Paris », in R. Beau et C. Larrère (dir.), *Penser l'Anthropocène*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018, p. 499-522, spéc. no 7. La convention de 1992 a été ratifiée par la France en 1994, cf. Loi n° 94-106, 5 février 1994.

21. Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois et R. Medhi (dir.), *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pedone, 2010 ; C. Cournil et L. Varison, « Introduction », in C. Cournil et L. Varison (dir.), *Les procès climatiques*, op. cit., p. 19.
22. Selon l'expression de T. Morton, *La pensée écologique*, trad. C. Wajsbrot, Zulma, 2019, p. 202 et s. et p. 221.
23. Contra II, B, ainsi que les constitutionnalismes latino-américains, cf. par ex. G. Sozzo Cosimo, « Vers un « état écologique de droit » ? Les modèles de *Buen vivir* et de développement durable des pays d'Amérique du Sud », *RJE*, n° HS 18, 2019, pp. 89-102, concevant le droit de l'environnement comme un droit collectif sur un bien commun (l'environnement) avec une dimension intergénérationnelle.
24. R. Robertson, « Globalisation or glocalisation », *Journal of International Communication* 1994, 1, p. 33-52 ; B. Latour, *Face à Gaïa, Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, La Découverte, 2015, spéc. p. 324 et s..
25. Sur cet historique, cf. A. Dahan et S. C. Aykut, *Gouverner le climat. 20 ans de négociations internationales*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2014 ; S. Maljean-Dubois et M. Wemaëre, *La diplomatie climatique de Rio (1992)*

26. C. Le Bris, « L'humanité, victime ou promesse d'un destin commun ? », *RJE* 2019/HS18, p. 175-191, n° 6, citant les propos de la Cour internationale de Justice (CIJ), dans son Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. CIJ 1996, p. 241-242, §29, ainsi que son arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), Rec. CIJ 1997, p. 41, §53, selon lesquels « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir ».
27. Il est censé renvoyer à une utilisation pacifique et raisonnable d'espaces communs ne pouvant être appropriés, à un partage équitable des richesses, ainsi qu'à des objectifs de conservation et d'égal accès aux ressources, cf. A. Kiss, *La notion juridique de patrimoine commun de l'humanité*, Académie de droit international, Recueil de cours n° 175, 1982.
28. U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Flammarion, coll. « Champ », 2004 (texte original de 1986), spéc. pp. 56 s. ; « Climate for change, or how to create a green modernity ? », *Theory, Culture & Society* 2010, 27, p. 254-266. Egal. H. Jonas, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Cerf, 1979.
29. E. Brown Weiss, *Justice pour les générations futures*, Le sang de la terre, 1993 ; E. Gaillard, *Génération futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, LGDJ 2011 et « Le patrimoine commun de l'Humanité », in B. Parance et J. de Saint-Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, Éditions du CNRS, 2014, pp. 148-149.
30. C. Le Bris, V° « Humanité », in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017.

États, à coopérer dans une approche multilatérale, au profit de la communauté mondiale désignée. En conséquence, le système climatique ne s'est évidemment pas constitué comme un « commun », au sens que donnent à ce terme, et dans une version dominante, Elinor Ostrom et son Ecole de Bloomington³¹, soit l'articulation de trois composantes : une ressource ou un système de ressource (*common-pool resources* pour les ressources foncières), dont on peut difficilement exclure autrui (« non-excluable ») ; des droits distribués sur ces ressources, notamment les droits d'y accéder, d'en prélever des fragments, de la gérer, d'exclure d'autres personnes et d'aliéner, le tout composant le *Bundle of Rights* – faisceau de droits –, figure de la conception états-unienne de la propriété, faite de différentes branches et non saisie comme une maîtrise absolue de la chose par un unique propriétaire ; un gouvernement ou une gouvernance collective, mise en place par les membres identifiés d'une communauté de taille moyenne (une centaine de personnes tout au plus)³². Face à un « commun » mondial (à l'égard desquels cette théorie sera extrapolée par Ostrom *in fine*) impliquant une gouvernance multi-niveaux, c'est-à-dire l'articulation de différents niveaux de gouvernance³³, il est naturellement revenu aux grands acteurs historiques que sont les États de s'organiser, *via* la poursuite de leurs politiques classiques de régulation et de planification. Et il serait inutile de rappeler les étapes au fil desquelles la version « universaliste » de l'humanité, que l'on espérait sans conflit et poursuivant un intérêt univoque, a fait long feu face à leurs dissensions³⁴ : de COP en COP, le système climatique est allé vers une « Tragédie des communs », selon l'hypothèse vulgarisée par Garrett Hardin en 1968 décrivant comment, ouverte et non gouvernée, une ressource donne lieu à des comportements de surexploitation et de passagers clandestins (*free-riders*) tant les effets négatifs à long terme ne sont pas ressentis par les bénéficiaires de l'accès et pris en charge par eux³⁵. Comme le conclut Mireille Delmas Marty, « il ne suffit pas d'inventer de nouveaux concepts comme ceux élaborés au siècle dernier : le « patrimoine commun de l'humanité », apparu dans les années 60 [...] ; ou les « biens publics mondiaux », ou « biens communs mondiaux » emprunté aux économistes dans les années 80 [...] pour désigner des biens à la fois non exclusifs (pouvant être utilisés par tous) et non rivaux (leur usage ne compromet pas l'utilisation par autrui). On sait que ces innova-

tions terminologiques n'ont pas réussi à modifier l'équilibre des pouvoirs. Le droit international est resté le quasi-monopole des États qui défendent leurs intérêts nationaux »³⁶. Ou, pour le dire dans les termes de Bruno Latour, le dispositif n'a pas réussi à « unifier l'Anthropos en tant qu'acteur doté d'une quelconque consistance morale ou politique » ; il ne s'est pas construit « d'espèce humaine » unifiée qui se serait sentie responsable, l'humain étant resté « décomposé en plusieurs peuples distincts, dotés d'intérêts contradictoires, de territoires en lutte »³⁷.

B. - L'échelon national : la désactivation de la chose commune

8 - Face à cet échec et à l'urgence d'agir, les débats se tiennent désormais, on l'a évoqué, à l'échelle nationale (ou plus exactement à l'échelle de certains États, tous n'étant pas concernés par les actions judiciaires). Il faut en ce sens préciser que l'Accord de Paris concrétise, après d'autres, une ouverture à la vigilance, pour sa mise en œuvre effective, des entités infra-étatiques (collectivités territoriales notamment), des organisations non gouvernementales et de la société civile dans son ensemble³⁸. Ces acteurs mènent donc désormais des actions en justice. C'est dans ce cadre qu'il serait aujourd'hui possible d'utiliser, outre les autres arguments identifiés, des qualifications figurant le système climatique, si ce n'est comme un commun dans les termes évoqués précédemment, au moins comme porteur d'un intérêt commun³⁹.

9 - Cela le serait d'autant que le droit français dispose, dans son arsenal, de plusieurs notions. Notamment, il porte celle ancienne de chose commune ou *res communis*, issue du droit romain et propre à marquer l'intérêt d'une communauté large envers une ressource. L'article 714 du Code civil la caractérise en effet selon la très belle formule qu'« [il] est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous », ajoutant, en son alinéa 2, que « [d]es lois de police règlent la manière d'en jouir »⁴⁰. Cette qualification repose ainsi, en premier lieu, sur le constat d'une absence de propriété et peut donc sous-tendre le domaine de l'inappropriable. Elle ouvre, en second lieu, l'usage de la ressource à l'ensemble d'une communauté indéterminée, de façon libre, égale et gratuite, communautaire qui peut être conçue comme locale, nationale ou internationale. D'ailleurs, certains juristes du XIX^e siècle, à l'instar de Proudhon, Durantou ou Demolombe placeront joliment sous ses traits l'idée d'une « communauté négative du genre humain » : la communauté intéressée, composé d'un vaste ensemble indéterminé de personnes, se dessinerait par refus de la propriété privée, refus qui préserverait l'accès de tous à l'usage de la chose en question. L'expression est fortement connotée, dérivant de la tradition communautaire du christianisme et de la théorie du domaine (entre Dieu et les hommes), pleinement développée aux XVI^e et XVII^e siècles : on y soutiendra, non sans discussion et théorie alternative, l'idée d'une « communion originaire » des

31. L'approche est différente, au singulier, chez P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

32. E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 301 (traduction de *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1990). Pour une présentation en français, cf. B. Coriat et F. Orsi, *Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique*, Revue de la Régulation 2013, n° 14.

Par ailleurs, l'organisation efficace était cartographiée comme devant se fonder sur des règles « émergentes » répondant à huit principes, cf. B. Coriat, *V^e Design principes*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit. : être adaptée aux conditions locales et impliquer le plus grand nombre possible de membres du commun (les « *commoners* ») ; intégrer des mécanismes de résolution des litiges et de sanctions efficaces (même si l'une des critiques récurrentes à cette conception est précisément d'avoir sous-estimé les aspects conflictuels des communs) ; le tout sans que ces règles « émergentes » s'opposent à celles étatiques mais soient, à l'inverse, reconnues par l'état du droit de la société dans laquelle le commun s'insère.

33. E. Schlager & E. Ostrom, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics*, 1992, 68, 3, pp. 249-262.

34. Sur l'échec, ses raisons et ses étapes, cf. A. Dahan et S. C. Ayuk, *Gouverner le climat*, op. cit., spéc. p. 399 et s., évoquant un « schisme avec le réel ».

35. G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968, vol. 162, p. 1243, qui en concluait que seule la propriété privée ou une réglementation publique était propre à instituer la préoccupation du temps long et de la préservation. C'est précisément cette conclusion qui a été contestée par Ostrom, démontrant que les « communs », gouvernés, pouvaient perdurer.

36. M. Delmas-Marty, « Avant-propos : la COP 21, un pari sur l'avenir », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspective...*, op. cit., p. 1.

37. B. Latour, *Face à Gaïa*, op. cit., pp. 160-161, p. 172 et p. 187.

38. Pour une synthèse de ses apports, cf. M. Hautereau-Boutonnet, introduction, in M. Hautereau-Boutonnet et S. Porchy-Simon (dir.), *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé*, Dalloz, 2019, p. 2 ; F.-G. Trébulle, « Le rôle des acteurs privés », in M. Torre-Schaub (dir.), *Bilan et perspectives...*, op. cit., p. 132.

39. Sur les différents sens et notions, cf. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld, Introduction, in *Dictionnaire...*, op. cit.

40. M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006.

biens, un véritable « mythe de la communion primitive » c'est-à-dire d'un domaine « commun à tous » aux origines⁴¹.

10 - Appliquée au climat ou à l'atmosphère, cette qualification ne serait pas inédite. Paradoxalement en effet, elle a déjà eu l'occasion d'être convoquée en la matière au moment de la disparition de certains de ses caractères, à savoir lors de l'introduction du marché des quotas d'émissions de GES : à l'époque, d'aucuns avaient relevé que l'élargissement du domaine de la propriété *via* les quotas d'émission était le marqueur de la diminution du champ de la chose commune. Thierry Revet énonçait par exemple que « la protection de l'environnement pass[ait] ici par une forme de privatisation de portions de l'atmosphère », « l'usage du bien environnemental (l'atmosphère) fai[an]t ici l'objet de droits privatifs (quotas d'émission) pouvant être négociés sur un marché », de sorte que « la qualité de chose commune de l'atmosphère s'en trouv[ait] », sans « nul doute [...] altérée »⁴². D'autres critiquaient de façon plus virulente la privatisation opérée, refusant l'admission sans discussion d'une chose commune traitée comme une *res nullius*, c'est-à-dire pouvant si facilement devenir appropriée⁴³, tandis que des voix de compromis se faisaient aussi entendre, comme celle de Marie-Alice Chardeaux prenant acte de la perte du caractère inappropriable de la ressource, mais soulignant le maintien de la vocation à un usage commun, le tout sous la qualification de « quasi-choses communes »⁴⁴. On a aussi pu estimer que la qualification initiale de « chose commune » n'avait pas disparu avec la création de ces néo-biens-quotas, mais que seraient ici alliées la reconnaissance d'une prérogative de jouissance de ces choses, d'un côté, et un encadrement de cette jouissance marquant la limite de l'atteinte à la chose commune, d'un autre côté⁴⁵.

11 - Pour autant, aurait-elle été préservée, la qualification n'est pas efficace en l'état de notre droit.

Elle est tout d'abord difficile à apposer car il s'est produit une occultation des figures de l'inappropriable sous les coups d'une extension de la propriété, privée, exclusive et absolue d'un côté ; de la propriété publique, de l'autre. D'ailleurs, on peut lire ici la raison pour laquelle le droit de l'environnement en particulier lui a préféré la seconde notion présente dans notre arsenal juridique, à savoir celle de « patrimoine commun », « des êtres humains » (pour la Charte de l'environnement), « de la Nation » (pour le code de l'environnement)⁴⁶. « Comment, au-delà d'un

pur phénomène de mimétisme », se demandait très justement Marie-Aimée Latournerie en 2004, « expliquer l'engouement contemporain du droit français pour le concept de patrimoine commun de la nation [...], alors que l'article 714 du Code civil [...] est resté en déshérence », sinon comme « le résultat de la difficulté mentale des générations postérieures au Code civil à penser le rapport aux choses autrement qu'à travers les notions de propriété privée et d'héritage [...] ». On suivra donc totalement l'auteure quand elle diagnostiquait qu'« il est vraisemblable que le recours au concept de patrimoine commun a été un moyen de dépasser ou au moins d'occulter l'affrontement idéologique permanent entre propriété commune et propriété individuelle, ainsi qu'entre propriété privée et propriété publique, caractéristique de la pensée politique française des deux derniers siècles » : « utiliser dans le discours politique le vocable de patrimoine commun de la nation, c'est dire en substance : « votre héritage est plus grand que ce que vous croyez car vous êtes partie prenante d'un patrimoine commun » »⁴⁷, sans remettre en question la propriété sous-jacente des ressources visées et sans statuer sur l'inappropriable. On peut pourtant estimer qu'il serait légitime de le faire et de marquer cette mise en réserve de « ressources » inappropriables.

Ensuite et surtout, en l'état de la construction de notre droit toujours, dire du système climatique qu'il est une chose commune ne revêt aucune efficacité pour sa préservation : d'une part, on renvoie par là à un libre accès et à un usage ouvert à tous, la qualification n'impliquant aucune organisation ou limitation de la jouissance puisque l'on n'a pas exploité, pour l'heure, les potentialités de l'alinéa 2 de l'article 714 (évoquant, rappelons-le, des réglementations « de la manière d'en jouir ») ; d'autre part, la qualification ne fait aucun barrage à l'appropriation de portions de la ressource (ou à sa pollution pour le climat)⁴⁸, c'est-à-dire au passage d'un statut de *res communis* à celui de *res nullius*. Le tout serait impuissant à contrer l'épuisement, spécialement des ressources naturelles, rivales, et conduirait inéluctablement à une tragédie des communs.

12 - Il faut néanmoins relever que cette conséquence s'explique par une construction historique de la notion tout à fait spécifique. La chose commune a longtemps été considérée, en effet, comme a-juridique et, partant, de domaine très restreint⁴⁹ : dans une conception « matérielle » ou « naturaliste »⁵⁰, l'identification d'une chose commune découlait d'un simple constat objectif, à savoir celui qu'il était matériellement impossible d'enclorre et de s'approprier une ressource. Ou, dans une version alternative, d'une inutilité de la propriété : en raison de l'abondance d'une « ressource » (on évoluait encore dans un monde infini), chacun pouvait en disposer en quantité suffisante sans en priver autrui et sans que l'appropriation soit nécessaire⁵¹. En conséquence et d'une part, on considérait que l'excès était matériellement impossible et qu'aucune protection ne s'imposait. D'autre part, que les *res communis* avaient « naturellement » vocation à devenir, par fragments, des *res nullius* : elles suppor-

41. Pour les fondements historiques, cf. M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Librairie Droz, Travaux de sciences sociales, 1987.

42. T. Revet, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005. 2632, *in fine*. Dans le même sens, à propos de la biodiversité, L. Neyret, « Chapitre 1 – Environnement et droit des biens », V° « Environnement », *Rép. dr. civil*, Dalloz, oct. 2013 (actualisation : avr. 2017), § 6-36, pour qui il « existe actuellement une évolution du statut de l'environnement de la catégorie de chose non appropriée à celle de bien approprié » : à l'image desdits quotas, « le système de compensation pour la diversité biologique vise à protéger l'environnement [...] par une privatisation de la biodiversité ».

43. M.-P. Camproux Duffrène, « Le marché d'unités de biodiversité, questions de principe », *RJE* 2008, n° spécial, *Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature*, p. 87-93 ; « La création d'un marché d'unités de biodiversité est-elle possible ? », *RJE* 2009. 69.

44. M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, n° 195 et s.

45. avec S. Vanuxem, V° « Biens-Néo-biens environnementaux », *in* F. Collart Dutilleul, V. Prionon et A. Van Lang (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2018.

46. Préambule, 3°, Charte de l'environnement ; Article I. 110-1, C. envir., visant à ce titre « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. », précision étant donné que la qualité de l'air, et inversement sa pollution, entretient des liens avec le changement climatique, cf. art. L. 220-2, C. envir. Sur les occurrences en droit de l'environnement, cf. M. Prieur, avec J. Bétaille,

M.-A. Cohendet, H. Delzangles, J. Makowiak, P. Steichen, *Droit de l'environnement*, 8^e éd., Dalloz, 2019, n° 262 et s.

47. M.-A. Latournerie, *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, Clefs, 2004, p. 136-139.

48. Cette idée de la pollution comme une appropriation est par ex. présente chez G. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Th. Nice, 1976 ; M. Serres, *Le mal propre. Polluer pour s'approprier*, Le Pommier, 2008.

49. Par ex. F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 2008, nos 14 et 20, a).

50. Les termes sont de M.-A. Chardeaux, *op. cit.*

51. Selon M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, l'argument s'inscrivant dans la lignée d'un Armacchanus au XV^e siècle.

taient l'appropriation du premier arrivant⁵². Or, au regard des enjeux à affronter, rien n'impose de s'en tenir là.

2. Le retour de la vocation commune —

13 - On peut en effet plaider pour l'institution d'un régime adéquat de la chose commune, propre à assurer sa préservation (A). La direction a d'ailleurs déjà montré ses potentialités aux États-Unis en matière de procès climatiques, ainsi qu'en témoigne l'évolution de la notion voisine de *Public Trust* avec laquelle un parallèle se révèle instructif (B)⁵³.

A. - L'institution et le régime de la chose commune

14 - Contrairement à la description « naturaliste » des choses communes, des choix politiques se sont toujours exercés relativement à ce qui devait être soustrait de l'appropriation. A Rome par exemple, certaines choses étaient ainsi « mises en réserve » au profit de Dieu ou de la cité sous cette appellation⁵⁴. Par ailleurs, aux côtés de la conception dominante rappelée, une minorité d'auteurs a régulièrement proposé de considérer comme choses communes non pas des éléments matériellement inappropriables ou inépuisables, mais ceux indispensables à la vie, à l'instar de l'eau, de l'air ou de la lumière⁵⁵. Aujourd'hui qu'il faut affronter la destruction massive des milieux, cette « minorité » s'est étoffée et une autre conception des choses communes est avancée : sous la plume de Marie-Alice Chardeaux notamment, celle naturaliste cèderait devant la volonté d'en défendre une vision « normative » ; on n'entérinerait plus un caractère physique (l'impossibilité de s'approprier), mais la volonté politique de soustraire certaines ressources à la propriété dans le but d'en préserver l'usage de tous⁵⁶. C'est dans cette veine que l'application de la notion est aujourd'hui revendiquée pour l'environnement, le milieu ou la biodiversité⁵⁷ ; qu'elle pourrait s'appliquer à l'atmosphère ou au climat⁵⁸. On pourrait alors aboutir à un régime assis sur trois règles propres à assurer cet usage et cette préservation pour tous.

15 - La première règle reviendrait à faire peser un devoir de protection ou de « vigilance », à la charge de l'État comme de toute personne (effet horizontal), au bénéfice de ce « tous » visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 714 et saisi comme une communauté

diffuse⁵⁹, bénéficiaire de l'usage de la ressource et de sa préservation. Certes, celle-ci est mondiale pour le climat. Mais la réorientation de sa protection vers la sphère nationale permet de re-territorialiser cette préservation. Par ailleurs, réintégrant l'alinéa 2 de l'article 714⁶⁰, ce devoir trouverait ses contours dans les nombreux textes (« lois de police » ?) « réglant la manière d'en jouir » (objectifs chiffrés de réduction et d'adaptation de la stratégie nationale bas-carbone, schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, plans climat-air-énergie territoriaux,...)⁶¹.

Il pourrait également se réclamer de deux autres assises. D'une part, l'orientation pourrait trouver des fondements constitutionnels. L'article 2 de la Charte de l'environnement, quand il énonce que « [t]oute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement », pourrait être lu en ce sens⁶², tandis que le Conseil constitutionnel pourrait être pris au mot quand il a interprété les articles 1 et 2 de la Charte, le 8 avril 2011, comme mettant à la charge de toute personne une obligation « de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité », renvoyant à la loi le soin de fixer les conditions d'une telle responsabilité⁶³. A titre plus prospectif et international, ces idées pourraient aussi se réclamer du projet de Pacte mondial pour l'environnement imposant aux États – mais également aux « institution internationale, [à] toute personne physique ou morale, publique ou privée », donc aussi aux acteurs non-étatiques – le « devoir de prendre soin de l'environnement », chacun devant contribuer « à son niveau à la conservation, à la protection et au rétablissement de l'intégrité de l'écosys-

59. Sur cette notion, V° « Communauté négative, positive, diffuse », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

60. Dans ce sens M.-A. Hermitte, « La nature juridique des quotas de gaz à effet de serre. Une histoire intellectuelle », *Annales de la Régulation*, vol. 1, 2006, LGDJ, p. 541, estimant qu'il ne saurait y avoir de *res communes* sans l'édiction de ces règles de police et faisant en conséquence remonter la pertinence de cette qualification, pour le système climatique, à la Convention sur le changement climatique de 1992.

61. Pour une synthèse précise, cf. M. Moliner-Dubost, « Les obligations étatiques en matière de lutte contre le changement climatique », *RFDA* 2019, déplorant que, à l'échelle régionale, les obligations soient faibles, n'étant que « de prise en compte de la SNBC » ; A. Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA* 2019, p. 652, identifiant là une véritable « police administrative spéciale de lutte contre le changement climatique ». Quant aux appréciations sur leur respect, cf. M. Torre-Schaub, « Les contentieux climatiques, quelle efficacité en France ? », *EEI* n° 5 mai 2019, dossier 17, estimant que la carence à l'égard de ces obligations se discute ; plus affirmative, A. Van Lang, art. préc., se fondant sur diverses décisions et not. CE, 9 nov. 2018, n° 411626, *Préfet de police, Ville de Paris, Lebon* p. 805-900-907, *AJDA* 2018. 2218, *AJCT* 2019. 102, obs. C. Otero, pour considérer que la « persistance » de l'insuffisance d'action confine à la carence.

62. Cet article fonde d'ailleurs les actions climatiques françaises. *Adde* l'article 7 : « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Sur la perspective des devoirs, cf. J.-P. Marguenaud, « Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », in *Mél. Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 879.

