



HAL
open science

LES MESURES ATYPIQUES D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE : REGARD ACTUEL SUR UN MOYEN PROCÉDURAL BRÉSILIEN POUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Denise Teixeira de Oliveira

► **To cite this version:**

Denise Teixeira de Oliveira. LES MESURES ATYPIQUES D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE : REGARD ACTUEL SUR UN MOYEN PROCÉDURAL BRÉSILIEN POUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT. XIIème Journée d'études de l'UMR DICE (UMR 7318). " L'exécution des décisions de justice ", Université de Pau et des pays de l'Adour, Collège Sciences Sociales et Humanités, Sep 2020, Pau, France. hal-02931613

HAL Id: hal-02931613

<https://hal.science/hal-02931613>

Submitted on 7 Sep 2020

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

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

Les mesures atypiques d'exécution des décisions de justice : regard actuel sur un moyen procédural brésilien pour la protection de l'environnement

Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA

Dès sa prise de fonction le 1^{er} janvier 2019, le nouveau président brésilien met en place un profond changement des directives de la politique publique en matière d'environnement, adoptant des pratiques amplement dénoncées par les forums internationaux. « On protège trop de forêts, et ce au détriment du développement de l'agriculture et de l'élevage, [...] or la protection environnementale ne produit pas de PIB », déclare le président dans son discours au Forum de Davos en janvier 2019¹⁻². Sur le plan juridique, on remarque que cet agenda gouvernemental aligné sur le développement économique du secteur privé porte atteinte aux directives protectrices de l'environnement énoncées dans l'article 225 de la Constitution brésilienne dès 1988³.

Sur le plan infraconstitutionnel, bien que le système législatif de prévention des risques environnementaux se soit structuré au cours des dernières décennies, ces dysfonctionnements dans la sphère de l'Exécutif fédéral entraînent une insécurité juridique, ce qui n'est pas sans conséquence sur le système juridictionnel. Lorsqu'on constate une atteinte à l'environnement, le droit procédural par exemple ne semble pas à même de faire face à sa protection effective. C'est déjà le cas en temps de normalité législative car les procédures sont souvent lentes, mais actuellement le décalage de la réponse judiciaire s'accroît par rapport à l'immédiateté des effets produits par cette nouvelle politique⁴ et l'absence de mesures

1Un an plus tard on constate le démantèlement du système de protection environnementale construit par la Constitution de 1988. Les effets de cette politique sur les écosystèmes sont concrets et pour la plupart déjà irréversibles. En somme, par quelques actes gouvernementaux, l'axe de l'intérêt général expressément accordé à l'environnement par la Constitution est dérouté.

2L'attaque se fait sur plusieurs fronts, tels que les quinze points indicatifs à partir desquels on peut étudier ce démantèlement du système de protection décrits par André TRIGUEIRO : « *15 pontos para entender os rumos da desastrosa política ambiental do governo Bolsonaro* » : Disponible sur: <https://g1.globo.com/natureza/blog/andre-trigueiro/post/2019/06/03/15-pontos-para-entender-os-rumos-da-desastrosa-politica-ambiental-no-governo-bolsonaro.ghtml?fbclid=IwAR2R4J2S1SGDCZrH6iwWXQsJoBBEITSEG402ArQ1by6LUY9X-Q8gmidp0P0>

3De plus, ces changements interviennent par voie de décrets présidentiels ou par de simples décisions des cabinets ministériels sur des matières réservées à la loi *stricto sensu*.

4Ce panorama de dégradation est aggravé par le laisser pour compte du ministère de l'environnement. Les règles de gestion des ressources naturelles qui ont permis un essor remarquable en matière de protection notamment après 2008 ont été bafouées. Les chiffres de l'aggravation des dommages environnementaux sont alarmants. La délimitation de 334 zones d'exploitation protégées, dont certains concernent de gigantesques unités de conservation de forêt primaire se retrouvent aujourd'hui sur la table des négociations. Le gouvernement a aussi annoncé son intention de transférer les fonds publics autrefois destinés à la conservation et reforestation de l'Amazonie aux grands propriétaires terriens pour « les dédommager du préjudice qu'ils subissent du fait que leurs terres ont été déclarées zones protégées ». Le seul fait d'avoir annoncé cette nouvelle politique ministérielle

procédurales spécifiques de protection. En effet, la protection de l'environnement en tant qu'objet du procès judiciaire demeure largement dépendante de la manière dont les juges appliquent les normes procédurales générales prévues dans le Code de procédure civile.

C'est pourquoi, dans ce contexte d'urgence environnementale, les *mesures exécutoires atypiques* créées par l'article 139, alinéa IV du nouveau Code de procédure civile de 2015 constituent une piste sérieuse qu'il convient d'étudier afin de savoir si, et comment, elles peuvent s'appliquer à la protection de l'environnement, ce qui serait en définitive rendre effectif le texte de l'article 225 de la Constitution décidé par le pouvoir constituant originel de 1988.

Deux obstacles rendent cette analyse complexe. Le premier est d'ordre pratique : depuis leur création, on recense très peu de cas concrets où ce dispositif a été appliqué, et lorsque c'est le cas, la décision prononcée par le juge du fond qui crée une mesure exécutoire atypique est souvent annulée par le tribunal au motif qu'elle est non conforme aux droits fondamentaux ni aux principes qui régissent la procédure civile d'exécution. Le second obstacle est constitué par l'absence de cadre théorique. En effet, le législateur du nouveau Code de procédure insère la mesure exécutoire atypique au sein de la liste des pouvoirs du juge sans fournir plus de précisions quant à son application sinon que ces pouvoirs « visent à assurer l'effectivité des décisions de justice, y compris celles prononcées dans les procès qui ont pour objet l'exécution d'une prestation pécuniaire »⁵. Ainsi, si ces nouvelles mesures exécutoires atypiques peuvent remédier au problème de l'absence de norme procédurale rendant la protection de l'environnement efficace, leur application doit surmonter deux obstacles : les arguments avancés contre leur mise en pratique et l'absence d'un cadre théorique que le législateur aurait du accorder à ces mesures atypiques. On recherche cette configuration qui permettrait donc d'appliquer les nouvelles mesures exécutoires dans le contexte de la protection environnementale⁶ mais aussi de poser des balises afin de réguler leur application dans le cadre d'un procès juridictionnel.

a déclenché une accélération sans précédent de la déforestation illégale qui, au cours de ces cinq premiers mois a déjà dépassé celle des cinq dernières années. L'activité des organismes officiels de contrôle a quant à elle baissé de 35% et les mesures administratives autorisées par la loi depuis 2008 telles que la destruction de la machinerie utilisée lors de la pratique de crimes environnementaux ont été abolies informellement par le gouvernement actuel.

⁵Article 139, alinéa IV du Code de procédure civile (Loi n°13.105 de 2015). En effet, ce seul dispositif normatif donne lieu à de nombreuses querelles en doctrine et jurisprudence. Un aperçu de ces nombreuses controverses est analysé par, entre autres : Elias MARQUES DE MEDEIROS « *Reflexão sobre o artigo 139, IV, do CPC/15* ». Disponible sur : <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190424-04.pdf>.

⁶Au Brésil il n'existe pas un code procédural spécifique pour les procès juridictionnels dont l'objet est l'environnement. Le Ministère de l'environnement recense les lois éparses aujourd'hui en vigueur sur : https://www.mma.gov.br/estruturas/secex_conjur/_arquivos/108_12082008084425.pdf Une initiative législative au niveau de l'état-membre du *Rio grande do sul* est en cours. Si elle est approuvée, cette loi n'aura pas une validité dans tout le territoire national en raison du mode d'organisation fédératif de l'ordonnancement. Cet état-membre de la fédération a un code précédent, un texte pionnier en la matière, qui est encore en vigueur, v. : <https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201611/28093051-codigo-estadual-do-meio-ambiente.pdf>

On peut penser que les mesures exécutoires atypiques permettent une grande marge d'adaptation au cas concret où l'environnement est menacé, le pouvoir créatif du juge étant dans ce cas plus large que dans les mesures typiques d'exécution. Le juge est ainsi autorisé à imposer des mesures plus dissuasives, voire contraignantes ou inductives vis-à-vis du débiteur, ce qui ne serait pas accepté dans le cadre des mesures typiques. Quel serait sinon l'intérêt d'autoriser des mesures d'exécution innovantes ? Si on prétend que l'application de ce nouveau pouvoir sur la protection de l'environnement ouvre une occasion de chercher des solutions mieux adaptées, cela signifie non seulement l'existence de nouvelles possibilités d'innover dans le procès, mais également la possibilité d'utiliser les mesures indirectes qui étaient jusqu'alors interdites. On se demande par exemple si l'on peut désormais autoriser un juge à déterminer des mesures d'exécution indirecte à caractère dissuasif, voire même « menaçant » à l'encontre des responsables d'un dommage environnemental qui se protègent derrière une personne morale.

