



Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement Rapport pour la mission Droit et Justice

Mathilde Hautereau-Boutonnet, Eve Truilhe

► To cite this version:

Mathilde Hautereau-Boutonnet, Eve Truilhe. Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement Rapport pour la mission Droit et Justice. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2019. hal-03194063

HAL Id: hal-03194063

<https://hal.science/hal-03194063>

Submitted on 9 Apr 2021

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.

Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?

sous la direction de
Mathilde Hautereau-Boutonnet et Ève Truilhé

9





collection d'ouvrages numériques



Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-00-8

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : Une nouvelle étape après la QPC ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017.
ISBN : 979-10-97578-01-5

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017
ISBN : 979-10-97578-02-2

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-03-9

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2018.
ISBN : 979-10-97578-04-6

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-05-3

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2019.
ISBN : 979-10-97578-07-7

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2020.
ISBN : 979-10-97578-06-0

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

ISBN : 979-10-97578-08-4
ISSN : 2556-1162

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin
3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Références électroniques :

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement : quelles actions en justice pour l'environnement ?* [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2020.
Disponible sur Internet : <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>
ISBN : 979-10-97578-08-4

PROCÈS ET ENVIRONNEMENT : QUELLES ACTIONS EN JUSTICE POUR L'ENVIRONNEMENT ?

sous la direction de
Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET
Ève TRUILHÉ

SOMMAIRE

Procès et environnement.....9
Quelles actions en justice pour l’environnement ?
Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Professeur de droit privé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.
Ève TRUILHÉ, Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

La défense de la nature, sujet de droit ou intérêt à protéger ?.....17
Sabrina DUPOUY, Maître de conférences, Université Clermont Auvergne.

Le choix du juge civil ou du juge pénal en France ?.....31
Jean-Baptiste PERRIER, Professeur à Aix-Marseille Université (LDPSC EA 4690) ; Directeur de l’Institut de sciences pénales et de criminologie.

Un procès administratif adapté à la protection de l’environnement ?41
Olivier LE BOT, Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

Les stratégies des ONG57
Retour d’expérience de France Nature Environnement (FNE) Provence-Alpes-Côte d’Azur
Sophie BOURGES, Juriste spécialisée en droit de l’environnement, juriste FNE PACA 2014-2018.

L’action de groupe environnementale en France65
Marie LAMOUREUX, Agrégée des facultés de droit, Professeur de droit privé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

L’action collective environnementale au Québec75
Michel BÉLANGER, Avocat, Membre du Barreau du Québec, Membre de l’Association du Barreau canadien.

Protection des lanceurs d’alerte contre les menaces, les représailles et les poursuites-bâillons ... 93
L’expérience canadienne et québécoise
Paule HALLEY, Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit de l’environnement, Professeure à la Faculté de droit de l’Université Laval, Québec.

La justice environnementale et l’institutionnalisation du recours associatif dans le domaine de la protection environnementale au Japon 111
Taiki KISHIMOTO, Professeur à l’université de Hokkaido.
Hiroyuki OONUKI, Professeur à l’université de Chuo.

Défendre l’environnement devant le Conseil constitutionnel..... 119
Quelle procédure pour servir la Charte de l’environnement ?
Laurence GAY, Chargée de recherches CNRS HDR, Directrice-adjointe de l’Institut Louis Favoreu-GERJC, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.

PROCÈS ET ENVIRONNEMENT

QUELLES ACTIONS EN JUSTICE POUR L'ENVIRONNEMENT ?¹

Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET²
Ève TRUILHÉ³

Dans le présent ouvrage sont publiés⁴ des travaux menés dans le cadre d'un projet collectif intitulé « Le procès environnemental : Des procès sur l'environnement au procès pour l'environnement »⁵. La recherche avait pour ambition d'explorer les spécificités des procès environnementaux et, avec une approche de droit comparé, mais aussi de droit international et européen, de proposer des solutions renforçant la capacité du procès à traiter le collectif, le technique, l'incertain et le global dans le domaine environnemental.

Le procès a pris une place nouvelle dans le domaine environnemental. Que l'on regarde du côté français ou étranger, interne, international ou européen, le procès détient une place importante dans la résolution des litiges environnementaux. Le juge joue un rôle essentiel dans les procès relatifs aux pollutions des sols, de l'eau, de l'air, aux déchets ou aux diverses marées noires. Mais plus encore, le procès est devenu un lieu d'expression politique de la société civile, en particulier des ONG, pour défendre les grandes causes environnementales, y compris les causes nouvelles comme le changement climatique.

Or, les litiges environnementaux, ceux qui portent sur l'application du droit de l'environnement, ont une nature spécifique, collective, complexe et parfois transnationale qui met à mal la possibilité pour le procès de participer à l'application du droit de l'environnement. Les spécificités des litiges environnementaux compromettent souvent l'ouverture et le déroulement du procès en tant que « procès environnemental », à savoir un procès « pour » l'environnement. Derrière l'examen de l'originalité de la matière du procès, à savoir les litiges environnementaux eux-mêmes, il nous est

1 Le style oral de la contribution est ici pour une part conservé. Pour de plus amples références bibliographiques, se référer au rapport « Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2019/12/Rapport-GIP-Décembre-2019-LE-PROCÈS-ENVIRONNEMENTAL-pour-mise-en-ligne-29112019.pdf>

2 Professeur de droit privé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France

3 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France

4 V. en complément, M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHÉ (dir.), *Le procès environnemental*, Dalloz Thèmes et commentaires, à paraître sept. 2020.

5 Cette recherche a été menée avec le soutien de la Mission Droit et Justice dans le cadre du projet intitulé « Le procès environnemental : du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », Rapport précité note 1.

apparu nécessaire de nous intéresser au droit d'accès au juge, aux conditions de recevabilité de l'action, à la détermination des juridictions compétences, aux pouvoirs des juges saisis, au rôle des parties et du juge à l'instance en particulier en matière de preuve ainsi qu'à l'effectivité et l'efficacité des décisions de justice, afin de déterminer dans quelle mesure celles-ci pouvaient participer à la protection de l'environnement.

Pour espérer avoir des éléments de réponse à ces différentes questions, un regard global, à travers le droit comparé, était indispensable. D'abord parce que les problématiques environnementales se constatent et se discutent à l'échelle mondiale et que l'application du droit de l'environnement se joue devant toutes les juridictions. Il s'agit de bénéficier, dans une étude ayant vocation à rechercher des solutions, des atouts du droit comparé. Au-delà de l'enrichissement culturel, le droit comparé présente l'intérêt de découvrir des techniques qui, défaillantes dans certains ordres, pourraient opportunément être transposées. C'est le cas des actions attitrées. Reconnues par le droit français, pourraient-elles servir de modèle aux autres ordres, supranational et nationaux ?

Dans cet ouvrage, il s'agit ici plus particulièrement de porter ce regard comparatiste sur les actions en justice, sous le prisme de la stratégie contentieuse. Qu'est-ce qu'une action ? Le terme est ici entendu comme un générique car la terminologie n'est pas universelle. L'idée reste cependant la même et la définition issue du Code de procédure civile français est un possible point de départ. L'action y est définie comme « le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que la juge la dise bien ou mal fondée ». L'action est donc le lien qui unit deux sujets, l'un actif (celui qui prend l'initiative du procès) et l'autre passif (celui contre qui on agit). Pour celui-là, il s'agit du « droit de discuter » de son « bien-fondé » (article 31 CPC). C'est donc de l'action que dépend l'application du droit objectif. La question est alors de savoir, en observant de plus près différentes actions, quelles sont les chances de succès de voir appliquer le droit de l'environnement par la voie du procès. Le droit qui gouverne l'action est-il adapté aux difficultés caractérisant les litiges environnementaux ?

L'on sait que droit subjectif, le droit à l'action bénéficie d'une protection générale du côté des droits de l'homme – l'on pense ici à l'influence du droit au procès équitable garanti par la Convention européenne des droits de l'homme – et spéciale dans le domaine environnemental grâce au droit international de l'environnement. Alors que le principe 10 de la Déclaration de Rio dispose qu'« Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré », la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁶ oblige chaque Partie à garantir le droit d'accès à la justice en matière d'environnement. Cependant, l'on sait aussi que ce droit n'est aucunement absolu. Comme le rappellent les spécialistes, et le domaine environnemental n'y échappe pas, « Pour des questions de « politique juridique », parce que la justice a un coût et qu'elle ne peut consacrer du temps à tous les litiges et faire office de « consultation juridique »,

6 Texte disponible sur : <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43f.pdf>

le droit objectif est venu fixer des limites⁷. Le « droit à l'action » est alors gouverné par le « droit de l'action », celui-ci posant les « conditions » de l'action en justice. Ainsi, cela explique que si la Convention d'Aarhus consacre bien un droit au juge en matière d'environnement, elle n'accorde pas un accès inconditionnel des membres du public à la justice. Elle autorise les États parties à établir des conditions spécifiques auxquels les membres du public habilités à contester les violations du droit de l'environnement doivent répondre. Le texte n'institue pas une *actio popularis* environnementale. Les conditions de l'action en justice constituent ainsi les premiers obstacles à éprouver afin de savoir si, ici ou là, des améliorations pourraient avoir lieu, pour adapter le droit de l'action aux spécificités des litiges environnementaux.

Mais il faut aller plus loin car le choix de l'action en justice ne dépend pas uniquement des conditions encadrant le droit à l'action. La stratégie doit être aussi pensée au regard des objectifs envisagés par le demandeur à l'action. L'action a-t-elle pour but d'agir en amont des atteintes à l'environnement afin de les prévenir ou en aval afin d'en assurer la réparation ? S'agit-il de rétablir le comportement licite à l'origine du trouble ou du préjudice, de réparer la nature ou le mal fait à la société en punissant les personnes se trouvant à leur origine ? Ainsi, réfléchir « au choix de l'action » environnementale invite à penser le « droit de l'action » dans son ensemble, sa continuité, de son commencement à sa fin, à travers ses conditions autant que ses objectifs.

I. Les actions en justice, à quelles conditions ?

Partout, le droit à l'action est encadré. Partout, des conditions existent qui, en permettant au juge de déclarer une action recevable ou irrecevable, ouvrent ou ferment la porte du procès. Pour s'en tenir aux conditions communes à tous les ordres, et en admettant la relativité des vocables utilisés et les inévitables nuances, deux conditions peuvent ici influencer le sort de l'action et méritent à ce titre un regard spécial face aux litiges environnementaux. En premier lieu, puisque le droit d'agir est un droit subjectif, il est enfermé par la qualité même de sujet de droit indissociable de celle de titulaire de l'action.

En dressant un rapide tableau, nous pouvons noter que du côté des ordres internes, malgré quelques nuances, un grand nombre de personnes peut accéder à la justice, personnes publiques et privées. Il en va différemment dans les ordres juridiques supranationaux. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par les particuliers, devant la Cour Internationale de Justice⁸ le droit d'action est réservé aux États et, devant la Cour de Justice de l'Union Européenne, les recours effectivement ouverts aux requérants privés sont rares⁹. C'est pourquoi, dans l'objectif d'une protection de l'environnement plus effective, on peut d'ores et déjà poser la question d'un possible élargissement des titulaires des actions dans l'ordre supranational.

⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale de la justice*, PUF/Themis, 2^e éd. 2013, p. 344, n° 80

⁸ V. art. 34§1 du Statut de la CIJ.

⁹ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, 2009, p. 711 à 745.
E. TRUILHÉ, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2015, spec. p. 124-132.

Certains auteurs n'hésitent pas à passer à un stade supérieur dans la réflexion en évoquant la possibilité d'accorder la qualité de sujet de droit à la nature et, partant, la qualité de titulaire d'une action. Du point de vue de la technique juridique, les choses ne sont pas impossibles et certains pays ont déjà franchi le cap. On connaît bien l'exemple de l'Équateur et la Bolivie dans lesquels la constitution pour le premier pays, la loi pour le second, reconnaissent la nature en tant que Pacha Mama et lui accordent des droits subjectifs comme celui à l'intégrité et la vie de ses éléments. L'idée connaît un certain succès dans d'autres pays depuis quelques années. Mais la technique juridique ne fait pas tout car la politique juridique interroge : derrière le symbolisme, la reconnaissance des droits de la nature a-t-elle un intérêt du point de vue de la protection de l'environnement ? Que valent sur le terrain pratique ces expériences étrangères ? La protection de l'environnement doit-elle vraiment passer par cette révolution des droits subjectifs ? Ne peut-on pas faire avec ce que l'on a déjà, à savoir des modèles, certains diront plus occidentaux, expérimentés, qui pourraient faire l'objet non pas d'un élargissement des titulaires de l'action mais des conditions de l'intérêt à agir ?