63. Cons. const., déc. n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre*, cons. 5 : *D.* 2011. 1258, note V. Reyberol ; *Constitutions*, juillet-septembre 2011/3. 411, note F. Nesi ; *RJE*, 2011. 393, note P. Steichen. V. égal. déc. n° 2017-672 QPC, 10 nov. 2017, *Association entre Seine et Brotonne et autre*. *Adde*, CE, 14 sept. 2011, n° 348394, *Pierre : Lebon* p. 441 ; *AJDA* 2011. 1764, *D.* 2011. 2282, obs. S. Brondel, *Ibid.* 2811, chron. N. Maziau, *Ibid.* 2012. 2557, obs. F. G. Trébulle.

Pour la mesure de la considération effective, par le Conseil, de la Charte de l'environnement, cf. M. Prieur et *alii*, op. cit., n° 77 et n° 109, distinguant le contrôle *a priori* (ces apports peuvent venir fonder l'argumentation) ou QPC (non).

V. cependant, l'article 6 de la Charte de l'environnement, qui impose de concilier « développement économique » et « progrès social ».

52. F. Zenati et Th. Revet, op. cit., n° 20, a).

53. On laisse ici de côté une autre voie plus éloignée de nos modes de pensée, qui n'est pourtant pas sans lien avec les communs, à savoir celle de la personnalisation d'entités naturelles sur fond de gestion déléguée à des communautés se reconnaissant un lien de solidarité avec elles, cf. P. Brunet, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles : un commun qui s'ignore ? » *Giornale di Storia Costituzionale*, n.38, 2/2019, p. 39-53 ; *Justice pour le climat !* O. Jacob, 2019, Chapitre 3.

54. Y. Thomas, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* n° 6, 2002, p. 1431-1462.

55. P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ou Recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, [1873], Paris, Flammarion, 1966, p. 130. L'idée a été reprise plus récemment par A. Sériaux, « La notion juridique de choses communes. nouvelle considération sur le verbe avoir », in J.-Y. Chérot et *alii* (dir.), *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23 et s.

56. M.-A. Chardeaux, op. cit., not. n° 108 et s.

57. A. Kiss (dir.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, coll. Environnement, 1989, spéc. pp. 53-103 ; V. Inseguet-Brisset, *Propriété publique et environnement*, Paris LGDJ, 1994, spéc. pp. 34 et s. ; M.-P. Camproux Duffrène, « La protection de la biodiversité via le statut de *res communis* », *Revue Lamy Droit civil*, janv. 2009, Perspectives, pp. 68-74 ; J. Rochfeld, V° « Chose commune », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

58. *Justice pour le climat !* op. cit., Chapitre 1, partie 2.

tème de la Terre » (article 2)⁶⁴. D'autre part, la compréhension du préjudice écologique pourrait également être articulée avec cette conception : comme imposant un devoir de protection envers cette chose commune et de prévention de toute « atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes [...] »⁶⁵.

16 - La deuxième règle attachée au régime de la chose commune tiendrait en la garantie d'un usage égal et inclusif de tous et ferait le lien avec les droits individuels dont chacun fait état devant les tribunaux. D'un côté, en effet, ceux-ci permettent de revendiquer cet usage de la « ressource » commune. D'un autre côté, l'ajout de l'idée de chose commune ouvre à un dépassement de l'adjonction de droits individuels pour aller vers la préservation de la vocation inclusive : tous les membres de la communauté ont droit à ce même bénéfice et une organisation collective doit le leur assurer. En outre, cet ajout ne laisse pas la protection de la nature dans la seule dépendance des personnes vivantes aptes à défendre leurs droits fondamentaux : il est possible de la défendre pour elle-même ainsi que pour les générations futures⁶⁶.

Enfin, du devoir de préservation et de l'égalité vocation à l'usage de tous pourrait découler une troisième règle : celle de la sanction possible des abus de cet usage, au sens de ceux obérant la préservation de la ressource ou entravant l'usage des autres. Personne ne pourrait légitimement soustraire à l'usage de tous les ressources en question ou remettre en cause leur pérennité. On rejoint là une vieille intuition d'Aubry et Rau, dans l'une des rares tentatives de l'époque (très allusive toutefois) de donner un contour à la notion de choses communes⁶⁷. La direction implique alors une transformation profonde de l'idée que l'on se fait du passage des choses communes aux *res nullius*⁶⁸ : désormais, seuls les prélèvements et usages qui n'entameraient pas la substance de la chose commune devraient être autorisés, d'un côté ; seuls le devraient, d'un autre, les prélèvements et usages qui n'obèrent pas l'usage des autres, « de tous ». Aussi, les usages de l'atmosphère, de la biosphère, de l'hydrosphère et de la géosphère dépassant ces deux limites (par ailleurs marquées par les « lois de police réglant la manière d'en jouir ») devraient être sanctionnés.

B. - Le parallèle avec l'évolution du Public Trust

17 - Ces idées peuvent paraître déroutantes. Elles ne sont pourtant pas si éloignées du devoir de vigilance (*duty of care*) reconnu dans les décisions *Urgenda*⁶⁹ ou des arguments placés

sous le couvert de la notion de *Public Trust* aux États-Unis, ce sur le fondement d'écrits de Joseph Sax datant des années 1970⁷⁰. Non sans discussions, controverses et résistances, l'argument du *Public Trust* est, en effet, aujourd'hui de nombreux procès climatiques⁷¹, de sorte qu'il peut ne pas sembler inutile d'en tracer la teneur et l'évolution en *Common Law*.

18 - À ce titre, on pourra s'étonner tout d'abord du fait que l'institution soit ancienne et extrapolée, pour certains auteurs américains, du droit romain et de sa catégorie des *res communes*⁷² (!). Elle se serait transmise à l'époque médiévale sous la forme d'un « *domain of common property* » dont le roi serait le gardien (le point ne fait cependant pas consensus, l'institution découlant, pour d'autres, d'une construction de la *common law* anglaise et d'une volonté de limitation du pouvoir royal)⁷³. Aujourd'hui, dans une première approche générale, elle se présente comme un ensemble de ressources, inappropriées ou sous appropriation publique ou privée, placées en *trust* c'est-à-dire sous la garde des États-Unis ou d'un État fédéré, *trustee* ou *co-trustee*, et gérées dans l'intérêt d'un *public, beneficiary*, saisi comme les générations présentes et futures. C'est en quoi elle vient fonder, dans certains États ou procès fédéraux⁷⁴ et aux côtés d'autres arguments comme la violation des droits fondamentaux, la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt à agir de citoyens en défense de la préservation du système climatique⁷⁵.

19 - Mais pour parvenir à cette argumentation, ensuite, la notion a étendu son domaine et les usages qu'elle garantit. A l'origine, en effet, la « doctrine » du *public trust* permettait d'asseoir un principe de libre accès de tous à un cercle limité de ressources, traditionnellement regardées comme ne devant pas être privatisées : les eaux navigables, leurs rives, la mer et les ressources halieutiques⁷⁶ ; ce pour des usages circonscrits de commerce, de navigation et de pêche. Mais, à partir des années 1970 et sous l'influence de la doctrine mentionnée, des extensions de son domaine ont été revendiquées vers des zones de vie sauvage, des parcs naturels, des ressources vitales, jusqu'à l'air,

70. J. L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention », 68 *Michigan Law Review* 471 (1970).

71. Pour la construction théorique en la matière précise du climat, cf. K. S. Coplan, « Public Trust Limits on Greenhouse Gas Trading Schemes : A Sustainable Middle Ground », 35 *Colum. J. Envtl. L.* 287 (2010) ; M. C. Wood, « Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I)-Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift », 39 *Envtl. L.* 43 (Winter 2009) ; « Atmospheric Trust and Fiduciary Duty », in Ken Coghill (ed.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Commons*, 2010.

Pour une réception européenne et de nombreuses références utilisées ici, v. E. Cornu-Thenard, « Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du *public trust* à la représentation de l'environnement devant le juge », *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22 septembre 2015.

72. Les auteurs américains citent fréquemment les Institutes de Justinien, § 2.1.1 at 55 : « [b]y the law of nature, these things are common to mankind : the air, running water, the sea, and consequently the shores of the sea. »

73. Sur l'ensemble de ces développements cf., par ex. et entre autres, M. C. Blumm & M. C. Wood (eds), *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Carolina Academic Press, 2013, et, en langue française, T. Perroud, V° *Public Trust*, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

74. *Mass.*, 549 U.S. at 497 ; *Ctr. for Biological Diversity v. Envtl. Prot. Agency*, No. 10-cv-00985-FJS (D.D.C. filed June 11, 2010) ; *N.Y. v. Envtl. Prot. Agency*, No. 08-1279 (D.C. Cir. filed Aug. 25, 2008), citées par E. Washburn & A. Núñez, « Is the Public Trust a Viable Mechanism to Regulate Climate Change ? », *Natural Resources and Environment*, Vol. 27 No. 2 (2012).

75. *Not. Robinson Township et al v. Pa. Public Utility Commission* – Nos. 63, 64, 72, and 73 MAP 2012, PA, 19 décembre 2013.

76. V. not. la décision *Illinois Central Railroad Company v. Illinois*, United States Supreme Court, 146 U.S. 387 (1892) : elle concernait la vente de 1000 acres de terrain des rives du lac Michigan ; elle donne toujours lieu à des interprétations variées selon qu'on la comprend comme faisant barrage à l'aliénation des ressources en question ou comme interdisant à l'autorité publique de se départir de son autorité pour en réguler les usages.

64. Il enjoint également aux États de prendre « les mesures nécessaires pour encourager la mise en œuvre du présent pacte par les acteurs non-étatiques et entités infranationales, incluant la société civile, les acteurs économiques, les villes et les régions compte tenu de leur rôle vital dans la protection de l'environnement. » ; d'ouvrir largement les prétoires aux actions en défense des choses communes ; de promouvoir la possibilité de « demander à leur État de mettre en œuvre de manière effective le pacte en prenant les mesures appropriées » (article 15).

65. Article 1246, C. civ.

66. À titre d'exemple, la Cour d'appel, dans l'affaire *Urgenda préc.*, a précisé qu'elle accueillait la protection des droits des personnes présentes et placées sous sa juridiction, mais non celle des générations futures et des personnes étrangères.

67. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 4^e éd., Paris, Cosse, Marchal et C^{ie}, 1869, § 168, p. 35. Pour les contemporains : M.-A. Chardeux, op. cit. n° 340 et n° 397 ; A. Sériaux, Article 714, *JurisClasseur de droit civil*, Paris, LexisNexis, 2011, n° 8 ; M.-P. Camproux Duffrène, « La protection de la biodiversité via le statut de *res communis* », *Revue Lamy Droit civil*, janv. 2009, Perspectives, pp. 68-74 ; J. Rochfeld, V° *Chose commune*, préc.

68. M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, chr. 27.

69. Cour d'appel de La Haye, 9 oct. 2018, *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands*.

l'atmosphère ou le système climatique actuellement⁷⁷. Cette idée s'est diffusée et nombre de constitutions des États fédérés reconnaissent aujourd'hui un *public trust* sur des éléments identifiés de l'environnement (davantage que sur l'environnement dans son ensemble). Sur le fondement de cette proposition en outre, certaines Cours ont également fait évoluer le concept, dans une approche dynamique des besoins sociaux et en en reprenant souvent les justifications écologiques⁷⁸. « [W]e perceive », affirme par exemple la Cour Suprême du New Jersey, « the public trust doctrine not to be 'fixed or static', but one to 'be molded and extended to meet changing conditions and needs of the public it was created to benefit' »⁷⁹. La notion reste néanmoins très controversée : d'aucuns la décrivent comme inutile ; d'autres comme peu légitime depuis que l'État fédéral ou les États se sont dotés de textes protecteurs de l'environnement qui suffisent à le protéger et à en organiser la gestion⁸⁰ ; quand d'autres encore considèrent que, même en présence de *statutes*, l'échec des politiques publiques en matière environnementale – que ce soit par absence de volonté (contournement des finalités, privatisation, etc.) ou difficultés réelles de réalisation – n'a pas tari l'intérêt de disposer de cet argument.

20 - Il faut dire, enfin, que les effets en sont non négligeables et entrent en résonance avec ceux que l'on pourrait attacher à la chose commune.

En premier lieu, la notion charrie un devoir de protection à la charge des personnes publiques, mais également de personnes privées. Quant aux personnes publiques, à savoir majoritairement les États (mais également le gouvernement fédéral pour les terres qu'il détient, ou encore en matière environnementale où ce dernier est reconnu de plus en plus compétent en tant que *trustee* ou *co-trustee*⁸¹), le *public trust* les investit en tant que

trustee d'un devoir de protection au bénéfice des générations présentes comme futures (les obligations qui en découlent pouvant être déléguées à des « agences » spécialisées⁸²). Ce devoir peut également se concrétiser par l'obligation de réserver une partie de territoire ou certaines ressources au « public »⁸³. Par exemple, l'Article XI, section 1, de la Constitution de Hawaï déclare que « *All public natural resources are held in trust by the State for the benefit of the people* », tandis que la Cour Suprême de cet État a pu déclarer que « *the state has a comparable duty to ensure the continued availability and existence of its water resources for present and future generations* »⁸⁴. Quant aux personnes privées, il n'est que de relever que la doctrine du *public trust* a étendu son domaine à leur égard, en mettant à la charge de propriétaires privés des devoirs de protection (notamment relativement à des terrains autrefois saisis comme communs, comme des marécages par exemple).

Outre ce devoir de protection, en deuxième lieu, le *public trust* s'associe la reconnaissance de « droits » au bénéfice du public (toujours saisi comme les générations présentes et futures, avec parfois une catégorisation effectuée entre les bénéficiaires⁸⁵) : un droit d'accès aux ressources (*easement*) ; un droit d'usage (*diffuse public uses*)⁸⁶.

Enfin, la reconnaissance d'un *public trust* peut ériger des limites à l'activité dommageable d'une personne sur les ressources saisies à ce titre (« *servitude* »), limites que l'on pourrait comparer à « l'abus d'usage ». Cette direction se heurte évidemment aux demandes de nombreux propriétaires, arguant de l'atteinte à leur propriété (*takings*, régi par le 5^e amendement de la Constitution américaine⁸⁷), certaines cours ayant alors précisé qu'il ne s'agissait pas d'atteintes et de reconnaissance de droits nouveaux – d'usage ou d'accès – mais seulement d'empêcher que les ressources soient endommagées⁸⁸. ■

77. Les usages protégés se sont également diversifiés : vers ceux de loisir, de protection de la vie, ou esthétiques. Par ailleurs, alors que la « doctrine » concernait des ressources laissées en dehors de la propriété, elle embrasse aujourd'hui des espaces et biens sous appropriation publique ou privée, cf. D. Shelton, « Nature as a legal person », *Vertigo – La revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 septembre 2015, n° 11 et s. ; non sans donner lieu à des conflits et des superpositions possibles entre une titularité « dominante » qui reviendrait au public, d'user et de jouir des ressources concernées pour tous les usages qu'elles offrent – le *jus publicum*, « bundle of trust rights » – et une titularité, soumise, du propriétaire privé – le *jus privatum*, cf. M. C. Blumm & M. C. Wood (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 15.

78. Par ex., très rapidement après l'article de 1970, *Supreme Court of California, Marks v. Whitney*, 91 P.2d 374 (Cal. 1971). Pour une cartographie complète de cette évolution et des décisions importantes, v. R. M. Frank, « The Public Trust Doctrine : Assessing Its Recent Past & Charting Its Future », *UC Davis Law Review* 2012, 45, pp. 665-691.

79. Supreme Court of New Jersey, *Raleigh Avenue Beach Ass'n v. Atlantis Beach Club, Inc.*, 879 A.2d 112, 121 (N.J. 2005) (citant *Matthews v. Bay Head Improvement Ass'n*, 471 A.2d 355, 365 (N.J. 1984), cité par M. C. Blumm & M. C. Wood (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 9.

80. R. J. Lazarus, « Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources : Questioning the Public Trust Doctrine », 71 *Iowa L. Rev.* 631 (1986).

Les auteurs insistent parfois sur la différence effectuée par certaines cours entre *common law public trust* et protection résultant d'un *statute* ; elles retiendraient davantage la seconde, citant souvent California Court of Appeal, *Envtl. Prot. Info. Ctr. v. Cal. Dep't of Forestry & Fire Prot.*, 44 Cal. 4th 459, 515 (2008) ; *Ctr. for Biological Diversity, Inc. v. FPL Crp., Inc.*, 166 Cal. App. 4th 1349 (2008).

81. US District Court for the District of Massachusetts, *United States v. 1.58 Acres of Land, etc.*, 523 F. Supp. 124 (D. Mass. 1981).

82. V. M. C. Blumm & R. D. Guthrie, « Internationalizing the Public Trust Doctrine : Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision », *University of California Davis Law Review*, Vol. 45, 2012, p. 741 ; D. Shelton, art. préc.

83. Avec des arbitrages très délicats pouvant aller jusqu'à faire obstacle au transfert de certaines ressources vers des patrimoines privés ou pour des finalités contraires à la protection.

84. *Waiahole Ditch case*, cité par M. C. Blumm & M. C. Wood (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 7.

85. J. Sax, préc., a pu distinguer une « majorité diffuse » et une « majorité concertée » (*concerted*).

86. Même si les ressources concernées sont privativement appropriées : des rives ou des chemins vers l'Océan, par ex., ont été saisis comme tels ; il y a plus de difficultés pour les plages et les terres, cf. Supreme Court of New Jersey, *Matthews v. Bay Head Improvement Assn.*, 471 A.2d 355 (N.J. 1984).

87. Il prévoit une indemnisation en cas d'expropriation pour utilité publique : « from taking « private property [...] for public use, without just compensation » », cf. J. Bramley, « Supreme Foresight : Judicial Takings, Regulatory Takings, and the Public Trust Doctrine », 38B.C. *Envtl. Aff. L. Rev.* 445 (2011).

88. Les droits du public ont même parfois justifié des limitations aux possibilités du propriétaire de changer l'affectation de ses biens, cf. des projets commerciaux dérivant de ressources en *public trust* (un espace montagneux et boisé) victorieusement attaqués sur le fondement d'une présomption selon laquelle l'État ne pourrait pas vouloir atteindre les usages du public, Supreme Judicial Court of Mass., *Could v. Greylock Reservation Commission*, 350 Mass. at 410, 215 N.E.2d 114 (1966) ; des cessions ont également pu être entravées du fait de l'existence d'un *public trust*, ce qui ne veut pas dire qu'elles soient totalement prohibées mais qu'elles doivent « seulement » être compatibles avec les droits du public, Supreme Court of Wisconsin, *Just v. Marinette County*, 56 Wis.2d 7, 201 N.W. 2d 761 (1972).

19 Environmental Injustice: How treaties undermine human rights related to the environment



Lisa SACHS,
Director of the Columbia
Center on Sustainable
Investment (CCSI)



Lise JOHNSON,
Head of Investment Law and
Policy, Columbia Center on
Sustainable Investment



Ella MERRILL,
Special Assistant to the
Director, Columbia Center on
Sustainable Investment

1 - Our planet faces unprecedented threats, including irreversible global warming, loss in biodiversity, and water pollution and scarcity. The impacts of these environmental crises also threaten human rights and exacerbate inequality within and between countries and populations.¹ Slowing or halting these worsening environmental trends – and addressing the impacts of environmental change on diverse populations – will require cumulative policy responses at the national and international levels.

2 - Fortunately, there are efforts to align globally around these challenges. The centrality of clean water and air, diverse ecosystems, rich soils and other elements of a healthy environment to human life and health has been recognized in numerous regional and international instruments and declarations over the past 50 years, and is included in many countries' constitutions.² Agenda 2030, universally adopted by all of the world's governments in 2015, also emphasizes and elaborates on the environmental crises and goals over the coming decade, including specific targets for governments, private sector entities and other actors to work toward. Following the adoption of Agenda 2030, several countries have advocated for a Global Pact for the Environment to create a framework for the international protection of the right to a healthy environment, as codified and reflected in the varied declarations, laws and conventions.³

3 - Concurrently with the elaboration of the right to a healthy environment has emerged both the concept and diverse and broad movements for environmental justice. There is no one definition of environmental justice ; the term has been used differently in different contexts and by different populations. Indeed, the « breadth of concepts used in defining environmental justice illustrates that the term is quite broad, integrated, expansive, and inclusive, embodying a variety of understandings of justice

itself. »⁴ However, the central, inter-related elements of the notion of environmental justice are those of « equity and distribution, individual and cultural recognition, political participation, and individual and community functioning. »⁵ These principles of environmental justice have likewise been codified or incorporated in instruments, institutions and practices at the international level (such as with the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters) as well as at the domestic level (for instance, with the United States Environmental Protection Agency's Office of Environmental Justice).

4 - Yet in the race to take action to protect the environment and humanity's equitable and sustainable use of the planet's resources, many policymakers and advocates have overlooked how provisions buried in thousands of bilateral and multilateral investment agreements have stymied such critical policies and threaten to do so at an increasing scale. This is due to the investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism, found in most international investment agreements (IIAs) including both bilateral investment treaties (BITs) and the investment chapters of free trade agreements (FTAs). This mechanism allows a specific subset of actors – international asset holders, often multinational enterprises – to sue host governments for government measures that undermine their actual or expected profitability, no matter the objective of the challenged measure. As a consequence, environmental measures are vulnerable to attack under those provisions when they impose additional costs on or otherwise negatively impact multinational enterprises and other international investors. This not only has negative implications for environmental protection, but also for the justice dimensions of environmental law and policy.

5 - As this chapter describes further, this private dispute mechanism limits governments' willingness and ability to adopt and enforce policies meant to protect citizens and the environment from potentially harmful corporate activities and has important implications for the future of environmental justice. The impacts of these treaties and of ISDS is only recently becoming clear ; most of the more than 3,300 treaties have been signed within the past forty years or so.⁶ Disputes brought under the ISDS mechanism of these treaties are even more recent ; as of July 31, 2019,

1. G. Reeh, 'Human Rights and the Environment : The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect,' (Blog of the *European Journal of International Law*, 9 September 2019) <<https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-environment-the-un-human-rights-committee-affirms-the-duty-to-protect/>> accessed 1 November 2019.

2. For a summary, see « Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment », A/73/50, 19 July 2018, available at <http://srenvironment.org/sites/default/files/Reports/2018/Boyd%20Knox%20UNGA%20report%202018.pdf>.

3. Global Pact for the Environment, *Objectives*, <<https://globalpactenvironment.org/en/>> accessed 6 September 2019.

4. D. Schlosberg, *Defining environmental justice : theories, movements, and nature* (Oxford ; New York : Oxford University Press, 2007), at 52.

5. *Ibid.*, at 79.

6. Columbia Center on Sustainable Investment, *Primer : International Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement*, <<http://>

983 known disputes had been filed, with more disputes brought confidentially⁷ and others threatened and then settled, formally (23% of all cases brought between 1987 and 2018)⁸ or informally, before an award was issued.⁹ Half of all known disputes have been brought between 2012 and 2018,¹⁰ and in 2018, 70% of the 50 substantive decisions by tribunals were made in favor of the investors.¹¹

6 - Investor-state dispute settlement allows investors to remove disputes they have with host states, and stakeholders within them, from domestic administrative and judicial processes and norms. Investors are able to frame those disputes as alleged breaches of international investment law, and put them before ad-hoc, party-appointed, party-paid tribunals. Those tribunals are unconstrained by domestic rules and procedures and able to decide disputes without due consideration or deference to other obligations, rights, or policies of the host governments under domestic or international law, or rights and interests of third-parties relevant to or affected by the dispute.¹²

7 - While the mechanism is often described as providing investors with a mechanism of last resort they can use to challenge unremedied losses caused by uncompensated nationalizations appropriating the investors' property, or bad faith, corrupt, or discriminatory conduct by host states, the reality appears quite different.¹³ Rather, investors have commonly used the ISDS

mechanism to challenge government measures adopted in good faith to address issues of public concern, including those taken in the public interest to protect the life, health, and security of people or planet; and tribunals have not only welcomed these claims but have awarded investor claimants substantial sums, out of public coffers, to compensate investors for economic impacts on their investments, including in many cases, alleged future lost profits.