En tout cas, en l'absence de définition précise édictée par le Code de procédure, le concept de mesure atypique d'exécution est à construire. De prime abord, il est évident qu'une mesure exécutoire atypique, comme son nom l'indique, est un moyen procédural peu commun, parfois exceptionnel, dont se sert le juge afin de donner effectivité à un titre exécutoire. *A priori* donc, toute mesure exécutoire non énumérée expressément par la loi procédurale peut être considérée comme atypique. La seconde caractéristique générale d'une mesure atypique est qu'elle est un moyen indirect d'exécution judiciaire. C'est-à-dire que lorsqu'on exécute l'obligation principale contenue dans le titre exécutoire, une décision de justice l'associe à une autre obligation accessoire - la mesure atypique - qui elle, est de nature dissuasive ou coercitive. Cette caractéristique n'est pas intuitive, mais elle est facilement constatée à partir de la taxonomie choisie par le législateur qui a inscrit la mesure atypique parmi les pouvoirs que le juge exerce visant à l'exécution de ses décisions.

Lorsqu'on compare les mesures atypiques aux mesures typiques, on réalise que ces dernières sont indissociablement liées à la nature de l'obligation de droit matériel sous-jacente. *A contrario* cela ne devrait pas être le cas pour les mesures atypiques. Sur ce point, le législateur est omis. Mais on peut déduire que la définition d'une mesure atypique s'obtient par l'exclusion des cas de mesures typiques que le législateur a lui-même énumérés dans le Code de procédure et dans les lois éparses. En effet, sans pour autant constituer un *numerus clausus*, les mesures typiques appliquées à la protection de l'environnement doivent appartenir à l'une de ces catégories. Pour ce qui est du Code de procédure : des mesures inductives, coercitives, comminatoires et subrogatoires, et pour la loi non codifiée spécifique à l'environnement : des mesures de prévention, de précaution, de réparation et, enfin de cessation soit d'une activité soit d'une omission illicite ou attentatoire à l'environnement.

Ainsi, si on cherche à proposer des mesures non abordées par l'une des catégories de mesures typiques déjà prévues en droit brésilien, le sujet devient très complexe car il est au

carrefour de plusieurs disciplines juridiques. Mais il devient par là même très intéressant : il permet de constater que le problème de l'inefficacité des procédures judiciaires vis-à-vis de la protection environnementale n'est donc pas celui d'une carence de mesures procédurales d'exécution, mais bien de leur inadéquation face à l'impact des atteintes ou d'une interprétation des lois procédurales non adaptée à la spécificité de l'objet du procès lorsqu'il s'agit de protection de l'environnement.

L'un des premiers cas d'application de l'article 139, alinéa IV du Code de procédure est devenu emblématique⁷. Le Tribunal supérieur de justice a considéré comme illégale la mesure atypique d'exécution consistant en l'appréhension du permis de conduire et du passeport des dirigeants d'entreprises condamnés à une obligation de nature pécuniaire fixée en raison d'un dommage environnemental au motif qu'elle n'avait pas de rapport avec la nature de la dette et qu'elle restreint le droit d'aller et venir des débiteurs. Or il est évident qu'il y a une dissociation entre le moyen procédural choisi par le juge et l'obligation inscrite dans le titre exécutoire. Cela semble normal car la restriction du droit d'aller et venir en question vise à dissuader le débiteur réticent et contumax. Mais ne serait-ce pas justement dans cette dissociation entre moyen procédural choisi et nature de l'obligation de droit matériel exécutée que réside l'atypicité recherchée par le législateur du nouveau code ? De plus, si la portée des décisions dont l'objet est la protection de l'environnement semble amplifiée lorsque ces décisions sont fondées sur les principes constitutionnels propres à ce type d'objet, ne serait-ce pas là le motif qui justifie l'utilisation de ces mesures exceptionnelles ? Si tel est le cas, ces mesures exécutoires atypiques peuvent devenir de plus en plus courantes, car le juge ne pourrait pas justifier son refus au vu de la primauté des principes qui régissent la protection environnementale.

Ainsi, bien que prévues par le nouveau Code de procédure civile comme un pouvoir élargi du juge en vue de la quête d'effectivité des décisions de justice, les mesures exécutoires atypiques sont souvent refusées par la jurisprudence (I). Une effectivité potentiellement plus large émerge cependant de la construction d'un cadre théorique justifiant juridiquement son application aux décisions de justice dont l'objet est la protection de l'environnement (II).

I. Les mesures exécutoires atypiques : effectivité refusée en raison d'exigences non prévues par le Code de procédure

On peut comprendre que ces mesures atypiques présentent quelques difficultés d'application. Elles exigent du juge une certaine créativité afin de sortir des sentiers battus. Il est vrai aussi que ceux qui ont osé innover, notamment pendant l'étape d'exécution, ont souvent vu leurs décisions annulées par les tribunaux au motif qu'elles n'étaient pas

⁷Le Supérieur tribunal de justice a déjà considéré possible le retrait du permis de conduire par deux fois au moins lors du recours en *habeas corpus* n°97.876/SP ; n°88.490/DF. Par ailleurs, une question de constitutionnalité par voie directe est en cours devant la Cour constitutionnelle (ADI n°5.941) proposée par le Parti des travailleurs contre ce dispositif de l'article 139, alinéa IV du Code de procédure.

conformes aux droits fondamentaux ni aux principes qui régissent la procédure civile d'exécution. Afin de comprendre ces propos, on se doit d'analyser ces motifs de refus, car malgré leur consécration par le Code de 2015, les juges sont en général réticents à ordonner des mesures atypiques.

Certains juges conditionnent la mesure procédurale qu'il pourrait créer dans le cas concret à l'existence d'un lien avec la nature de l'obligation entre débiteur et créancier (A) ou bien ils n'y ont recours que lorsque les autres moyens exécutoires typiques ont échoué, prêtant ainsi à ces mesures atypiques un caractère subsidiaire qui n'est pourtant pas exigé par la loi (B).

A. L'atypicité des mesures exécutoires : une dissociation nécessaire entre le droit subjectif en voie d'exécution et le pouvoir exceptionnel accordé au juge

Lorsque les nouveaux articles 139, aliéna IV et 536, §1 du Code de procédure civile de 2015 autorisent le juge à déterminer des mesures exécutoires outre celles prévues préalablement dans la loi, il autorise par là même la quête de ce que le Code appelle « devoir du juge de promouvoir une effectivité maximale des décisions de justice » en lui accordant une liste non exhaustive de pouvoirs d'exécution. Ce devoir général de recherche d'effectivité n'est pas nouveau, mais c'est à partir de ces dispositifs que le juge se trouve aujourd'hui autorisé à « créer » dans le procès juridictionnel, à déterminer des mesures « innovantes » visant justement cette quête d'effectivité de ses décisions.