C'est alors ici qu'apparaît l'autre condition essentielle du droit d'action. En tentant de pas trop forcer la simplification, retenons que, dans tous les ordres, un point commun se dégage. Pour agir en justice, le titulaire (sujet de droit) doit démontrer son intérêt à agir personnel ou sa qualité de victime directe ou indirecte¹⁰. Cela signifie que, en principe, toute personne qui agit en justice ne peut défendre que la cause qui l'atteint personnellement, qui a des conséquences sur ses intérêts, sa situation personnelle. À défaut, l'action n'est pas recevable. Or, dans le domaine environnemental, cette exigence pose problème : les atteintes peuvent atteindre, au-delà des individus, l'environnement et la collectivité. Ne peut-on pas envisager, sans toucher à la qualification de sujets de droit, la possibilité d'accorder à certaines personnes le droit de défendre des intérêts autres que leurs intérêts proprement individuels. Il s'agit, pour reprendre la terminologie éclairante des processualistes, de créer à côté de l'action banale (action de principe) conditionnée par la preuve d'un intérêt personnel, des actions attitrées (actions dérogatoires) accordant un droit d'agir à certaines personnes désignées par la loi pour défendre des intérêts déterminés aussi par la loi.

Le modèle existe et mérite d'être éprouvé. C'est déjà en ce sens que vont certains droits internes. Certains accordent à des personnes morales le droit d'agir devant le juge pour défendre des intérêts supra individuels, l'intérêt général ou les intérêts collectifs. D'autres offrent la possibilité de défendre des intérêts pluri individuels, par le biais d'une action de groupe, d'autres encore celle de défendre les intérêts de la nature et imposent au final de distinguer les actions attitrées pour la défense des intérêts humains de celles permettant de défendre des intérêts non-humains. C'est le cas en France avec le nouveau régime de réparation du préjudice écologique.

Au moment de choisir l'action à porter, le demandeur devra soupeser les conditions exigées par le législateur s'agissant des différentes actions au regard des objectifs qu'il s'est fixé, mais aussi, dans certains pays du coût que représenterait l'action choisie. Il ne fait en effet aucun doute que les coûts associés à l'action en justice constituent un élément important pour la stratégie contentieuse des

10 Art. 34 CEDH.

individus et des ONG, davantage sans doute que des multinationales. Ce n'est pas pour rien que la Convention d'Aarhus prévoit que le coût des procédures ne devra pas être prohibitif. Or, le régime des coûts de la justice varie fortement d'un ordre juridique à l'autre ainsi qu'au sein d'un même ordre juridique et influence plus ou moins les choix contentieux de chacun. L'on sait par exemple que si l'action de groupe est dans certains droits une technique permettant de partager opportunément le coût du procès, en droit français, le recours au juge pénal par le biais de la constitution de partie civile permet aux associations de bénéficier gratuitement de la recherche de la preuve.

Il faut sans doute également tenir compte du « risque de l'action ». Envisager d'agir en justice, outil de droit, peut aussi être un risque, celui de subir des poursuites en diffamation, des poursuites baillons. Si la notion s'est fait connaître en France à l'occasion d'une affaire concernant un professeur de droit et a donné lieu à la publication du « Rapport sur les poursuites baillons » dirigé par Denis Mazeaud¹¹, le phénomène est mieux connu au Québec où il bénéficie, comme dans d'autres pays, d'un régime juridique préservant la liberté d'expression et rétablissant l'égalité des armes pour agir en justice.

Finalement on le voit, plus que « le droit à l'action », confronté aux litiges environnementaux, c'est davantage le « droit de l'action » qui participe au « choix de l'action ». Reste que, pour faire un choix, le demandeur devra aussi tenir confronter les objectifs qu'il entend atteindre avec ceux que lui permettraient effectivement d'atteindre les différentes actions en justice.

II. Les actions en justice : pour quels objectifs ?

Une fois réglé le problème de la « recevabilité exigée » par le droit de l'action, ce sont aussi ses « effets escomptés » qui sont décisifs pour faire le bon choix de l'action, au regard des mesures susceptibles d'être prescrites à l'issue de la décision. La question est la suivante : l'action choisie me permet-elle d'obtenir précisément ce que je veux ?

Les actions permettant d'obtenir la prévention des atteintes à l'environnement devraient naturellement retenir l'attention des demandeurs à l'action. Elles existent, sous différentes formes, dans la plupart des droits.

L'on connaît l'importance des référés dans certains droits, comme le droit français, devant le juge administratif ou judiciaire. L'on sait aussi que, sur le fond, certains fondements permettent d'obtenir la cessation du trouble et, en prolongement donc la prévention du dommage. Il en est ainsi de la théorie du trouble anormal de voisinage qui existe notamment en droit français comme en droit québécois. Ce résultat peut aussi être recherché sur le fondement du Tort de Private nuisance dans la Common Law canadienne ou par le biais des actions attitrées précitées, qu'il s'agisse de l'action de groupe environnementale ou, en droit français, de l'action en défense des intérêts collectifs et de l'action en réparation du préjudice écologique qui comprend un volet préventif.

11 https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport_Commission_Mazeaud_754502.pdf

D'autres actions peuvent aboutir à la prévention des atteintes à l'environnement en rétablissant des droits subjectifs, des droits ou libertés fondamentales. Très présentes dans certains pays d'Amérique du sud (Colombie, Argentine et Chili) comme actions « en amparo » ou « tutela », on en trouve trace en droit français avec le référé-liberté, opportunément utilisé par un juge du fond pour rétablir le droit de vivre dans un environnement sain¹². En effet, selon l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». L'on en trouve trace aussi au Québec. L'article 19.2 de la loi sur la qualité de l'environnement dispose : « Un juge de la Cour supérieure peut accorder une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à l'exercice d'un droit conféré par l'article 19.1 », ce dernier affirmant quant à lui que « Toute personne a le droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent, dans la mesure prévue par la présente loi, les règlements, les ordonnances, les approbations et les autorisations délivrées en vertu de l'un ou l'autre des articles de la présente loi ainsi que, en matière d'odeurs inhérentes aux activités agricoles, dans la mesure prévue par toute norme découlant de l'exercice des pouvoirs prévus au paragraphe 4° du deuxième alinéa de l'article 113 de la Loi sur l'aménagement et l'urbanisme (chapitre A-19-1) ». C'est donc la méconnaissance d'un droit subjectif, le droit à la qualité de l'environnement, qui justifie la prescription d'une injonction allant dans le sens de son respect ou son rétablissement. Quant au Japon, le juge offre une place incidente à la protection de l'environnement via le rétablissement, à certaines conditions, du droit à la vie paisible¹³.

Les actions tournées vers la prévention existent. Pour autant, il faut rester prudent tant elles répondent à des conditions qui, *in fine*, peuvent aboutir à des solutions décevantes. Ainsi, dans la plupart des pays, le juge reste frileux et hésite à prescrire des mesures qui pourraient soit contredire les autorisations administratives, soit mettre à mal les intérêts économiques du défendeur. Alors que le juge judiciaire français est souverain pour apprécier les mesures à prescrire et n'en imposera que s'il constate l'illicéité du comportement à leur origine, en *common Law* canadienne, sur le fondement de la *private nuisance*, le juge ne fait cesser l'activité que si le coût de la mesure n'est pas excessif et peut la refuser pour des motifs d'intérêt public...

Si l'objectif est d'obtenir la réparation des atteintes à l'environnement, là aussi, les actions destinées à indemniser en argent ou réparer en nature sont nombreuses. Dans la plupart des ordres, il est possible d'obtenir la réparation des dommages dérivant de l'atteinte à l'environnement, les préjudices d'ordre personnels. Mais qu'en est-il de la réparation du préjudice écologique lui-même ? L'on sait ici que le droit français a opéré un virage important avec la reconnaissance de la réparation

12 T.A. Châlons en Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel, *Ligue de protection des oiseaux, Fédération des conservatoires d'espaces naturels c/ Préfet de la Marne*, n° 0500828, 05008829 et 0500830, *RJE* n° spécial 2005, p. 307

13 V. in *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, rapport GIP, préc. en ligne : T. OTSUKA, « Le risque antenne-relais », *Regards pratiques de droit comparé*, rapport japonais, p. 785 et s. ; K. YOSHIDA, « Prévention des dommages environnementaux par voie d'action en cassation en droit japonais », p. 787 et s.

du préjudice écologique dans le Code civil. Selon l'article 1249 du Code civil, « La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature » et « En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État ». C'est donc par le biais d'une action attitrée dérogeant à l'exigence de l'intérêt à agir personnel qu'une association de protection de l'environnement pourra parvenir à obtenir la réparation du préjudice écologique ! Si ce modèle existe dans d'autres droits qui ont largement inspiré le droit français (comme le Brésil ou le Chili), ce n'est pas encore le cas du côté du Japon et du Québec où les régimes de police administrative ont encore le dessus. Reste à savoir si, cette réparation, dans ces pays ne pourrait pas être obtenue en instrumentalisant davantage les actions à finalité répressive, le droit public de la sanction qu'il soit pénal ou administratif ?

À titre d'exemple, en droit français, outre que le fondement de la contravention de grande voirie peut permettre au juge de prescrire des mesures de remise en état réparant le préjudice écologique, certaines sanctions pénales prescrites par le juge judiciaire résident ont pour finalité la mise en conformité et la restauration. Elles permettent tout autant de faire cesser le dommage que de le réparer en nature¹⁴. Dans le domaine de l'environnement, elles prennent une place particulière à l'occasion du prononcé de la peine ou de son ajournement. Dans le premier cas, spécialement dans le domaine de l'environnement, le juge peut accompagner la peine d'une mesure de remise en état. Ainsi, concernant certaines infractions dans le cadre du régime de police administrative des déchets, « Le tribunal peut ordonner, sous astreinte, la remise en état des lieux endommagés par les déchets qui n'ont pas été traités dans les conditions conformes à la loi » (art. L. 541-46 II C. env.). Dans le second cas, le juge ajourne le prononcé de la peine en ordonnant une remise en état de lieux ou une mise en conformité. Par exemple, alors que l'article 132-66 du Code pénal prévoit que « Dans les cas prévus par les lois ou les règlements qui répriment des manquements à des obligations déterminées, la juridiction qui ajourne le prononcé de la peine peut enjoindre à la personne physique ou à la personne morale déclarée coupable de se conformer à une ou plusieurs des prescriptions prévues par ces lois ou règlements », le code de l'environnement prévoit des applications particulières. C'est le cas en droit des installations classées où « Le tribunal peut également imposer au condamné de procéder à la restauration du milieu aquatique » (art. L. 216-6 al. 2 du Code de l'environnement). *In fine*, le résultat est le même : par ces mesures, le juge pénal peut contribuer à la réparation des atteintes à l'environnement. L'action devant le juge pénal semble alors la plus à même, du côté des conditions autant que des objectifs, de satisfaire certains demandeurs à l'action...

L'on voit ainsi combien, dans une optique de prévention et réparation des atteintes à l'environnement, le choix de l'action invite nécessairement à tenir compte, pour une part, des exigences posées par le législateur quant aux conditions de l'action en justice, et, pour une autre part, de la confrontation entre les objectifs attachés aux actions (et dépendant du pouvoir des juges) et ceux poursuivis par le demandeur...

¹⁴ Sur ce développement v. C. COURTAIGNE-DESLANDE, *L'adéquation du droit pénal à la protection de l'environnement*, thèse, Paris II, 2011, publication ANRT, dir. J.-H. Robert, n° 998 et s.

Les travaux publiés ici sont le fruit de recherches menées collectivement en France, à travers l'ensemble des ordres juridiques (constitutionnel, administratif, judiciaire) au Japon et au Québec. Ils donnent suite à plusieurs journées d'études ayant eu lieu en France, à Québec et au Japon et s'inscrivent dans le cadre du Groupement de recherche international (GDRI) « Justice and Environmental Law/Le procès environnemental », soutenu par le CNRS pour la période 2018-2021, qui réunit des spécialistes de plusieurs universités partenaires en France, au Japon, à Québec, mais aussi au Chili et au Brésil. Il s'agit de porter un regard sur les actions en justice, sous le prisme de la stratégie contentieuse, et d'appréhender tout à la fois les spécificités de tel ou tel type d'action (Olivier Le Bot, « Un procès administratif adapté à la protection de l'environnement ? » ; Laurence Gay, « Défendre l'environnement devant le Conseil constitutionnel. Quelle procédure pour servir la Charte de l'environnement ? »), les difficultés juridiques propres aux actions formées par des associations, les stratégies que celles-ci doivent privilégier (Jean-Baptiste Perrier, « Environnement – Le choix du juge civil ou pénal » ; Sophie Bourges, « Les stratégies des ONG : retour d'expérience de France Nature Environnement » ; Taiki Kishimoto, Hiroyuki Oonuki, « La justice environnementale et l'institutionnalisation du recours associatif dans le domaine de la protection environnementale au Japon ») les risques auxquels elles s'exposent en agissant en justice (Paule Halley, « Protection des lanceurs d'alerte contre les menaces, les représailles et les poursuites-bâillons : l'expérience canadienne et québécoise »), les potentialités de l'action de groupe (Marie Lamoureux, « L'action de groupe environnementale en France » ; Michel Bélanger, « L'action collective environnementale au Québec »), celle des droits de la nature (Sabrina Dupouy, « La défense de la nature sujet de droit ou intérêt à protéger ? »).

LA DÉFENSE DE LA NATURE, SUJET DE DROIT OU INTÉRÊT À PROTÉGER ?