8 - First, this article explains the various ways in which IIAs and ISDS affect environmental protection and justice, including by chilling legitimate and necessary regulation and enforcement. Second, the article illustrates how ISDS has undermined specific environmental measures, using examples of challenged actions to address the climate crisis and to protect water resources. Third, the article describes how ISDS undermines governance, democratic processes, and rights, including environmental impact assessments (EIAs) and stakeholder participation in them, the processes of environmental decision-making,¹⁴ and efforts to protect communities' rights to representation and access to justice.¹⁵ This article adds to existing literature that has documented how ISDS has been used to challenge environmental protection and policy making by looking at the implications of ISDS on other dimensions of environmental justice. It also adds to the debate regarding undue regulatory chill and regulatory risk-shifting by elaborating on theories explaining why and how ISDS can have these effects, and documenting additional ISDS cases challenging good faith environmental protection and policymaking. The article concludes with recommendations on how states can address the systemic impact of IIAs and ISDS on states' regulatory space over environmental and other public interest matters.

1. Impact of IIAs and ISDS on Environmental Governance

9 - As other studies have highlighted,¹⁶ IIAs and ISDS cases challenge environmental protection in several ways.

10 - First, they increase the cost of environmental measures. If a government acts to address an issue of environmental concern – whether by passing new legislation or regulations, producing new or clarified interpretations of existing laws or regulations, adopting judicial or administrative decisions approving, rejecting, or otherwise shaping the governance of an investment

global value chains. In terms of direct expropriations, UNCTAD's database reveals that the successful claims (40) relate to government actions canceling projects due, for instance, to concerns about the impacts of the projects or the investors' conduct in relation to them (e.g., as in *Copper Mesa v. Ecuador*, discussed infra), government efforts to raise and collect taxes paid by projects (e.g., as in *Burlington v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, Award, December 12, 2012), and/or disputes involving the government's takeover of projects. The latter have been concentrated in disputes involving just two countries, Russia and Venezuela. Additionally, where there have been findings of improper conduct, including allegations of uncompensated expropriation, the claims are generally pursued before remedies have been exhausted domestically, meaning it is unclear that any errors or other misconduct would have remained unremedied by the state absent the ISDS claim.

14. *Mobil and Murphy v. Canada (I)*, Case No. ARB(AF)/07/4 (ICSID. 2007).

15. E.g. *Copper Mesa v. Ecuador*, PCA Case No. 2012-2; *Bear Creek Mining v. Peru*, Case No. ARB/14/21 (ICSID. 2014).

16. J. Viñuales, 'Foreign Investment and the Environment in International Law,' (2012) Cambridge University Press; K. Miles (e.d.), 'Research Handbook on Environment and Investment Law,' (2019) E. Elgar; K. Tienhaara, 'The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy,' (2009) Cambridge: Cambridge University Press; T. Slater, 'Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection', in *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 14, n° 1, 2015.

ccsi.columbia.edu/2019/06/03/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement/> accessed 1 November 2019.

7. Investment Policy Hub, *Investment Dispute Settlement Navigator*, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> accessed 1 December 2019. Not all arbitration rules require disclosure of the legal challenge or of the related case materials. Columbia Center on Sustainable Investment, *Primer: International Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement* <<http://ccsi.columbia.edu/2019/06/03/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement/>> accessed 1 November 2019.

8. UNCTAD, 'Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues' (2019) *UNCTAD IIA Issues Note*, Issue 4.

9. For example, a report listing possible reasons for China's previously low profile in ISDS cases suggests it may be due to the country's preference for settling such disputes informally through diplomatic discussion. D. Pathirana, 'A Look into China's Slowly Increasing Appearance in ISDS Cases,' *Investment Treaty News* (26 September 2017).

10. Columbia Center on Sustainable Investment, *Primer: International Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement*, <<http://ccsi.columbia.edu/2019/06/03/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement/>> accessed 1 November 2019.

11. Either on jurisdictional grounds or on merits. UNCTAD, 'Review of ISDS Decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues' (2019) *UNCTAD IIA Issues Note*, Issue 4.

12. Columbia Center on Sustainable Investment, *Primer: International Investment Treaties and Investor-State Dispute Settlement*, <<http://ccsi.columbia.edu/2019/06/03/primer-international-investment-treaties-and-investor-state-dispute-settlement/>> accessed 1 November 2019.

13. There have been only a few cases, for instance, involving a tribunal's finding that the government acted in bad faith or discriminated against the investor on account of its nationality. With respect to bad faith, the authors searched cases available in the « Investor-State Law Guide » database for the terms « bad faith ». While, as of December 11, 2019, 249 interim and final awards had that phrase, only a few indicated a finding by the tribunal that the government had indeed acted in bad faith. See, for instance, *Yukos Universal Ltd v. Russia*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014 (suggesting that the taxes assessed were not good faith measures aimed at raising public revenue); *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. and Conocophillips Gulf of Paria B.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Interim Decision, January 17, 2017 (finding that the tribunal had not previously concluded the government had acted in bad faith). Similarly, of the 209 decided disputes in the UNCTAD database as of December 13, 2019, only nine involved a finding that there had been a national treatment violation. Moreover, none involved a finding of discrimination against the investment on account of the investor's nationality. The cases instead involved findings that there had been disparate treatment of foreign investors based on factors other than nationality, factors that seemed unclear or unjustified to tribunals, or disparate treatment of investments arising from, or based on implications for, structures and locations of production along

project – and those actions negatively impact investors' actual or expected profits, covered investors can challenge those actions in arbitration. The arbitration costs alone can raise the actual cost of adopting and implementing the measure, which can potentially shape the respondent government's (or even other governments') willingness and ability to adopt or maintain that or similar measures in the future.¹⁷ Settlement of threatened and actual claims is also common, even though the settlement itself or its terms are rarely known.¹⁸ One may assume that, in such cases, something is being given for the decision to drop a case, whether financial (which increases the cost of action) or regulatory (which is an agreement to stop, slow, or limit regulatory action, or to approve projects or terms that would otherwise be rejected).¹⁹ If an ISDS case proceeds and the government is found liable and ordered to pay the investor, the actual costs of environmental measures are even higher (often substantially so), in addition to the likely chill on the government's willingness to adopt similar measures or enforce them against other investors.²⁰

11 - Second, in terms of political costs, each suit alleges a violation of international law, a serious charge against countries that can cause respondent countries' reputations to suffer in the eyes of investors, other states, and other international law adjudicators and systems. Particularly if the measure reflects the policy preferences of a less politically powerful actor within the respondent country, such as a local municipality or an environmental agency, the country's executive leadership may deem the political cost of sacrificing that subsidiary entity's policy choice to be less than the cost of maintaining a course of action alleged to be inconsistent with international law (or other countries' or investors' interpretations of that law).

12 - Third, ISDS exacerbates the disproportionate power of investors relative to other domestic constituents. Legal systems outside of the ISDS context provide very little room for citizens or entities to take governments to task in any meaningful, consequential way for environmental *inaction*. Theory and research suggest that the regulatory state already tends to sit in a rather constant state of chill (especially when looking at the extent of action against well-resourced and financed groups).²¹ ISDS reinforces that stagnation, enabling greater pushback against any movement in the direction of environmental protection, particu-

larly when that movement would run counter to powerful vested interests.

13 - Fourth, ISDS can make it legally impossible to maintain the challenged measure. While not commonly done, tribunals can and have used powers of injunctive relief to order governments to do, or not do, certain things. They have ordered governments, for instance, not to take administrative enforcement actions in response to investor violations of domestic law,²² and have ordered governments to nullify the effects of court decisions, including decisions awarding plaintiffs money as compensation for alleged environmental harms.²³ Additionally, private individuals and government entities in the host state may be able to pursue domestic actions to cause the removal of measures ISDS tribunals have deemed to violate the treaty.²⁴

14 - Fifth, and relatedly, ISDS cases have norm-shifting and norm-creating effects. Indeed, « the debate over the extent to which the provisions of international trade and investment agreements can 'chill' domestic policy—including climate policy—seems strangely detached from more general assumptions about the normative force of international law. »²⁵ The very purpose of international treaties is to reduce domestic policy space, and ISDS decisions have largely failed to recognize or clarify governments' retained powers to adopt environmental (or other public interest measures) in the interest of their populations. To the contrary, decisions have expanded key dimensions of the scope of investor protections over time;²⁶ holding that investors are able to enforce expectations that are invalid and nonexistent under domestic law;²⁷ limiting the polluter pays principle;²⁸ concluding that environmental or similar exceptions only apply

17. See, e.g., Congressional Research Service, 'Government Contract Bid Protests : Analysis of Legal Processes and Recent Developments,' (2018) (discussing the potential impact that litigation can have on agency action and public funding); on regulatory chill, see, K. Tienhaara, 'Regulatory Chill in a Warming World : The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement' (2018) 7 *Transnational Environmental Law* 2 : 229-250 ; J. Brown, 'International Investment Agreements : Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat ?' (2013) 3 *Western Journal of Legal Studies* 1 ; G. Van Harten and D. N. Scott, 'Investment Treaties and Internal Vetting of Regulatory Proposals : A Case Study from Canada,' (2016) 7 *Journal of International Dispute Settlement* 1 : 92-116.

18. E. M. Hafner-Burton, S. Puig, and D. G. Victor, 'Against Secrecy : The Social Cost of International Dispute Settlement,' (2017) 45 *Yale Journal of International Law* 279.

19. This latter type of « chill » – e.g., the issuance of a permit or permit terms covered by an investor irrespective of the degree of compliance with environmental law or policy – is not captured by Berge and Berger's assessment of « systemic » regulatory chill.

20. If, for instance, an investor challenges one new environmental measure as applied to its project, and the tribunal orders the government pay the costs of that measure, other investors can bring follow-on suits similarly seeking compensation.

21. See, e.g., See generally R. E. Barkow, 'Insulating Agencies : Avoiding Capture Through Institutional Design,' (2010) 89 *Texas Law Review* 15, 26-64 ; N. Bagley & R. L. Revesz, 'Centralized Oversight of the Regulatory State,' (2006) 106 *Columbia Law Review* 1260, 1287-90 ; R. A. Kagan, 'Editor's Introduction : Understanding Regulatory Enforcement,' (1989) 11 *Law and Policy* 89.

22. See, e.g., *Perenco v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and Liability, September 12, 2014, paras. 434-35.

23. *Chevron v. Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Second Partial Award on Track II, August 30, 2018 (reiterating and reconfirming orders to remove the enforceability and prevent enforcement of the « Lago Agrio » award).

24. Some contend that ISDS decisions do not actually interfere with regulatory prerogatives as they simply require that compensation be paid for allegedly offending measures, not that such measures be removed. But that argument ignores both the fact that tribunals have in fact ordered the removal of challenged measures, and that domestic actors can also potentially use the outcomes of ISDS decisions to cause the removal of measures deemed inconsistent with the IIA. As Porter and Gallagher explain :

« The assertion that trade and investment rules cannot modify domestic law appears to be based on an inaccurate assumption that these rules lack domestic legal effect. The domestic status of international law is usually discussed in the context of the distinction between the « monist » approach, which treats international law as part of the same legal system as domestic law, and the « dualist » approach, which treats it as a distinct legal system. » M. Porterfield, et al., 'Assessing the Climate Impacts of US Trade Agreements' (2017) 7 *Michigan Journal of Environmental and Administrative Law* 51, 66. In the US, for instance, which contains features of monism and dualism, « implementing legislation for U.S. trade agreements typically provides that *federal law* may not be challenged in federal court on the grounds that it is inconsistent with a provision of a trade agreement. In contrast, the federal government may seek judgments in federal court declaring that *state or local laws*—including climate measures—are preempted by a trade or investment rule. » Id. at 73-74. This means that if a decision was rendered by an ISDS tribunal finding a local measure to breach an IIA, the federal government could sue domestically for the removal of that measure based on its inconsistency with the treaty.

25. Id. at 75.

26. *Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award, March 17, 2015, paras 435, 438.

27. See, e.g., *Tethyan Copper v. Pakistan*, Case No. ARB/12/1 (ICSID. 2012) ; see also L. Johnson, 'A Fundamental Shift in Power : Permitting International Investors to Convert Their Economic Expectations into Rights' (2018) *Discourse*.

28. *Burlington v. Ecuador*, Case No. ARB/08/05 (ICSID. 2008), Interim Decision on the Environmental Counterclaim, August 11, 2015, paras. 356-57. The tribunal in this case rejected Ecuador's argument that a strict liability regime applied to govern responsibility for pollution during the investor's oil operations.

if the government was acting to resolve a problem created by the investor's wrongful conduct ;²⁹ and discounting the relevance of local concerns and legal complaints about environmental or livelihood related risks of projects when determining whether projects would have or should have gone ahead.³⁰ More broadly, one cannot find an example of a tribunal rejecting a claim against an environmental measure on the ground that such claims are facially meritless and outside of what the treaties were established to do.

15 - These complex and often non-transparent ways in which actual or threatened ISDS cases, or even the risk of such cases, impact on decision making and outcomes, all contribute to the systemic 'chill' that IIAs and ISDS have on environmental action. Literature and available evidence likely underestimate the extent of such regulatory chill.³¹ Indeed, as is often noted, chill is difficult to document,³² particularly but not only because of the confidentiality of informal or even formal settlements, the extreme difficulty of measuring *inaction* or shifts in power dynamics and norms over time, and the effects those have on different areas of policy.

A. - Implications for Climate Action

16 - The international scientific community's assessment that the world needs to strand 80% of proven fossil fuel reserves and transition to zero-carbon energy systems³³ in order to avoid the most disastrous consequences of global warming has enormous implications for global investments. While trillions of dollars of new investments will be required to meet growing demands for clean energy, significant existing investments in fossil fuel extraction, transmission, and processing will have to be urgently phased out. In line with goals and commitments agreed by the international community, individual countries are increasingly adopting a range of policy tools to shift energy generation and transmission, including phasing out coal-fired power plants, adopting mechanisms like carbon-pricing schemes, or employing other regulatory tools, such as fuel efficiency standards, methane leakage, and emissions controls.³⁴ Additional measures will be necessary, including the revocation or modi-

fication of permits for exploration for, extraction of, and power generation from fossil fuel resources.³⁵

17 - Each of these measures will impact the profitability (and in some cases, viability) of investments related to carbon-intensive energy, the types of economic impacts that have triggered ISDS claims. Measures to mitigate climate change that are vulnerable to being challenged through ISDS claims include, but are certainly not limited to, strengthening performance standards and emissions limits, the imposition of carbon taxes, energy source phase-outs, zone restrictions limiting future development, and the denial of permits for fossil fuel development or use.³⁶

18 - Indeed, we have already started seeing the first cases. In 2015, following years of delay, the United States government rejected TransCanada's construction permit to build the Keystone XL Pipeline. Obama announced that the pipeline would undercut efforts on the part of the government to make the United States a leader in climate action. TransCanada, in its notice of arbitration, likened activist opposition (largely from indigenous groups) as a « litmus test » for politicians and accused Obama of rejecting the project simply to prove his « environmental credentials ». ³⁷ In its \$15 billion ISDS claim against the United States under the North American Free Trade Agreement (NAFTA), the company alleged it had borne substantial expenses related to the project, and sought compensation for future lost profits it allegedly expected to earn from the development and operation of new fossil fuel infrastructure. ³⁸ In addition to claiming that the government's decision violated the treaty's fair and equitable treatment provision and wrongfully expropriated the investor's investment, TransCanada also claimed discrimination against its particular investment project by the government, due to the fact that no application for a Presidential permit for cross-border pipelines had ever been previously rejected. ³⁹ Ultimately, the case was withdrawn by TransCanada after President Trump was elected and approved the resubmitted permit application. ⁴⁰

19 - In 2015, the new provincial government of Alberta, Canada announced that it would phase out its coal-fired power

29. *Bear Creek v. Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, paras 410-412, 475 (discussing the role of investor fault in addressing the « character » of the measure for the purpose of determining whether an expropriation had occurred, and for the applicability of the treaty's general exceptions clause). Under the tribunal's reasoning, the exception would arguably not apply if the government were addressing a problem, such as climate change, that exists irrespective of the investor's legal « fault ».

30. See, e.g., discussion of *Copper Mesa v. Ecuador*, PCA Case No. 2012-02, and *Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, *infra*. investor roughly USD 20 million, representing 70% of the costs it allegedly expended in developing the project.

31. The authors of recent research into regulatory « chill » in ISDS find that there is anecdotal evidence of it, but conclude that it is likely not a « systemic » problem. T. Laudal Berge and A. Berger, 'Does investor-state dispute settlement lead to regulatory chill? Global evidence from environmental regulation' (2019) <https://www.peio.me/wp-content/uploads/2019/01/PEIO12_Paper_78.pdf> accessed 1 November 2019.

Their data, however, would likely miss many if not most forms of chill, including weakening of regulations or laws from initial proposals through to passage ; non enforcement of measures ; decisions to grant permits that otherwise might not be allowed, or to include terms that would otherwise not be offered, and interpretations of domestic laws in ways that internalize norms of strong investor protections.

32. *Ibid.*. See also sources on regulatory chill cited *supra*, n. 17.

33. J. Leaton et al., 'Unburnable Carbon 2013 : Wasted capital and stranded assets,' (2013) *Carbon Tracker and Grantham Institute at the London School of Economics and Political Science*.

34. See Climate Change Laws of the World, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, available at : <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/research-theme/governance-and-legislation/>, accessed 10 December 2019.

35. Deep Decarbonization Pathways Project, 'Pathways to deep decarbonization 2015 report,' (2015) SDSN - IDDRI ; M. Gerrard and J. Dernbach, *Legal Pathways to Deep Decarbonization in the United States* (Environmental Law Institute 2019).

36. B. Skardvart Güven and L. Johnson, 'International Investment Agreements : Impacts on Climate Policies in India, China, and Beyond' in K. P. Gallagher and C. Barakatt (eds), *Trade in the Balance : Reconciling Trade and Climate Policy Report of the Working Group on Trade, Investment, and Climate Policy* (Boston University, 2016) ; N. Lobel and M. Fermiglia, 'Investment Protection and Unburnable Carbon : Competing Commitments in International Investment and Climate Governance' (2018) 4 *Diritto del Commercio Internazionale*.

37. *TransCanada v. United States*, Case No. ARB/16/21 (ICSID. 2016), Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Chapter 11 of NAFTA.

38. *Ibid.*

39. B. Skardvart Güven and L. Johnson, *op. cit.*

40. E. Lou, 'TransCanada's \$15 billion U.S. Keystone XL NAFTA suit suspended,' *Reuters* (28 February 2017). Since that date, environmental organizations, indigenous groups and others have filed suit to challenge the new permit. Those challenges met with some success, as the federal court examining the permitting decision's compliance with environmental and administrative laws found flaws in the government's environmental review of the pipeline and the government's failure to adequately justify its decision to reverse course and approve the pipeline in 2017. (*Indigenous Environmental Network v United States Department of State*, CV-17-29-GF-BMM, Order, November 8, 2018). In 2019, President Trump revoked the flawed 2017 permit and issued a new presidential permit designed to fall outside the scope of environmental and administrative law requirements and judicial scrutiny of those matters. *Indigenous Environmental Network v. Trump*, CV 19-28-GF-BMM, Memorandum in Support of Motion by TransCanada Keystone Pipeline LP and TC Energy Corporation to Dismiss Plaintiffs' Complaint Pursuant to Fed. R. Civ. P. Rule 12(b)(1) or 12(b)(6), July 16, 2019).

plants by 2030 under its Climate Leadership Plan.⁴¹ The plan included compensation of \$1.4 billion to three companies owning coal-fired plants in connection with their commitment to switch to natural gas, and to waive any claims against the government in connection with investments they had made in coal to feed those plants. In response, Westmoreland, whose mine-mouth operations supplied coal to some of the phased-out operations, but did not itself own or operate coal-fired power generating facilities, alleged that Alberta's compensation of the coal-fired power plants but not of the coal mines themselves breached treaty obligations in the NAFTA to provide fair and equitable treatment. Westmoreland claimed \$357 million in damages.⁴²

20 - Lama Energy Group also sued Canada, under the Canada-Czech Republic bilateral investment treaty (BIT),⁴³ alleging that the Government of Alberta was unduly delaying approvals for their oil sands project, in light of the government's environmental concerns.⁴⁴ The policies that triggered these actions, however, were subsequently reversed ; after the election of conservative Premier Jason Kenney in June 2019, Lama received regulatory approval for its project despite pushback from First Nations groups who claim the activities will put sacred lands and drinking water at risk.⁴⁵

21 - In all three cases above, subsequent reversals of climate-related policy led to the withdrawal of arbitration by the investor, indicating a discouraging trend in global policymaking. While there is not necessarily a causal chain between the launch of those cases and the government's subsequent change in position, ISDS claims undoubtedly further raise the costs and risks of climate action for governments that do adopt climate measures, and offer those governments that are uninclined to adopt bold climate policies a justification for their inaction.

22 - Mere threats of cases can have similar effects. In the summer of 2017, spurred by the ambition of the 2015 Paris Climate Agreement, French Environment Minister Nicolas Hulot drafted a law that would end fossil fuel extraction on French territory by 2040. The law would ban the renewal of all exploitation permits, and if enacted, would mean only a few projects could have continued to exist after 2030.⁴⁶ In reaction to Hulot's new law, Vermilion, a Canadian oil and gas company with numerous extraction sites in France⁴⁷, threatened arbitration, alleging that the planned law would violate numerous provisions under the Energy Charter Treaty.⁴⁸ By September of the same year, the Government had released a second, drastically weakened draft of the law, now allowing the renewal of oil exploitation permits

until 2040.⁴⁹ Most recently, in response to the Dutch government's announcement in 2018 that it would shut down all coal-fired power plants by 2030,⁵⁰ Uniper, the owner and operator of one of the country's largest power plants, threatened arbitration under the Energy Charter Treaty if the legislation is passed into law, hoping similarly for a policy reversal.⁵¹

23 - These types of cases, in which investors claim government action should shift focus onto other actors, be less dramatic, broaden compensation, or otherwise change strategy, are very likely to increase in the context of climate change. The scale of policy change required to transition energy systems will undoubtedly create some losers. But ISDS enables covered investors, alone, to contest their losses on a highly-consequential legal plane that can stifle crucial action, or disproportionality shift the cost of action onto others without the same international legal rights.⁵²

24 - Through that cost- and risk-shifting, IIAs and ISDS can create moral hazards, as investors may overinvest in projects that either contribute to or are not resilient to global warming, relying on their expectation that they will be compensated if policy changes course and causes a drop in the value of their investments. This certainly includes investments in extraction, transmission and refining of fossil fuels, as there is no room in the remaining carbon budget for any new such projects, but is also true for other investments that are vulnerable to climate-related shocks and impacts.⁵³ Early movers that invest in clean technologies and reducing exposure to adverse weather events may ironically bear more regulatory and commercial risks and costs than those laggards that only act when forced to by the government, and then sue for costs incurred or losses suffered due to those measures. Even if those claimants ultimately lose, their claims will have imposed additional costs and risks on climate action that targets firms (as opposed to action that is, for instance, paid for by consumers or taxpayers).