Le Code n'indique pas quels sont les critères qui permettent au juge de choisir entre l'application d'une mesure atypique plutôt qu'une autre, typique, indiquant seulement que l'objectif final de l'exécution est la satisfaction du créancier. Sur le plan jurisprudentiel on recense très peu de cas à ce jour décidés par les tribunaux sur la base de cet article 139 du Code de procédure civile, d'où la difficulté d'identifier quels sont ces critères. Nous l'avons déjà évoqué, le Tribunal supérieur de justice a par exemple considéré comme illégale la mesure atypique d'exécution consistant en l'appréhension de passeport ou de permis de conduire des dirigeants d'entreprise condamnés à une obligation de nature pécuniaire au motif qu'elle restreint le droit d'aller et venir, ce qui ne serait pas acceptable puisqu'elle a incidence sur la personne du débiteur et non pas sur la dette. Or l'exigence de rapport entre le moyen exécutoire choisi et le droit subjectif exécuté est le propre des mesures typiques. Par conséquent, ne peut-on pas déduire que la mesure atypique sera, par la force de choses, le contraire de cette définition ? De plus, on connaît déjà par ailleurs les mesures exécutoires indirectes, celles à caractère dissuasif qui n'ont pas en effet d'incidence sur l'obligation exécutée mais bien sur le débiteur et son comportement réticent.

Les premières décisions fondées sur l'article 139, IV du Code de procédure relatives aux mesures atypiques montrent que les juges suivent encore la logique des mesures typiques

qui consiste à associer le moyen exécutoire à la nature de l'obligation de droit matériel. Mais l'exécution de l'obligation exacte contenue dans le titre exécutoire est l'essence même de la mesure exécutoire typique, et en même temps un droit du créancier. C'est également un objectif de la procédure d'exécution facilement identifiable dans toutes les procédures, qu'elles aient pour objet des biens fongibles ou des biens non fongibles. De plus, rien dans le texte du Code de procédure ne laisse penser que les moyens atypiques suivent la même logique. Au contraire, sa formulation est ouverte afin de laisser une marge à l'action du juge qui doit « déterminer tous les moyens inductifs, coercitifs, comminatoires ou subrogatoires nécessaires à la quête d'effectivité des décisions de justice »⁸. Ce choix du législateur est dû au fait que ces mesures atypiques sont des moyens indirects d'exécution, c'est-à-dire qu'elles servent à créer les conditions pour convaincre le débiteur qu'il est plus intéressant pour lui de s'acquitter spontanément de l'obligation qu'il a contractée avec le créancier que de subir la mesure exécutoire atypique.

Une telle dissociation entre la nature de l'obligation exécutée et la mesure que peut prendre le juge afin de concrétiser l'exécution crée une imprévisibilité certaine. C'est peut-être cette imprévisibilité qui constitue le motif principal de refus du nouveau dispositif. Ces décisions abordent la mesure atypique avec une certaine méfiance vis-à-vis du juge à qui on craint d'accorder un pouvoir créatif illimité ou sans contrôle. Il est vrai qu'au sens large, la mesure exécutoire atypique est à éviter⁹. C'est justement ce pourquoi quelques mesures considérées comme « trop créatives » ont été annulées par la voie de recours. C'est ainsi par exemple qu'une entreprise, confrontée à une obligation d'ajustement de ses activités aux normes environnementales, s'est vue suspendre l'accès à son propre réseau intranet. Dans un autre cas où une copropriété devait réaliser la mise en conformité du rejet de ses eaux usées, le juge a ordonné concomitamment l'interdiction aux copropriétaires d'accéder au parc de loisirs de la copropriété¹⁰.

Il est intéressant de savoir que ces mesures retoquées n'ont pas été considérées comme inefficaces ce qui peut confirmer que le juge qui les a ordonnées exerçait son devoir de rechercher l'efficacité de sa décision. Elles ont été rejetées parce que le tribunal ne voyait aucun rapport avec l'obligation exécutée et au motif qu'elles étaient non conformes au principe qui oblige le juge à avoir recours aux moyens les moins contraignants pour le débiteur. Or ce premier critère n'est pas exigé par le texte et il n'est pas non plus une

⁸Article 139, IV du Code de procédure civil brésilien.

⁹Au fur et à mesure que de nouvelles décisions de justice sont prononcées, c'est à la fois aux constitutionnalistes ou aux processualistes de dresser leurs polémiques au sujet des mesures exécutoires atypiques. Par exemple, L. RODRIGUES WAMBIER et N. RAMOS reviennent sur le sujet dans l'article « *Ainda a polémica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC* ». Disponible sur: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>

¹⁰Ces cas sont en effet anodins, mais l'idée de cumuler les mesures exécutoires directes avec un moyen indirect de nature dissuasive a conduit certains juges à déterminer des mesures aux conséquences assez paradoxales, par exemple lorsqu'un juge a bloqué une somme sur les comptes de l'État afin d'obliger ce dernier à fournir un certain médicament à la population.

déduction logique du second. En effet cette exigence ne semble pas bien cohérente avec la raison même d'exister de ces mesures atypiques. Si ce nouveau dispositif poursuit une quête d'effectivité des décisions et que pour ce faire le Code vient accorder aux juges des nouveaux pouvoirs différents de ceux qui existaient jusqu'alors, c'est justement parce que ces mesures qui ont un rapport direct avec l'obligation exécutée ne se sont pas montrées suffisamment efficaces.

On remarquera à propos de cette efficacité recherchée qu'à la fin du texte de l'article 139, alinéa IV du Code, le législateur prévoit expressément que ces mesures atypiques s'appliquent également aux procédures d'exécution pécuniaire¹¹ comme si cela venait renforcer l'autorisation pour le juge de cumuler les mesures atypiques avec les mesures typiques. Ainsi, si la loi procédurale ne prévoit ni des critères objectifs ni le moment opportun pour son application, on doit s'interroger également sur la nécessité ou non d'épuiser les mesures typiques afin d'avoir accès aux mesures atypiques.

B. La subsidiarité de la mesure atypique : une nécessité relative d'épuisement des voies exécutoires typiques

Il est courant d'affirmer que les mesures atypiques sont considérées comme subsidiaires aux mesures typiques, c'est-à-dire que le juge ne pourrait y avoir recours que lorsqu'il a épuisé les mesures typiques d'exécution¹². Cette interprétation paraît logique au vu de la façon dont le système de normes procédurales est conçu pour l'exécution de la décision de justice. Mais à proprement parler, rien n'est expressément prévu en ce sens dans le texte du Code de procédure. Si le caractère subsidiaire des mesures atypiques semble découler de l'interprétation du système des normes procédurales c'est principalement parce qu'il est régi par le principe qui oblige le juge à chercher la satisfaction maximale du créancier tout en utilisant les moyens les moins contraignants pour le débiteur¹³.

Ainsi une marge d'interprétation est ouverte afin que le juge décide de l'occasion et du moyen procédural le plus pertinent pour donner effectivité au titre exécutoire. Bien entendu il est tenu à avancer les motifs qui justifient sa décision. L'un de ces critères consiste à déroger à la règle de primauté des mesures typiques afin d'appliquer une mesure atypique. Le juge peut tenir compte de la bonne foi des parties et de leur comportement tout au long du procès. Mais là encore, aucune règle n'exige que l'application des mesures atypiques dépendent du fait que le créancier prouve que le débiteur a commis une fraude processuelle ou ne s'est pas acquitté spontanément de sa dette¹⁴. À ce sujet, la décision de la Cour d'appel autorisant le

11Ainsi l'aliéna IV de l'article 139 prescrit que le juge doit « déterminer toutes les mesures inductives, coercitives, comminatoires et subrogatoires nécessaires à assurer l'effectivité de la décision de justice, y compris dans les procès ayant pour objet une obligation pécuniaire ».

12C'est d'ailleurs la position adoptée par le Ministère public fédéral lors de la consultation sur l'inconstitutionnalité soulevée par dans l'Action directe d'inconstitutionnalité de l'article 139, alinéa IV en cours devant la Cour constitutionnelle. Cf. <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-documentos.pdf>

13Ces principes sont prévus dans la seconde partie de l'article 612 du Code de procédure civile brésilien.

retrait du passeport du débiteur¹⁵ a mis en évidence qu'« il est autorisé une certaine relativisation de l'exigence systématique de l'épuisement de la voie exécutoire typique »¹⁶. C'est-à-dire que « si une nécessité d'épuisement des voies typiques d'exécution peut être d'ordinaire considérée comme raisonnable, cette exigence doit être relativisée dans certains cas [...] quand par exemple le comportement d'une partie de la relation procédurale montre, à n'importe quelle étape de la procédure, un penchant à la déloyauté ou aux désordres procéduraux »¹⁷. Quand tel est le cas, indique la décision, « en plus des sanctions procédurales contre les actes qui portent atteinte à la dignité de la justice, le juge doit se préoccuper des moyens pour remédier à la nocivité de cette imposture procédurale, y compris l'application immédiate de mesures atypiques ». La Cour souligne aussi que cela n'exclut pas la nécessité de respecter les principes du contradictoire ni de fournir les motifs qui justifient la prise de mesures atypiques.