Sabrina DUPOUY¹

L'interdépendance entre la personne humaine et la nature. De la philosophie des lumières à la Déclaration universelle de 1948, les droits de l'homme s'inscrivaient dans un humanisme « anthropocentré » qui sépare les êtres humains des autres vivants et revendique leur indépendance par rapport à la nature, voire leur domination sur la nature perçue comme l'environnement des êtres humains. Désormais, émerge un nouvel humanisme² que l'on pourrait qualifier d'interdépendant³ étroitement lié à l'évolution des travaux scientifiques portant sur l'ensemble de l'écosystème Terre qui ont permis de mettre en valeur les liens étroits qui l'unisse à la personne humaine⁴. La nature est en effet « la matrice qui nous permet en tant qu'espèce de rester en vie »⁵.

L'ère de l'anthropocène. Or, en dépit de ce constat, nous sommes entrés dans l'anthropocène. Ce nouveau concept d'anthropocène, annonciateur d'une probable sixième extension de masse signe l'entrée d'une ère dans laquelle les activités humaines représentent la contrainte majeure sur la biosphère et sont d'ores et déjà la cause d'une révolution écologique d'origine humaine⁶. Face à ce constat de faits, l'accroissement des menaces met en lumière l'urgence de leur trouver une parade. Le récent « Appel des 15 000 » en témoigne de manière éclatante⁷.

Un nouveau regard sur les solutions juridiques à apporter. Ce constat s'accompagne du manque d'efficacité des politiques mises en place depuis des décennies et du droit de l'environnement classique qui les accompagne. La situation des écosystèmes n'a en effet cessé de se dégrader depuis les années qui ont suivi l'adoption des principales législations environnementales. Ce modèle occidental

1 Maître de conférences, Université Clermont Auvergne.

2 Voy. à ce propos, « Projet de Pacte international du CIDCE », *RJE*, 2017/2, p. 380.

3 Jonas met en lumière la « solidarité d'intérêt avec le monde organique », H. JONAS, *Le principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion 1998, p. 91. La déclaration des droits et devoirs de l'humanité en témoignent à titre d'exemple, C. LEPAGE (dir.), *Déclaration universelle des droits de l'humanité. Rapport à l'attention de Mr. le Président de la République*, Doc. fr., 2015. Voy. dès 1976, G. MARTIN, De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement, Université de Nice, 1976, n° 118.

4 M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos la Cop 21, un pari sur l'avenir », in M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris (COP 21). Regards croisés*, IRJS, 2017, p. 1, spéc. p. 3. Voy. égal., F. OST, « Droits de la nature et droits de l'homme », in S. NOVELLA (coord.), *Des droits pour la nature*, Utopia, 2016, p. 81, spéc. p. 82.

5 V. CABANES, *Un nouveau droit pour la Terre. Pour en finir avec l'écocide*, Seuil, 2016, p. 25.

6 « Nous sommes devenus un plus grand danger pour la nature que celle-ci ne l'était autrefois pour nous », H. JONAS, *Une éthique pour la nature*, Desclée de Brouwer, 2000, p. 138.

7 Voy. « Le Manifeste des 15 000 » publié dans la revue *BioSciences*, cité par *Le Monde*, 13 nov. 2017.

du rapport de l'homme à la nature, historiquement construit au travers d'un lien de domination, connaît donc aujourd'hui ses limites. Il ne permet en effet pas de prendre en compte les récentes découvertes scientifiques et de protéger la nature dans toute sa richesse. Il s'agit donc d'adopter une autre conception du lien qui nous unit à la nature, de sortir du rapport classique de maîtrise de l'homme sur son environnement, afin d'être en mesure de diversifier les solutions juridiques.

Approche téléologique. Dans le but de poursuivre utilement les fonctions du droit de l'environnement et sa finalité première de protection de l'environnement⁸, une approche finalisée du droit s'impose. Dans le souci de faire preuve de pragmatisme face à la dégradation exponentielle de la nature, il convient de s'interroger sur le régime juridique le plus efficace pour assurer une protection effective des milieux. Pour atteindre cet objectif, est-il préférable d'appréhender la nature comme un objet de droit, un intérêt à défendre, ou de lui conférer la qualité de sujet de droit ?

La *summa divisio* entre les personnes et les choses. Le droit opère une *summa divisio* entre les personnes et les choses. Les premières sont des sujets de droit ; les secondes, des objets de droit. Les objets de droit peuvent être un élément vivant, végétal ou animal. Le sujet de droit est une personne, c'est-à-dire « l'être qui jouit de la personnalité juridique » ce qui lui confère « l'aptitude à être titulaire de droits »⁹.

Problématique. Comment est-il possible de porter les intérêts de la nature dans le procès afin que le juge puisse la protéger de la manière la plus efficace ? Plus précisément, comment responsabiliser de manière optimale la personne humaine vis-à-vis des atteintes portées à la nature ?

Annonce de plan. Le constat de l'immersion de l'homme dans un univers qui le dépasse et le conditionne investit la personne humaine d'un rôle qui ne doit pas être pensé en tant que supériorité et de maîtrise mais davantage sous la forme de responsabilité. Le préjudice écologique ne répond qu'imparfaitement à cet impératif (I), l'appréhension de la nature comme un sujet de droit permettrait en revanche d'organiser de la manière la plus complète la réparation des atteintes à l'environnement (II).

⁸ Selon le professeur Prieur, « le droit de l'environnement est conçu non de façon neutre, mais comme impliquant une éthique et comportant une obligation de résultat. [...] Aussi, le droit de l'environnement ne remplit-il sa fonction que si son but est effectivement la protection de la nature et des ressources, la lutte contre les pollutions et nuisances et l'amélioration de la qualité de la vie et de la santé publique », M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 9.

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016.

I. Une protection *a minima* de la nature comme objet de droit

L'apport de la loi du 8 août 2016 est considérable : elle inscrit dans le marbre de la loi la possibilité d'obtenir la réparation d'un préjudice écologique sans qu'il soit nécessaire qu'il ait rejailli sur une personne, « autrui »¹⁰. À première vue, il ne semble en conséquence pas nécessaire d'attribuer la personnalité juridique à la nature afin de lui assurer la réparation des préjudices qu'elle est susceptible de subir.

Toutefois, en dépit du fait que la nature représente à présent un intérêt à protéger grâce à la consécration du préjudice écologique pur (A), la protection de la nature comme objet de droit reste limitée aux atteintes les plus graves en raison de l'existence du droit de polluer organisé par le droit (B). En cela, le préjudice écologique ne semble en réalité endosser qu'une fonction, dans la majorité des circonstances, symbolique.

A. La consécration du préjudice écologique pur

Dans un contexte toujours plus soucieux de la responsabilité à l'égard des atteintes portées à l'environnement, le jugement du 16 janvier 2008 du tribunal de grande instance de Paris¹¹, rendu dans l'affaire *Erika*, a admis la réparation d'un préjudice écologique, indépendamment des répercussions sur les intérêts humains. Le juge parisien a, plus précisément, estimé que « les associations peuvent demander réparation, non seulement du préjudice matériel et du préjudice moral, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l'atteinte portée à l'environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu'elles ont statutairement pour mission de sauvegarder ». La cour d'appel de Paris a ensuite confirmé, dans la même affaire, cette évolution, dans son arrêt du 30 mars 2010¹², avant que la Cour de cassation ne la consacre le 25 septembre 2012¹³, estimant que « la cour d'appel [...] a ainsi justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction ». Cet anthropocentrisme « écosystémisé »¹⁴ a comme avantage de permettre d'étendre l'application du mécanisme de la responsabilité civile au cas d'atteintes à des intérêts collectifs¹⁵ qui ne correspondent pas à « autrui »

10 F.-G. TRÉBULLE, « La consécration de l'accueil du préjudice écologique dans le Code civil », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 11, 2016, étude 20.

11 TGI Paris, 16 janv. 2008, n° 2008-351025.

12 En appel, le juge confirme la possible réparation du « préjudice écologique », du « préjudice écologique pur », du « préjudice environnemental » ou du « préjudice pour atteinte à l'environnement ». Il distingue ensuite deux types de préjudices : les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux relevant des « préjudices subjectifs » en ce qu'ils sont subis par des sujets de droit, et le préjudice écologique, « préjudice objectif », non subi par un sujet de droit, estimant qu'il s'agit d'une « atteinte sans répercussion sur un intérêt humain particulier » mais lésant un « intérêt que le droit protège ». Voy. CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

13 Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198, note P. JOURDAIN, *RTD civ.*, 2013, p. 119 ; chron. F.-G. TRÉBULLE, *D.*, 2012, p. 2557 ; note Ch. HUGLO., *AJDA*, 2013, p. 667 ; note Ph. DELEBECQUE., *D.*, 2012, p. 2711. Voy. pour une étude approfondie, M.-P. BLIN-FRANCHOMME, « Le préjudice environnemental dans tous ses états », *RLDA*, n° 78, 4422, p. 52. Voy. égal., Cass. crim. 22 mars 2016, n° 13-87.650, Bull. crim. 2016, n° 87.

14 M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement », in *Pour un droit économique de l'environnement*, Mélanges G. Martin, Frison Roche, 2013, p. 105.

15 C. DREVEAU, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.*, 2011, p. 249.

en application de l'ancien article 1382 du Code civil. La notion de dommage s'est ainsi élargie afin d'accueillir le « préjudice écologique »¹⁶.

La loi de reconquête de la biodiversité du 8 août 2016¹⁷ a repris cette jurisprudence et a consacré, dans les dispositions du code civil, ce préjudice écologique¹⁸ à l'article 1246 du Code civil aux termes duquel « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». La France s'est ainsi dotée d'un outil, déjà reconnu dans d'autres pays, européens¹⁹, ou d'Amérique Latine²⁰ par exemple. À cet égard, l'introduction du préjudice écologique au cœur de la responsabilité civile est singulière lorsque l'on jette un regard sur le droit anglais par exemple. Le droit de la responsabilité délictuelle anglaise (*tort law*), centré sur la protection des intérêts privés, ne reconnaît en effet pas la notion de préjudice écologique en tant que telle. L'accès à la justice par des associations de protection de l'environnement est conditionné à la preuve qu'elle ait subi concomitamment un dommage²¹.

La prise en compte des atteintes à des intérêts collectifs. La nature est à présent un intérêt digne de protection dont la loi désigne les défenseurs. Il s'agit alors de représentation indirecte de la nature à travers le prisme d'intérêts pluriels, donc situés au-delà d'un intérêt particulier²². Les juges de la cour d'appel de Paris²³ ont en effet créé le préjudice écologique, entendu comme « un préjudice objectif, autonome, qui s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier et affecte un intérêt collectif légitime »²⁴. Il est intéressant de relever que dans d'autres droits, tel que le droit chilien, cette confusion demeure. Bien que reconnaissant le préjudice écologique, ce système juridique ne permet l'octroi de dommages-intérêts pour réparer les atteintes portées à la nature seulement lorsque le demandeur a dans le même temps subi un préjudice personnel²⁵.

La désignation des titulaires de la protection de l'intérêt collectif environnemental. Lors de l'affaire *Erika*, de manière remarquable, le préjudice écologique a été reconnu au bénéfice non seulement des associations de protection de l'environnement, mais également des collectivités territoriales²⁶. À présent, les personnes ayant intérêt à agir au nom de l'environnement en présence d'un préjudice écologique sont limitativement énumérées à l'article 1248 du Code civil. Il est

16 Voy., pour une vue d'ensemble, Ch. TAUBIRA. (dir.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, publié le 17 sept. 2013, consultable en ligne sur le site du Ministère de la Justice, www.justice.gouv.fr.

17 Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... », *JCP G*, 2016, act. 948.

18 L. NEYRET, « La consécration du préjudice écologique dans le code civil », *D.*, 2017, p. 924.

19 B. POZZO, « Le dommage écologique en Europe : un regard de droit comparé », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 8-9, 2016, dossier 14.

20 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Rapport Jégouzo - Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique, l'enseignement des droits étrangers », *Env.*, n° 10, 2014, dossier 8.

21 S. TAYLOR, « Law of Torts et préjudice écologique en droit anglais », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 8-9, 2016, dossier 13.

22 Voy. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Quelle action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice écologique ? », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 6, 2017, dossier 14.

23 CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

24 CA Paris, 11^e ch. corr. 30 mars 2010, n° 08/02278.

25 P. MORAGA, « La réparation du dommage environnemental en droit chilien : réflexions sur le droit d'agir », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 8-9, 2016, dossier 15.

26 M. BOUTONNET, « L'Erika : une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Env.*, n° 1, 2013, étude 2,

important de relever à cet égard que la protection de l'environnement se heurte à la question de l'intérêt à agir en dehors des lois qui ouvrent expressément ce droit. À ce propos, la proposition de loi constitutionnelle sur les libertés du 15 septembre 1977²⁷ établie par la Commission spéciale pour les libertés présidée par Edgar Faure suggérait, sous son article 10, que « Tout homme a droit à un environnement équilibré et sain et a le devoir de le défendre. Afin d'assurer la qualité de la vie des générations présentes et futures, l'État protège la nature et les équilibres écologiques. Il veille à l'exploitation rationnelle des ressources naturelles ».