25 - Notably, when oil companies have won ISDS cases, tribunals have awarded compensation that assumes decades of future profits from the development and sale of their reserves.⁵⁴ By awarding that compensation, tribunals are insulating companies from the risks of future stranding, and are locking the public into paying for oil at artificially inflated market prices that do not take

41. The Government of Alberta, *Climate Leadership Plan – Implementation Plan 2018-19* (June 2018).

42. *Westmoreland v. Canada* (UNCITRAL, 2018).

43. Agreement Between Canada and The Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments, 6 May 2009, IC-BT 1157.

44. D. Charlotin, 'Frustrated by Delays in Licensing Process Czech Oilsands Investor Puts Canada on Notice of a Claim Under Bilateral Investment Treaty,' *IA Reporter* (8 April 2019) available at <<https://www.iareporter.com/articles/frustrated-by-delays-in-licensing-process-czech-oilsands-investor-puts-canada-on-notice-of-a-claim-under-bilateral-investment-treaty/>> accessed 1 November 2019.

45. The Canadian Press, 'Alberta Oil Sands Project Wins Regulator Approval Despite Indigenous Objections,' *The Globe and Mail* (13 June 2018).

46. Gouvernement of France, *France, the first country to prohibit exploitation of hydrocarbons* (7 September 2019), <<https://www.gouvernement.fr/en/france-the-first-country-to-prohibit-exploitation-of-hydrocarbons>> accessed 1 December 2019.

47. Vermilion Energy, *France*, <<https://www.vermilionenergy.com/our-operations/europe/france.cfm>> accessed 1 November 2019.

48. Energy Charter Treaty, 2080 UNTS 95 ; 34 ILM 360 (1995).

49. Friends of the Earth France, « *End fossil fuels ? » Decrypting Hulot's Law*, <<https://www.amisdelaterre.org/Mettre-fin-aux-energies-fossiles-Decryptage-de-la-loi-Hulot.html>> accessed 1 December 2019.

50. Government of the Netherlands, *Climate Policy*, <<https://www.government.nl/topics/climate-change/climate-policy>> accessed 1 December 2019 ; Uniper, *Annual Report 2017 : Financial Results*, 23 <https://www.uniper.energy/sites/default/files/2018-03/2018-03-08_fy2017_uniper_annual_report_en.pdf> accessed 1 November 2019.

51. E. Van Der Schoot, 'Claim for coal prohibition for State,' *De Telegraf* (5 September 2019).

52. This can be illustrated in myriad ways. There may, for instance, be important debates around who bears the cost for fuel-switching. To what extent is the burden borne by private utility companies ? To what extent is the burden borne by users ? To what extent is it borne by taxpayers more generally ? A government may determine that equities demand it be borne by private utility companies ; and domestic courts may uphold the legality of such assessment. But investment treaties give those companies – if foreign owned – the unique power to challenge such assessments and shift the burden back to taxpayers or users based, inter alia, on ISDS adjudicators' perspectives of whether the government's determination was « unfair » or « inequitable » to those companies or investors.

53. See, e.g., K. Bos and J. Gupta, *Stranded Assets and Stranded Resources : Implications for Climate Change Mitigation and Global Sustainable Development* 56 Energy Research & Social Science 101215 (2019) (discussing potential for stranding, and challenges and policy implications of providing compensation to owners of stranded fossil fuel-related assets).

54. See, e.g., *Perenco v. Ecuador*, Case No. ARB/08/06 (ICSID. 2008) Award, September 27, 2019 (not including any reference to climate change or stranding of assets in the discussion of the future price of oil).

into account the externalities and risks associated with extraction and sale of the commodity.

26 - As cities, states and countries continue to adopt policies in line with their international commitments and in response to domestic pressures and climate-related incidents to address the mounting climate crisis, the threat of additional ISDS cases mounts. The risks of ISDS are both that governments will be deterred from taking such critical measures (or will reverse the measures in response to a filed suit) and that governments will provide free risk insurance to investors for fossil-fuel-related investments, distorting investment decisions and incentives and increasing the public costs of climate action.

B. - Implications for Quality of and Access to Water Resources

27 - Treaty protections, as they have been interpreted by investment tribunals, have also allowed investors to challenge governments' prerogative to protect water resources from contamination and ensure that water is accessible and affordable to all. In Romania, Gabriel Resources was developing the Rosia Montana gold and silver mine when conflicts arose surrounding the potential threats the mine posed to nearby water sources. Pressured in part by environmental groups, Romania declined to issue necessary environmental permits to the company for fear of cyanide pollution, particularly given recent memory of the cyanide spill and subsequent environmental disaster in 2000, in which Romania was found by the European Court of Human Rights to be liable by failing to conduct an adequate environmental impact assessment (EIA).⁵⁵ Gabriel Resources filed a request for arbitration in 2015, contending that non-issuance of the environmental permit breached treaty protections.⁵⁶ As of 2017, they had invested \$700 million to finance the project.⁵⁷ The company is seeking \$4.4 billion in damages from Romania, roughly 2% of Romania's GDP.⁵⁸

28 - On the other side of the Atlantic Ocean, a U.S. company, Lone Pine, which holds permits for petroleum and natural gas exploration in the Utica basin in Canada, claimed \$100 million from Canada after Quebec implemented a moratorium on fracking below the St. Lawrence River, in response to concerns about the impacts of fracking and other development activities on the water source.⁵⁹ And in Colombia, a series of cases were brought against the country after the Colombian Constitutional Court ordered the prohibition of mining activities in páramos (wetland) regions in 2016, in order to preserve an important source of the country's water supply. As a consequence of this decision, the National Mining Agency reduced the size of several mining companies' concession areas in order to exclude areas located within conservation zones. Eco Oro Minerals Corp., Red Eagle Exploration Limited, and Galway Gold all brought separate cases against Colombia in response. Combined, their claims amount to almost \$1 billion.⁶⁰

29 - The case of Indonesia's struggle with several foreign mining companies in 2004 is a well-investigated instance of

regulatory chill and its deleterious effects on the environment. Shortly after the end of the dictatorial Suharto government in 1998, the new President enacted a forestry law restricting open-pit mining in certain areas where these activities posed a threat to water supplies.⁶¹ Following the President's announcement, several foreign mining companies made private threats to arbitrate. By the government's assessment, Indonesia could have faced billions of dollars in damages if these suits were brought. Meanwhile, violent clashes between local villages and paramilitary officers guarding a mining site broke out. Two months following the deadly clash, in 2004, the Indonesian president issued an emergency decree that exempted twelve mining companies from the new forestry law. Today, eight of these twelve companies have mined in protected forest areas. The indigenous population has had to endure environmental destruction, including harm to local water resources from mining waste discharge-outcomes the forestry law had set out to prevent.⁶²

30 - This is one of many instances where just the threat of arbitration has been enough to turn around new environmental regulation, allowing companies to hold on to advantages won under previous regimes. This is egregious in the context of companies' locking in promises from dictatorial regimes, as with Suharto and also in Libya post-Qaddafi and in Egypt post-Mubarak.⁶³ However, it is equally problematic in prohibiting the evolution and improvement of water management practices in democratic regimes, given the need for governments to be able to respond to the growing global water crisis, greater contestation over water uses, evolving technologies, and improved knowledge of the value of ecosystem services, among other factors that influence policies.

C. - Implications for Environmental Justice

31 - As described above, ensuring environmental justice requires deliberative policy-making processes and outcomes that ensure equity, informed participation (including but not only of the most marginalized voices), and just representation. ISDS can undermine these democratic and deliberative processes, prevent the informed participation of interested parties, and result in outcomes that dramatically skew the proportional weight of environmental risks and impacts. The following sections describe the impacts of ISDS on aspects of environmental justice.

1° Environmental Impact Assessments and Stakeholder Participation in Them

32 - Environmental impact assessments are widely accepted and relied upon features of government approval processes, used to identify and inform governments and other stakeholders of anticipated environmental impacts from certain proposed projects.⁶⁴ The identified and assessed impacts are intended to guide decision making, including the gateway decision of

55. *T?tar v. Romania*, Case No. 67021/01 (ECHR. 2009).

56. *Gabriel Resources v. Romania*, Case No. RB/15/31 (ICSID. 2015).

57. G. Rosia Montana, 'Annual Information Form of Gabriel Resources LTD. For the Year Ended December 31, 2017' (30 April 2018) <http://www.gabrielresources.com/site/documents/AIF_2018_Master_Filing_300418.pdf> accessed 1 November 2019.

58. The World Bank, *The World Bank in Romania*, <<https://www.worldbank.org/en/country/romania/overview>> accessed 7 August 2019.

59. *Lone Pine v. Canada*, Case No. UNCT/15/2. (ICSID. 2013).

60. *Eco Oro v. Colombia*, Case No. ARB/16/41. (ICSID. 2016) ; *Red Eagle v. Colombia*, Case No. ARB/18/12. (ICSID. 2018) ; *Galway Gold v. Colombia*, Case No. ARB/18/13. (ICSID. 2018).

61. Act No. 41 of 1999 Dated September 30, 1999 Re Forestry Affairs, <<https://www.documentcloud.org/documents/3032117-1999-Forestry-Law.html>>.

62. C. Hamby, 'The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries,' *BuzzFeed News* (30 August 2016). Similarly, after a forestry law was passed in Ghana which imposed a moratorium on mining, the government nonetheless allowed mining activities to continue in protected forests due to ISDS threats from American, Canadian and South African corporations. K. Tienhaara. *op. cit.*

63. Chris Hamby, *ibid.*

64. EIAs are also increasingly seen as being required under international law, and are included in both the Escazù Agreement and Aarhus Convention. Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (Escazù Agreement) adopted in Escazù, Costa Rica (4 March 2018). Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice

whether or not to approve a proposed project and how to shape it.

33 - While domestic institutions have pathways for challenging any determinations made on the basis of an EIA, investors have used ISDS to bypass those domestic processes, including domestic rules and procedures. In some cases, investors have alleged that EIA processes and outcomes have breached more favorable treaty protections ; in others, investors have used ISDS to render legally irrelevant the whole EIA process, securing compensation for their investments in projects irrespective of their fate under the EIA.

34 - *Bilcon v. Canada*⁶⁵ is an example of the first type of case. Bilcon, an American mining company, sought to develop a mining and marine terminal project in Canada and was required to obtain various approvals from provincial and federal authorities. As part of the EIA, an expert panel was assembled with the mandate to provide a non-binding opinion on whether or not the project should proceed in light of its potential impacts on the human and natural environment. The panel proposed that the project be rejected in light of its anticipated impacts, including that the project was inconsistent with « core community values. » Taking into account the panel's recommendation, officials in the provincial and federal governments then rejected the project based on their assessments of potential negative impacts on the environment and livelihoods dependent upon it.⁶⁶

35 - Bilcon and its shareholders sued under the NAFTA, taking issue with various aspects and conclusions of the expert panel process, and the governments' subsequent decisions to reject the project. The tribunal ruled in Bilcon's favor, finding fault in particular with the expert panel's approach, which considered the project's consistency with « core community values. » The tribunal ordered Canada to pay \$7 million (though the investors had sought hundreds of millions in damages), stating that the « advisory panel's consideration of 'core community values' went beyond the panel's duty to consider impacts on the 'human environment,' » in violation of the NAFTA.⁶⁷

36 - The dissenting arbitrator in the case, Professor Donald McRae, highlighted at least two fundamental implications of the award : first, that investors could bypass domestic remedies in the case of disagreement with environmental review panels, allowing a NAFTA tribunal to decide on the proper application of domestic law, and « importing a damages remedy that is unavailable under Canadian law. » Professor McRae noted that this « is a significant intrusion into domestic jurisdiction and will create a chill on the operation of environmental review panels. »⁶⁸ Second, Prof. McRae noted that the « subjugation of human environmental concerns to the scientific and technical

feasibility of a project is not only an intrusion into the way an environmental review process is to be conducted, but also an intrusion into the environmental public policy of the state. »⁶⁹

37 - Canada unsuccessfully challenged enforcement of the award in Federal Court ; the presiding judge acknowledged that the decision raises « significant policy concerns, » including « its effects on the ability of NAFTA Parties to regulate environmental matters within their jurisdiction, the ability of NAFTA tribunals to properly assess whether foreign investors have been treated fairly under domestic environmental assessment process, and the potential 'chill' in the environmental assessment process that could result from the majority's decision, » but that the Federal Court had a very limited scope to review the tribunal's determination.⁷⁰

38 - In addition to taking issue with how the expert panel interpreted Canadian law governing environmental impact assessments and the relevance of « core community values », the tribunal also found that Canada improperly discriminated against the claimants by applying stricter scrutiny to the environmental and social impacts of the claimant investors' proposed project than had been applied in separate previous projects. This aspect of the tribunal's decision makes it riskier for governments to strengthen their legal frameworks (and interpretation thereof) over time. Provided a claimant can point to an earlier period or instance when rules, policies, or practices were more lax, and other projects benefitted from more permissive frameworks or approaches, they can claim that they are being discriminated against relative to those earlier projects.

39 - Of course, it may be that the process at issue in *Bilcon* and other domestic EIA processes are flawed. Indeed, while investors may argue EIA processes are too lengthy and burdensome, there is a significant amount of literature finding that EIA processes too commonly fail to adequately assess or manage risks.⁷¹ Assuming that there are errors in the process, it is important to interrogate the implications of investors' being able to use ISDS to highlight both those errors and secure monetary relief for them.

40 - Notably, ISDS only allows one side – the project proponent – to challenge adverse decisions. When an EIA supports a project, those opposed to the project neither are able to use the ISDS process nor have access to equally powerful tools under other areas of international law to advance their claims. This creates a structural imbalance in favor of project proponents and against other interests opposed to the proposed project, which might be more expansive in scope and impact, and accompanied by fewer mitigation options, than that supported by other stakeholders.

41 - Moreover, the enforcement of treaty protections, as interpreted by investment tribunals, has allowed for a much broader scope of review of EIA processes and outcomes than is available domestically. In domestic jurisdictions, there are generally pre-set rules of procedure or evidence or other statutory rules on

in Environmental Matters (Aarhus Convention) done at Aarhus, Denmark (25 June 1998) art 6.

65. *Clayton/Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04.

66. *Clayton/Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Canada's Counter-Memorial on Damages, June 9, 2017, 30-41 ; Award on Damages, January 10, 2019, para. 172

67. *Clayton/Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04 ; In N. Lobel and M. Fermiglia, *op. cit.*, the authors note that in a case with a comparable outcome, *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v Republic of Costa Rica*, the tribunal found that, « While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for public purpose, and thus be legitimate, [this] [...] does not affect the nature of the measure or the compensation to be paid for the taking [...]. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference. » *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (Case No. ARB/96/1), Award, 17 February 2000, para. 71. This finding holds important implications for future cases where, as was the case in *Clayton/Bilcon v. Canada*, permit denial or revocation on the basis of climate or environmental protection will be challenged.

68. *Ibid.* para. 48.

69. *Ibid.* para. 49.

70. 'Judgement of the Federal Court of Canada,' 2018 FC 436 (*Conclusion*) (2018).

71. A. Barker, C. Jones, 'Investment Facilitation and EIS's : A Critique of the Performance of EIA within the Offshore Oil and Gas Sector,' 43 *Environmental Impact Assessment Review* 31, 34 (2013) ; J. Li, 'Environmental Impact Assessments in Developing Countries : An Opportunity for Greater Environmental Security,' (2008) USAID and FESS Working Paper No. 4. (discussing environmental impact assessments in Asia) ; B. Anifowose, D. M. Lawler, D. van der Host, and L. Chapman, 'A Systematic Quality Assessment of Environmental Impact Statements in the Oil and Gas Industry,' (2016) 572 *Science of the Total Environment* 570 (focusing on environmental impact statements in Nigeria) ; A. Ingelson and C. Nwapi, 'Environmental Impact Assessment Process for Oil and Mining Projects in Nigeria : A Critical Analysis,' (2012) 10 *Law, Environment and Development Journal* 35.

the scope of judicial review that are designed to permit scrutiny of EIA decisions, while also pragmatically confining the availability and scope of review as to when, for what, and how long litigation can proceed. But claimants in ISDS cases are not limited by those rules. Thus, although IIAs are often described as providing a last resort for investors, and offering checks only against egregious government conduct, recourse to ISDS actually offers a much more flexible, open-ended and promising avenue for investors than the more consciously circumscribed path available in domestic law.

42 - ISDS also offers investors remedies they would generally not be entitled to under domestic law. In disputes in which investors have contested EIA processes or outcomes, they have been awarded not just the additional costs incurred in participating in, challenging, or redoing the allegedly flawed proceedings. Instead, they have been awarded total sunk costs invested in the project, raising the costs to governments of EIA processes or decisions that investors dislike.

43 - Additionally, when investors have challenged permit denials or other measures rejecting the project even before EIAs had been completed or considered, tribunals have awarded investors the sunk costs in developing or future lost profits anticipated from the project. This is the second type of case referred to above – those which effectively render EIA processes irrelevant – and includes disputes such as *Copper Mesa v. Ecuador*,⁷² *Bear Creek v. Peru*,⁷³ and *Tethyan Copper v. Pakistan*.⁷⁴

44 - More specifically, under domestic processes, until an EIA is approved and relevant domestic stakeholders have either chosen not to exercise or have been unsuccessful in their efforts to challenge the EIA process or decision, projects are not certain to go ahead (and even then, their future is not secure, as other permits and approvals, including those related to water usage and other infrastructure, are often required). If the project does not secure those essential approvals and fend off challenges, the investor may not recover any of the project's development costs, much less future profits. The risks applying for and securing permits and other authorizations are part of the risks of doing business, particularly in highly regulated and controversial industries and activities. Tribunal awards in projects without fully approved EIAs and other permits therefore represent a windfall to the investor and undue burden on the government. They provide the investor funds it was not otherwise entitled to and effectively ignore both the public's power to participate in and challenge EIA approvals, and the outcome determinative role that EIAs are supposed to play.

2° Implications for Domestic Powers to Shape Local Costs and Benefits

45 - A routine dynamic in ISDS is that of a resource-rich (and often, but not always, less developed) country facing claims from foreign investors with interests in resource extraction or exploitation. There are costs and benefits to resource extraction, and to the involvement of foreign investment in these processes. Each state has a right and an obligation to weigh these carefully, also taking into account the rights and interests of their stakeholders to meaningfully participate in relevant decision making. A state and affected individuals and communities should be able to

ensure that the domestic public benefits of each project outweigh the public costs before a project is allowed to proceed. Ensuring that investor interests are compatible with the interests and further development of local communities, and enabling meaningful local participation in project-related decision-making, are central aspects of sustainable investment.

46 - In some cases, governments have adopted measures governing extractive industry projects that do not address environmental matters directly, but do so indirectly by trying to ensure that the socio-economic gains from projects warrant the consumption of exhaustible natural resources. Those economic gains can be crucial for providing governments the budgetary resources necessary to effectively monitor and regulate projects, and promoting the economic gains that can drive environmental improvements based on the theory of the environmental Kuznets curve.⁷⁵ These types of economic or development-oriented measures, including efforts by local communities to ensure project benefits outweigh environmental costs, have, however, also been subject to ISDS challenges with follow-on implications for environmental protection.

47 - In *Mobil and Murphy v. Canada*, for instance, investors successfully contested government attempts to ensure that extraction of oil in the regions of Labrador and Newfoundland drove long-term development in a low-income region. The tribunal determined that measures requiring that the claimants invest a specified minimum amount in education, training, research, and development (R&D) violated the NAFTA's restrictions on performance requirements.⁷⁶

48 - In the politically contentious claim against South Africa's Black Economic Empowerment (BEE) policies,⁷⁷ *Foresti v. South Africa*, a group of European mining investors claimed that BEE requirements breached the protections provided by the Luxembourgish and Italian investment treaties with South Africa.⁷⁸ BEE policies obligated the companies, among other things, to meet certain social and development objectives, which the claimants alleged were not economically feasible. These included special programs for Historically Disadvantaged South African employees, such as housing and training.

49 - States' environmental decision making, including and especially related to extractive projects, should also be allowed to change, with evolving environmental standards and norms, democratic processes that reflect changing views of the electorate, and new technological innovations and alternatives. But as described above, IIA provisions can make such domestic policy evolutions exceedingly costly. In 2019, for example, Aura Energy Limited served a notice of dispute against Sweden under the Energy Charter Treaty after the Mining Inspectorate of Sweden, responding to domestic concerns over the environmental impacts of uranium exploitation and in light of the availability

75. The validity of the environmental Kuznets curve, and whether and when it accurately describes or predicts environmental protection is a matter of continued study and debate.

76. *Mobil and Murphy v. Canada (I)*, Case No. ARB(AF)/07/04 (ICSID. 2007).

77. BEE policies are for the benefit of Historically Disadvantaged South Africans, as remedial measures responding to the effects of discrimination of the apartheid era. through socio-economic strategies such as facilitating ownership and management of enterprises and investment in black-owned or managed enterprises. B-BBEE Commission, 'Broad-Based Black Economic Empowerment Act,' (2016) <<https://www.bbbee.commission.co.za/wp-content/uploads/2016/09/Consolidated-B-BBEE-Act-2013.pdf>> accessed 20 November 2019.

78. Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République d'Afrique du Sud concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signed 14 August 1998 ; Agreement Between the Government of the Republic of South Africa and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments, signed 6 September 1997.

72. *Copper Mesa Mining Corp. v Ecuador*, PCA Case No. 2012-02, Award, March 15, 2016 (awarding sunk costs notwithstanding the lack of an approved EIA).

73. *Bear Creek Mining v. Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, November 30, 2017 (awarding sunk costs notwithstanding the lack of an approved EIA).

74. *Tethyan Copper v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Award, July 12, 2019 (awarding roughly USD 4 billion in future lost profits, plus interest, for a project notwithstanding the lack of approved EIAs).

of alternative sources of energy, announced in 2018 that companies would no longer be able to apply for exploration or exploitation permits for uranium mining.⁷⁹ In its notice, Aura stated that protecting investors from the impacts of this sort of rule-making is an understood purpose of the Energy Charter Treaty : « the ECT provides a level playing field of rules to be observed by all participating governments, thereby mitigating risks associated with energy-related investment and trade. »⁸⁰ Particularly in light of the global energy transition, in which states have important choices—and changes—to make with respect to where they source their energy, the implications of investor protections blocking such domestic choices would be massive.

3° Implications for Relative Voice and Power under the Law

50 - The extraordinary rights that ISDS confers on investors come at an even greater cost to the rights of other stakeholders, including domestic citizens that may be adversely impacted by the investments and that seek to have a meaningful voice in shaping whether and on what terms projects proceed. A number of the cases referred to above highlight these issues, including *Bilcon, KCA*, and *Kingsgate*. Another relevant case is *Copper Mesa v. Ecuador*.⁸¹

51 - Copper Mesa Mining Corporation's exploration concession in the Junín region of Ecuador faced great opposition from the community due to the environmental concerns surrounding potential mining activities, doubts about the quality of information being provided about the risks, and questions about the availability of meaningful opportunities to identify and mitigate risks to the environment and livelihoods dependent upon it.