On se souviendra que dans la définition légale fournie par l'article 139 alinéa IV, la mesure exécutoire atypique est concomitamment un pouvoir et un devoir du juge. Aucune mention n'est faite de la nécessité d'épuiser les mesures typiques existantes afin d'avoir recours aux moyens atypiques. L'article 536 §1 du Code de procédure corrobore cette interprétation en avançant que le juge peut avoir recours à des moyens exécutoires non prévus par la loi sans expliciter une quelconque condition. Ainsi, en absence de définition sur le moment procédural pour son exercice, ce pouvoir d'innovation du juge pourrait être imposé aux parties dès le début de la relation procédurale. On se demande alors si l'incidence des normes procédurales visant à la protection de l'environnement peut indiquer quel pourrait être le moment plus pertinent.

On sait qu'en matière environnementale les lois non codifiées énoncent aussi des « catégories » de mesures exécutoires et que cette liste n'est pas exhaustive¹⁸. Ainsi, si le législateur a inséré les mesures atypiques dans les normes générales du Code de procédure en

14 Sur le comportement du débiteur dans la procédure qui a déterminé le retrait du permis de conduire, la Cour d'appel a signalé que le comportement des débiteurs était déloyal et évasif c'est pourquoi une mesure atypique était justifiée.

15 Action civile publique n° 0006488-89.2012.8.21.0001.

16 Quand le tribunal avance que la mesure atypique est subsidiaire cela ne veut pas pour autant dire une nécessité d'épuisement des mesures typiques. En fait le caractère subsidiaire est mitigé ou relativisé. Dans ce cas concret, après deux tentatives infructueuses de déterminer une mesure typique (comminatoire par subrogation) : bloquer un montant sur les comptes bancaires et fixer une hypothèque sur le bien immobilier, la Cour a considéré le contexte du cas : « Le comportement des débiteurs peut être considéré comme un levier pour l'emploi immédiat de mesures atypiques dès lors que le juge a de fortes raisons d'anticiper que les moyens typiques seront sans effet. [...] Ils ont permis que la dette s'élève à un montant très élevé bien qu'étant des personnes publiques detentrices d'un patrimoine suffisant pour s'acquitter de la dette et compenser les dommages environnementaux ».

17 Cette même décision indique la nécessité d'une pondération entre les droits fondamentaux en conflit : d'une part la protection effective de l'environnement et de l'autre le droit d'aller et venir, en reconnaissant la prédominance des droits liés à un environnement sain et les garanties liées à une procédure effective et loyale.

18 Pour rappel : des mesures de prévention et de précaution, des mesures de réparation et encore, de cessation d'une omission illicite ou attentatoire à l'environnement et de cessation d'une activité.

tant qu'un « devoir du juge de promouvoir une effectivité maximale des décisions »¹⁹, cela veut dire d'une part que les limites du pouvoir du juge doivent être interprétées de façon élargie lorsqu'il choisit une mesure exécutoire, et d'autre part que les mesures exécutoires atypiques ne voient pas leur applicabilité restreinte à la procédure d'exécution, ni conditionnées à l'épuisement des mesures classiques. Par ailleurs, cet élargissement des pouvoirs qui entraîne un devoir de recherche d'effectivité approfondie nous semble le plus pertinent. C'est un pouvoir qui doit s'exercer à plus forte raison dans les cas de protection de l'environnement où il n'est pas rare que les dommages soient irréversibles et où l'intérêt dans l'effectivité du procès dépasse largement les parties de la relation procédurale.

Ainsi, en présence des normes spécifiques à la protection de l'environnement, on peut se demander si la relativisation de la règle générale de subsidiarité des mesures atypiques ne devient pas un devoir du juge. Les lacunes législatives et jurisprudentielles ne nous permettent pas de répondre simplement. D'autant plus que, excepté l'article 167 du même Code qui aborde brièvement un pouvoir coercitif du juge, on ne peut pas oublier qu'il demeure nécessaire de justifier que ces mesures atypiques peuvent être prises dès la recevabilité du procès, avant même l'étape d'instruction lorsque l'objet de l'exécution est indirectement la protection de l'environnement.

C'est pourquoi, afin que la mesure exécutoire atypique puisse devenir un instrument au service d'une exécution plus efficace en faveur de l'environnement, il convient à ce stade de comprendre à quel point l'introduction de cette catégorie de mesure exécutoire atypique a modifié les limites des pouvoirs et devoirs du juge.

II – Les mesures exécutoires atypiques : effectivité élargie dans les procès dont l'objet est la protection de l'environnement

Il semble évident à ce stade que ce nouveau pouvoir du juge ouvre une occasion de chercher des solutions mieux adaptées à la protection de l'environnement. Outre la difficulté que le législateur ne nous livre pas une définition précise des mesures exécutoires atypiques ni dans le Code de procédure civile²⁰, ni dans les lois éparées qui traitent de l'environnement, le cadre théorique des « catégories de mesures exécutoires » que nous connaissons ne répond pas aux nécessités spécifiques de la protection environnementale. C'est pourquoi si le juge est désormais autorisé à déterminer des mesures d'exécution indirecte à caractère dissuasif et contraignant jusqu'alors interdites, il est nécessaire de tisser un cadre théorique qui justifie la proportionnalité du choix de ces mesures exceptionnelles (A) dans lequel l'application des

¹⁹En ce qui concerne le Code de procédure, ces « catégories » sont énoncées dans le chapitre qui propose une longue liste des « pouvoirs et devoirs du juge ».

²⁰Certains juges exercent déjà ce pouvoir créatif dans leurs décisions, mais sans pour autant que cette question soit clairement définie par un cadre théorique en ce qui concerne les mesures atypiques, notamment dans l'hypothèse d'exécution d'obligation de payer, ce qui semble normal, car le Code est récent et que le législateur a prévu un concept ouvert et indéterminé.

mesures atypiques visant à la protection de l'environnement soit en conformité avec les libertés et les droits fondamentaux (B).

A - La proportionnalité des mesures atypiques : entre la protection collective de l'environnement et l'atteinte aux droits individuels du débiteur

En plus de la définition trop imprécise que nous avons évoquée en introduction, la doctrine et la jurisprudence brésiliennes adressent de sévères critiques à l'égard de l'utilisation de ces mesures atypiques²¹, y voyant parfois des atteintes aux droits fondamentaux que la Constitution garantit²². Si ces motifs s'avèrent parfois légitimes, ils sont discutables au cas par cas. Nous pensons que les arguments avancés pour refuser les mesures exécutoires atypiques ne résisteraient pas à une confrontation avec les normes et principes qui régissent la protection de l'environnement²³.