La réparation en priorité en nature. La réparation est le cœur du droit de la responsabilité civile. La jurisprudence Erika avait suscité à cet égard un certain désappointement à l'occasion de l'octroi de dommages et intérêts puisque l'indemnisation de divers acteurs ne comportait pas l'assurance que les sommes versées le soient au bénéfice des écosystèmes atteints²⁸. L'innovation majeure du nouveau régime dédié au préjudice écologique est pour cette raison relative aux modalités de la réparation²⁹. La solution la plus adaptée à la réparation du préjudice écologique, la réparation en nature qu'elle consiste en une remise en état ou une réparation par compensation en nature, a été consacrée par la loi de reconquête de la biodiversité à l'article 1259 du Code civil. La réparation de la nature appréhendée comme un intérêt est donc pleinement efficace de ce point de vue. Ce n'est que subsidiairement, en cas d'impossibilité, que des dommages et intérêts pourront être alloués, ces derniers seront alloués à la régénérescence de la nature.

Dès lors la question s'impose de savoir comment réparer la perte de biodiversité ?³⁰ L'article 1247 du Code civil retient une définition précise en énonçant qu'un tel préjudice est constitué par « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Sont ainsi visés aussi bien les éléments classiques de la nature tels que l'air, l'eau, le sol et la biodiversité, mais également leurs fonctions écologiques. Or en retenant une conception aussi large, l'appréhension du préjudice écologique risque de se superposer à certains préjudices causés aux hommes³¹. De plus, dans la mesure où la nature n'est pas reconnue comme un sujet de droit, il paraît difficile de distinguer les préjudices subis par l'homme, notamment le préjudice collectif lié aux services rendus par la nature à l'homme, du préjudice causé à la nature et notamment les services rendus par la nature à la nature. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 mars 2016³² illustre la difficulté de circonscrire ce qui relève du préjudice écologique pur et recommande aux juges du fond, pour y parvenir, de recourir à l'expertise.

27 Doc. AN n° 3455, 21 déc. 1977.

28 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 8-9, 2016, dossier 12. M. BOUTONNET et L. NEYRET, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement », *D.*, 2010, p. 912.

29 C. BLOCH, « Évaluation du préjudice », *JCP G*, n° 42, 2016, doct. 1117.

30 Commission environnement du Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, *op. cit.*, p. 18.

31 Voy., M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? », *Énergie – Env. – Infrastr.*, 2016, n° 8-9, dossier 12. Le professeur Delbecque s'interroge, « Ira-t-on, par exemple, à la suite d'un gros incendie de pinèdes dans le Sud de la France ayant cédé la place à un spectacle lunaire, jusqu'à imposer au responsable de replanter tous les arbres dévastés ? », Ph. DELBECQUE, « Le nouvel article 1246 du Code civil : bien des difficultés en perspective ! », *Énergie – Env. – Infrastr.*, n° 2, 2017, repère 2.

32 Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650, Bull. crim. 2016, n° 87, note M. BACACHE, *JCP G*, 2016, 647 ; obs. B. PARANCE, *JCP G*, 2016, 648 ; obs. M. BARY, *Resp. civ. et assur.*, 2016, étude 8 ; comm. A. SIMON, *Énergie – Env. – Infrastr.*, 2016, comm. 45 ; note J.-B. PERRIER, *AJP*, 2016, p. 320 ; note J.-H. ROBERT, *Rev. sc. crim.*, 2016, p. 287,

Pour notre part, l'appréciation du préjudice écologique dans toute son altérité³³, dans un système éminemment anthropocentré, c'est-à-dire qui appréhende la nature comme un objet de droit, apparaît extrêmement difficile. Bien que le procureur général près la Cour de cassation a eu l'occasion de souligner dès 2005 « l'attachement de la Cour de cassation à la question de la protection de l'environnement et du développement durable »³⁴ il existe une réelle différence de culture juridique entre le juge administratif et le juge judiciaire qui découle du fait que le droit de l'environnement a historiquement été une branche du droit administratif. Le droit privé de l'environnement s'installe désormais dans le paysage juridique mais les problématiques environnementales restent aujourd'hui encore souvent perçues, du point de vue des juridictions judiciaires³⁵, comme relevant d'affaires administratives. Dans ce contexte particulier, ne pourrait-on pas prendre exemple sur le Chili qui a créé de véritables tribunaux environnementaux, au sein desquels les juges sont spécialement formés à ce contentieux si particulier³⁶ ?

La prise en compte du préjudice écologique par le droit indépendamment de la protection des intérêts individuels témoigne du fait que la nature peut être protégée de manière relativement efficace sans que soit consacrée, dans les ordres juridiques, la notion de « Terre nourricière »³⁷. Toutefois, le champ d'application strictement encadré du préjudice écologique semble remettre en question son efficacité.

B. Le champ d'application du préjudice écologique restreint par le droit de polluer

Le droit de la responsabilité civile a évolué sous la pression de la société, demanderesse de davantage de respect de l'environnement lors de l'exercice des activités économiques. L'inscription du préjudice écologique au cœur du code civil, plébiscitée par la doctrine³⁸, participe aujourd'hui à la prise de conscience de la nécessité, tant pour les acteurs publics que privés, de prendre en considération l'impératif de protection de la nature. En effet, nul doute que la consécration récente du préjudice écologique conduira à l'avenir les acteurs économiques à penser véritablement les éventuelles répercussions de leur activité économique sur la nature, au risque de voir leur responsabilité engagée³⁹. Toutefois notre droit organise, dans une certaine mesure, un droit de polluer qui semble s'ériger contre une appréhension satisfaisante des préjudices causés à la nature.

33 Voy. par exemple sur la diversité des fonctions remplies par les sols. M. DESROUSSEAUX, *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, 2016, préf. Ph. BILLET, n° 8. Voy. égal. *ibid.*, n° 9, « Par leur porosité ils régulent la ressource en eau, son débit, son écoulement et modifient sa composition en filtrant les résidus qui la traversent et en l'enrichissant en minéraux [...] ils captent notamment le carbone et constituent après les océans, le plus important réservoir de carbone au monde ».

34 J.-L. NADAL, « Qu'est devenu l'enfant de Rio ? », *RJE*, 2005/S, p. 15.

35 Voy. les pistes d'améliorations proposées, L. NEYRET (dir.), *La réparation du préjudice écologique en pratique*, APCEF, 2016, p. 36.

36 R. ASENJO, « L'action en réparation du dommage environnemental et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, Chili », *Énergie – Env. – Infrastr.*, 2016, n° 8-9, dossier 17

37 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique, l'enseignement des droits étrangers », *Env.*, n° 10, 2014, dossier 8.

38 Voy. not., Commission environnement du Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012, consultable en ligne sur le site internet du Club des juristes, www.leclubdesjuristes.com.

39 Comme le souligne le professeur Viney « l'émergence des préoccupations écologiques, qui sont à l'origine de la création d'un droit de l'environnement doit favoriser la mise en place d'une responsabilité civile adaptée à la lutte contre les atteintes à l'environnement, y compris par la mise en place d'une réparation efficace du préjudice écologique pur, indépendant des atteintes aux personnes et aux biens, que le code civil ignore encore », G. VINEY, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G*, 2016, n° 4, doctr. 99.

Le droit de polluer organisé par le droit. Défini largement à l'article 1247 du Code civil, le préjudice écologique réparable est toutefois restreint au préjudice non négligeable. Cette référence traduit le souhait du législateur de contenir le préjudice écologique aux catastrophes écologiques. Il est important de relever que de cette limite ne se retrouve pas dans les autres types de préjudices connus en droit commun de la responsabilité et résulte, à l'évidence, de l'action des lobbys⁴⁰. Le droit de l'environnement se heurte en effet à des intérêts économiques, protégés par des règles concurrentes⁴¹.

Il est tout d'abord important de rappeler que le visage de la régulation environnementale a fait face à de nombreuses évolutions depuis près d'un demi-siècle⁴². Les activités économiques peuvent dès lors être considérées comme étant tenues, *a minima*, et selon le secteur d'activité concerné, par le devoir fondamental de protection de l'environnement⁴³, considéré par certains auteurs comme liberticide⁴⁴. Le revers de cette protection *a minima* de l'environnement est qu'elle accueille le droit de polluer au cœur même du droit de l'environnement, supposé finalisé pour la défense la plus complète de ce dernier. Un équilibre est ainsi recherché entre les intérêts environnementaux et économiques se traduisant davantage par la supériorité du second que du premier.

Les pollueurs disposent de la sorte des biens environnementaux communs au détriment des autres utilisateurs⁴⁵, et cela résulte directement du « silence délibéré de la Charte de l'environnement relativement au principe pollueur-payeur [...] et donc sur la question de l'imputation de la charge indemnitaire »⁴⁶. Selon le professeur Prieur, à ce propos, l'absence de statut juridique de la nature et de ses éléments (faune et flore) a longtemps contribué à l'utiliser abusivement comme un bien non seulement sans maître mais aussi perpétuellement renouvelable⁴⁷. À titre d'exemple, l'usine ALTEO⁴⁸ rejette avec l'assentiment des pouvoirs publics ses déchets dans le parc national des calanques. Les intérêts économiques et environnementaux s'entrechoquent de manière très évocatrice dans cette affaire⁴⁹ qui illustre la difficile réception de la protection des intérêts environnementaux dans des régions marquées par un fort passé. Le droit de polluer est ici affirmé de manière éclatante et, pour notre part, afin de modifier profondément les comportements des acteurs économiques, il paraît nécessaire de sortir de ce rapport réifié de la nature qui a comme corollaire la possibilité de la détruire sans que les responsables voient leur responsabilité engagée.

40 G. J. MARTIN, « Le préjudice écologique », in Ch. CANS. (dir.), *La loi biodiversité en pratique*, Législatives, 2016, p. 30.

41 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° .

42 G. J. MARTIN, « Les prémices de la régulation en matière d'environnement : de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne en date du 28 mars 2007 », in G. MARTIN et B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ, 2012, p. 3.

43 N. DE SADELEER, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, Bruylant, 1999, p. 106 et s. Cette protection est organisée à travers le droit des ICPE à titre d'exemple et plus particulièrement le régime de l'autorisation, de l'enregistrement ou de la déclaration.

44 F. BOUYSSOU, « L'environnement : nouveau droit de l'homme ou droit liberticide », in *Pouvoirs et liberté. Études offertes à Mourgeon J.*, Bruylant, 1998, p. 535, spéc. p. 541.

45 G. J. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Université de Nice, 1976, n° 118.

46 A. VAN LANG, « L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale », in C. CANS (dir.), *La responsabilité environnementale*, Dalloz, 2009, p. 215.

47 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n° 455.

48 B. BARRAQUE, « Les boues rouges de l'usine Pechiney-Alteo de Gardanne : de l'inertie à la toxicité, du rejet... et du dossier », *RJE*, 2017/2, p. 273.

49 D'un côté le maire de Gardanne organise en effet une forte pression pour ne pas fermer cette usine en brandissant les très nombreux emplois en jeu – plus de 600 emplois directs et indirects- tandis que d'autre part le ministère de l'écologie a fait connaître sa volonté de résoudre au plus vite cette situation attentatoire à la biodiversité marine Marseillaise. Or malgré la volonté politique et l'action des associations de défense de l'environnement, les arrêtés préfectoraux prolongeant l'autorisation d'exploiter de l'usine n'ont pas été annulés.

Fonction de réparation limitée aux préjudices les plus graves. *De facto*, un nouvel instrument du droit de l'environnement, le préjudice écologique, consacrant la nature comme intérêt à protéger est réduit par ce droit de polluer. L'effectivité de la protection de la nature comme objet de droit au travers du mécanisme du préjudice écologique semble affaiblie par la prééminence de l'économie sur la nature. Malgré la formulation très générale du préjudice écologique dans la loi pour la protection de la biodiversité, son effectivité apparaît ainsi contrariée par le droit de polluer organisé par le droit. En témoigne son champ d'application très restreint, « à une atteinte non négligeable aux termes de l'article 1247 du Code civil, et ce en raison de sa cohabitation avec un droit organisé de polluer. Or la responsabilité environnementale organisée par la loi 2008⁵⁰ a été très peu appliquée à cause de la gravité exigée des préjudices⁵¹. La question s'impose : l'article 1246 connaîtra-t-il le même sort ? Au premier abord, de fortes limites économiques, soutenues par le droit positif, paraissent donc se dresser contre l'effectivité du préjudice écologique et le parer d'une fonction principalement symbolique.

Fonction symbolique. Comme Portalis avait pu le relever dans son Discours préliminaire au Code civil, ce dernier est « un corps de lois destiné à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité »⁵². Inscrire au cœur de la constitution des Français le respect de la nature constitue donc un message très fort, symbolique⁵³, dans la mesure où ce discours juridique permet de porter la question de la réparation des préjudices causés à la nature au cœur des relations entre personnes privées et d'« horizontaliser » la question écologique. Le rôle de la loi et du droit en général est ici très important. La loi est d'ailleurs définie, selon le professeur Libchaber, comme « une fixation prospective de valeurs destinées à gouverner une collectivité »⁵⁴.