52 - When, in the mid-2000s, Copper Mesa acquired its interest in the concession, concerns about mining in the region were already heightened. In the 1990s, another investor had tried to develop the project. Tensions had escalated between that investor and local communities after an environmental assessment that anticipated severe effects was made public. A landowner opposing the project was shot, and the investor abandoned the project. Citizens pursued a case before the World Bank Inspection Panel, successfully alleging that the project had violated the World Bank's internal guidelines on environmental assessments and community consultations. Following these events, domestic actors worked to pass legislation and constitutional reforms aiming to better protect the environment in the region from future extractive projects. Nevertheless, and against that background, Copper Mesa secured a new exploration permit to try again to develop the project.

53 - Rather than soothing lingering tensions and concerns over the project, Copper Mesa inflamed them. An eventual ISDS tribunal recognized and condemned the « reckless escalation of violence which [Copper Mesa] (by itself and by its contractors

and sub-contractors) had introduced into the Junín area..., particularly with the employment of organised armed men in uniform using tear gas canisters and firing weapons at local villagers and officials. »⁸² The tribunal further found that these corporate efforts were part of « premeditated, disguised and well-funded plans [by the company] to take the law into its own hands »⁸³ and opined that it « was miraculous that no-one had been killed during one or more of these violent incidents. »⁸⁴ The company, by its actions, had acquired « a malign reputation for intimidation, threats, deception, mendacity, and violence amongst members of the local communities. »⁸⁵

54 - In response to the escalating conflict at the mine site exacerbated by the company, the government successfully brokered a deal among the government, company and local communities. But after the company failed to abide by the agreement, tensions again rose, and community members blocked access to the project. As the conflict became more acute, in April 2008, Ecuador passed a law permitting the revocation of mining concessions falling into certain categories, including those without environmental impact assessments and those that had been pursued without a prior referendum process. Several months later, in October 2008, Ecuador revoked Copper Mesa's concession, citing Copper Mesa's failure to consult the community.⁸⁶

55 - From Copper Mesa's entry into the country through Ecuador's revocation of the permit, local governments, communities, and other entities had pursued series of resolutions, declarations, and legal actions indicating concerns about or opposition to the project. In 2005, a local mayor filed an action to nullify the concessions for lack of consultation. In 2005, an Ecuadorian environmental organization and other non-governmental organizations filed a complaint under the OECD's National Contact Point (NCP) process ; in 2006, the relevant environment agency deemed the company's environmental impact assessment inadmissible ; in 2006 and 2007, local communities requested police protection from pro-mining-related abuses ; in 2007, communities participated in government-coordinated negotiations to find a peaceful solution to the conflict ; and in 2009, community members brought a case in Canadian courts to seek remedies against Copper Mesa, two of the company's directors, and the Toronto Stock Exchange for harms caused by Copper Mesa in Ecuador.

56 - Various legal and other barriers precluded lasting or meaningful relief to these community claimants. For example, doctrines limiting corporate and shareholder liability and establishing the separateness of corporate forms doomed the Canadian case. As the court said :

« The threats and assaults alleged by the plaintiffs are serious wrongs. Nothing in these reasons should be taken as undermining the plaintiffs' rights to seek appropriate redress for those wrongs, assuming that they are proven. But that redress must be sought against proper parties, based on properly pleaded and sustainable causes of action. The claims at issue in these proceedings do not fall in that category. »⁸⁷

57 - Ultimately, local communities were only able to trigger a national government reaction when they protested and physically blocked roads. It was that action that the tribunal said the government should have quashed, rather than giving « legal

79. Aura Energy Limited, 'Aura Energy Lodges Compensation Claim with Swedish Government for Loss of Häggån Uranium Project,' *London Stock Exchange* (8 November 2018), <<https://www.londonstockexchange.com/exchange/news/market-news/market-news-detail/AURA/14299873.html>> accessed 1 November 2019 ; Mining Inspectorate of Sweden, 'Uranium is removed as a concession mineral in the Minerals Act,' (9 August 2018), <<https://www.sgu.se/en/mining-inspectorate/about-the-mining-inspectorate/news/2018/august/uranium-is-removed-as-a-concession-mineral-in-the-minerals-actny-sida/>> accessed 1 November 2019.

80. Aura Energy Limited, 'Aura Energy Lodges Compensation Claim with Swedish Government for Loss of Häggån Uranium Project,' *London Stock Exchange* (8 November 2018), <<https://www.londonstockexchange.com/exchange/news/market-news/market-news-detail/AURA/14299873.html>> accessed 1 November 2019.

81. *Copper Mesa Mining Corp. v Ecuador*, PCA Case No. 2012-02, Award, March 15, 2016.

82. *Copper Mesa*, Award, para 4.265.

83. *Copper Mesa*, Award, para. 6.99.

84. *Copper Mesa*, Award, para 4.265.

85. *Ibid.*

86. *Copper Mesa*, Award, paras 1.110-1.111.

87. *Piedra v. Copper Mesa Mining Corp.* 2011 ONCA 191 (Court of Appeal for Ontario, March 11, 2011).

force to the physical blockade. »⁸⁸ According to the tribunal, which sided for the investor in its claims that the government violated the treaty's fair and equitable treatment and expropriation provisions, « [i]t's of course difficult to say now what [Ecuador] should have done to resolve all the claimants' difficulties and still more so whether anything it could have done would have changed the claimants' position for the better. Plainly the Government of Quito could hardly have declared war on its own people. Yet in the Tribunal's view, it could not do nothing. »⁸⁹ Ecuador was ordered to pay more than \$19 million in damages to the company.⁹⁰

58 - Some commentators noted favorably that the tribunal « only » awarded the investor sunk costs, suggesting that the ISDS case thereby properly penalized the investor for its misconduct. But this fails to recognize the windfall nature of the award. Rather than penalizing the investor, the award insulates the investor from the risks of loss it otherwise would have borne due to the risks of project failure caused by its own fault and/or to the rights, voice, and power of other stakeholders. This fact pattern and outcome send signals to other potential claimants, counsel, arbitrators, and governments, encouraging other suits aimed at overriding community voices or concerns, changing government decisions, recouping sunk costs, and/or securing compensation for future lost profits even in cases of clear corporate wrongdoing and projects of uncertain fate.

59 - More recently, for instance, in Armenia, local communities protested the Amulsar Gold Project owned by Lydian International, because of concerns over the mine's environmental impacts on nearby lakes, mineral springs and agricultural land, particularly in light of its location in an area with significant seismic activity.⁹¹ Lydian's subsidiaries in Canada and the UK filed arbitration requests against Armenia after the project was temporarily shut-down due to protests.⁹² As in so many cases, as described above, the threat of arbitration seemed sufficient to change the government's mind ; in August 2019, Prime Minister Nikol Pashinyan announced that mining could proceed⁹³, saying that the project posed no environmental threat.

60 - In Guatemala, investors have also subverted the rights of citizens with respect to environmental decision-making. In 2010, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) recommended that the Guatemalan government close the Marlin mine, operated by the Canadian company Goldcorp, because of the negative impacts the mine posed to the surrounding environment and local indigenous populations. Mayan communities in San Miguel Ixtahuacán contested that they had never consented to the mine.⁹⁴ Following the IACHR recommendation, the President agreed to suspend operations, but the mine reopened shortly thereafter. It was later reported that the Guatemalan government had cited the threat of ISDS as a motive

behind re-opening the mine, as it did not wish for the investors « to activate the World Bank's [investment court] or to invoke the clauses of the free trade agreement to have access to international arbitration and subsequent claim of damages to the state. »⁹⁵ Another mining operation, owned by U.S.-based company KCA, was also met with resistance from impacted indigenous groups in Guatemala. Though its Environmental Impact Assessment was approved by the Ministry of Energy and Mines in 2011, opponents alleged that the operating permit held by the company was not legal as they had failed to carry out community consultations, required under domestic law.⁹⁶ The Supreme Court ordered an official suspension of the mine in 2016 for lack of prior consultation with the indigenous population.⁹⁷ KCA submitted an official notice of intent to Guatemala in May 2018, after the mining project had been suspended for two years, and filed for arbitration that November. The case is pending.⁹⁸

Conclusion and Recommendations

61 - Notably, many treaties, especially free trade agreements, recognize the importance of bilateral or multilateral cooperation on environmental protection and preservation. Treaties include non-derogation provisions, committing the treaty partners not to lower environmental standards or enforcement in order to attract or retain investment. The NAFTA created a Commission for Environmental Cooperation (CEC)⁹⁹ ; the US-Peru FTA includes an annex on forest governance¹⁰⁰ that initially earned the support of environmental groups (though that support has waned in implementation)¹⁰¹ ; the Japan-Mexico Economic Partnership

88. *Copper Mesa*, Award, 6.83.

89. *Ibid.*

90. *Copper Mesa v. Ecuador*, Award, 10.9.

91. R. Elliot, 'PM Pashinyan Approves Amulsar Mining,' *The Armenian Weekly* (19 August 2019) <<https://armenianweekly.com/2019/08/19/pm-pashinyan-approves-amulsar-mining/>> accessed 6 September 2019.

92. 'Lydian Announces Submission of Notices to Government of Armenia Under Bilateral Investment Protection Treaties,' *Lydian International* (11 March 2019) <<https://www.lydianinternational.co.uk/news/2019-news/452->> accessed 6 September 2019.

93. 'Lydian Announces Armenia's Decision to Allow the Amulsar Project to Proceed,' *Lydian International* (19 August 2019) <<https://www.globenewswire.com/news-release/2019/08/19/1903794/0/en/Lydian-Announces-Armenia-s-Decision-to-Allow-the-Amulsar-Project-to-Proceed.html>> accessed 1 November 2019.

94. 'Guatemala Suspends Marlin Mine : Human Rights and Environmental Organizations Applaud the Decision, Urge President Colom's Government to

Protect Communities Against Retaliation,' Center for International Environmental Law (24 June 2010), available at <<https://www.ciel.org/news/guatemala-suspends-marlin-mine-human-rights-and-environmental-organizations-applaud-the-decision-urge-president-coloms-government-to-protect-communities-against-retaliation-2/>> accessed 15 November 2019.

95. ISDS Platform, *Free trade's chilling effects*, available at <<http://isds.bilaterals.org/?free-trade-s-chilling-effects&lang=en>> accessed 15 November 2019 ; T. Laudal Berge and A. Berger, *op. cit.*

96. 'Notice of Intent Pursuant to the Free Trade Agreement between the Dominican Republic, Central America and the United States,' White & Case LLP (16 May 2018).

97. 'Over 200 Organizations Denounce Multimillion-Dollar Suit Brought by US Mining Firm Against Guatemala,' Center for International Environmental Law (24 April 2019).

98. 'Notice of Intent Pursuant to the Free Trade Agreement between the Dominican Republic, Central America and the United States,' White & Case LLP (16 May 2018), available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9713.pdf>> accessed 20 November 2019 ; ISDS Platform, *Free trade's chilling effects*, available at <<http://isds.bilaterals.org/?free-trade-s-chilling-effects&lang=en>> accessed 20 November 2019 ; UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, *Kappes v. Guatemala*, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/917/kappes-v-guatemala>> accessed 20 November 2019>.

99. A commission established by Canada, Mexico, and the United States under the North American Agreement for Environmental Cooperation (NAAEC) to support efforts towards addressing environmental concerns, especially those posed by free trade between the three countries. Commission for Environmental Cooperation, *About the CEC*, <<http://www.cec.org/about-us/about-cec>> accessed 4 September 2019.

100. « United States – Peru Trade Promotion Agreement, » entered into force February 1, 2009, Annex 18.3.4, <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>> accessed 20 November 2019.

101. Environmental Investigation Agency, 'Implementation and Enforcement Failures in the US-Peru Free Trade Agreement (FTA) Allows Illegal Logging Crisis to Continue,' (2015) June 2015 Briefing Paper, <[https://www.illegal-logging.info/sites/files/chlogging/Implementation_and_Enforcement_Failures_in_the_US-Peru_Free_Trade_Agreement_\(FTA\)_Allows_Illegal_Logging_Crisis_to_Continue.pdf](https://www.illegal-logging.info/sites/files/chlogging/Implementation_and_Enforcement_Failures_in_the_US-Peru_Free_Trade_Agreement_(FTA)_Allows_Illegal_Logging_Crisis_to_Continue.pdf)> accessed 20 November 2019 ; 'Peruvian Timber Exporter Excluded from Selling in the United States for Three Years,' (2017) Center for International Environmental Law, <<https://www.ciel.org/news/peruvian-timber-exporter-excluded-selling-united-states-three-years/>> accessed 20 November 2019.

Agreement, « recognizing the need for environmental preservation and improvement to promote sound and sustainable development, » commits the parties to a number of cooperative activities.¹⁰² However, these provisions to promote cooperative environmental protection and governance have had disappointing results¹⁰³ for a variety of reasons, including the lack of enforcement mechanisms or the will to enforce.

62 - By contrast, the dispute-settlement provision in the investment chapter, which can be enforced directly by investors without their home state involvement, has much sharper teeth, and investors and their counsel have demonstrated their eagerness to bite. In recent years, some of the newer treaties have added in some language in the investment provisions or dispute settlement sections that attempt to safeguard government regulatory space, either specifically for environmental measures or for public interest measures more generally. A survey conducted by the OECD in 2011 found that, of 1,623 sample IIAs, 5.2% include language « [r]eserving policy space for environmental regulation for the entire treaty » and 1.3% do so for specific subject matters.¹⁰⁴ However, these added provisions or exceptions have not proven effective. While examples of tribunal interpretations of police power provisions and environmental exceptions have been limited to date, they have been interpreted so restrictively as to negate their intent. In *Bear Creek v. Peru*, for instance, the tribunal ignored and failed to apply the police powers language expressly contained in the treaty.¹⁰⁵ It also interpreted the treaty's general exceptions clause exceedingly narrowly by, among other things, appearing to require the invest-

tor to have been at legal fault for the environmental (or social) problem a measure seeks to address in order for the measure to be covered by the exception.¹⁰⁶ Language emphasizing the importance of corporate social responsibility and the protection of human rights has similarly not seemed to play any role in cabin-ing investor protections when ISDS tribunals are interpreting and applying the treaty.¹⁰⁷ And, even if exceptions or police powers principles apply, tribunals nevertheless may still require compensation for an affected investor.¹⁰⁸

63 - In large part because of the growing number of cases that have continued to challenge – often successfully through settlement or decision – public interest measures, including but not limited to the environmental measures discussed in this chapter, governments and especially their citizens are starting to question the legitimacy of ISDS and its suitability for 21st century governance challenges.¹⁰⁹

64 - Investment has a critical role to play in achieving the Sustainable Development Goals (SDGs), including those on environmental protection and restoration and access to justice ; accordingly, investment governance – including through international commitments and cooperation – has an equally critical role in shaping those investment flows and their contributions to and impacts on sustainable development. Enough ISDS cases have illustrated the tremendous risks of putting enforceable investor protections at the heart of investment governance. Global investment governance needs to be redesigned for the 21st century, with people and the planet at the core.¹¹⁰ ■

102. Agreement between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership (entered into force 1 April 2005) art. 147(1), <<https://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf>> accessed 6 September 2019.

103. United States Government Accountability Office, *Four Free Trade Agreements GAO Reviewed Have Resulted in Commercial Benefits, but Challenges on Labor and Environment Remain, Report to the Chairman, Committee on Finance, U.S. Senate* (July 2009), <<http://www.gao.gov/new.items/d09439.pdf>> accessed 6 September 2019.

104. K. Gordon, J. Pohl, *Environmental Concerns in International Investment Agreements : A Survey* (2011), OECD <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/WP-2011_1.pdf> accessed 20 November 2019.

105. *Bear Creek Mining v. Peru*, Case No. ARB/14/21 (ICSID. 2014). Award, Nov. 30, 2017. Award, Nov. 30, 2017, paras. 368-416 (failing to apply the police powers exception contained in Annex 8.12(1)(c) of the Canada-Peru treaty).

106. *Bear Creek Mining v. Peru*, Case No. ARB/14/21 (ICSID. 2014). Award, Nov. 30, 2017, para. 475

107. *Bear Creek Mining v. Peru*, Case No. ARB/14/21 (ICSID. 2014). Award, Nov. 30, 2017. The award contains no discussion, for instance, of how the treaty's provision on principles of corporate social responsibility impact interpretation or application of the agreement.

108. *Bear Creek Mining v. Peru*, Case No. ARB/14/21 (ICSID. 2014). Award, Nov. 30, 2017, para. 477.

109. For a collection of critiques raised by different state and non-state actors, see L. Johnson, et al., 'Clearing the Path : Withdrawal of Consent and Termination As Next Steps for Reforming International Investment Law' (2018), nn. 2-6 <<http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/IIA-CCSI-Policy-Paper-FINAL-April-2018.pdf>> accessed December 13, 2019.

110. L. Johnson, L. Sachs and N. Lobel, 'Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals,' *Columbia Journal of Transnational Law*, forthcoming 2019.

20 La défense des droits des animaux



Louis SCHWEITZER,
Président de la Fondation Droit Animal, Ethique
et Croissance

1 - Le droit des animaux, aussi appelé droit animalier est un concept récent, apparu en Grande Bretagne et en France au XIX^e siècle avec les premières lois interdisant la maltraitance des animaux. C'est aussi un droit en mouvement, dont l'évolution est liée à celle de la pensée philosophique et au progrès des sciences.

2 - C'est pourquoi le présent article rappellera dans un premier temps l'évolution de la pensée philosophique et celle des connaissances scientifiques sur les animaux avant d'aborder successivement les déclarations des droits de l'animal, le droit positif applicable en France et enfin l'apport du « droit souple ».

3 - **Philosophie, science et droit animal.** La Bible, dans la Genèse affirme la domination sans réserve de l'Homme sur les animaux. La religion chrétienne établit une distinction absolue entre l'Homme, qui a une âme, et l'animal qui en est dépourvu et est pur corps. Les religions bouddhistes et hindouistes mettent au contraire l'accent sur le fait que les animaux sont des êtres vivants comme l'Homme ; la réincarnation, par laquelle l'âme de l'Homme à sa mort peut migrer dans un autre être vivant – notamment un animal – justifie un respect particulier de l'animal.

4 - Les philosophes grecs adoptent des attitudes différentes, Pythagore prône le respect des animaux, Platon ne leur accorde pas de considération particulière. Au XVII^e siècle, Descartes, savant et philosophe tout à la fois, et son disciple Malebranche, qualifient les animaux de « machines ». Les moralistes de la fin du XVIII^e siècle prennent clairement position en faveur d'un respect des animaux. Jeremy Bentham, fondateur de la morale utilitariste écrit « La question n'est pas : 'Peuvent-ils raisonner ?' ni 'Peuvent-ils parler ?' mais 'Peuvent-ils souffrir ?' »¹. Jean-Jacques Rousseau affirme « Il semble, en effet, que si je suis obligé de ne faire aucun mal à mon semblable, c'est moins parce qu'il est un être raisonnable que parce qu'il est un être sensible ; qualité qui, étant commune à la bête et à l'Homme, doit au moins donner à l'une le droit de n'être point maltraitée inutilement par l'autre »².

5 - Au XIX^e siècle Charles Darwin démontre la théorie de l'évolution, l'Homme n'est pas une création divine mais a des animaux non humains pour ancêtres.

6 - Allant au-delà, des philosophes iront jusqu'à réfuter toute frontière éthique ou physiologique entre l'Homme et l'animal. Conceptualisé en 1971 par un psychologue britannique, Richard D. Ryder, l'antispécisme est popularisé en 1975 grâce à Peter Singer dans *Animal Liberation* : « Je soutiens qu'il ne peut y avoir aucune raison – hormis le désir égoïste de préserver les privilèges du groupe exploitateur – de refuser d'étendre le principe fonda-

mental d'égalité de considération des intérêts aux membres des autres espèces »³.

7 - En France, la définition apparaît en **1990** dans les « Cahiers antispécistes » : (...) « En pratique, le spécisme est l'idéologie qui justifie et impose l'exploitation et l'utilisation des animaux par les humains de manières qui ne seraient pas acceptées si les victimes étaient humaines. »

8 - En **2011**, Kymlicka et Donaldson, dans leur livre « *Zoopolis, une théorie politique des droits des animaux* », proposent d'étendre la citoyenneté aux animaux domestiques et de leur d'accorder des droits positifs (liberté de circulation, droits aux soins médicaux...) : « Cela nous oblige à admettre qu'ils ne peuvent être instrumentalisés à notre profit », écrivent-ils, et qu'il soit « strictement interdit de les blesser, de les tuer, de les enfermer, de les posséder et de les réduire en esclavage »⁴.

9 - Sont distingués ainsi : les animaux domestiques, habitués au contact de l'humain, qui deviendraient citoyens, les animaux liminaires, tels que les pigeons, rats, et autres animaux vivant au contact des humains sans pour autant être domestiqués (qui impliquerait notamment qu'on ne contrôle pas leur population de manière agressive), enfin, les animaux sauvages, souverains sur leurs territoires, pour lesquels la grande question reste de savoir dans quelle mesure nous pouvons ou devons intervenir lorsque des situations dangereuses ou critiques se présentent pour eux, comme pour nous ?

10 - En parallèle, des études scientifiques, en particulier au cours des 50 dernières années ont établi, par l'observation et par des expériences la sensibilité des animaux, leur capacité à ressentir des émotions, douleur et souffrance mais aussi bonheur et bien-être, l'existence d'une conscience animale. Le mot « sensible » pouvant qualifier une sensibilité réflexe, comme celle d'un tournesol qui s'oriente vers le soleil, le mot de sentience a été créé pour qualifier la capacité d'éprouver des choses subjectivement. Des expériences scientifiques ont établi avec certitude que tous les vertébrés (mammifères, oiseaux et reptiles) sont sensibles et sentients. De même les céphalopodes (calamars, poulpes, pieuvres) peuvent également ressentir la douleur ainsi, probablement, que les crustacés décapodes (homards, langoustes, crabes, crevettes). En revanche, rien ne permet aujourd'hui d'affirmer que les insectes et les mollusques aient un système nerveux qui leur permette de ressentir la douleur.

11 - C'est en se fondant sur la sentience des animaux que l'on peut définir le bien-être animal. Celui-ci ne se définit pas unique-

1. J. Bentham, « Introduction aux principes de morale et de législation », (chapitre 17), 1789.

2. Jean Jacques Rousseau, « Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les Hommes », 1755.

3. P. Singer, « *Animal Liberation* », HarperCollins, 1975, p. 311.

4. W. Kymlicka et S. Donaldson, *Zoopolis, Une théorie politique des droits des animaux* (2011), traduit de l'anglais par Pierre Madelin, Alma éditeur, Paris, coll. « Essai-Sociétés », 2016, 404 p. », *Sociétés*, 2017/1 (n° 135), p. 115-118.

ment par l'absence de maltraitance ou la bien traitance, il évalue aussi la capacité de l'animal à pouvoir exprimer ses comportements naturels, qu'ils soient sociaux ou individuels. Nous ne sommes certes pas dans la tête des animaux, mais des signes extérieurs de comportements positifs ou négatifs peuvent être observés. Ils sont, du reste, attestés par l'éthologie.

12 - La Notion de bien-être animal est apparue avec la parution du livre précité de Ruth Harrison (1964) : « *Animal machines* ». Les révélations émeuvent l'opinion britannique à tel point qu'un comité, présidé par Lord Brambell, travaille la question et en donne ainsi une première définition « officielle » connue sous le nom de **principe des Cinq libertés (Five freedoms)**.