On ne prétend pas que les mesures atypiques aient vocation à devenir une règle générale²⁴. En effet, elles sont par nature un moyen indirect d'exécution, c'est-à-dire qu'elles ne servent qu'indirectement à satisfaire l'obligation de droit matériel. En ce sens, dans le cas spécifique de l'environnement, ces mesures peuvent devenir un instrument de poids pour remédier à l'inefficacité des mesures typiques existantes²⁵. Elles peuvent également offrir une

21 V. aussi note n° 12 ci-dessus. La question sur la nature juridique des mesures exécutoires atypique est aussi controversée. Cette nature juridique me semble un objet hybride entre le pouvoir général du juge annoncé par l'article du Code de procédure et un moyen d'exécution de décisions qui n'est pas limité au moment du procès d'exécution ni à la formation de la chose jugée de la décision. Une autre piste intéressante pour comprendre cette nature juridique est soulevée en comparant l'exécution d'une obligation pécuniaire du droit nord-américain. Voir V. RODRIGUES DE MELLO. « *Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação* ». Disponible sur : <https://www.migalhas.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-de-quantia-e-o-contempt-of-court-da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao>

22 C'est le cas de L. STRECK, « *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbitrio?* ». Disponible sur : <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>

23 En droit brésilien, le concept de proportionnalité est entendu comme un principe qui donne support à une interprétation raisonnable en cas de collision entre droits fondamentaux. Ce concept permet la pondération des intérêts en jeu dans le procès juridictionnel. Son application exige la vérification de trois critères (dans un sens proche de celui développé par le droit nord américain) : l'adéquation et la nécessité de la mesure prise et une proportionnalité au sens strict qui exige un équilibre entre le moyen procédural choisi et la finalité recherchée par la procédure judiciaire. Pour un aperçu de la théorie en droit brésilien, la Cour constitutionnelle offre une jurisprudence très vaste. Cf. : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=PRINC%3%8DPIO%20DA%20PROPORCIONALIDADE>

24 Un autre principe de proportionnalité est prévu par le Code de procédure dans son article 8 : Il dispose que « lorsque de l'application des normes de l'ordonnancement juridique, le juge doit chercher les fins sociales et les exigences du bien commun, il se doit de sauvegarder et de promouvoir la dignité de la personne humaine et d'observer la proportionnalité, le raisonnable, la légalité, la publicité et l'efficacité ».

25 Cette inefficacité des mesures typiques est flagrante dans ce cas concret que nous avons évoqué. Malgré l'efficacité du travail de la justice, le fait que le juge ait compris qu'il fallait épuiser les mesures typiques pour avoir recours aux mesures atypiques a réduit à néant la protection de l'environnement. On sait qu'après avoir fixé des astreintes, le juge a majoré ces astreintes et a déclenché la procédure d'exécution. Il a aussi tenté d'ordonner le prélèvement du montant de la condamnation sur les comptes bancaires des débiteurs, sans y avoir rien trouvé d'autre que l'équivalent de cinq euros. Il a consulté ensuite les offices notariaux du pays et après avoir découvert 57 immeubles tous déjà soit hypothéqués soit engagés en raison d'autres dettes, le Parquet réquisitionne enfin une mesure atypique d'appréhension du passeport. Cette mesure est refusée dans un premier temps par le juge du fond qui l'a considérée illégale car elle serait équivalente à une mesure pénale et une contrainte disproportionnée au montant de la dette. Le juge ne procède pas à une pondération à l'égard du dommage environnemental. La question n'a été tranchée réellement qu'après plusieurs recours et jusqu'à ce que

plus grande diversité de moyens exécutoires des décisions de justice lorsque l'objet du procès est directement ou indirectement la protection de l'environnement.

Il est vrai qu'entendu au sens large, la mesure atypique peut entraîner un non-respect des garanties fondamentales. Nous avons vu qu'elle attribue des pouvoirs illimités au juge et génère une insécurité juridique pour le débiteur. Si le juge n'opère pas une pondération entre les intérêts en jeu lorsqu'il ordonne une mesure atypique, celle-ci risque de devenir une sorte de marche en arrière de l'évolution des garanties procédurales, évolution qui d'ailleurs a permis d'abolir, on ne doit pas l'oublier, des mesures attentatoires à la liberté et à la dignité humaine telles que la prison civile pour dette²⁶, la coupure des services d'eau ou d'électricité pour n'en citer que quelques exemples. Comprendre le pourquoi de cette définition élargie adoptée par le Code de procédure a cependant de l'intérêt. Elle met en évidence que le système procédural est construit sur l'*a priori* selon lequel la « bonne exécution d'une décision de justice » est celle qui concrétise le droit subjectif du créancier, ou dit autrement, qui exécute l'obligation de droit matériel décrite dans le titre exécutoire. Si cela est toujours vrai d'une manière générale, cette idée conduit à des situations qui sont peu adaptées lorsqu'il est question de protection de l'environnement. Ainsi on peut prétendre que l'effectivité d'une décision de justice se concrétise quand la procédure exécutoire rend possible la protection des intérêts diffus et collectifs de l'environnement.

Mais s'agit-il vraiment d'efficacité de l'exécution de la décision de justice ou de la recherche d'interprétation adéquate de la norme juridique lors de son application ? Si on tente de répondre à cette question en prenant l'exemple du procès judiciaire dont l'objet est la protection de l'environnement on observe qu'autrefois on considérait comme efficace la procédure d'exécution qui se contentait d'obliger le pollueur à payer le montant fixé d'une amende pour cause de dommage environnemental. Le principe d'efficacité se résumait à considérer que la procédure d'exécution fonctionnait bien car elle réalisait en effet le droit matériel qui obligeait le pollueur à s'acquitter de son obligation en payant. Or, le problème, c'est qu'une telle procédure devient par là même un moyen d'entretenir la logique du pollueur-payeur. Si le créancier n'est réellement satisfait que lorsque le débiteur a exécuté son obligation, tant que le pollueur paie l'amende, il peut continuer à polluer et les procédures judiciaires sont toujours considérées comme efficaces. Ainsi, la question de l'interprétation adéquate de la norme juridique applicable au cas concret apparaît centrale et devient déterminante de l'efficacité de la décision de justice. Au fond il s'agit de penser la proportionnalité autrement dans les procédures d'exécution dont l'objet est la protection

la Cour constitutionnelle décide (timidement) en juillet 2019 que l'appréhension du passeport était une mesure atypique adaptée à ce cas concret au motif que le comportement des débiteurs était déloyal dans ce procès. D'après la Cour, la mesure atypique se justifie dans ce cas d'espèce où il a été constaté un non-respect du principe de collaboration des parties, ainsi qu'une omission répétitive à répondre aux notifications de la justice de la part de débiteurs.

²⁶La prison civile est autorisée en droit brésilien dans l'unique cas de procédure d'exécution pour le non-paiement d'obligation de nature alimentaire.

environnementale. Il s'agit dès lors de savoir comment faire accepter ces mesures exécutoires atypiques créées en 2015 afin qu'elles deviennent une solution pour renverser cette logique inacceptable.

On sait que dès 2002, le législateur brésilien a posé les premiers jalons qui ont permis de commencer à renverser cette logique avec l'introduction du mécanisme des astreintes dans les procédures juridictionnelles en général. Conçues comme une manière de rendre plus intéressant pour le débiteur le choix de s'affranchir spontanément de l'obligation à laquelle il est tenu, les astreintes ont eu un impact considérable dans l'abréviation de la durée des procès, ces mesures pouvant être prises dès la recevabilité, avant même l'étape d'instruction, et ne dépendant pas de l'effet de la chose jugée. La possibilité de fixer des astreintes comme moyen de persuasion du débiteur, dans une définition très proche de ce que l'on connaît aussi en droit français²⁷, constitue une véritable avancée en matière de protection de l'environnement au Brésil²⁸. Mais si on évoque cet exemple des astreintes, c'est afin de montrer que la manière dont le législateur conçoit la procédure d'exécution d'une décision de justice peut devenir un instrument mis au service de la concrétisation des principes qui ne sont pas seulement ceux liés directement à l'obligation de faire ou non-faire qu'on exécute. De plus, pour ce qui est de la prévention des risques environnementaux, les astreintes se révèlent encore insuffisamment adaptées. Elles ont en commun avec les mesures atypiques ce pouvoir de dissuader un débiteur réticent. Mais, dans le cas des astreintes, elles sont souvent fixées comme accessoire d'une obligation de faire ou non-faire, et ce après qu'une atteinte à l'environnement ait été commise. Par exemple, on fixe une astreinte si le pollueur n'a pas « remis en état l'environnement » ou s'il n'a pas compensé un dommage environnemental en « réalisant une prestation d'intérêt général »²⁹. Enfin, les astreintes s'insèrent dans la logique de la « réparation » que l'on se doit d'éviter.