Transition. Selon le professeur Hautereau-Boutonnet, « Au mieux, comme le montre la réparation du préjudice écologique, la nature est un intérêt digne de protection »⁵⁵. La protection de la nature organisée notamment par le mécanisme du préjudice écologique pur est pourtant fortement limitée par le droit de polluer organisé par notre système juridique. Ce constat nous amène à considérer qu'il est nécessaire de repenser notre rapport à la nature afin que la responsabilité juridique, qui constitue une « obligation de répondre »⁵⁶, soit pleinement efficace vis-à-vis des préjudices causés à la nature. Serait-il en conséquence souhaitable de conférer la qualité de sujet de droit à la nature ?

50 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° 179, 2 août 2008, p. 12361.

51 Voy. pour une approche critique, A. VAN LANG, « De l'art du trompe-l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges Prieur M.*, Dalloz, 2007, p. 1671.

52 J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports, et travaux inédits sur le Code civil*, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 90, spéc. p. 92.

53 Voy. not. le rapport de synthèse du professeur Martin du dossier spécial « Les enjeux d'une loi sur le préjudice écologique », qui met l'accent sur la dimension hautement symbolique de son accueil dans le code civil, G. MARTIN, « Dommage écologique. Rapport de synthèse », *Env.*, n° 10, 2014, dossier 24.

54 R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, n° 266.

55 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.*, 2017, p. 1040.

56 C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, p. 557.

II. Une protection idéale de la nature comme sujet de droit

Tandis qu’au début du siècle dernier, Demogue défendait l’idée que l’on puisse attribuer⁵⁷ la personnalité juridique aux sociétés, se pose aujourd’hui la question de l’opportunité de reconnaître la personnalité juridique à la nature. Elle suscite le scepticisme chez une partie de la doctrine⁵⁸, bien qu’elle ne soit pas dépourvue d’attraits. Une protection idéale de la nature nécessite de la protéger de la manière la plus complète, dans toute sa richesse. Pourrait-on mobiliser le concept de sujet de droit pour y parvenir ? Cette fiction n’a pas pour effet d’assimiler la nature à une personne physique, mais de lui conférer certains droits qui pourraient être défendus alors en justice par un représentant légal.

La consécration de la nature comme sujet de droit permettrait de reconnaître sa valeur et de la protéger grâce au patrimoine qui lui serait concomitamment attribuée (A). Le droit de protéger ce patrimoine serait reconnu en conséquence à tous les citoyens, dans la mesure où la survie de l’humanité est liée à la protection de ce patrimoine. La nature bénéficierait ainsi de la possibilité d’être représentée par tous les citoyens (B) pour défendre ses droits subjectifs, comme le droit de ne pas être pollué (C).

A. Protéger le patrimoine de la nature

Quelle réalité recouvre l’espace où la vie se reproduit et se réalise ? Afin d’apporter un début de réponse sur la teneur des droits de la nature, la Cour constitutionnelle équatorienne, dans un effort pour apporter des éléments de réflexion et de compréhension, a publié, en 2013, un ouvrage intitulé « Droits de la nature : fondement, contenu et exigibilité juridictionnelle »⁵⁹. Selon ce dernier, l’article 14 de la constitution équatorienne doit notamment être interprété comme attribuant à la nature un patrimoine devant être protégé et appartenant à tous les Équatoriens⁶⁰.

La prise en compte de la nature dans son altérité. La nécessité de protéger la richesse de la nature dans son entier, nécessite, pour notre part, de l’ériger en sujet de droit. Elle serait de la sorte dotée d’un patrimoine embrassant toute sa diversité. Un récent livre best-seller ne nous apprend-il pas que les arbres s’organisent en société, communiquent entre eux et font même preuve de solidarité les uns envers les autres ?⁶¹ L’anthropologie contemporaine décrit également une possible communication entre les espèces et met en exergue dans le même temps toute la spécificité du langage humain, qui investit dans le même temps l’humain de responsabilité spécifique envers la nature⁶². Cela permettrait

57 R. DEMOGUE, « Le sujet de droit », *RTD civ.*, 1909, p. 1, spéc. p. 2.

58 Voy. par ex., M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », art. préc. ; L. NEYRET, « Construire la responsabilité écologique », in A. SUPLOT et Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 121, spéc. p. 127.

59 Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Nuevo derecho ecuatoriano n° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador et CEDEC, 2013.

60 La nature « [...] justifica así su protección por su valor como propiedad (patrimonio) de los ecuatorianos », voy., Prieto MÉNDEZ, Julio MARCELO, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Nuevo derecho ecuatoriano n° 4, Quito, Corte Constitucional del Ecuador et CEDEC, 2013, p. 86.

61 P. WOHLLEBEN, *La vie secrète des arbres. Ce qu’ils ressentent. Comment ils communiquent*, Les Arènes, 2017, spéc. p. 19 et s.

62 Voy. égal. E. KOHN, *Comment pensent les forêts. Vers une anthropologie au-delà de l’humain*, Zones Sensibles, 2017, préf. Ph. DESCOLA.

de faire évoluer le rapport de l'homme avec celle-ci afin d'être considérée comme un ensemble dont fait partie l'homme tout en cessant d'en être le centre.

Divers exemples récents⁶³ et fortement médiatisés illustrent ce vaste mouvement en attribuant à certains éléments naturels la personnalité juridique, tel que le cas de la rivière néo-zélandaise Whanganui, ou les écosystèmes Himalayens comprenant notamment le Gange en Inde⁶⁴ en mars 2017. Plus en avant, la qualité de sujet de droit peut être reconnue à la nature sans distinction dans un État, comme l'a consacré la Constitution bolivienne en 2009. Le chapitre V garantit le droit à un environnement sain pour « les individus et groupes des générations présentes et futures, *ainsi qu'aux autres êtres vivants*, pour qu'ils puissent se développer de façon normale ». De la même façon, la Constitution actuelle de l'Équateur, adoptée par référendum en 2008, précise, dès le préambule, que le peuple d'Équateur « célèbre la nature, la Pacha, dont (il fait) partie et qui est vitale pour (son) existence ». Dans son chapitre VII, la Constitution proclame notamment que la « Nature, ou Pacha Mama » a le droit au respect intégral de son existence, au maintien et à la régénération de ses cycles, de sa structure, de ses fonctions, etc. Le nouvel article 110-346 du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté de Nouvelle-Calédonie en témoigne encore de manière éclatante. Il consacre le principe unitaire de vie et prévoit que « certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres ».

De même, l'animal serait de la sorte davantage protégé comme en témoigne une décision rendue par un tribunal argentin le 3 novembre 2016⁶⁵. Ce dernier a reconnu la qualité de « personne non humaine », pour la première fois, à une femelle orang-outang, ce qui a permis au juge de la faire bénéficier de l'*habeas corpus*. Elle était détenue dans un zoo dans des conditions extrêmement dures, « manifestement contraires aux impératifs biologiques des chimpanzés »⁶⁶, comparables, selon le juge, à de l'esclavage. Il a considéré en conséquence qu'elle était privée de liberté de manière illégale et devait être transférée dans une réserve.

L'appréhension de la nature comme sujet de droit permettrait dès lors de proscrire toutes les atteintes à son patrimoine.

B. Le droit élargi de demander la restauration au nom de la nature devant les tribunaux

Les « biens communs » désignent, d'une manière générale en économie, des ressources d'intérêt partagé par tous les êtres humains. Ils proviennent de la nature notamment, comme l'eau, le paysage, les forêts et tous les processus vitaux qui s'y trouvent liés⁶⁷. Fort logiquement, ces biens communs,

63 Voy. not. Th. DELEUIL, « La "Terre nourricière", un progrès pour la protection de l'environnement ? », *RJE*, 2017/2, p. 255.

64 Le Gange aurait la capacité de laver les Hindous de leurs péchés.

65 Décision EXPTE.NRO.P-72.254/15 A.F.A.D.A. respecto del chimpancé Cécilia-sujeto no humano, rendue le 3 novembre 2016 par le tribunal de Mendoza. Voy. pour de plus amples développements, J.-P. MARGUÉNAUD, « La femelle chimpanzé Cécilia, premier animal reconnu comme personne juridique non humaine », *RSDA*, 2016/2, p. 15.

66 *Ibid.*, p. 16.

67 M. CORNU, « Biens communs (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 101.

indispensables à tous, devraient pouvoir être défendus par chacun. À cet égard, la Charte de l'environnement, qui a pour objectif de consacrer des « règles de vie en société »⁶⁸, fait notamment référence à la responsabilité tant individuelle que collective et le choix du terme « toute personne » à l'article 2, consacré au devoir de protéger l'environnement, renvoie tant aux personnes physiques que morales, publiques ou privées⁶⁹. Il a notamment été affirmé, à ce propos, qu'un tel renvoi désigne « toute personne » à la fois « créancier et débiteur d'un droit à l'environnement »⁷⁰.

L'intérêt de cette reconnaissance est de permettre à la nature d'agir en justice pour défendre ses droits, comme l'a mis en lumière en 1972 l'auteur américain Christopher Stone dans son article « *Should Trees have Standing ?* »⁷¹. D'évidence, la question de la représentation de la nature en justice et des personnes ayant intérêt à agir s'impose alors. La consécration de l'*actio popularis* trouverait de la sorte peut-être un écho favorable à l'article 2 de la Charte de l'environnement qui dispose que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et l'amélioration de l'environnement »⁷². Si la nature se voit confier la qualité de sujet de droit, elle devrait être représentée devant le juge, à l'instar d'autres groupant bénéficiant de la personnalité morale, comme les associations ou les sociétés. En Équateur, premier pays à avoir consacré les droits de la nature reconnus aux articles 71 et 72 de sa Constitution, est ainsi prévu un mécanisme de recours, une *actio popularis* : « toute personne, communauté, peuple et nation peut en appeler aux autorités publiques pour mettre en œuvre les droits de la nature ». Tout citoyen est donc à même de défendre les droits de la nature. Une action au nom de la nature a d'ailleurs déjà été portée devant le juge le 7 décembre 2010 par les époux Richard Fredrick Wheeler et Eleanor Geer Huddlee pour la défense des droits de la nature et plus particulièrement du fleuve Vilcabamba⁷³. Suite à l'adoption de sa Constitution, la Bolivie prévoit également, à l'instar de l'Équateur, que les citoyens boliviens exercent les droits de la « Terre nourricière » en ce qu'ils en font intégralement partie. Ce mouvement a encore gagné les États-Unis où un certain nombre de municipalités locales reconnaissent des droits inaliénables à la nature, et investissent dans le même temps les résidents du droit de les défendre en justice. Cela a commencé par de petites villes en Pennsylvanie⁷⁴, et à présent plus de 180 municipalités comme la ville de Pittsburgh⁷⁵. Ouvrir l'accès à la justice peut contribuer à renforcer l'effectivité du droit de l'environnement. Toutefois, comme le laissent penser le peu de décisions de justice sur ce sujet en Bolivie ou Équateur, des entraves demeurent, comme le coût de la justice⁷⁶.

68 D. HÉDARY, « Les effets de la Charte de l'environnement sur le droit de l'environnement », in C. CERDA-GUZMAN et F. SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 189, spéc. p. 192.

69 Sénat, *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques et du Plan sur le projet de loi constitutionnelle*, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, n° 353, publié le 16 juin 2004, p. 21.

70 L. FAVOREU et alii., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^e éd., 2015, n° 196.

71 Ch. STONE, « Should trees have standing ? Toward legal rights for natural objects », *Southern California Law Review*, 1972.

72 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005.

73 Ce fleuve avait été gravement impacté par le dépôt du matériel extrait pour la construction d'une route entre Vilcabamba et Quinara.

74 V. CABANES, *Homo natura. En harmonie avec le vivant*, Buchet Chastel, 2017, p. 95.

75 F. OST, « La nature, sujet de droit », in *Les natures en questions*, conférence réalisée au Collège de France le 20 oct. 2017, disponible sur le site du Collège de France, www.college-de-france.fr.

76 *Ibid.*

C. Attribuer le droit subjectif à la nature de ne pas être polluée

La possibilité d’agir en justice non limitée aux catastrophes écologiques. En Équateur, l’alinéa 2 de l’article 14⁷⁷ attribue en outre à la patcha mama différents droits : existence, maintien, régénération, de ses cycles vitaux, droit à la restauration en cas de préjudice. Le premier paragraphe de l’article 72 énonce de manière fort intéressante que : « La nature a droit à la restauration. Cette restauration sera indépendante de l’obligation de l’État et des personnes physiques et morales d’indemniser les individus et les collectivités qui dépendent des systèmes naturels affectés ». En 2010, à son tour, la Bolivie a adopté une loi sur les droits de la Terre mère qui garantit le droit de la Terre mère à la vie, biodiversité, à l’eau, à l’air pur, à la restauration et notamment à *la non pollution*. Le caractère très général de ces droits formulés en Équateur et Bolivie au bénéfice de la nature laisse à penser que le préjudice écologique est mieux pris en compte lorsque la nature agit en son nom, puisqu’il n’est imposé ici *aucune limite relative à la gravité du préjudice* pour qu’il puisse être accueilli devant les tribunaux. Et ce contrairement à l’article 1247 du Code civil, aux termes duquel, comme cela a été précédemment évoqué, ne sont prises en compte seules les atteintes « non négligeables », c’est-à-dire les catastrophes écologiques.