13 - Le concept, repris en 1992 par le *Farm Animal Welfare Council*, fait aujourd'hui référence et a servi de base au projet européen d'évaluation du bien-être animal *Welfare Quality*. Il repose sur ces principes :

- l'absence de maladies, de lésions ou de douleurs ;
- l'absence de stress physique et thermique ;
- l'absence de faim, de soif ou de malnutrition ;
- l'absence de peur et de détresse ; et
- la possibilité, pour l'animal, d'exprimer les comportements normaux de son espèce.

14 - En France, le bien-être animal a été défini par l'ANSES, en 2018, comme « l'état mental et physique positif lié à la satisfaction de ses besoins physiologiques et comportementaux, ainsi que de ses attentes »⁵. Cet état est variable en fonction de la perception de chaque animal.

15 - Puisqu'un statut moral est reconnu aux animaux en tant qu'êtres vivants, sensibles et dotés d'un univers mental, le bien-être devient un objectif moral, commun à toutes les formes de réflexion éthique sur l'animal. Cependant, les différents courants de l'éthique animale n'accordent pas la même importance au bien-être. On distingue habituellement les éthiques du bien-être et les éthiques des droits. Cette distinction reprend celle habituellement faite, dans les éthiques humaines, entre les éthiques utilitaristes qui recherchent « le plus grand bonheur du plus grand nombre », appréciant donc la qualité morale d'une action à sa capacité à maximiser un résultat global, et les éthiques des droits, qui mesurent la moralité d'une action au respect de principes ayant une valeur universelle.

16 - À la distinction entre éthique du bien-être et éthique des droits s'ajoute celle entre éthique réformatrice et éthique abolitionniste. La première s'emploie à améliorer les conditions de vie des animaux alors que la seconde peut supprimer l'exploitation humaine de l'animal. Aujourd'hui nos concitoyens dans leur très grande majorité partagent une éthique réformatrice. Ils reconnaissent à l'Homme des devoirs envers les animaux et considèrent que les animaux ont des droits, certes différents des droits humains et plus limités que ceux-ci.

1. Les déclarations des droits

17 - La déclaration universelle des droits de l'animal de 1978.

Un certain nombre d'organisations française et étrangères de défense des animaux ont élaboré une « Déclaration universelle des Droits de l'animal » (DUDA) inspirée de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies.

18 - Cette déclaration⁶ a été rendue publique, « proclamée », lors d'une cérémonie tenue au siège de l'UNESCO en présent du

directeur général de l'institution. Cela a pu faire croire que cette déclaration avait été approuvée ou validée par l'UNESCO, ce qui n'est pas le cas. Son intérêt est toutefois bien réel.

19 - Le texte a une portée autant philosophique que juridique. Si son retentissement dans l'opinion générale a été limité, il a suscité des débats vifs parmi les philosophes, les savants et les juristes La Fondation Droit Animal Ethique et Sciences (LFDA) qui avait participé à sa rédaction a considéré, quarante ans plus tard, qu'il était nécessaire et utile de l'actualiser et a établi un projet de texte en ce sens. Le projet, après avoir été amendé, a

Considérant que la méconnaissance et le mépris de ces droits ont conduit et continuent de conduire l'homme à commettre des crimes envers les animaux ;

Considérant que la reconnaissance par l'espèce humaine du droit à l'existence des autres espèces animales constitue le fondement de la coexistence des espèces dans le monde ;

Considérant que des génocides sont perpétrés par l'homme et menacent d'être perpétrés ;

Considérant que le respect des animaux par l'homme est lié au respect des hommes entre eux ;

Considérant que l'éducation doit apprendre dès l'enfance à observer, comprendre, respecter et aimer les animaux ;

Il est proclamé ce qui suit :

Article premier. – Tous les animaux naissent égaux devant la vie et ont les mêmes droits à l'existence.

Article deux. – 1. Tout animal a droit au respect.

2. L'homme, en tant qu'espèce animale, ne peut exterminer les autres animaux ou les exploiter en violant ce droit ; il a le devoir de mettre ses connaissances au service des animaux.

3. Tout animal a droit à l'attention, aux soins et à la protection de l'homme.

Article trois. – 1. Nul animal ne sera soumis ni à des mauvais traitements, ni à des actes cruels.

2. Si la mise à mort d'un animal est nécessaire, elle doit être instantanée, indolore et non génératrice d'angoisse.

Article quatre. – 1. Tout animal appartenant à une espèce sauvage a le droit de vivre dans son propre environnement naturel, terrestre, aérien ou aquatique et a le droit de se reproduire.

2. Toute privation de liberté, même si elle a des fins éducatives, est contraire à ce droit.

Article cinq. – 1. Tout animal appartenant à une espèce vivant traditionnellement dans l'environnement de l'homme a le droit de vivre et de croître au rythme et dans les conditions de vie et de liberté qui sont propres à son espèce.

2. Toute modification de ce rythme ou de ces conditions qui serait imposée par l'homme à des fins mercantiles est contraire à ce droit.

Article six. – 1. Tout animal que l'homme a choisi pour compagnon a droit à une durée de vie conforme à sa longévité naturelle.

2. L'abandon d'un animal est un acte cruel et dégradant.

Article sept. – Tout animal ouvrier a droit à une limitation raisonnable de la durée et de l'intensité de son travail, à une alimentation réparatrice et au repos.

Article huit. – 1. L'expérimentation animale impliquant une souffrance physique ou psychologique est incompatible avec les droits de l'animal, qu'il s'agisse d'une expérimentation médicale, scientifique, commerciale ou de toute autre forme d'expérimentation.

2. Les techniques de remplacement doivent être utilisées et développées.

Article neuf. – Quand l'animal est élevé pour l'alimentation, il doit être nourri, logé, transporté et mis à mort sans qu'il en résulte pour lui ni anxiété ni douleur.

Article dix. – 1. Nul animal ne doit être exploité pour le divertissement de l'homme.

2. Les exhibitions d'animaux et les spectacles utilisant les animaux sont incompatibles avec la dignité de l'animal.

Article onze. – Tout acte impliquant la mise à mort d'un animal sans nécessité est un biocide, c'est-à-dire un crime contre la vie.

Article douze. – 1. Tout acte impliquant la mise à mort d'un grand nombre d'animaux sauvages est un génocide, c'est-à-dire un crime contre l'espèce.

2. La pollution et la destruction de l'environnement naturel conduisent au génocide.

Article treize. – 1. L'animal mort doit être traité avec respect.

2. Les scènes de violence dont les animaux sont victimes doivent être interdites au cinéma et à la télévision, sauf si elles ont un but de démontrer une atteinte aux droits de l'animal.

Article quatorze. – 1. Les organismes de protection et de sauvegarde des animaux doivent être représentés au niveau du gouvernement.

2. Les droits de l'animal doivent être défendus par la loi comme les droits de l'homme.

5. www.anses.fr/fr/content/anses-propose-une-definition-du-bien-etre-animal

6. « **Préambule**

Considérant que tout animal possède des droits ;

été approuvé par les membres du Comité d'honneur de la LFDA, comité composé de personnalités éminentes notamment dans les domaines de la science et du droit.

Robert BADINTER, Président honoraire du Conseil constitutionnel, professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Gille BCEUF, Ancien président du Muséum national d'Histoire naturelle, Guy CANIVET, Premier Président honoraire de la Cour de cassation, Jean-Paul COSTA, Ancien président de la Cour européenne des droits de l'Homme, Jean-Marie COULON, Premier Président honoraire de la cour d'appel de Paris, Jean GLAVANY, ancien ministre de l'Agriculture, Marion GUILLOU, Présidente de l'institut agronomique vétérinaire et forestier de France (IAVFF), ancienne présidente-directrice générale de l'Inra, Claudie HAIGNERÉ, ancienne ministre, membre de l'Agence spatiale européenne, ancienne présidente d'Universcience, Jules HOFFMAN de l'Académie française, prix Nobel de physiologie-médecine, Nicolas HULOT, Président d'honneur de la Fondation pour la Nature et l'Homme (FNH), Philippe LAZAR, ancien directeur général de l'Inserm, Jean-Louis NADAL, Procureur général honoraire près la Cour de cassation, Erik ORSENNA de l'Académie française, Gérard ORTH, membre de l'Académie des sciences, professeur honoraire à l'Institut Pasteur, Danièle SALLENAVE de l'Académie française, Jean-Marc SAUVÉ, Vice-président honoraire du Conseil d'État, Bernard STIRN, président de la section du Conseil d'État, membre de l'Institut, Philippe VASSEUR, ancien ministre de l'Agriculture.

20 - Le nouveau texte, publié en 2018, se veut plus pragmatique que le texte de 1978. Il a pour ambition, parce qu'il traduit en termes juridiques simples des principes très largement approuvés par l'opinion publique, d'être une source d'inspiration pour les législateurs.

Déclaration des droits de l'animal (2018)

Article 1

Le milieu naturel des animaux à l'état de liberté doit être préservé afin que les animaux puissent y vivre et évoluer conformément à leurs besoins et que la survie des espèces ne soit pas compromise.

Article 2

Tout animal appartenant à une espèce dont la sensibilité est reconnue par la science a le droit au respect de cette sensibilité.

Article 3

Le bien-être tant physiologique que comportemental des animaux sensibles que l'homme tient sous sa dépendance doit être assuré par ceux qui en ont la garde.

Article 4

Tout acte de cruauté est prohibé.

Tout acte infligeant à un animal sans nécessité douleur, souffrance ou angoisse est prohibé.

Article 5

Tout acte impliquant sans justification la mise à mort d'un animal est prohibé. Si la mise à mort d'un animal est justifiée, elle doit être instantanée, indolore et non génératrice d'angoisse.

Article 6

Aucune manipulation ou sélection génétique ne doit avoir pour effet de compromettre le bien-être ou la capacité au bien-être d'un animal sensible.

Article 7

Les gouvernements veillent à ce que l'enseignement forme au respect de la présente déclaration.

Article 8

La présente déclaration est mise en œuvre par les traités internationaux et les lois et règlements de chaque État et communauté d'États.

21 - Le premier article de cette nouvelle version du texte s'applique aux animaux vivant à l'état de liberté. Le devoir de l'Homme est de préserver leur milieu naturel afin qu'ils puissent

y vivre et y évoluer conformément à leurs besoins, et que la survie des espèces ne soit pas compromise. Il y a donc deux idées : on parle souvent du devoir d'intervention ou d'ingérence, mais ici, l'Homme a un devoir de non-intervention, sur des espaces suffisants. Il y a aussi une idée de conservation de la biodiversité.

22 - Le deuxième article distingue les animaux sensibles des animaux qui ne le sont pas. C'est un sujet de débat mais il est difficile d'expliquer que la norme qui s'applique à un insecte est la même que la norme qui s'applique à un mammifère. Nous avons donc reconnu une différence entre les animaux en disant que cette frontière évolue en fonction des progrès de la connaissance scientifique.

23 - L'article 3 porte sur les animaux que l'Homme tient sous sa garde. Il s'applique bien sûr aux animaux de compagnie, aux animaux d'élevage et à ceux servant à l'expérimentation scientifique ainsi qu'aux animaux sauvages tenus en captivité.

24 - L'article 4 affirme que « *tout acte de cruauté est prohibé* ». La législation française en vigueur n'interdit la cruauté qu'à l'égard des animaux tenus sous la dépendance de l'Homme, et pas à l'égard des animaux sauvages vivant à l'état de liberté. Puis, « *tout acte infligeant à l'animal sans nécessité douleur souffrance ou angoisse est prohibé* ». On admet que s'il y a une nécessité, on peut infliger souffrance, douleur et angoisse. C'est le cas des animaux d'expérimentation. On ne peut accepter les abus, mais il est encore difficile aujourd'hui que la médecine progresse sans expérimentation animale. Cet article conduit à interdire évidemment toute une série de pratiques d'élevage qui infligent sans nécessité, douleur, souffrance, angoisse comme la castration à vif, la caudectomie...

25 - L'article 5 pose de façon explicite le sujet de l'abattage. On admet la mise à mort avec une justification, et non par nécessité, parce qu'on ne peut imposer le véganisme. L'abattage d'un animal d'élevage trouve donc sa justification au regard des pratiques alimentaires, même si nous savons qu'on peut vivre sans manger de viande.

26 - L'article 6 est une innovation : et fait référence à beaucoup de pratiques de sélection génétique artificielle ou naturelle qui créent des animaux incapables de vivre naturellement.

27 - L'article 7 rappelle que l'action éducative est essentielle dans ce domaine et doit faire partie des programmes scolaires.

28 - Enfin l'article 8 est un article d'exécution.

29 - Chacun de ces articles est écrit comme un article de loi. Ce n'est pas un préambule théorique, c'est une liste de principes parfaitement cohérente avec l'opinion très majoritaire des citoyens de notre pays. Il reste à convaincre les élus et la Nation que l'avis majoritaire du pays doit être suivi en ce qui concerne les animaux.

30 - Faut-il rappeler que selon un sondage de l'IFOP réalisé en janvier 2019 la protection des animaux est une cause importante pour 89 % des Français, très importante même pour 49 % d'entre eux.

2. L'évolution du droit positif applicable en France

31 - Les progrès du droit positif en France ont été lents et partiels. Il n'entre pas dans l'objet de cet article de présenter une analyse de ce droit mais simplement de rappeler les principales étapes et de souligner ce qui reste à faire.

32 - Le premier texte intégrant la notion de bien-être animal dans le corpus juridique français a été la Convention européenne sur la protection des animaux en transport international signée

par la France le 13 décembre 1968 et ratifiée le 9 janvier 1974 dans le cadre du Conseil de l'Europe.

33 - Au sein de l'Union européenne, on a vu le développement de dispositions adoptant une démarche similaire à celle du Conseil de l'Europe visant à protéger l'animal et à préserver son bien-être. L'objectif est alors d'harmoniser les législations des différents États membres en matière de protection animale afin d'éviter des distorsions de concurrence entre les États sur le marché commun. Aujourd'hui le bien-être animal est devenu l'un des objectifs dont l'Union européenne et les États membres doivent en tenir pleinement compte lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique communautaire dans les domaines de l'agriculture, des transports, du marché intérieur et de la recherche (Article 13 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dit Traité de Lisbonne qui a refondu en un seul texte l'ensemble des traités fondateurs)⁷.

34 - En droit français, l'adjonction d'obligations positives et préventives de la souffrance animale aux textes répressifs déjà en vigueur fut le fruit de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature qui reconnut en son article 9 que « tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ». Cet article, toujours en vigueur aujourd'hui, est codifié à l'article L. 214-1 du Code rural. Le Code pénal pour sa part réprime en son article 521-1 le fait « publiquement ou non d'exercer des sévices graves ou de nature sexuelle ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité ».

35 - En revanche ce n'est qu'en 2015 que le Code civil a reconnu l'animal en tant qu'être sensible. Ce sont les articles du Livre deuxième du Code civil qui déterminent les fondements du régime de l'animal. Ces textes, élaborés en 1804 n'ont subi qu'une légère modification apportée par la loi du 6 janvier 1999, promulguée à l'initiative de la Ligue française des droits de l'animal (LFDA) qui distingue les animaux des objets (C. civ. art. 524) et des corps (C. civ. art. 528), la loi continuant à classer les animaux parmi les biens immeubles, et les biens meubles. La timidité de cette réforme s'explique par le souci de la Chancellerie de ne pas modifier l'ordonnancement juridique de notre droit et d'éviter de créer une catégorie de biens spécifique à l'animal ou d'insérer l'animal dans une catégorie intermédiaire entre les personnes et les biens.

36 - La LFDA, qui avait obtenu cette réforme du Code civil, a poursuivi sa campagne en faveur d'un régime juridique moderne, jusqu'à obtenir du Premier ministre en 2004 que le dossier soit transmis au ministre de la Justice. Ce dernier a confié à M^{me} Suzanne Antoine, magistrate, la mission de préparer un rapport sur « le régime juridique de l'animal⁸ », présentant des propositions de modification du Code civil. Le rapport s'appuie sur le constat de la préoccupation sociale qu'est devenue la condition animale, sur le droit européen et le droit comparé des pays de l'Europe ; il analyse le régime juridique en vigueur, démontre la nécessité de son adaptation aux connaissances scientifiques et aux réflexions éthiques actuelles, et fait état de multiples consultations (associations, fondations, juristes). Le rapport Antoine est axé sur la mention explicite de la nature d'être sensible à l'animal. Il se termine par deux propositions de modification du Livre II du Code. L'une extrayant l'animal des biens afin de faire prédominer sa valeur intrinsèque sur sa valeur marchande, le Livre II prenant pour intitulé : « Des animaux, des

biens et des différentes modifications de la propriété ». La seconde consistant à ajouter aux biens meubles et immeubles, une troisième catégorie de biens, les animaux, classés « biens protégés » en raison de leur qualité d'êtres sensibles. Le rapport Antoine a été remis au garde des Sceaux le 10 mai 2005 : le changement de titulaire du ministère a fait abandonner le dossier.

37 - Enfin, le député et ancien ministre Jean Glavany a fait adopter le 15 avril 2015 un amendement modifiant le Livre II du Code civil. Les dispositions principales sont les suivantes : un nouveau titre est donné au Livre II : « Des animaux, des biens et des modifications de la propriété », et un nouveau sous-article 515 édicte : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens corporels ». Cette modification du Code civil, dont la valeur symbolique est certaine n'a pas d'effet juridique direct mais d'une part elle a facilité des évolutions de la jurisprudence, d'autre part elle ouvre la voie à une réflexion juridique sur la nature de l'animal.

38 - En matière de jurisprudence, l'arrêt du 9 décembre 2015⁹ de la Cour de cassation sur le chien Delgado mérite d'être noté : il a reconnu le caractère « unique et irremplaçable » d'un animal de compagnie et en a conclu que le vendeur, éleveur professionnel, d'un chiot ayant développé des troubles de vision était tenu de supporter les frais d'opérations chirurgicales destinées à les corriger et ne pouvait se borner, comme le permet le code de la consommation pour les biens à remplacer le chiot Delgado par un autre chiot.

39 - Surtout le Code civil, en énonçant que les animaux ne sont plus des biens mais ce qui est très différent qu'ils sont soumis au régime des biens soulève une question à laquelle il n'apporte pas de réponse : que sont les animaux ? Une réponse possible serait : ce sont des personnes, certes d'une nature différente des personnes humaines ou des personnes morales, mais des sujets de droit.

40 - La question a été posée dès 1909 par René Demogue. En 1984, lors d'un colloque organisé par la LFDA, le Bâtonnier Brunois, membre de l'Institut, a souhaité la reconnaissance de la « personne animale ». Plus récemment le Professeur Marguenaud, directeur de la revue semestrielle de droit animalier a sur ce sujet publié des études et des propositions¹⁰. L'université de Toulon, avec le soutien de la Fondation 30 millions d'amis a organisé deux colloques sur la personnalité juridique de l'animal dont le premier consacré aux animaux de compagnie a donné lieu à un ouvrage publié par LexisNexis en 2018¹¹.

41 - En parallèle, la Fondation 30 millions d'amis a fait réaliser un sondage selon lequel 7 Français sur 10 sont favorables à la reconnaissance d'une personnalité juridique de l'animal ; elle a également lancé une pétition en ce sens, signée par de nombreuses personnalités et ouverte en ligne à la signature du public.

42 - Cette question de la reconnaissance d'une personne animale est donc actuelle ; elle est complexe car si le principe

7. J.-P. Marguenaud, « La promotion des animaux au rang d'êtres sensibles dans le Traité de Lisbonne », RSDA, 2009/2 p.13.

8. S. Antoine, « Le Régime juridique de l'animal », la Documentation française, 2005, 50p.

9. Cass. Civ. 1ère, 9 décembre 2015, 14-25910, publié au Bulletin.

10. O. Le Bot, *Des droits fondamentaux pour les animaux : une idée saugrenue ?* RSDA 1/2010 p. 11 ; M. Falaise, *Droit animalier : Quelle place pour le bien-être animal ?* RSDA 2/2010, p. 11 ; J. Leroy, *Brèves réflexions sur l'usage de l'expression « être sensible » appliquée à l'animal*, RSDA 2/2011, p. 11 ; J.-P. Marguenaud, *Les propositions de lois POVINELLI relatives au statut de l'animal*, RSDA 2/2011, p. 16.

11. C. Riot, *La personnalité juridique de l'animal de compagnie : carences d'aujourd'hui, force de demain. La personnalité juridique de l'animal (I) – L'animal de compagnie*, LexisNexis, pp.85-103, 2018. In *La personnalité juridique de l'animal. I, L'animal de compagnie* [Texte imprimé] : [actes du] colloque / organisé par le CDPC ; sous la responsabilité scientifique de C. Regad, C. Riot, S. Schmitt, 143P.

en est admis, il faut encore en définir les conséquences, les animaux qui en seraient titulaires et les droits qui y seraient attachés. Aucune de ces questions n'appelle de réponse simple et évidente. De façon pratique il serait souhaitable que le Premier ministre ou la garde des Sceaux confie à un groupe de travail présidé par une personnalité incontestée, la mission de faire des propositions concrètes.

3. Le droit souple

43 - Le bien-être animal est reconnu par le droit positif mais les progrès de celui-ci sont lents, pour des raisons techniques mais aussi politiques. Au niveau européen, le principe de subsidiarité conduit à restreindre la production de règlements ou directives. Au niveau national, le souci de préserver la compétitivité de l'élevage français face à ses concurrents européens et mondiaux freine l'édiction de nouvelles normes protégeant le bien-être animal.

44 - Cette situation a conduit à développer un « droit souple », c'est-à-dire un droit dont les règles et les normes ne sont pas imposées par les États mais mise en œuvre volontairement par les acteurs de la vie économique, producteurs, distributeurs, transporteurs et consommateurs. La forme principale que prend ce droit est celle de l'étiquetage, appliqué dans plusieurs pays d'Europe, en particulier la France.

45 - En effet, 64 % des européens et 72 % des Français souhaitent avoir davantage d'informations sur les conditions dans lesquelles les animaux d'élevage sont traités. Surtout 59 % des européens et 68 % des Français sont prêts à payer plus pour des produits respectueux du bien-être animal.

46 - Le premier étiquetage a été fait dans les années 80 à l'initiative de la *Fondation Droit Animal, Éthique et Sciences* (LFDA), et porte sur les œufs ; un code 0, 1, 2 ou 3 marque qu'il s'agit d'œufs d'un élevage biologique, d'œufs provenant de poules élevées en plein air, élevées au sol ou de poules élevées en batterie. Cet étiquetage, quoiqu'il ne soit pas aisément compréhensible par le consommateur a conduit à une modification de la pratique des consommateurs qui ont privilégié les œufs de catégorie 0 et 1 et à terme a conduit d'abord de grands distributeurs puis des autorités publiques à écarter ou interdire à terme les œufs provenant de poules élevées en batterie.

47 - D'autres étiquetages sont apparus ensuite au niveau européen tels l'étiquetage d'agriculture biologique (AB), qui implique le respect des « normes les plus élevées du bien-être animal ».

48 - En 2017, la LFDA s'est rapprochée du groupe *Casino* et associée à deux ONG, *CIWF* et *l'OBEA* pour créer le premier étiquetage en France de poulets de chair. Le choix de la filière des poulets de chair est justifié par le fait que d'une part, les poulets sont les animaux les plus nombreux à être abattus en France, plus de 900 millions par an et d'autre part, que le suivi de la vie des poulets est plus facile que pour d'autres espèces et enfin et surtout parce qu'un certain nombre de producteurs s'étaient déjà engagés dans une démarche de progrès.