Dans ces conditions, on est autorisé à plaider pour d'autres principes plus contemporains et, pourquoi pas, plus ambitieux. C'est-à-dire que lorsque le juge évalue les

27 Cayrol définit les astreintes comme une mesure comminatoire tendant à l'exécution des titres exécutoires : « l'astreinte est une menace d'une forte condamnation pécuniaire par jour de retard dans l'exécution d'une décision de justice ». « Elle est d'abord une menace [...] qui a pour but d'assurer l'exécution des décisions de justice par le prononcé d'une condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, (elle) n'est donc pas une modalité de l'exécution forcée des jugements, mais une incitation à l'exécution volontaire », Nicolas CAYROL, *Droit de l'exécution*. L.G.D.J. p.102-103. Dans l'ordonnancement brésilien, l'astreinte a la nature juridique de moyen indirect d'exécution (article 537 du Code de procédure civile) à caractère coercitif, elle n'est ni une pénalité, ni une indemnisation, même si son montant revient au créancier.

28 Si les mesures exécutoires atypiques sont des moyens indirects d'exécution et ne dépendent pas de l'effet de la chose jugée, elles ne se confondent pas pour autant avec les mesures d'urgence. En effet, aucun caractère d'urgence n'est requis pour que le juge décide d'appliquer une mesure atypique. Même l'étape procédurale n'est plus un critère pour délimiter quelles mesures exécutoires sont applicables afin de donner effectivité à la décision de justice. Dans le cas des astreintes en revanche, on peut y voir aussi un moyen indirect d'exécution. D'ailleurs, en droit brésilien, depuis 2002 elles peuvent être fixées à n'importe quel moment du procès juridictionnel y compris pendant l'étape d'exécution de la décision de justice. Mais on remarquera que ce moyen, malgré le pouvoir dissuasif sur un débiteur réticent, ne se confond pas avec une mesure exécutoire atypique.

29 Exemples de restriction de droits prévus par la Loi n° 9.0608 de 1996 qui dispose sur les sanctions pénales et administratives appliquées en cas d'activités attentatoires à l'environnement.

arguments pour accepter ou refuser une demande d'application de mesure atypique, il peut prendre en considération des questions ou des circonstances qui ne seront pas directement liées à l'obligation exécutée. Pour ce qui concerne l'environnement, on a déjà cité la précaution et la prévention, et on propose d'envisager la mondialisation des risques environnementaux, le partage des dettes environnementales et la réduction de l'empreinte écologique³⁰. Ces principes permettent également d'éviter l'aggravation des dommages.

Par ailleurs, on peut envisager que le respect de ces principes destinés à la protection de l'environnement est compatible avec l'exigence des autres principes qui orientent la procédure d'exécution. Le juge se doit de promouvoir une pondération entre toutes les garanties procédurales, y compris celles du créancier et même celles plus générales qui sont propres à toutes relations processuelles durant tout le déroulement du procès juridictionnel. C'est pourquoi, si on peut reprocher au juge l'application de ces mesures atypiques en deçà des attentes environnementales, cela sera au motif qu'il n'a pas respecté les autres droits fondamentaux. Bien entendu, les limites à ne pas franchir lors de la fixation d'une mesure atypique ont toujours été celles du conflit avec les libertés et droits fondamentaux, mais là encore, il y a des circonstances où la confrontation des droits fondamentaux exige de trouver une solution conciliatrice des intérêts en jeu et pour toutes les personnes intéressées, notamment lorsque qu'il est question, je cite, du « droit à un environnement sain pour les générations présentes et futures » lui-même droit fondamental garanti expressément par la Constitution.

Enfin, on sait que l'objectif premier de l'exécution est la satisfaction de l'obligation de droit matériel, entendue comme la satisfaction du droit du créancier. On remarquera que la non-conformité avec les droits fondamentaux caractérisée par une restriction de la liberté d'aller et de venir ainsi que le non-respect du principe qui exige que le juge cherche la satisfaction du droit du créancier en respectant les moyens les moins contraignants pour le débiteur constituent en effet l'épicentre des critiques adressées contre les mesures atypiques. Cependant les décisions de justice ne cherchent pas au-delà de ces règles applicables à l'exécution. Or il ne faut pas perdre de vue que quand il s'agit de protéger l'environnement, les personnes intéressées par la satisfaction de l'obligation dépassent cette relation créancier-débiteur, ce qui peut justifier la priorité de la mesure atypique sur les mesures classiques en faveur des personnes qui sont en dehors de la relation procédurale. Cela semble possible car cette relation procédurale créancier-débiteur est ici *sui generis*³¹.

30 On pense notamment aux principes annoncés par le « Projet de pacte international relatif au droit des humains à l'environnement » qui propose un pacte spécifique pour l'environnement : https://cidce.org/wp-content/uploads/2017/01/Projet-de-Pacte-international-relatif-au-droit-des-e%CC%82tres-humains-a%CC%80-l%E2%80%99environnement_16.II_.2017_FR.pdf

31 Sur ce point, on se souviendra qu'à des fins de protection des droits diffus et collectifs des générations présentes et à venir, la loi procédurale a dissocié « l'intérêt d'agir en justice » de « l'intérêt légitime ». Mais cette technique législative n'est utilisée que pour des raisons pratiques, certes particulièrement intéressantes en matière de réparation de dommages environnementaux, mais elle ne doit pas servir de prétexte pour la mise à l'écart des titulaires indéterminés d'un droit diffus ou collectif.

Comprendre cette différence est primordial afin que le juge ait plus de marge pour créer une mesure atypique adaptée à cette relation procédurale spéciale. D'autant plus dans l'exemple brésilien, où le Code de procédure a consacré aux accords extrajudiciaires d'ajustement d'activité en matière environnementale (TAC) la force de titre exécutoire, c'est-à-dire une exigibilité équivalente à une décision de justice alors que leur formalisation est indépendante de la procédure judiciaire.

B. La primauté de la protection de l'environnement sur les droits individuels du débiteur peut révéler une efficacité améliorée des mesures atypiques

À ce stade nous avons compris que les limites pour réinventer ces moyens procéduraux innovants sont certainement à puiser, d'une part, dans le système normatif, afin d'éviter des mesures attentatoires à d'autres droits dont la concrétisation peut entrer en collision avec le droit constitutionnel de l'environnement et que des réponses peuvent d'autre part probablement émerger aussi de l'analyse des cas concrets et notamment des échecs du passé lors desquels les mesures classiques ne sont pas parvenues à protéger l'environnement. C'est pourquoi il est intéressant d'observer de plus près certains arguments utilisés par les juges dans les deux cas concrets³² mentionnés précédemment cette fois sous les deux angles cités ci-dessus de la subsidiarité et de la proportionnalité de la mesure exécutoire atypique adoptée.

Dans les deux cas on trouve l'application de mesures exécutoires atypiques en matière environnementale, mais selon le moment procédural où elle a été fixée, l'efficacité est toute différente. Si on résume, dans le premier cas, le juge adopte une posture classique et accorde un caractère subsidiaire à la mesure atypique. Il préfère mettre en avant les droits du débiteur, en l'occurrence une personne physique, et ne fixe une mesure atypique qu'après des années de tentatives frustrées de mesures typiques³³. Dans le second cas, différemment, c'est la primauté de l'environnement sur le droit du débiteur qui oriente le choix du juge pour une mesure atypique dès le début du procès, fixée en l'occurrence contre une personne morale. On peut penser que le raisonnement qui conduit à ces décisions ne serait probablement pas le même si le juge se faisait perméable aux principes de la Constitution brésilienne qui déterminent qu'« on a tous un droit à un environnement écologiquement équilibré ; que l'environnement est un bien commun du peuple essentiel à une qualité de vie saine, ce qui impose au pouvoir public et à la collectivité le devoir de le défendre et de le préserver pour les générations

32 Il s'agit d'analyser certains arguments avancés dans les procès de référence et de l'ensemble des demandes portées en justice. Le Ministère public de *Minas gerais* a créé une plateforme électronique qui recense les procédures associées ainsi que leur état d'avancement dans le cas de Brumadinho. À consulter sur : <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/caso-brumadinho/>. En ce qui concerne Mariana, le procès de référence a cours devant la circonscription de Ponte nova devant la Justice fédérale de la 1^{re} région sous le numéro 0002725-15.2016.4.01.3822.