Toute atteinte au patrimoine de la nature serait en conséquence accueillie par le droit. L’introduction d’une telle obligation de restauration en France, qui est consacrée dans ces deux pays en complément du droit de ne pas être pollué, pensée de la manière la plus large, permettrait de pallier au champ d’application restreint du préjudice écologique, mais également de compléter les diverses obligations de remise en état de la nature organisées par le droit de l’environnement. Ces dernières ne permettent en effet pas une restauration entière de la nature, puisque, à titre d’exemple, dans le droit des ICPE, il est prévu que la remise en état « prend en compte l’usage futur projeté du site », et ce en raison du rapport de domination qu’entretient l’homme avec la nature et du droit corrélatif de la polluer. À titre d’exemple, le 1^{er} avril 2009, une fuite accidentelle de plusieurs milliers de litres d’acide sulfurique en provenance de l’usine de nickel de Vale en province Sud en Nouvelle-Calédonie a atteint et pollué un cours d’eau ainsi que la nature avoisinante, et détruit durablement la biodiversité dans ce périmètre. Deux ans plus tard, le tribunal de police a rejeté l’action en justice de l’association *Ensemble pour la planète*, et n’a gratifié le pollueur que d’une « simple contravention »⁷⁸. Si, à titre d’exemple, le juge avait eu à appliquer des règles reconnaissant la nature calédonienne en tant que sujet de droit, l’issue de la plainte contre l’industriel aurait certainement été différente selon le professeur David⁷⁹.

77 « Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados ».

78 Voy. pour de plus amples développements, V. DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit : le monde est-il enfin Stone ? », *RJE*, 2012/3, p. 469.

79 *Ibid.*

La recherche d'équilibres entre la nature et les intérêts économiques. De la sorte, serait-il opportun de reconnaître le droit intrinsèque des fleuves, lacs et cours d'eau à exister, se maintenir et régénérer leurs propres écosystèmes vitaux et à ne pas être pollués ? Dans cette perspective, il s'agirait dans un premier temps d'accorder la qualité de sujet de droit à la nature, et, dans un second temps, de déterminer le contenu de ses différents droits subjectifs et leur portée au regard des droits économiques ou des législations autorisant, même de manière encadrée, la dégradation de la nature. À titre d'exemple, les droits de la terre inscrits dans la constitution équatorienne cohabitent avec des droits plus classiques comme les droits de propriété et de libre entreprise. Certains observateurs s'interrogent ainsi sur la portée réelle des droits ainsi consacrés. Les États-Unis nous fournissent toutefois une illustration prenant en compte les intérêts de la nature lors de la résolution d'un tel conflit d'intérêts. Il existe aujourd'hui une trentaine de comtés qui reconnaissent les droits de la nature dans les législations locales. Cette reconnaissance leur permet de s'opposer à l'exploitation de projets de fracturation hydraulique réalisée dans le cadre de la recherche de gaz de schiste, lorsqu'ils parviennent à démontrer qu'une rivière risque d'être contaminée. En cas de non-respect par l'industriel, la rivière est alors à même, via ses représentants, de revendiquer ses droits devant le juge ses droits⁸⁰. Dans le même esprit, l'attribution de la personnalité juridique au Gange ainsi qu'à d'autres entités Himalayennes en 2017 s'est accompagnée par la mise en place d'un conseil de gestion⁸¹ de ces entités pour concilier les réalités de la gestion économiques avec les aspirations animistes.

80 F. OST, « La nature, sujet de droit », in *Les natures en questions*, conférence réalisée au Collège de France le 20 oct. 2017, disponible sur le site du Collège de France, www.college-de-france.fr.

81 Un organe paritaire en vue de procéder à la gestion de ce fleuve.

LE CHOIX DU JUGE CIVIL OU DU JUGE PÉNAL EN FRANCE ?

Jean-Baptiste PERRIER¹

Choix du juge civil ou du juge pénal en France ? À travers ce choix se retrouve la question de savoir, s'agissant des actions en justice pour l'environnement, quelle est la meilleure stratégie. La question est posée car, d'une façon générale et au-delà des actions pour l'environnement, la victime d'une infraction dispose d'un choix, d'une option processuelle en vertu de laquelle elle peut saisir soit la justice civile, soit la justice pénale.

La victime d'un fait dommageable a en effet le droit d'être entendue sur le fond de sa prétention, afin que le juge civil la dise bien ou mal fondée, selon l'article 30 du code de procédure civile. Mais la victime de l'infraction constitutive du fait dommageable peut également saisir le juge pénal, pour obtenir la réparation du dommage directement causé par l'infraction et dont elle souffre personnellement, selon l'article 2 du code de procédure pénale. Voici l'alternative qui s'offre aux victimes d'infraction, et donc aussi aux victimes d'une infraction écologique qui peuvent agir devant le juge pénal, lorsque le préjudice découle de l'infraction, et devant le juge civil.

La victime est en principe libre de son choix, mais dès lors qu'un choix est fait, il est irrévocable : c'est la règle *electa una via*. On sait toutefois que cette règle a moins de portée qu'il n'y paraît. D'abord, la victime qui a agi devant le juge pénal peut toujours se désister et porter son action devant le juge civil ; le choix du juge pénal n'est donc pas irrévocable. Ensuite, si la victime qui a agi devant le juge civil ne peut plus saisir le juge pénal, elle peut se joindre aux poursuites qui seraient engagées². Elle peut encore saisir le juge pénal si elle ignorait qu'il s'agissait d'une infraction.

La règle *electa una via* a, on le voit, bien moins de portée qu'il n'y paraît. Surtout, elle implique qu'un choix a été fait, ce qui rappelle donc qu'une option existe pour l'exercice de l'action civile. Il existe certes d'autres actions envisageables, notamment des actions préventives, mais la question du choix entre le juge civil et le juge pénal se pose surtout pour l'action en réparation³.

¹ Professeur à Aix-Marseille Université (LDPSC EA 4690) ; Directeur de l'Institut de sciences pénales et de criminologie.

² Art. 5 du c. pr. pén.

³ Le juge pénal ne peut être saisi en référé, si ce n'est par le jeu de l'article L. 216-13 du code de l'environnement qui permet de saisir le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction pour faire cesser provisoirement et par tous moyens certaines infractions issues du code de l'environnement ; sur ce texte très peu utilisé, Cass. crim. 28 janv. 2020, n° 19-80.091.

L'option n'est donc offerte qu'à la victime de l'infraction, ou plus largement aux titulaires d'une action en réparation du préjudice causé par une infraction environnementale⁴. Puisque l'option existe, l'on retrouve la question de savoir, pour la réparation du préjudice écologique, devant quel juge agir dès lors que les faits commis sont bien constitutifs d'une infraction.

Lorsque tel est le cas, l'on sait que le principe de la réparation du préjudice écologique par le juge pénal a été posé dès l'affaire de l'Erika. À l'occasion de cette affaire, la chambre criminelle a considéré que la cour d'appel avait « justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction »⁵. Le préjudice causé par l'atteinte à l'environnement peut donc être réparé par le juge civil, c'est le juge naturel de la réparation ; il peut aussi être réparé par le juge pénal.

Le choix est possible, mais les deux voies ne suivent pas les mêmes règles, il existe des obstacles spécifiques de telle sorte que la première étape, avant de choisir, est de vérifier que le choix existe encore. Une fois l'existence du choix vérifiée, la question se pose alors : entre le juge civil et le juge pénal, lequel choisir ? La réponse est ici très difficile, car elle revient à s'interroger sur les raisons du choix (II), après avoir vérifié l'existence d'un choix (I).

I. L'existence d'un choix

S'agissant en premier lieu de l'existence d'un choix, celui-ci existe bien pour toute victime d'une infraction, qui se voit reconnaître une option procédurale (A). Cela étant, s'agissant de la réparation du préjudice écologique, il a fallu élargir les voies procédurales (B).

A. La reconnaissance d'une option procédurale

L'option procédurale offerte à la victime d'une infraction écologique est prévue par les articles 3 et 4 du code de procédure pénale. Selon le premier de ce texte, « l'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction », c'est-à-dire devant le juge pénal. L'article 4 dispose pour sa part que « l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique ».

La victime d'une infraction, de toute infraction, bénéficie donc bien d'une option procédurale. Elle peut demander la réparation de son préjudice en empruntant la voie civile sur le fondement notamment des articles 1231 et suivants pour la responsabilité contractuelle et 1240 et suivants pour la responsabilité extracontractuelle de droit commun. L'infraction cause un dommage à autrui qu'il convient de réparer. La victime de l'infraction saisit alors le juge civil (Tribunal de grande instance ou tribunal d'instance, selon le montant de la demande ; Tribunal judiciaire depuis le 1^{er} janvier 2020), voire une commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), mais cette dernière hypothèse n'est pas transposable au droit de l'environnement.

⁴ On pense en particulier aux associations de protection de l'environnement, habilitées pour exercer les droits reconnus à la partie civile par l'article L. 142-2 du c. envir. ; v. *infra*.

⁵ Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938. Ce principe a été rappelé le 22 mars 2016 (n° 13-87.650) et précisé le 28 mai 2019, n° 18-83.290.

La victime peut aussi devenir partie civile et saisir le juge pénal sur le fondement des articles 2 et suivants du code de procédure pénale, et ce soit par citation directe⁶ – elle saisit alors la juridiction de jugement – soit par plainte avec constitution de civile – elle saisit le juge d’instruction⁷.

Différents exemples témoignent de cette possibilité en matière d’infraction environnementale : ainsi, lorsqu’une construction litigieuse se trouve dans un espace boisé que la commune entend protéger, et lorsque cette construction est constitutive d’une atteinte environnementale importante, elle permet à la commune d’agir devant le juge pénal et même de faire appel sur les seuls intérêts civils⁸. Dans cet exemple, cette commune victime de l’atteinte environnementale importante aurait pareillement agi devant le juge civil, sur le fondement, à l’époque, de l’article 1382 du Code civil, devenu l’article 1240. L’option existe donc, mais elle existe sous réserve que l’une des voies ne soit pas déjà fermée.

Le choix de la voie civile ou de la voie pénale n’est pas neutre sur cette question des causes d’extinction de l’action ; dans le premier cas ce seront les règles de la procédure civile qui s’appliqueront, dans le second, les règles de la procédure pénale.

Si cette différence peut être appréciée à l’aune de l’intérêt d’une voie par rapport à l’autre, elle peut aussi impliquer que le choix ne soit plus possible, en raison des règles particulières.

Les règles de la prescription sont différentes : selon l’article 2224 du Code civil, la prescription de droit commun pour l’action en réparation devant le juge civil est de cinq ans et selon l’article 2226-1 du Code civil, l’action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice écologique (qui est plus particulière) se prescrit par dix ans à compter du jour où le titulaire de l’action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique.

5 ans, si l’action est personnelle, 10 ans s’il s’agit de cette action particulière.

Or, selon l’article 8 du code de procédure pénale, la prescription de l’action publique est de six ans pour la poursuite des délits et selon l’article 9, l’action publique des contraventions se prescrit par une année. Et devant le juge pénal, ce sont ces délais qui s’appliquent et non ceux du droit civil⁹.

Face à cette différence de délai, on devine donc que parfois, l’action publique et donc l’action civile devant le juge pénal est prescrite, alors que l’action civile devant le juge civil est encore possible. Dans une telle situation, l’option ici n’existe plus et la partie lésée ne peut qu’agir devant le juge civil.

De façon plus spécifique encore, la transaction fournit une nouvelle illustration de cette difficulté. Si l’infraction environnementale donne lieu à la conclusion d’une transaction, selon l’article L. 173-12 du code de l’environnement, cette transaction éteint l’action publique et donc l’action en réparation devant le juge pénal n’est plus possible. Ici encore, l’option n’existe plus, mais la partie lésée peut toujours agir devant le juge civil.

6 Art. 392 du c. pr. pén.

7 Art. 85 du c. pr. pén.

8 Crim. 3 mai 2017, n° 16-80.351.

9 Art. 10 du c. pr. pén.

L'on observa tout de même que la transaction environnementale ne s'applique qu'aux faits de très faible gravité, sans « victime », sans enjeu, de telle sorte que cette alternative n'est pas utilisée lorsqu'une victime souhaite agir¹⁰.

Ainsi, sous réserve que l'action publique ne soit pas éteinte, par la prescription ou par transaction, la victime de l'atteinte environnementale peut choisir d'agir devant le juge pénal ou devant le juge civil. Il n'y a ici rien de particulier : la victime de l'atteinte environnementale dispose du même choix que toute autre victime et se heurte aux mêmes contraintes.

Cela étant, et c'est ici que naît la difficulté, l'atteinte à l'environnement cause rarement un préjudice personnel et direct à une personne physique ou à une personne morale. Le préjudice est causé à l'environnement et toute la question se pose alors de savoir qui peut exercer l'action civile. Puisqu'il n'y a pas de victime directe et personnelle, il a donc fallu élargir l'accès au juge, au juge pénal comme au juge civil.

B. L'élargissement des voies procédurales

L'élargissement des voies procédurales était à l'évidence une nécessité. La défense de l'environnement, à l'occasion d'une catastrophe écologique ou d'une infraction environnementale, est assurée le plus souvent par l'État ou par des associations.