49 - La mise au point d'une grille d'évaluation de bien-être des poulets de chair a requis 18 mois de travail commun. Cette grille comporte 230 critères d'évaluation portant sur l'ensemble de la vie du poulet, de sa naissance à son élevage, à son transport et enfin à son abattage. Il débouche sur l'étiquetage des produits avec 4 niveaux : A, B, C et D. L'étiquette a été complétée d'un texte pour s'assurer qu'elle est bien comprise par les consommateurs. Les critères sont soit rouge, leur respect est dès lors indis-

pensable pour être étiqueté à un niveau donné ou orange et jaune dans ce cas une certaine proportion des critères seulement doit être respectée pour un niveau donné. A titre d'exemple, pour le niveau A, le niveau supérieur il faut que les poulets aient un accès à l'extérieur et, à l'intérieur, un espace supérieur de 68 % de celui prévu par la norme réglementaire, une croissance lente et une durée de vie minimale de 81 jours, ne subissent pas plus de trois heures de transport, soient insensibilisés avant d'être abattus et que les conditions d'abattage soient contrôlées par vidéo. Pour atteindre le niveau C (assez bien), les poulets doivent bénéficier d'un espace supérieur de 40 % au minimum réglementaire, avoir un rythme de croissance intermédiaire ou lent, une durée maximale de transport de 8 heures et être insensibilisés avant abattage.

50 - Le respect des critères fait l'objet d'un engagement de tous les acteurs de la chaîne de production éleveurs, transporteurs, abatteurs et fait l'objet d'un contrôle par des inspections indépendantes au moins une fois par an. Cet étiquetage a été mis en place en décembre 2018 pour les poulets Terre et saveur de marque *Casino*. Le succès de cet étiquetage auprès des consommateurs a conduit une autre ONG *Well Farm* à rejoindre le projet ainsi qu'un certain nombre de producteurs de qualité au cours de l'année 2019.

51 - Par la suite, en janvier 2020, des grands distributeurs notamment *Carrefour* et *Système U* et d'autres grands producteurs ont décidé de rejoindre le projet. Dans ce cadre, si tous les principes retenus pour le projet initial ont été confirmés, l'étiquette a été améliorée : elle comporte désormais 5 niveaux et précise le mode d'élevage. Surtout, il a été décidé par les partenaires d'étendre progressivement l'étiquette à toutes les espèces animales, en premier lieu les porcs et les bovins.

52 - Ce droit souple n'impose de règles qu'à ceux qui décident de les mettre en œuvre. Mais cela ne l'empêche pas d'être reconnu par la jurisprudence. Aussi, à la suite d'un recours de l'OABA (Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoir), la Cour de justice de l'Union Européenne par un arrêt du 26 février 2019 a jugé qu'il n'était pas possible d'apposer un label « Agriculture biologique » sur des viandes issues d'animaux ayant fait l'objet d'un abattage rituel sans étourdissement préalable dès lors que ce label implique des normes élevées en matière de bien-être animal¹².

53 - Ainsi le droit souple permet au consommateur citoyen d'agir en pleine connaissance de cause, s'il le souhaite, en faveur du bien-être des animaux d'élevage.

*

**

54 - En conclusion le droit animal évolue de façon continue, au rythme qui est le sien, en faveur d'une protection accrue des droits des animaux. Trois axes prioritaires de progrès peuvent être proposés :

- L'extension aux animaux sauvages vivant à l'état de liberté de l'interdiction des actes de cruauté par le Code pénal ;
- La mise en place par le Gouvernement d'un groupe de travail pour élaborer un projet de texte sur la personnalité juridique de l'animal ;
- Le développement du droit souple au bénéfice des animaux d'élevage.■

12. CJUE, 26 février 2019, OABA c/ Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, C-497/17.

21 Making environmental tax reform work



Kurt VAN DENDER,
*Head of Tax and Environ-
ment,
OECD's Centre for Tax Policy
and Administration*



Jonas TEUSCH,
*Economist,
OECD's Centre for Tax Policy
and Administration¹*

1. Environmental taxes make excellent sense but are underused

1 - Strong conceptual arguments and plentiful empirical evidence indicate that well-designed taxes or similar price-based policies can reduce pollution and greenhouse gas emissions very effectively and, in addition, do so at lower economic cost than more prescriptive regulatory policies usually manage to achieve. If limiting environment degradation and containing the costs of climate change, while retaining the most possible resources to pursue other policy goals, is an objective, then taxes ought to be a core part of the environmental policy toolkit. Yet, environmental taxes are not used to their full potential, and progress is slow and piecemeal. The results are an environmental policy that costs too much for the results obtained and continued, excessive environmental degradation.

2 - There are several reasons for this unsatisfactory outcome. First, the effectiveness and cost-effectiveness of environmental taxation are poorly understood. Second, there are concerns about the effects of environmental taxes on the purchasing power of households in general and on more vulnerable segments of the population in particular, and on the ability of businesses to compete when subject to higher policy-induced costs than their competitors. Third, voters and stakeholders remain unconvinced by arguments that the undesirable effects of environmental taxes can be avoided by flanking policies, either because they don't believe that such policies will provide full compensation or because they are unsure that such policies will actually be implemented or maintained. All of these factors are exacerbated in the current socio-political context that is characterised by real and perceived broadening of gaps between « insiders and outsiders », and strong beliefs that policy mainly serves the insiders.

3 - This paper briefly reviews the case for environmental taxes and weighs the evidence on adverse impacts. Against this background, it offers some suggestions for refreshing environmental fiscal reform strategies with the aim of increasing the probability that durable progress will be made. Our focus throughout this article will be on energy use as a source of pollution and greenhouse gas emissions, and on the use of price-instruments to limit greenhouse gas emissions. This should not be seen as implying that these are the only areas where environmental fiscal reform is relevant but as reflecting the expertise of the authors.

1. The views expressed in this article are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect those of the OECD or the governments of its member countries.

2. Taxes for environment policy²

4 - In the absence of government intervention, firms and households face no direct incentive to take environmental damage into account in their production or consumption decisions, and this usually results in too much pollution. Government responses typically have been and remain dominated by regulations. Regulations can be prescriptive and highly targeted – e.g., banning or limiting particular substances or requiring certain industries to use specific technologies – or they can be more flexible – e.g., setting sales-weighted fuel economy standards for passenger cars or industry performance standards. While these policies can effectively improve environmental outcomes, they usually are not cost-effective, meaning that they are a relatively expensive way of cutting pollution.

5 - Environmental taxes are most often both effective and cost-effective because they provide households and businesses with the flexibility to adapt to the increased cost of polluting behaviour as they prefer as well as with dynamic incentives to innovate.³ For example, some countries, such as Japan and Norway, impose significant taxes on kerosene used for domestic flights. The resulting increase in the cost of air travel provides incentives to take action that will reduce the negative environmental footprint of air travel in both the short-term and the long-term. Airlines could use more fuel-efficient airplanes. Customers may decide to fly less, perhaps by greater use of high-speed rail or electric vehicles, or by changing habits to reduce the need to travel, such as increased use of videoconferencing solutions to replace in-person meetings. Engineers will be encouraged to step up efforts to develop electric planes and zero-carbon fuels.

6 - A fuel tax provides a greater range of abatement options than alternative instruments, such as a ban on domestic flights, as is sometimes proposed. Customers have the option of paying the fuel tax for the trips they cannot cut. Fuel taxes allow for these customised responses that reflect the specific profile of each polluter. This feature becomes increasingly relevant as the profiles of polluters differ strongly and the abatement costs rise. Cost-effective regulations are possible when the solution to cutting pollution is well-known. However, the information requi-

2. For a more elaborate discussion and further references, see OECD, 2017, Environmental Fiscal Reform – Progress, prospects and pitfalls – OECD Report for the G7 Environment Ministers ; <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/environmental-fiscal-reform-G7-environment-ministerial-meeting-june-2017.pdf>

3. The level of environmental taxes can be determined by measuring the cost of a unit of pollution or by estimating what tax level is needed to attain a given level of pollution abatement. While traditionally environmental tax reform has referred to the first option, the latter is increasingly relevant for carbon prices, given the commitments of the Paris Agreement and, more fundamentally, the imperative of decarbonisation by mid-century. In practice, the difference between both approaches is limited as tax reform usually is gradual and the concrete implications of both approaches are similar.

rements rise fast when the straightforward abatement options have already been used. Confronting polluters with the cost of pollution and leaving the decision on how much and how to cut pollution to them, then becomes the better policy option.

7 - Taxes are efficient in that they induce polluters to use the cheapest abatement options currently available, but also because they stimulate the quest for still cheaper abatement options. A target-based or technology-based regulation provides no incentive to reduce emissions once the target or technology standard is met. By contrast, environmentally related taxes provide an ongoing incentive to abate at all levels of emissions, even after significant abatement has already occurred, because the tax will still be due on remaining pollution. Finding new and cheaper ways to reduce emissions encourages a further reduction of the tax burden. Taxes also avoid the rebound effect, by which improvements in energy efficiency lead to increased demand, which is problematic if goods or services are priced below social cost. For example, regulations that reduce air conditioners' consumption of electricity will induce users to use air conditioning more often, resulting in more electricity consumption. A tax would avoid this rebound effect.

8 - Emissions-trading systems are an alternative form of market-based instruments that put a price on pollution. In principle, emissions trading can be as effective and cost-effective as taxes (although practical design features affect the strength of abatement signals for both instruments). Emissions-trading systems are, however, very different from taxes in cases where tradable permits are allocated for free instead of being auctioned, as in the former case no public revenue is raised. Since public revenue is scarce, auctioning of permits is preferable. In addition, permit allocation rules can affect market entry and exit decisions, as well as investment decisions on long-lived assets, in ways that slow down the reduction of pollution, for example in cases where incumbent, pollution-intensive firms receive disproportionate allocations of permits.⁴

9 - Emissions trading systems may perform better than taxes in cases where attaining a particular level of pollution is essential, because trading systems first define the level of reduction desired (or the cap on pollution) and then use the permit-trading mechanism to allow reaching the cap in a cost-effective manner. The permit price will only become known once trading takes place. With taxes, the price of every unit of pollution is known in advance. However, it is uncertain exactly how much reduction will take place, as many factors other than the tax influence that outcome. Nevertheless, since knowing the price of pollution helps investors make abatement decisions, taxes can provide stronger abatement incentives than emission-trading systems.

10 - Carbon pricing schemes can combine elements from both taxes and emissions trading to increase performance. Several emissions trading systems provide investors with some assurance about future prices, e.g. by using a price floor, such as in California and Quebec. Similarly, carbon tax levels can be adjusted if emission reductions are not attained as anticipated. In Switzerland, the relevant law even makes the tax rise automatic if abatement targets are not reached.

11 - It is a tenet of environmental textbook economics that cost-effective reduction of carbon emissions requires setting the same carbon price for all sources of carbon emissions. This is obvious in the sense that a higher carbon price in one sector, say road transport, than in another, say domestic heating, leads to expensive emission reduction efforts in road transport compared to the

cost of abatement efforts in domestic heating. Moving towards a uniform price, while keeping total reduction of emissions constant, would replace the more expensive effort in road transport with a less costly effort in domestic heating, and this would reduce the total cost of obtaining the given level of emission reductions. This is a powerful argument for uniform carbon prices (and for uniform prices on pollution in general). Nevertheless, some observations are worth noting.

12 - First, carbon prices in the energy sector are equivalent to taxes on the combustion of fuels. A uniform carbon tax is a tax on energy use in proportion to the carbon content of fuels, implying a higher tax on more carbon-intensive fuels (e.g. coal compared to natural gas). Furthermore, there are other reasons to tax energy use besides carbon emissions, including local pollution and revenue raising considerations. This leads to further scope for meaningful differentiation of taxes on energy use between fuels, sectors and countries. It is safe to say, however, that currently prevailing energy taxes display a degree of differentiation that is *not* meaningful in the sense described here (see Section 4), so that moving to more uniformity at a significant carbon price level is sound policy reform. It may be even better to strive for a minimum carbon price, which would imply a differentiated minimal carbon component in energy taxes depending on their carbon content.

13 - Second, the importance of uniform prices is sometimes thought to diminish if the policy goal is to reduce emissions to net zero emissions across the economy. As long as emissions across the economy remain significant and the per unit costs of reducing emissions in each sector rise as efforts to reduce them increase, uniform prices help save costs. As emphasised above, this is particularly true if the regulator poorly understands the costs of emission reductions. Setting differentiated prices when the costs of emission reductions are not well known risks resulting in very costly error.

14 - However, uniformity may be less obviously important when emissions are low and the costs of further reductions (to zero) differ strongly across sectors. In the latter case, a uniform price in line with decarbonisation goals implies a price that exceeds marginal abatement costs in sectors where reducing emissions to zero is relatively cheap. When emissions are zero or close to zero in the low cost sector, this is not a problem, because the high price is paid for a small amount of emissions only or not at all. Uniformity at the level needed to decarbonise hence remains reasonable. However, suppose that in some sectors of the economy it is cheap to decarbonise in the long run but very expensive to do so in the short run. This could be the case when cutting emissions is easy at the point where a production technology is replaced by a zero-carbon technology, but cutting emissions is very difficult as long as the old technology is in use. A high carbon price in these sectors in the short run will not result in strong reductions of emissions in the short run, while the production cost increase may have undesirable macroeconomic and competitiveness ramifications. This is sometimes seen as an argument for differentiated, sector-specific prices.⁵ Alternatively, however, a gradually rising uniform carbon price path can help ensure cost-effectiveness in the short to medium run, while avoiding that high prices result in economic and competitiveness disruptions in sectors where decarbonisation costs in the long run are low. This is so because the high price will in the long run apply only to the small remaining emissions in these sectors, while mainly driving decarbonisation in sectors where

4. F. Flues and K. Van Dender, »Permit allocation rules and investment incentives in emissions trading systems.« *OECD Taxation Working Papers*, No. 33, OECD Publishing, 2017 ; <https://doi.org/10.1787/c3ac0f05-en>.

5. For example, Energy Transitions Commission. *Mission Possible : Mission possible : Reaching net-zero carbon emissions from harder-to-abate sectors by mid-century*. Energy Transitions Commission. <http://www.energy-transitions.org/mission-possible>.

costs are high). The key to success here hinges on the ability to commit to rising price paths.

3. Policy interactions

15 - Environmental taxes do not operate in a vacuum, and interactions with other environmental and non-environmental policies affect their performance. For example, road transport fuel taxes reduce fuel use, but if workers can deduct commuting costs or receive tax benefits through company cars, this effect is partly undone; levying taxes on carbon emissions from cement production does not have a big effect if construction codes limit the range of permissible cements to carbon-intensive versions; a carbon tax in power generation is less effective if producers have access to subsidised coal; etc.

16 - In these examples, unintended policy interactions hamper the functioning of environmental taxes. In some cases the misalignments can and should be rectified. Examples of possible areas for improvement are limiting access to company cars and reducing income taxes for workers in ways less deleterious for the environment, revising cement regulations to the extent that good quality low carbon alternatives have become available, and phasing out coal and airport subsidies. In other cases, such as deregulation of airlines, which leads to increasing air traffic volumes, the environmental objective does not justify undoing the policy. The point is that policy interactions need to be identified, evaluated, and revised as needed.

17 - Environmental taxes or similar pricing policies also interact with policies that pursue the same or similar goals. Road transport fuel taxes increasingly are set with environmental objectives in mind, while at the same time there are fuel economy regulations in many countries and in the European Union. The European Union sets fuel efficiency and renewable energy targets for sectors also covered by the European Union emissions trading system, and requires industrial installations to use best available techniques (BAT). These policies often are motivated by the same objectives, namely reducing harmful emissions.

18 - Alternative environmental policies may be politically appealing because their cost is not directly visible, in contrast to the highly salient financial impacts of price-based instruments. As long as abatement costs are low, they can be a viable strategy to make progress. However, transitioning to net-zero economies will require tackling hard-to-decarbonise sectors, such as steel, cement, and long-haul aviation. As abatement costs increase, so do the merits of cost-effective, price-based abatement policies such as carbon taxes. In addition, unlike taxes, non-price based environmental policies do not raise revenues that could be used to support vulnerable groups in the transition.

19 - The question then is why several policies are needed. Does the regulator have a preference for *how* emissions reductions are reached, such as a preference for efficiency improvements or usage of renewables that exceed what would likely be obtained if there was only a price? Or is there a concern that the price-based policy alone does not elicit a strong enough response because of information failures, coordination problems, limited commitment to pricing instruments, or inertia that need to be overcome by additional policies? Or is there policy failure because of insufficient coordination of policy approaches or a desire to be seen to act? In practice, all these considerations can be relevant and may justify a combination of several policy instruments. However, there also is reason to believe that in practice combinations of policy instruments reflect poor coordination and therefore drive up the costs of environmental policy.

4. Environmental taxes are underused as environmental and fiscal policy instruments

20 - Today, tax policy is not living up to its environmental policy potential, as even a perfunctory glance at the level and structure of taxes on energy use, described in OECD's Taxing Energy Use and Effective Carbon Rates publications, reveals.⁶ Taxes on road transport fuels are high compared to other sectors but remain poorly aligned with pollution profiles in most countries, evidenced by lower diesel than petrol tax rates. Household, industrial and agricultural energy use are taxed at low rates or not at all. Emissions trading presently results in significant carbon prices in Europe but outside the electricity sector free permit allocation continues to temper low carbon investment signals.

21 - Across the OECD, road fuels are taxed at relatively high rates. In France, for example, the effective carbon price resulting from fuel excise and carbon taxes on petrol reaches EUR 300 per tonne of CO₂. EUR 44.60 of this effective tax rate are explicitly levied with a climate policy rationale (« *la composante carbone* »), while the remainder is an excise duty. Economically, the motivation behind these taxes makes little difference, as the tax base is the same for the carbon tax and the excise duty, and is proportional to the carbon emissions from fuel combustion. Diesel is subject to a lower tax rate than petrol, and a number of countries, including France, also offer partial tax refunds or preferential rates for diesel used in trucks.

22 - Outside the road sector, carbon prices tend to be highest in the buildings sector, although differences between countries are large. In France, carbon prices on fossil fuels used for heating are largely driven by the carbon tax and are thus around EUR 45 per tonne of CO₂. Carbon price signals for emissions from industry and electricity mostly come from emissions trading systems where prices are currently around EUR 25 per tonne of CO₂. Incentives to invest in low-carbon technologies are weakened by free permit allocation mechanisms for energy-intensive industries. The EU ETS covers intra-European flights, but long-haul flights face no carbon price at all – as in the rest of the world.

23 - The stark differences in effective carbon prices across sectors and users cannot be justified by an external cost pricing principle nor from a decarbonisation perspective. The cost of reducing CO₂ emissions varies substantially across sectors. Sectors where abatement costs tend to be relatively low according to analysis commissioned by the Energy Transitions Commission, include the electricity sector, light-duty road transport and railways, certain industrial sectors, such as pulp and paper and aluminium, as well as buildings. By contrast, the main « *harder-to-abate sectors* » are heavy road transport, long-haul aviation and shipping, as well as steel, cement and chemicals. In these sectors, abatement costs range between USD 25 per tonne of CO₂ (low-cost estimate for steel) to USD 350 per tonne of CO₂ (high-cost-estimate for shipping).⁷

24 - Meeting the goals of the Paris Agreement will require decarbonising the 'harder-to-abate sectors' too. Given the high

6. OECD, *Taxing Energy Use 2019 : Using Taxes for Climate Action*, Paris : OECD Publishing, 2019, <https://doi.org/10.1787/058ca239-en>; and OECD, *Effective Carbon Rates 2018 : Pricing Carbon Emissions Through Taxes and Emissions Trading*, Paris : OECD Publishing, 2018; <https://doi.org/10.1787/9789264305304-en>.

7. Energy Transitions Commission, *Mission Possible : Mission possible : Reaching net-zero carbon emissions from harder-to-abate sectors by mid-century*, Energy Transitions Commission; <http://www.energy-transitions.org/mission-possible>.

abatement costs, choosing a cost-effective policy such as carbon taxes or emissions trading would appear particularly promising. However, as seen above, current carbon prices in these sectors are often lower than in easier-to-abate sectors and do not provide sufficient incentives to invest in low-carbon technologies.⁸

25 - The current distribution of carbon prices suggests that progress towards climate change mitigation is possible without focusing on the need to raise fuel tax rates on light road transport immediately. This is encouraging because raising rates in the road sector is politically contentious in many countries. Tax increases for road transport are often perceived as unfair, on the grounds that adapting behaviour is difficult in the short run for rural households in particular and considering that other sectors and transport modes, such as aviation, do not face similar tax levels. Gradual increases in road fuel tax rates are likely justified but could be implemented in tandem with accompanying fiscal or transport policy measures that facilitate reducing reliance on carbon-intensive transport modes.

26 - Targeting non-road emissions can also help build a constituency for the use of price-based decarbonisation policies. Notably, a sizable share of citizens and voters continue to doubt the effectiveness of carbon pricing. Focusing pricing efforts on those sectors where the additional emission reductions triggered by a given carbon tax increase are large can help change this perception. The effect of a given carbon tax increase on emission reduction can be expected to be larger in non-road sectors, given that the same carbon tax results in much larger percentage retail price increases for non-road fuels. Nevertheless, effectiveness is not enough to create a constituency for reform. The next sections discuss other key political economy aspects of energy price reform.

5. Why environmental taxes are underused – equity and affordability

27 - To say that environmental tax reform is not popular with the electorate is probably an understatement. This is easily understandable in cases where reforms are poorly designed and do not address equity and affordability issues, or where communication on flanking measures is lacking. However, even well-designed reforms that effectively address equity and affordability issues are, more often than not, a hard sell politically. Reasons include resistance to changing habits, concern that flanking measures will be insufficient or will not be maintained, or the confounding of the effects of broader social trends that have reduced opportunities and inclusion with environmental tax reform efforts.

28 - The direct effect of higher energy and carbon taxes, i.e. the effect before considering how the revenue from the higher taxes is used, tends to be larger in relative terms for the more vulnerable segments of society than for richer households. Even though transport fuel taxes are not regressive across the income distribution in all countries (with stronger impacts in the middle deciles instead), electricity and heating taxes are usually regressive, and transport taxes have larger impacts on rural house-

holds.⁹ Vulnerable groups may also have fewer options to make investments in energy-efficiency improvements in response to higher prices. And even households that can make such adjustments may find it difficult to cut energy consumption quickly, for instance if they live in poorly insulated rental properties with landlords who lack the incentives to improve energy efficiency.

29 - Environmental tax reforms that increase prices for transport fuels can also deepen the urban-rural divide. Alternative modes of transport are less developed in rural areas, limiting the possibility to switch to public transport. In addition, salaries tend to be lower and distances longer, meaning that fuel price increases can have a greater effect on living standards than in urban areas.

30 - While it is not surprising that the direct effects of higher energy prices trigger resistance, environmental tax reform can also be part of the solution. In particular, the revenue raised can be used in such a way that disadvantaged groups are not only compensated but even made better off. This is generally feasible because richer households spend more on energy than poorer households, so that recycling part of the additional revenues from the environmental tax reform can make the reform progressive overall or improve energy affordability.¹⁰ This could for instance be achieved by targeted transfers (e.g. through the social welfare system), which can address equity and affordability issues provided that transfer systems are sufficiently flexible and effective (capturing not only income differences but also location of the household, for example).