33 Action civile publique n°0006488-89.2012.8.21.0001, le Ministère public contre Reno constructions, entreprise à responsabilité limitée appartenant à Roberto de Assis Moreira et Ronaldo de Assis Moreira. Dans le premier cas qui concerne le footballeur Ronaldinho et son frère il s'écoule presque dix ans entre le constat de dommages environnementaux, en 2009, et la fixation d'une mesure exécutoire atypique en 2018.

présentes et futures ; que l'Amazonie brésilienne, la forêt Atlantique [...] sont un patrimoine national et que son utilisation ne peut se faire que dans le cadre de la loi et dans des conditions qui respectent la préservation de l'environnement, y compris en ce qui concerne l'utilisation de ses ressources naturelles »³⁴. Au vu de ce texte constitutionnel comment pourrait-on justifier une proportionnalité entre les droits fondamentaux ici en collision : d'un côté le droit collectif à l'environnement sain et de l'autre, la garantie individuelle d'un débiteur, pollueur contumax, de voir la procédure d'exécution suivre le principe des moyens les moins contraignants pour lui. De toute évidence il y a un déséquilibre lorsque le juge ne cherche pas cette proportionnalité en dehors de la relation procédurale.

In casu, la proportionnalité évoquée dans ces décisions reste dépendante de l'obligation contenue dans le titre exécutoire rendant ainsi hommage aux principes de la patrimonialité et de l'utilité qui en effet orientent seulement la procédure d'exécution. Un raisonnement en conformité avec les principes constitutionnels de spectre plus large orienterait le juge vers la protection de l'environnement comme un bien collectif. On comprend mieux pourquoi dans le premier cas de figure le retrait du passeport a été considéré comme une atteinte disproportionnée au droit d'aller et venir du débiteur, et pourquoi la mention faite à l'environnement apparaît secondaire dans la condamnation de remise en état d'une zone de rivière protégée où ce dernier a fait construire un ponton de 142 mètres pour son bateau et ce sans permis. Dans le deuxième cas en revanche, en quelques jours et avant même une décision de justice définitive, on constate finalement que la primauté des principes de protection de l'environnement a orienté la suspension immédiate de l'activité du consortium d'entreprises multinationales considéré comme responsable par négligence de la contamination de centaines de kilomètres d'eaux fluviales à cause de la rupture de deux grands barrages contenant des rejets d'extraction minière³⁵.

On note que la réticence du juge qui refusa la mesure atypique est motivée par des principes propres à la procédure d'exécution, d'un spectre donc très restreint, telle que la patrimonialité des moyens procéduraux. Pratiquement aucune considération de la protection environnementale n'a été prise en compte. Dans la décision en appel, également, le choix même des arguments de la Cour pour finalement décider en faveur de l'application de la mesure atypique a été orienté par ces principes procéduraux classiques. Mais la Cour a cependant fait preuve de plus d'ouverture dans la procédure menée à l'encontre du footballeur. Elle a évoqué le comportement déloyal des débiteurs dans le procès ; le fait qu'ils ne respectaient pas le principe de collaboration avec la justice ; le fait que leur omission répétitive à répondre aux notifications portait atteinte à la dignité de la justice. Mais là encore l'environnement n'a pas été un critère déterminant. La seule préoccupation relative à

34Article 225, paragraphe 4 de la Constitution.

35En plus de la rétention des passeports du PDG du consortium d'entreprises, d'autres mesures atypiques ont été fixées, cf. le texte de la décision sur : <https://www.tjmg.jus.br/data/files/B2/A7/4C/8E/220A86103207C986B04E08A8/decisao%20mib%202.pdf>.

l'environnement dans ce cas est que la Cour a entendu que le comportement des débiteurs dans le procès portait atteinte à la dignité de la justice et par effet ricochet aggravait les dommages environnementaux.

Sur ce dernier point, il est intéressant de noter que la Cour d'appel justifie l'application de l'article 139, alinéa IV du Code de procédure sur la base de l'alinéa précédent (alinéa III de l'article 139) qui affirme que le juge doit réprimer les actes attentatoires à la dignité de la justice. Elle affirme expressément que l'appréhension de passeports fondée sur l'article 139, IV du Code de procédure, est considérée comme subsidiaire, proportionnelle et raisonnable. Mais la Cour souligne le caractère exceptionnel du cas concret, qui ne suit pas selon elle la même ligne que les décisions précédentes qui avaient refusé des mesures atypiques. Dans ce cas spécifique, le comportement des débiteurs portait atteinte à l'environnement et à la dignité de la justice, étant ainsi sanctionné sur le fondement de l'alinéa III. C'est ainsi que le tribunal pose une première balise autorisant la prise en compte de la protection environnementale pour justifier une mesure exécutoire atypique. Mais il nous semble que cette solution n'est pas encore optimale. Le fait d'attribuer un caractère subsidiaire à la mesure exécutoire atypique me permet pas de mettre un terme à l'aggravation des dommages environnementaux. Le résultat de cette interprétation est une protection environnementale amoindrie et l'entretien de la logique contestée du pollueur-payeur, comme nous l'avons déjà évoqué. De plus, si cette solution prononcée dans le cadre d'un dommage local perpétré par une personne physique est transposée au second cas de figure, le résultat deviendrait catastrophique car la dimension des dommages est plus large et irréversible.

Cela montre que les mesures innovantes qu'on voit apparaître dans l'exemple des ruptures de barrages de Mariana et de Brumadinho permettent d'esquisser, peut-être, un nouveau modèle de procédure pour l'environnement en effet bien plus contraignant pour le débiteur. On se souviendra que ces deux villes, Mariana et Brumadinho³⁶, ont subi un même type de dommage environnemental : la rupture d'un barrage de déchets issus de l'extraction de cuivre et bauxite, la fameuse *boue rouge*. Deux fleuves ont été déclarés morts sur plus de 200 kms et les deux villes sont irréversiblement inhabitables dans les parties englouties par la boue. Les nappes phréatiques sont également polluées. Les deux ruptures de barrages qui ont lieu dans un intervalle d'à peine trois ans interviennent sous la responsabilité d'un même consortium d'entreprises³⁷. Ainsi, si le comportement des parties de la relation procédurale

³⁶Tandis que plusieurs procès concernant la catastrophe de Mariana sont en attente de jugement, cinq mois seulement après la seconde catastrophe de Brumadinho, une décision de première instance a été rendue dans un procès de demande individuelle d'indemnisation pour dommages moraux (procédure ordinaire civile n° 5000580-65.2019.8.13.0090, Helena QUIRINO TALIBERTI et autres contre Vale S.A.). On ne développera pas ici les arguments de cette décision. Malgré son importance pour les cas concrets, les questions relatives à la théorie de la responsabilité civile et les critères d'indemnisation qu'elle aborde ne semblent pas avoir une incidence directe sur les mesures exécutoires atypiques. On remarquera cependant que cette décision change la pratique de ce qui se faisait jusqu'alors en matière de délais des procès. Malheureusement c'est encore un cas isolé et il a fallu que cette réponse émerge des échecs d'un cas identique.

³⁷Ledit consortium Samarco qui opère dans cette région est formé par l'entreprise Vale S.A. - une ancienne entreprise étatique, dont le procès de privatisation à la fin des années 1990 est encore aujourd'hui contesté en

devient un critère pour ordonner une mesure atypique tel que cela fut évoqué par la Cour d'appel dans le premier cas de figure, il n'est toujours pas un critère satisfaisant. Par exemple dans le second cas, le comportement du consortium d'entreprises est en effet très reprochable, d'autant plus que probablement les risques de rupture du barrage étaient connus de ce dernier³⁸ et qu'il avait comparé les coûts des réparations avec les coûts d'éventuelles indemnités des victimes fixés par la justice pour des dommages équivalents³⁹. Cependant ne tenir compte que du comportement du débiteur comme un critère principal de recours à une mesure atypique ne suffit pas à faire de la protection de l'environnement une priorité dans les procédures exécutoires.