Or, qu'il s'agisse de l'État et, *a fortiori*, d'une association, les conditions posées par les textes applicables pour admettre leur action, tant devant le juge civil que devant le juge pénal, ne sont pas remplies. De toute évidence, une association de défense de l'environnement ne subit pas directement et personnellement un préjudice du fait de l'atteinte à l'environnement.

Certes, l'on pourrait considérer qu'en raison des frais engagés par l'association pour protéger l'environnement, elle a un intérêt à agir pour demander la réparation d'un préjudice propre. Toutefois, si ce raisonnement a pu être suivi dans un contexte très particulier¹¹, il est désormais abandonné¹². Surtout, son application n'aurait pas été très intéressante car elle aurait permis l'action de l'association, mais uniquement pour la réparation de son préjudice propre et non pour la réparation du préjudice écologique, qui renvoie à l'intérêt général.

La question de la réparation d'une atteinte à l'intérêt général (et non à l'intérêt personnel) n'est pas spécifique à la matière environnementale. Elle se pose pour toutes les associations qui se proposent, par leur objet social, de défendre un intérêt collectif (mémoire des déportés, lutte contre le racisme, etc.). Pour ces différentes associations, puisque les critères ne sont pas remplis, la loi vient admettre leur action par dérogation aux règles générales. Le droit d'agir a été élargi pour admettre l'action des personnes morales qui ne remplissent pas les conditions de droit commun.

10 V. sur ce point notre étude, « Le regard français sur la transaction environnementale », *Énergie, environnement infrastructures*, 2016, dossier 20 ; d'un point de vue pratique, v. M. THOMAS, La « pratique de la transaction en matière environnementale. Retours d'expérience concernant la mise en œuvre de la transaction par le parquet de Vannes », *Aj pénal* 2016, p. 473.

11 Crim. 9 novembre 2010, n° 09-88.272.

12 Crim. 11 octobre 2017, n° 16-86.868.

En matière pénale, l'action des associations est prévue par les articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale, la liste ne cessant de s'allonger¹³. Cette liste n'est pas exhaustive, et l'on n'y retrouve d'ailleurs pas les associations de défense de l'environnement, car leur action est envisagée par le code de l'environnement. L'article L. 142-2 du code de l'environnement permet aux associations agréées ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement d'exercer « les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction » environnementale. Ce droit est également reconnu aux associations déclarées depuis au moins cinq ans, et il est également prévu par l'article 1248 du Code civil¹⁴.

Les associations peuvent agir, mais que peuvent-elles demander ? L'on sait que les différentes associations et collectivités concernées par l'atteinte à l'environnement disposent de certaines voies spécialement prévues par les articles L. 162-6 et suivants du code, consacrés aux mesures de réparation des dommages causés à l'environnement, et notamment la remise en état de l'article L. 162-9.

Au-delà de la remise en état, les associations peuvent-elles demander la réparation du préjudice subi ? On voit ici la difficulté, car si l'action est possible et l'atteinte à l'environnement ne fait aucun doute, l'association ne peut prétendre subir personnellement et directement un préjudice correspondant à l'intégralité de l'atteinte portée à l'environnement. Il était dès lors nécessaire d'aménager les règles relatives à la recevabilité pour faciliter la réparation du préjudice collectif.

Pour cela, la Cour de cassation a objectivé le préjudice écologique et a considéré que l'existence d'une action spécifique n'excluait pas la possibilité d'agir en vertu des dispositions de droit commun, à nouveau à l'occasion de l'affaire de l'Erika. Dans sa décision du 25 septembre 2012¹⁵, la Cour indique que la remise en état n'est pas incompatible avec la mise en œuvre d'une action en défense de l'intérêt collectif donnant lieu à l'allocation d'indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement, découlant de l'infraction.

Certes, l'on pourrait considérer que la réparation ainsi octroyée dépasse le préjudice causé à l'association, qui « s'enrichirait » et l'on comprend ici les propositions faites de création d'un fonds spécifique. Dans l'attente, il est sans doute préférable qu'une association puisse percevoir ainsi des fonds affectés à la réparation de l'environnement¹⁶, plutôt que de permettre au pollueur de réaliser une économie.

Cette objectivation du préjudice écologique par la chambre criminelle a donc permis de détacher le préjudice des conditions de droit commun, afin d'admettre l'action des associations habilitées pour agir au nom d'un intérêt collectif – la défense de l'environnement – et *in fine* condamner la société polluante à indemniser les associations.

13 La dernière hypothèse est prévue par l'article 2-24, ajouté par la loi du 27 janvier 2017, s'agissant des associations de défense des victimes de bizutage.

14 Texte introduit par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016.

15 Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, préc.

16 Une telle affectation est prévue par l'article 1249 du code civil.

Une telle solution est tout à fait opportune, et l'on ne peut que se féliciter de sa généralisation ; le droit pénal n'est plus le seul à prévoir la réparation du préjudice écologique au bénéfice de l'association. La loi du 8 août 2016¹⁷ a en effet introduit les articles 1386-20 et 1386-21, devenus immédiatement 1246 et suivants du Code civil, pour admettre cette action et cette indemnisation¹⁸.

L'article 1248 prévoit à cet égard 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 ». On retrouve ici le principe posé par l'article L. 142-2 du code de l'environnement, quoique le champ de l'article 1248 soit plus large puisque le fait générateur n'est pas nécessairement une infraction.

Sous cette réserve, l'action des associations est ainsi prévue et l'on remarque que les conditions sont les mêmes devant le juge civil et devant le juge pénal : l'association doit être agréée¹⁹ ou créée depuis au moins cinq ans.

La reconnaissance d'une telle action est plus qu'opportune tant l'on sait que l'action des associations est indispensable à la défense de l'environnement. La possibilité d'obtenir la réparation du préjudice écologique était tout aussi importante, tant il semble évident que le coût de la pollution doit être supporté par le pollueur.

Ainsi, lorsque ces conditions sont remplies et lorsque l'une des voies n'est pas éteinte, l'action est possible devant le juge civil comme devant le juge pénal. Le choix existe, pour la victime comme pour l'association. Toute la question est alors de savoir que choisir ? Quelles sont les raisons conduisant à choisir le juge civil plutôt que le juge pénal, et inversement ?

II. Les raisons du choix

S'agissant en second lieu des raisons du choix, il faut ici déterminer les critères pris en compte lorsque la victime ou l'association opte pour la voie civile ou pour la voie pénale. Une telle détermination des critères est difficile, sinon impossible tant elle semble relever du cas par cas, et des logiques poursuivies par la victime ou par l'association.

Face à cette difficulté, il s'agit plus de poser des questions que d'apporter des réponses.

Le choix repose-t-il sur les chances de succès ?

17 Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité.

18 Les nouvelles dispositions sont applicables aux faits commis avant le 1^{er} octobre 2016, mais elles ne s'appliquent pas aux actions introduites avant cette date.

19 Selon les dispositions de l'art. 142-1 du c. envir.

La réponse est loin d'être aisée, tant elle est liée au dossier, lequel est tout de même apprécié de la même façon par le juge pénal et par le juge civil. Il ne faut pas oublier qu'en cette matière le juge pénal statue sur les intérêts civils comme le fait le juge civil, la particularité tient notamment au fait qu'il le fait au cours d'un procès pénal.

La différence est toutefois loin d'être neutre, car le juge pénal a un rôle bien plus « proactif » que le juge civil.

Le choix repose-t-il sur les montants d'indemnisation susceptibles d'être prononcés ?

Il est très difficile de savoir les montants prononcés, il n'y a que peu de recul : une étude réalisée à Bordeaux, dont le champ n'était pas le droit de l'environnement, a montré que le gain obtenu était équivalent, même s'il y avait des variations selon les chefs de préjudice²⁰.

D'où la question suivante : comment le montant d'indemnisation est-il déterminé ?

Il faut en effet rappeler que la reconnaissance du préjudice écologique ne soulève, dans son principe, pas de difficulté : lors d'une marée noire ou d'une fuite de déchets dans un cours d'eau, on peut aisément constater l'atteinte à l'environnement. Mais comment chiffrer le préjudice ? Une décision de la cour d'appel de Nouméa du 25 février 2014 témoigne de cette difficulté et d'un chiffrage assez approximatif²¹.

Pendant longtemps, la réparation prévue par le code de l'environnement se limitait à la réparation en nature, c'est-à-dire à des mesures de remise en état. Puis, la décision du 25 septembre 2012 a permis à une association d'obtenir également des dommages et intérêts, lesquels doivent être désormais affectés à la réparation de l'environnement selon l'article 1249.

Or, l'évaluation du préjudice écologique est bien plus délicate tant il semble difficile de chiffrer l'atteinte à l'environnement. La difficulté de la réponse a conduit à refuser, pendant longtemps de reconnaître le préjudice écologique, car si on le reconnaît, il faut le réparer.

Pour cette évaluation, la chambre criminelle a indiqué le 22 mars 2016 qu'il appartient au juge, qui reconnaît l'existence d'un tel préjudice, de le chiffrer, avec l'aide éventuelle d'un expert²². Dans cette décision, la Cour de cassation casse et annule la décision d'appel qui avait rejeté la méthode d'évaluation proposée par l'association, basée sur le coût de remplacement des oiseaux morts, sans substituer une autre méthode. Or, selon la chambre criminelle, le juge pénal devait « chiffrer, en recourant si nécessaire à une expertise, le préjudice écologique dont elle avait reconnu l'existence ».

20 J. LAGOUTTE, « Voie civile ou voie pénale : quel poids pour l'argument économique dans le choix de la partie civile », in *Analyse économique du droit et matière pénale*, LexisNexis, 2018.

21 CA Nouméa, 25 février 2014, n° 2010-556, *D.* 2014, p. 669.

22 Crim. 22 mars 2016, n° 13-87.650.

Au regard de l'obligation faite, le juge ne doit pas seulement pallier la carence des parties, il doit rechercher la méthode d'évaluation adéquate et l'appliquer, si besoin en écartant la méthode proposée. La Cour applique ici un raisonnement connu et plus général, selon lequel il appartient au juge pénal de rechercher l'étendue du préjudice écologique, pour le réparer dans son intégralité²³.

La précision apportée par cette décision du 22 mars 2016 traduit donc un renforcement du devoir du juge. Il doit rapporter un chiffre précis, pour déterminer l'étendue du préjudice, et a l'obligation de recourir, si nécessaire, à une expertise pour remplir ce nouvel office mise à sa charge. À cette occasion, le juge devra alors distinguer le préjudice subi par l'environnement de celui des associations²⁴, car le préjudice subi par l'environnement ne se résume pas au préjudice personnel subi par les associations²⁵. L'on retrouve alors la difficulté rencontrée à l'époque, puisque l'indemnisation pécuniaire sans affectation semblait mal s'accommoder de l'objectivité du préjudice écologique ; l'affectation est désormais prévue par l'article 1249, et c'est tant mieux, même si les premières décisions ne semblent pas assurer un contrôle satisfaisant de l'utilisation des sommes ainsi allouées²⁶.

Le juge pénal doit ainsi rechercher la correcte évaluation du préjudice écologique. *Le juge civil est-il soumis à la même obligation ?*

La réponse est loin d'être évidente, car l'on sait que le juge pénal a un rôle bien plus « proactif » que le juge civil, et cela rejaillit sur l'évaluation du préjudice écologique.

L'article 1249 fait référence à l'évaluation du préjudice écologique, laquelle doit tenir compte des mesures de réparation déjà intervenues²⁷. Rien n'est précisé s'agissant des moyens dont dispose le juge pour procéder à cette évaluation. On retrouve alors le droit commun et notamment l'article 146 du code de procédure civile concernant les mesures d'instruction.

Ce texte prévoit qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver ; et le texte poursuit en indiquant qu'aucune mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve.

Les outils offerts par la procédure civile semblent à l'évidence moins intéressants que ceux reconnus au juge pénal par la chambre criminelle...

23 Sur le principe de la réparation intégrale, v. par exemple Crim. 10 décembre 2013, n° 13-81.572 ; pour une illustration en matière de préjudice économique, v. également Crim. 13 novembre 2013, n° 12-85.130.

24 Pour une illustration d'une telle distinction, T. corr. Tarascon, 29 juillet 2014, n° 706/2014, *D.* 2014, p. 1694, obs. L. NEYRET.

25 Cf. les regrets de M. BOUTONNET, « L'Erika une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Envir.* 2013, étude 2, n° 23.

26 Civ. 3, 8 novembre 2018, n° 17-26.180 ; en l'espèce, une fédération ayant pour objet statutaire la protection du milieu aquatique s'était vue allouée la somme de 8000 euros en réparation du préjudice causé par le prélèvement conséquent de grenouilles rousses, espèce protégée. Or, elle ne justifiait pas de l'utilisation de ces sommes à une quelconque fin, notamment une opération de réintroduction, ce que la Cour de cassation considère comme indifférent, puisqu'elle retient que la fédération pouvait également prétendre à la réparation de son préjudice moral.

27 On retrouve les mêmes références dans le code de l'environnement.

Avec cette dernière différence relevée apparaît peut-être un argument permettant d'orienter le choix, d'en expliquer les raisons, et qui tient au rôle d'arbitre du juge civil et au rôle inquisitoire du juge pénal. Le juge pénal doit évaluer le préjudice écologique, en recourant au besoin à l'expert ; le juge civil peut ordonner une mesure d'instruction, sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une carence d'une partie.