31 - Targeted compensation does have its limits. First, administrative and legal constraints on targeting will still result in welfare losses for some households,¹¹ and these are likely to receive media attention. In addition, there may well be political opposition from richer households, who could shoulder the burden of the price increase without too much difficulty but who would prefer not to do so. More generally, environmental tax reform, with its explicit motivation of encouraging more sustainable consumption and production patterns, is perceived by some as threatening their way of life. This can result in solution aversion, where resistance to environmental policies (the solution) is so strong that it triggers disbelief in the severity of the environmental issue (the problem).¹²

32 - As a result, environmental tax reform has the potential to unite in opposition a substantial part of the electorate that has otherwise little in common. If distrust in the government is generally high, even well-designed reform packages may be met with suspicion and their success may not be determined on the merits of the actual proposal. Against this background, it is not particularly surprising that progress with environmental tax reform recently has been limited.

8. The focus of the discussion in this paper is on energy use, but carbon neutrality will also require decarbonising non-energy emissions from the agricultural sector, and this may well involve implicit or explicit carbon prices of EUR 500/tCO₂ or more (A. Quinet, France Stratégie *La valeur de l'action pour le climat*, Paris, 2019. <https://www.strategie.gouv.fr/publications/de-laction-climat>).

9. F. Flues and A. Thomas. »The distributional effects of energy taxes.« *OECD Taxation Working Papers*, No. 23, OECD Publishing (2015). <https://doi.org/10.1787/5js1qwkkqrbv-en>.

10. F. Flues and K. Van Dender, »The impact of energy taxes on the affordability of domestic energy«, *OECD Taxation Working Papers*, No. 30, OECD Publishing, Paris, 2017 ; <https://doi.org/10.1787/08705547-en> ; IMF (2019) Fiscal Monitor October 2019 – How to mitigate climate change, IMF, Washington D.D.

11. J. M Sallee, National Bureau of Economic Research. *Pigou Creates Losers : On the Implausibility of Achieving Pareto Improvements from Efficiency-Enhancing Policies*. Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2019. <http://dx.doi.org/10.3386/w25831>.

12. T.H. Campbell and A.C. Kay, « Solution aversion : On the relation between ideology and motivated disbelief. » *Journal of Personality and Social Psychology*, 107(5) (2014) : 809-824. <https://doi.org/10.1037/a0037963>

6. Why environmental taxes are underused – competitiveness

33 - A key impediment to progress with carbon pricing is the concern that exposing energy-intensive industries, as well as heavy road transport and long-haul aviation and shipping, to higher energy prices would create competitiveness risks if competitors do not face the same policy signals. For example, if other governments do not implement similarly stringent carbon pricing policies, energy-intensive industries in other jurisdictions might gain market share and industries might relocate elsewhere (carbon leakage), heavy road transport could refuel in neighbouring countries with lower taxes (fuel tourism), and hub airport functions could move to low-tax jurisdictions.

34 - At present carbon price levels, there is generally no discernible negative impact on short-run competitiveness, as shown by a growing literature with ex post evaluations of the competitiveness impacts of existing carbon pricing schemes.¹³ However, current carbon prices are relatively low and energy-intensive industries tend to receive most allowances for free or benefit from other forms of preferential treatment and compensation (e.g. for increased electricity prices). These policies decrease compliance costs substantially, so that that competitiveness effects could appear at higher prices. The non-effect is nevertheless reassuring as it opens the path for gradual increases in prices (as argued above) and the phase-out of free allowances.

35 - Averting the major risks of climate change is now broadly seen to require transitioning to a carbon-neutral economy in the coming decades. Only firms producing and using net zero-carbon technologies will be able to compete in a net-zero economy. Taking long-run competitiveness into account, providing clear and credible carbon price signals becomes a key tool to put economies on a low-carbon growth path. If countries do not provide the right incentives now, this will lead to stranded assets once future governments accelerate climate action. Even industry is increasingly calling on governments to step up carbon pricing efforts to be prepared, as can be seen, for example, from the long list of private sector partners in the Carbon Pricing Leadership Coalition.

36 - In the medium term, however, competitiveness will become a pressing issue for certain energy-intensive sectors if major carbon price differentials emerge between competing firms. Left unaddressed, competitiveness concerns could prevent ambitious countries from raising carbon prices. Some countries would do so to avoid carbon leakage or protect domestic firms, others could seek to attract firms from high-price jurisdictions by keeping carbon prices low. The result would be a further slowdown in the transition to zero-carbon economies and increased mitigation and adaptation costs.

37 - Effectively addressing any real competitiveness issues is therefore key to making progress with environmental tax reform. To date, free permit allocation continues to be the lead policy instrument to deal with carbon leakage – the EU ETS is no exception in this regard. But there are at least three issues with the current approach. First, free permit allocation can weaken incen-

tives for firms to invest in low-carbon technologies. Second, by allocating permits free of charge – often in a poorly targeted manner that also benefits firms that are not actually at risk of carbon leakage – governments forego scarce public revenues. Third, free permit allocation puts little pressure on other countries to step up carbon pricing efforts. Border carbon adjustments are sometimes thought to offer a superior alternative policy approach. A carbon-border adjustment tax has, for example, been proposed as part of the European Green Deal. Border carbon adjustments may be a promising idea in principle, but in practice the technical and political challenges remain daunting.

38 - Whichever instrument governments choose to deploy to address carbon leakage or competitiveness concerns, the response would likely benefit from being targeted towards those industries and products where carbon leakage is a real threat. Analysis suggests that the problem of carbon leakage is limited to a relatively small group of firms, and concentrated in a few trade-exposed energy-intensive industries (e.g., steel, cement, aluminium).

39 - International cooperation could help to address competitiveness concerns and defuse political tensions. Coordination on carbon price floors would reduce risk of carbon leakage,¹⁴ and avoid or reduce the need for designing countermeasures. Price floors could also be limited to specific sectors, such as those at risk of carbon leakage. In international aviation and shipping, a coordinated response would help avoid negative side effects such as tankering.

7. Revenue use matters

40 - The revenues from environmental taxes can be substantial. Considering the revenue from effective carbon rates, for example from emissions trading systems, carbon taxes, and excise taxes on energy use, in 40 OECD and G20 countries, tax and auction revenues are over one percent of GDP in many OECD and G20 countries and this could more than double if carbon price levels were increased to EUR 30/tCO₂ throughout.¹⁵ Assuming rising rates, carbon tax revenues would eventually decline, but in a matter of decades, not years.¹⁶

41 - An abundant literature investigates whether environmental tax revenue can be used to change the tax mix in order to reduce the overall economic costs of raising a given amount of tax revenue. Some find considerable potential for such a « double dividend ». ¹⁷ More broadly, it is recognised that socially productive revenue use can take various forms (cutting other taxes, increasing spending, reducing debt, redistribution, etc.) and that productive use is as much a prerequisite for econo-

13. J. Arlinghaus, « Impacts of Carbon Prices on Indicators of Competitiveness : A Review of Empirical Findings. » *OECD Environment Working Papers*, No. 87, OECD Publishing (2015). <https://doi.org/10.1787/5js37p21grzq-en>; and Ellis, Nachtigall, and F. Venmans. « Carbon pricing and competitiveness : Are they at odds ? » *OECD Environment Working Papers*, No. 152, OECD Publishing (2019). <https://doi.org/10.1787/f79a75ab-en>; and Carbon Pricing Leadership Coalition. *Report of the High-Level Commission on Carbon Pricing and Competitiveness*, Carbon Pricing Leadership Coalition, 2019; <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32419/141917.pdf>.

14. D. Nachtigall, « Improving economic efficiency and climate mitigation outcomes through international co-ordination on carbon pricing. » ; *OECD Environment Working Papers*, No. 147, OECD Publishing (2019), <https://doi.org/10.1787/0ff894af-en>.

15. M. Marten and K. Van Dender. « The use of revenues from carbon pricing. » *OECD Taxation Working Papers*, No. 43, OECD Publishing (2019), <https://doi.org/10.1787/3cb2654-en>.

16. D.B. Marron, E. J. Toder and L. Austin. *Taxing carbon : What, why, and how*. The Tax Policy Center, 2015. <http://www.taxpolicycenter.org/sites/default/files/alfresco/publication-pdfs/2000274-TaxingCarbon-What-Why-and-How.pdf>.

17. I. Parry, C. Veung and D. Heine, *How Much Carbon Pricing is in Countries' Own Interests ? The Critical Role of Co-Benefits*. International Monetary Fund, 2014. <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/How-Much-Carbon-Pricing-is-in-Countries-Own-Interests-The-Critical-Role-of-Co-Benefits-41924>.

mically justifiable use of carbon pricing as is environmental effectiveness.¹⁸

42 - Revenue use is not just about efficiency, however. It is also crucial from a political economy angle, as combining pricing with statements of intent or legal commitments to particular types of spending can increase social and political support for pricing.¹⁹ Revenues can be used to dampen or entirely reverse negative direct impacts of carbon pricing on households or businesses, through uniform lump sum transfers, targeted transfers or tax reforms (i.e., reducing corporate or personal income taxes).

43 - The choice between compensation mechanisms depends on jurisdictions' specific circumstances. For example, reducing pre-existing taxes is likely more appealing where income taxes are high. Lump-sum transfers are thought to be a superior choice for generating political support especially where concerns over « big government » loom large, as they are highly visible and benefit households across the political spectrum. Therefore lump-sum transfers can contribute to the robustness of carbon pricing as governments change over time, compared to situations where revenues cater to more narrow constituencies.²⁰ However, visibility of revenue use can also be accomplished through tax reform policy packages. For example, British Columbia has made explicit how revenues are used to cut other taxes.

44 - Targeting of transfers can help customise revenue deployment choices to alleviate cost increases where they are felt the strongest, for example in lower income households and households with fewer short-run substitution options. While this can increase support for carbon pricing, a balance needs to be sought between maintaining the environmental effectiveness of the price signal (for example, through limiting the transfers in time) and avoiding overly narrow targeting (for example, only to energy spending).

45 - Further suggestions on revenue use include using carbon tax revenues for R&D and other climate policy measures that would likely require « fresh spending ». ²¹ This can strengthen support, not only with constituencies that strongly favour climate action, but also with voters that doubt the effectiveness of carbon pricing as a behavioural signal but that support climate spending.²²

46 - Revenue use is not a panacea for building support. Introducing carbon pricing is more difficult where trust in government is low, and lower trust in government conditions the options for revenue use, such as reducing space for tax reform and increasing the appeal of lump sum transfers.²³ However, as carbon pricing revenues rise, the case for integrating revenue use decisions with broad tax policy design rather than separating it (as is the case with labelling transfers as carbon dividends) becomes stronger.²⁴

47 - Using the revenues from higher environmental taxes to implement targeted support measures to ease the transition for vulnerable groups may thus not be sufficient to gather support for green fiscal reform. In situations where there is substantial support for wide-ranging tax reform, as is perhaps the case in France, embedding environmental tax reform in a broader fiscal policy reform, of which it then becomes a relatively minor component, could be preferable.

8. Tentative ways forward

48 - Policy-makers in several countries are taking on the difficult task of turning the potential of environmental tax reform into politically workable propositions. This results in modest and piecemeal progress with carbon pricing through new taxes or emissions trading systems, or the improvement of existing systems. Resistance to environmental taxes is strong because there is doubt about their effectiveness, concern about rising tax burdens when they are already excessively high, and concern about adverse equity and affordability impacts.

49 - Attempts to make better use of taxes for environment policy take place in a context of broader social unrest relating to the distribution of welfare and of social and economic opportunity. In such a context, environmental policy in general and environmental tax policy in particular are at risk of becoming a symbol of the strife between advantaged and disadvantaged segments of the population. What does the evidence and analysis summarised in this paper have to offer to make progress in this difficult context ? The following paragraphs provide some reflections.

50 - While there is strong evidence that price-based policies reduce pollution and greenhouse gas emissions very effectively, doubt about their effectiveness remains widespread. This scepticism is strengthened by the tendency to highlight those situations where households or businesses find it difficult to reduce the polluting activity in the short run. One response is to increase awareness that such examples are not representative of the entire population. A second response is to offer temporary compensatory measures and provide perspectives for increased flexibility, including increased availability of clean alternatives, in the medium and long run. This helps reduce perceptions that environmental taxes are primarily revenue-raisers or that policy-makers are unconcerned about impacts on vulnerable groups.

51 - The case for price-based instruments rests partly on cost-effectiveness, i.e. the ability to deliver abatement of pollution at lower costs than other policies. This leads to several observations.

1. Other policies can also be cost-effective. If the solution for how to tackle pollution is commonly understood and similar for most or all sources, then prescriptive regulation can also be fairly cost-effective. However, this situation is less likely to occur when ambitious abatement targets are set – the case for price-based instruments is stronger as ambition rises, such as when the goal is to reach carbon neutrality.

2. Cost-effectiveness is a desirable feature but not an overriding policy goal. Insisting that cost-effectiveness is always a necessary or even the primary condition for « sensible policy » risks being counterproductive, resulting in aversion to an excellent policy tool. A more modest approach may be to argue for the use of prices as the coordinating principle of an environmental policy package, bringing a clear sense of direction, coherence and power to the overall environment policy effort.

3. Cost-effectiveness is abstract and counterintuitive. It is abstract in that reference is made to economic costs and not tangible financial impacts. The tangible financial impacts are that

18. J. Arlinghaus and K. Van Dender, *Environmental Fiscal Reform : Progress, prospects and pitfalls*. Paris : OECD, 2017. <https://www.oecd.org/tax/policy/environmental-fiscal-reform-G7-environmentministerial-meeting-june-2017.pdf>.

19. UNEP. *The Emissions Gap Report 2018*. UNEP, 2018, <https://www.unenvironment.org/interactive/emissions-gap-report/>.

20. D. Klenert et al., « Making carbon pricing work for citizens », *Nature Climate Change*, Vol. 8 (2018) : 669-677, <http://dx.doi.org/10.1038/s41558-018-0201-2>.

21. A. Bowen, *Carbon pricing : how best to use the revenue ?*, The Grantham Foundation and the London School of Economics, 2015. <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/11/Bowen-policy-brief2015.pdf>.

22. D. Klenert, L. Mattauch, E. Combet, et al., *Making carbon pricing work for citizens*. *Nature Clim Change*, 669-677 (2018) doi :10.1038/s41558-018-0201-2

23. Ibid., 669-677

24. M. Marten and K. Van Dender, « The use of revenues from carbon pricing. », op. cit.

costs rise – how could that be cost-effective or good or fair? These considerations have led to suggestions not to promote carbon pricing on cost-effectiveness grounds when communicating to the wider public.²⁵ While this may be extreme, the difficulty of explaining cost-effectiveness is another argument to treat it as one desirable property of good policy, among other properties.

52 - A further feature of price-based instruments is that they can raise public revenue. One recommendation is that revenue be raised and not foregone, which stands in opposition to the free distribution of tradable emission permits. Free allocation of permits can be seen as transferring the value of the scarce environmental resource to the recipients of the permits, often polluters, a practice for which there would seem to be little justification in general, and which also mutes the incentives to cut pollution in many cases. A further recommendation is to be transparent about what is done with the revenue.

53 - This paper has identified a number of elements that could contribute to making environmental tax reform work in practice :

- Refocus environmental tax reform efforts. Increasing carbon prices first where they currently are lowest makes sense. This

includes harder-to-abate sectors such as aviation and shipping, steel, cement and chemicals which would benefit from stronger carbon price signals.

- Reach out to like-minded jurisdictions and countries in areas where the benefits from coordination and cooperation on carbon pricing are largest. These include sectors at risk of carbon leakage, as well as international aviation and maritime transport.

- Revise the instruments used to address competitiveness concerns. Such instruments could benefit from narrower targeting limited to sectors where carbon leakage is a real threat. Compensation measures should avoid reducing the environmental effectiveness of carbon pricing and creating perverse incentive for other countries to keep carbon prices low to reap short-term gains in competitiveness.

- Reassess revenue-use strategies. Can societal demands be met through targeted compensation or is broader fiscal reform needed to arrive at a politically and socially acceptable reform package? There is no obvious general answer here, but policy practice will need to provide clarity given the local context.■

25. Marshall, Conway, Webster, Comeau, Besley, and Isavel Saldarriaga Arango. « *Guide to Communicating Carbon Pricing (English)*. » Washington, D.C. : World Bank Group, 2018. <http://documents.worldbank.org/curated/en/668481543351717355/Guide-to-Communicating-Carbon-Pricing>



LexisNexis®

Abonnez-vous à La Semaine Juridique

boutique.lexisnexis.fr



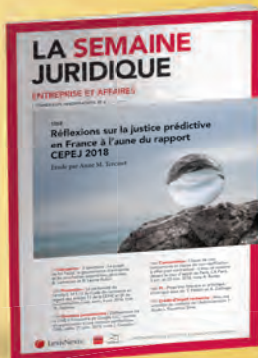
Web-Mobile-Tablette

CHOISISSEZ VOTRE REVUE !

La revue des acteurs publics



Pour être réactif dans une matière riche en actualité



L'hebdo des juristes d'affaires



*La revue de référence du notariat**

*Version PC non disponible.

5 HEBDOS DE RÉFÉRENCE

TOUS LES DOMAINES DU DROIT

LE SAVOIR-FAIRE ÉDITORIAL RECONNU

À propos de...

La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'École de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui dix-huit numéros. Un dix-neuvième est en préparation pour juin 2020.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.



LexisNexis®

The logo for AJSP (Association des Juristes de Sciences Po) features the acronym 'AJSP' in a bold, dark blue font on the left. To its right is a vertical dark red bar, and further right, the full name 'Les Juristes de Sciences Po' is written in a smaller, grey font.

AJSP | Les Juristes
de Sciences Po

À propos de...

L'Association des Juristes de Sciences Po

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP œuvre à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle Evènements de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit.

L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats, entreprises et institutions.

Le Pôle Evènements est également chargé d'organiser des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice, des concours d'éloquence et de l'édition d'un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation. Le Pôle Sciences Pi entend réunir les étudiants de la spécialité Droit de l'innovation de l'Ecole de Droit. Le Pôle CJJ réunit les étudiants du master Carrières judiciaires et juridiques, et le Pôle CEA ceux du master Contentieux Économique et Arbitrage.

Loïc Hernandez, Président



L'équipe **contentieux** et **arbitrage**

Le contentieux est un des domaines d'activité fondateurs de l'identité de Reed Smith depuis sa création en 1877. Reed Smith - aujourd'hui l'un des premiers cabinets d'avocats d'affaires dans le monde - place au cœur de son développement l'ensemble de ses savoir-faire liés au règlement des litiges.

A propos de Reed Smith

Plus de 1 700 avocats répartis dans 29 bureaux à travers l'Europe, le Moyen-Orient, l'Asie et les Etats-Unis.

Qui sommes-nous ?

Les associés qui animent notre équipe Contentieux et Arbitrage à Paris ont tous, avant de rejoindre Reed Smith, exercé au sein d'équipes réputées pour leur expertise. Notre équipe Contentieux et Arbitrage, composée à Paris d'une quinzaine d'avocats, conseille de grands groupes et des PME internationales et françaises. Elle se distingue par sa maîtrise des fondamentaux et des évolutions de leurs secteurs, essentiellement l'industrie, les transports, la banque/finance, la santé et les sciences de la vie, l'immobilier, la construction l'énergie, les technologies de l'information et les médias.

Nos missions

Notre équipe intervient sur des dossiers de toute nature - précontentieux, contentieux, arbitrage, médiation et conciliation - et affiche une pluralité de compétences :

- Risques industriels, sanitaires et de santé publique / Assurance ;
- Contentieux bancaires et financiers ;
- Construction ;
- Droit international ;
- Règlementation : conformité (compliance) ;
- Arbitrage international ;
- Responsabilité professionnelle ;
- Droit social ;
- Contentieux commerciaux / Responsabilité du fait des produits ;
- Contentieux de haut de bilan / Fusions & acquisitions / Contentieux boursiers ;
- Procédures collectives ;
- Droit pénal des affaires.

L'équipe **contentieux** et **arbitrage**

Nos atouts

En France, nos associés, qui bénéficient d'une notoriété incontestée, sont très intégrés dans la communauté judiciaire et dans le monde de l'arbitrage. De plus, nos avocats collaborent étroitement avec une équipe composée de plus de 800 avocats des différents bureaux de Reed Smith et intervenant dans des contentieux à travers les Etats-Unis, l'Europe, l'Asie et le Moyen-Orient. Leurs compétences sont largement reconnues comme l'illustre le classement de Reed Smith - chaque année - parmi les meilleurs cabinets de contentieux et de risques industriels en Europe, aux Etats-Unis et en Asie.

L'implantation historique de nos avocats sur le marché français et notre vision globale et internationale du contentieux nous confèrent une position privilégiée pour vous conseiller et vous représenter :

- dans le choix de la juridiction à saisir,
- dans la détermination de votre stratégie judiciaire,
- pour l'exécution des décisions françaises hors de nos frontières ou de décisions étrangères en France.

Au niveau mondial

Une tradition du contentieux en France

Une plateforme internationale pour répondre à des questions mondiales

Un savoir-faire distingué, notamment en de responsabilité du fait des produits : l'équipe figure parmi les meilleures dans les classements d'Option Droit et Affaires et de Legal 500.

Vos contacts



Ana Atallah

Associée

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

aatallah@reedsmith.com



Benoît Charot

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

bcharot@reedsmith.com



Daniel Kadar

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

dkadar@reedsmith.com



Peter Roshier

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

proshier@reedsmith.com



Andrew Tetley

Counsel

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

atetley@reedsmith.com



Emmanuelle Faivre

Counsel

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

efaivre@reedsmith.com

ABU DHABI
ATHENS
BEIJING
CENTURY CITY
CHICAGO
DALLAS
DUBAI
FRANKFURT
HONG KONG
HOUSTON
KAZAKHSTAN
LONDON
LOS ANGELES
MIAMI
MUNICH
NEW YORK
PARIS
PHILADELPHIA
PITTSBURGH
PRINCETON
RICHMOND
SAN FRANCISCO
SHANGHAI
SILICON VALLEY
SINGAPORE
TYSONS
WASHINGTON, D.C.
WILMINGTON



Reed Smith, cabinet d'avocats international fort de 29 bureaux dans le monde, l'un des acteurs les plus dynamiques à Paris, est le partenaire de la Revue des Juristes de Sciences Po

Avec **3000 personnes**, dont **1700 avocats**, Reed Smith est présent aux Etats-Unis, en Europe, au Moyen-Orient et en Asie. Implanté à Paris depuis 2005, Reed Smith y compte près de 70 avocats, dont 19 associés aux expertises complémentaires en contentieux et en conseil. Leurs savoir-faire diversifiés sont reconnus par le marché et ancrés dans cinq secteurs stratégiques : Energie et ressources naturelles, Finance, Industries pharmaceutiques et de santé, Media & Entertainment, Transports.

Contact : Daniel Kadar, Associé en contentieux, Co-Managing Partner, EF 1995 dkadar@reedsmith.com

reedsmith.com

ABU DHABI ATHENS AUSTIN BEIJING CENTURY CITY CHICAGO DALLAS DUBAI FRANKFURT
HONG KONG HOUSTON KAZAKHSTAN LONDON LOS ANGELES MIAMI MUNICH NEW YORK **PARIS**
PHILADELPHIA PITTSBURGH PRINCETON RICHMOND SAN FRANCISCO SHANGHAI SILICON VALLEY
SINGAPORE TYSONS WASHINGTON, D.C. WILMINGTON

ReedSmith
Driving progress
through partnership