Par ailleurs, depuis 2016, la situation procédurale concernant Mariana est indéfinie. Les seules actions concrètes ont consisté en l'isolement de la zone atteinte et la construction d'habitations provisoires pour la population délogée. Une proposition d'accord extrajudiciaire⁴⁰ est en cours⁴¹ afin de réaliser la désappropriation des immeubles, d'indemniser les victimes et de construire un musée des ruines (car une partie de la zone engloutie était déjà classée monument historique) et ce, à titre de « réparation intégrale des dommages environnementaux ». S'il est vrai que ces mesures sortent de l'ordinaire, on voit mal les caractères accessoire et persuasif qui caractérisent une mesure atypique. On pourra même les classer comme typiques car il s'agit de mesures comminatoires fixées dans la logique de réparation des dommages⁴². Pour ce qui concerne Brumadinho, l'expérience vécue dans le cas de Mariana a encouragé la prise de mesures atypiques qui méritent d'être citées. La principale d'entre elles consiste en la fixation d'un calendrier d'actions diverses que le Ministère public de *Minas Gerais* a rendu public sur une plateforme électronique qui rend régulièrement compte de l'état des procès engagés en justice⁴³. On sait qu'avant d'engager les poursuites judiciaires, le Parquet a proposé un accord d'ajustement d'activités (TAC) par lequel l'entreprise s'engage, entre autres, à verser pendant un an un salaire minimum à tous

justice - et par la multinationale BHP Billinton S.A.

38 Le problème était en effet connu depuis 2013. À ce propos voir la conclusion récemment rendue par un comité technique disponible sur : <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/02/20/vale-sabia-sobre-fragilidade-em-barragem-de-brumadinho-desde-2003-conclui-comite.htm>

39 L'une de matières controversées dans ce procès consiste à savoir si l'entreprise a ainsi assumé le risque au moins de la seconde des catastrophes. Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/vale-sabia-de-riscos-em-brumadinho-desde-2003-diz-comissao-de-investigacao.shtml>

40 Le T.A.C. (abréviation pour *termo de ajustamento de conduta*) est un accord d'ajustement d'activité passé dans ce cas de figure entre le Ministère public d'une part, et d'autre part un pollueur. L'efficacité de cet instrument n'est plus à démontrer notamment dans un modèle de juridiction unique très lent comme c'est le cas au Brésil. Depuis qu'ils sont entrés en vigueur dans les années qui ont suivi la promulgation de la Constitution de 1988, les TAC ont élargi les attributions du Parquet au-delà des procédures juridictionnelles. En effet, n'appartenant pas au pouvoir judiciaire par force de l'article 128 et s.s. de la Constitution, le Ministère public jouit d'un traitement particulier, cumulant diverses attributions au-delà du fait d'être titulaire de l'action pénale, donc celle de constituer des accords extrajudiciaires qui ont automatiquement la force de titre exécutoire.

41 Il s'agit ici d'un accord passé entre, d'un côté le Parquet et de l'autre un consortium formé par la mairie de la Ville de Mariana et le gouvernement de l'état-membre de *Minas Gerais*

42 Dans ce cas, et pour l'instant, les victimes ne prennent pas part aux négociations. Elles n'ont pas encore été indemnisées.

43 V. n° 32 ci-dessous.

les habitants qui ont été obligés de quitter la ville et à ceux qui ont perdu des parents à cause de la catastrophe. Entre temps, une commission d'enquête parlementaire est déclenchée, avec la mobilisation de la population civile, et elle recueillera de nombreux témoignages, y compris celui d'un ingénieur de l'entreprise. En seulement quelques semaines une action en justice pour dommage moral environnemental collectif est engagée et en seulement cinq mois une première décision de justice est émise dans une action individuelle⁴⁴.

En guise de conclusion, on remarquera que par le biais des arguments avancés dans ces décisions on voit se dessiner quatre critères justifiant le choix d'une mesure atypique qui semblent autoriser le recours à ces mesures sans pour autant porter atteinte aux droits fondamentaux : 1. Aucune règle ne détermine définitivement que la mesure atypique soit subsidiaire à la mesure classique ; 2. La mesure atypique n'est pas nécessairement liée à l'obligation exécutée par un rapport de cause à effet ou autre. Il est suffisant que son caractère contraignant garde une relation de proportionnalité avec cette obligation définie dans le titre exécutoire ; 3. Le choix du juge d'appliquer une mesure atypique doit être influencé par les circonstances du cas concret, tel que le comportement déloyal des débiteurs dans le procès ou leur omission répétitive à répondre aux notifications de la justice, ou encore la récurrence dans le même type de dommage environnemental, l'irréversibilité et l'ampleur du dommage ; et enfin, 4. L'opportunité de fixer une mesure atypique peut prendre en compte des critères méta-processuels, tels que *a.* L'inexistence de patrimoine des débiteurs, dans le premier cas, incompatible avec la réalité avérée de leurs vies publiques : signes de richesse extérieurs exhibés, dans les réseaux sociaux par exemple ; *b.* La prise en compte de la « bonne foi objective » : la décision évoque « le devoir du juge de refuser l'utilisation de la ruse pour échapper à ses obligations » cela en raison du principe méta-processuel de la bonne foi objective, qui « doit irradier ses effets à l'intérieur du procès ».

In fine, on a vu que la mesure exécutoire atypique est un concept ouvert, ce qui entraîne des difficultés dans sa mise en application. Si les mesures typiques d'exécution sont indissociablement liées à la nature de l'obligation de droit matériel sous-jacente, cela n'est pas le cas pour les mesures atypiques. Sur ce point, le législateur est omis, et le Code de procédure ne les énumère pas, ses contours sont donc construits au cas par cas. La portée de ces mesures exécutoires atypiques a vocation à s'amplifier en raison des principes de protection de l'environnement. Les limites de ses pouvoirs sont majoritairement régulées par le principe de proportionnalité qui oriente la solution des conflits entre droits fondamentaux. Ainsi, l'opportunité de l'application des mesures atypiques ne doit pas être évaluée seulement sur la base des principes spécifiques à la procédure d'exécution tels que la patrimonialité et les moyens moins contraignants pour le débiteur.

⁴⁴Procédure ordinaire civile n°5000580-65.2019.8.13.0090. 2nd Section civile de la circonscription de Brumadinho, Tribunal de justice de l'état-membre de *Minas gerais*. Cette décision sort complètement de l'ordinaire aussi bien en matière de durée du procès que du montant fixé à titre d'indemnisation pour dommages et intérêts à titre individuel de 11.875 millions de reais.

Enfin, on pense que l'application de mesures atypiques d'exécution dans les cas concrets visant la protection des droits diffus et collectifs corrélés à la protection de l'environnement est une manière d'ouvrir un autre point de vue sur le rôle du juge d'exécution, celui où ses décisions se font perméables aux principes contemporains qui régissent le droit environnemental, et dans lequel les mesures exécutoires atypiques trouveraient une interprétation conforme aux principes constitutionnels. Il apparaît ainsi que les mesures atypiques semblent avoir le pouvoir d'inverser la logique traditionnelle de réparation du dommage environnemental, en accordant au procès judiciaire un rôle renforcé dans la concrétisation des principes de précaution et de prévention. Pour ce faire, il est nécessaire d'une part que la procédure d'exécution d'une décision de justice s'autorise le recours à des principes de spectre dissuasif plus large que ceux appliqués au système procédural, ce qui pourrait justifier l'acceptation de mesures atypiques aujourd'hui refusées, et d'autre part il faut que son application ne soit pas subsidiaire à l'obligation principale malgré son caractère instrumental, afin que le juge ne soit pas obligé d'épuiser les mesures typiques avant de déterminer une mesure atypique.

INDEX

Mesures exécutoires atypiques

- circonstances du cas concret, 16
- comportement déloyal du débiteur, 16
- différence avec les mesures typiques d'exécution, 4
- définition, 4
- dissociation du droit subjectif, 4
- dommage environnemental, 16
- pouvoirs exceptionnels du juge, 4
- Principes de précaution et de prévention, 17
- proportionnalité, 6
- protection de droits diffus et collectifs, 17
- réparation du dommage environnemental, 17