Face à cette différence, le choix du juge pénal semble être intéressant, en ce qu'il est sécurisant. Certes, la procédure est alors plus longue et la voie pénale n'est pas toujours ouverte, mais elle est peut-être plus efficace et il faut aussi rappeler qu'elle permet de rechercher la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction.

Toute la question est ici et elle permet souvent de répondre à la question du choix : quel est l'objectif poursuivi par le demandeur ? S'il s'agit uniquement d'obtenir la réparation pécuniaire du préjudice, le choix est ouvert, sous réserve du rôle peut-être plus proactif du juge pénal. En revanche, si l'objectif est la réparation et la punition du mal fait, la voie pénale sera alors privilégiée. Il s'agit peut-être d'un argument décisif, aux yeux de certaines associations, qui saisiront le juge pénal non pas seulement pour la réparation, mais aussi pour la sanction de l'atteinte à l'environnement.

UN PROCÈS ADMINISTRATIF ADAPTÉ À LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ?

Olivier LE BOT¹

Sauvegarde des abeilles², lutte contre le glyphosate³, affaire du siècle⁴ : les actions contentieuses se multiplient devant le juge administratif pour essayer d'infléchir les politiques publiques, regardées comme ne prenant pas suffisamment en compte les exigences environnementales. Le procès administratif offre il est vrai des potentialités en la matière mais celles-ci demeurent partiellement inexploitées ou à parfaire, faute d'être pleinement utilisées par les plaideurs ou en raison de verrous procéduraux qu'il serait envisageable d'assouplir ou de lever.

Dans ce contexte, il paraît utile de s'interroger sur les forces et faiblesses du contentieux administratif en matière environnementale et les pistes susceptibles d'être explorées pour améliorer l'efficacité du juge administratif dans ce domaine.

Afin de dresser un panorama de l'état de droit et esquisser des propositions de réforme, quatre questions conditionnant le rôle que la juridiction administrative est susceptible de jouer dans la protection de l'environnement, seront successivement abordées :

- que peut-on lui demander ou, en d'autres termes, quels sont ses pouvoirs ?
- est-il aisé d'y accéder ?
- comment statue-t-elle sur les recours, c'est-à-dire au regard de quelles informations et avec quelle considération portée à l'environnement ?
- enfin, une action préventive – avant qu'un dommage irréparable ne se produise – est-elle envisageable devant le juge administratif ?

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

2 CE, 9 oct. 2002, n° 233876, Union nationale de l'apiculture française, *Lebon* p. 330.

3 TA Lyon, 15 janv. 2019, CRIIGEN, n° 1704067, inédit ; *AJDA* 2019, p. 1122, note C. HERMON.

4 C. CURNIL, « «L'affaire du siècle» devant le juge administratif », *AJDA* 2019, p. 437.

I. Que peut-on demander au juge administratif ?

En matière environnementale, les requérants peuvent saisir le juge de demandes diverses lui permettant de mettre en œuvre la diversité des pouvoirs dont il dispose : indemniser, suspendre et annuler, réformer, enjoindre, condamner à une amende.

Indemniser. En premier lieu, le juge dispose du pouvoir d'indemniser les préjudices environnementaux, tant dans le contentieux général de la responsabilité que dans celui des contraventions de grande voirie.

Dans le régime général de responsabilité, où les applications sont rares, le juge peut réparer les « troubles dans les conditions d'existence » ou les « troubles de toute nature » subis par les individus exposés à des pollutions ou des nuisances⁵. Il peut également allouer des dommages et intérêts à des associations de défense de l'environnement, par exemple 15 000 euros à l'association « Eau et rivières de Bretagne » et 3 000 euros aux associations « Halte aux marées vertes » et « Sauvegarde du Trégor » à raison de la carence fautive de l'État à empêcher la prolifération des algues vertes sur de nombreux sites du littoral des départements des Côtes d'Armor et du Finistère⁶. Au regard de l'ampleur des préjudices, le montant des indemnités versées aux associations présente un caractère essentiellement symbolique.

Dans la procédure des contraventions de grande voirie, engagée par le préfet en cas atteintes portées à l'intégrité ou à la destination du domaine public, les applications sont tout aussi rares. Lorsque la procédure est mise en œuvre avec succès, le juge peut condamner l'auteur d'une pollution à rembourser à la collectivité publique le montant des frais exposés ou à exposer par celle-ci pour la remise en état du domaine public. Tel est le cas, par exemple, dans l'hypothèse où une blanchisserie a déversé dans un fossé des eaux usées contenant de l'ammoniac⁷, où Charbonnage de France a déversé des produits chimiques dans une rivière⁸ ou encore où une société a déversé des huiles usagées et hydrocarbures dans un port de plaisance⁹.

Suspendre et annuler. En deuxième lieu, le juge administratif dispose du pouvoir de suspendre et annuler une décision administrative illégale. Par exemple, le juge a pu annuler l'autorisation de construire une ligne à haute tension dans les gorges du Verdon¹⁰, le projet d'autoroute transchablaisienne¹¹, l'autorisation de mise sur le marché du Roundup¹² ou le projet de barrage de la

5 Sur ce point, v. le rapport France à l'Association internationale des hautes juridictions administratives, Carthagène, 2013, p. 24. https://www.aihja.org/images/users/114/files/Congres_de_Carthagene_-_Rapport_de_la_France_2013-FRANCE-FR.pdf.

6 CAA Nantes, 1^{er} déc. 2009, Ministre de l'écologie, n° 07NT03775, inédit.

7 CAA Nantes, 27 déc. 2013, Nautré, n° 12NT02081, inédit.

8 CAA Douai, 30 janv. 2003, Charbonnages de France, n° 00DA00909, inédit. V. également CAA Douai, 30 janv. 2003, Sté Hainaut Enrobés, n° 00DA00882, inédit.

9 CAA Paris, 1^{er} avr. 1996, Vembouilly, n° 94PA00546, inédit.

10 CE, 10 juil. 2006, Assoc. interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, n° 288108, *Lebon*.

11 CE, ass., 28 mars 1997, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne, n° 170856, *Lebon* p. 121.

12 TA Lyon, 15 janv. 2019, CRIIGEN, n° 1704067, inédit ; *AJDA* 2019, p. 1122, note C. Hermon.

Trézence¹³, ou encore suspendre la décision d'envoyer en Inde le porte-avions Clemenceau afin de procéder à son désamiantage¹⁴. De même, en matière d'installations classées au titre de la protection de l'environnement (ICPE), le juge peut annuler une autorisation d'exploitation ne répondant pas aux normes environnementales¹⁵.

Réformer. En troisième lieu, toujours dans le contentieux des ICPE, le juge dispose de son pouvoir le plus étendu, à savoir celui de réformer une décision administrative. Il peut ainsi modifier les conditions assortissant les arrêtés d'autorisation¹⁶ ou en imposer de nouvelles¹⁷.

Enjoindre. En quatrième lieu, le juge administratif dispose du pouvoir de prononcer une injonction à titre principal.

En matière d'ICPE, le juge peut ordonner la fermeture d'une installation¹⁸ ou la suspension de son fonctionnement jusqu'à la régularisation par l'exploitant¹⁹.

Dans le contentieux de la responsabilité, un arrêt de 2015²⁰ a reconnu au juge administratif le pouvoir d'ordonner de faire cesser un dommage ou d'effacer en nature les conséquences qu'il a généré, c'est-à-dire remettre le lieu dans son état initial. Si la première modalité concerne uniquement des cas de dommages continus, la seconde est possible tant en cas de dommages continus qu'en cas de dommages instantanés. Cette jurisprudence étant relativement nouvelle, les applications sont encore rares. Deux décisions peuvent néanmoins être mentionnées. Dans la première, qui correspond à l'arrêt de renvoi de la décision de 2015, le juge enjoint « à la commune d'Hébuterne de prendre, dans un délai d'un an, les mesures nécessaires pour mettre fin aux pollutions des terrains de M. Baey causées par le débordement de fossés recueillant les eaux usées de plusieurs habitations de la commune »²¹. La seconde décision concerne les nuisances sonores provoquées par le fonctionnement d'une entreprise d'élagage : saisi par les riverains, un tribunal administratif a enjoint à une commune « de prendre, dans un délai de quatre mois à compter du présent jugement, toutes les mesures de police nécessaires pour faire cesser ou, à tout le moins, réduire les nuisances sonores résultant de l'activité de la société « ABC Élagages et Jardins » dont les émergences sonores doivent respecter le seuil d'émergence réglementaire toléré pour ce type d'activité »²².

13 CE, 22 oct. 2003, Association SOS Rivières et environnement, n° 231953, *Lebon* p. 417.

14 CE, 15 févr. 2006, Assoc. Ban Asbestos France, n° 288801, *Lebon* 78

15 V. p. ex., CE, 15 mai 2013, *Sté ARF*, n° 353010, *Lebon* T. ; CE, 6 février 1981, *Dugenes*, n° 3539, *Lebon* T.

16 CE, 27 mai 1988, *Sté industrielle armoricaine de légumes (Siale)*, n° 57894, *Lebon* p. 221 ; CAA Douai, 12 juillet 2001, *Asso. Qualité de la vie à Bristade*, n° 00DA01284, inédit ; CAA Lyon, 16 novembre 2006, *Sté carrières et matériaux*, n° 03LY01778, inédit.

17 V. p. ex., CE, 27 mai 1988, *Comité de défense du site de Kervoazou*, n° 66490, *Lebon* p. 222.

18 CE, 4 mai 1998, *Téallier*, n° 161336, *Lebon*.

19 CAA Nancy, 9 janvier 2006, *Duval*, n° 04NC00704, inédit : l'arrêt ajoute que « l'installation sera curée, nettoyée et désinfectée au plus tard le 21^e jour suivant la notification du présent arrêt. En cas d'inexécution des mesures prescrites à l'article 1^{er}, ci-dessus, il sera fait application par le préfet de Meurthe-et-Moselle des procédures prévues aux 1^o et 2^o alinéas du I de l'article L. 514-1 du Code de l'environnement, livre V, titre I^{er} ».

20 CE, 27 juil. 2015, Baey, n° 367484, *Lebon*.

21 CAA Douai, 29 avr. 2016, Baey, n° 15DA01398, inédit.

22 TA Toulon, 6 juil. 2017, Gaïa et autres, n° 1401452, inédit.

La procédure de contravention de grande voirie confère également au juge un pouvoir d'injonction. Il lui permet d'ordonner à l'auteur d'un trouble à l'environnement (généralement une pollution) de faire cesser le dommage ou d'effacer en nature les conséquences qu'il a généré. Ainsi, il peut enjoindre au contrevenant « de prendre dans les trois mois [...] toutes mesures propres à faire cesser le déversement dans la Seine d'huiles de vidanges et de cambouis provenant de son dépôt de camions »²³. De même a-t-il pu enjoindre à l'auteur d'une atteinte « de faire cesser » dans un délai d'un mois « les déversements de résidus industriels dans la Meuse »²⁴. Les injonctions prononcées à ce titre sont anciennes ; les potentialités de cette procédure en la matière semblent avoir été oubliées.

Condamner à une amende. En cinquième et dernier lieu, le juge dispose du pouvoir de condamner l'auteur des faits à une amende. Ce pouvoir ne s'exerce que dans le contentieux des contraventions de grande voirie, qui constitue un contentieux répressif.

Le plus souvent, la condamnation à une amende est prononcée à titre complémentaire, comme dans les exemples précités.

Parfois elle intervient à titre exclusif : par exemple, l'auteur des faits a été condamné à une amende de 300 euros pour avoir laissé ses résidus de carénage (notamment des morceaux de peinture) se répandre sur le sable²⁵, ou encore une amende de 1 500 euros pour le rejet accidentel d'hydrocarbures dans un canal²⁶.

Le prononcé d'une amende n'est possible que si elle est prévue par un texte²⁷.

Appréciation sur les pouvoirs du juge administratif. Les pouvoirs qui viennent d'être listés sont, on le voit, extrêmement puissants et diversifiés.

Leur limite tient à ce qu'un pouvoir conçu pour un contentieux déterminé ne peut pas être exercé dans un autre domaine : le juge ne peut condamner à une amende que dans le contentieux des contraventions de grande voirie ; il ne peut ordonner de faire cesser le dommage que dans les contentieux de la responsabilité, des installations classées et des contraventions de grande voirie ; il ne peut pas annuler un acte ni le suspendre dans le contentieux indemnitaire ni dans celui des contraventions de grande voirie.... En somme, il n'existe pas de « guichet unique » qui permettrait au juge de retenir et d'exercer en fonction de chaque situation le pouvoir le mieux adapté. Une proposition de réforme pourrait consister à décloisonner les contentieux en conférant au juge un tel pouvoir.

23 CE, 10 mars 1976, *Ministre de l'équipement c/ Robert, Lebon* p. 152.

24 CE, 22 mars 1961, *Ville de Charleville*, cité par C. HERMON, *Le juge administratif et l'environnement. Recherche sur le traitement juridictionnel des atteintes à l'environnement*, Thèse Nantes, 1995, p. 620 note 113.

25 CAA Nantes, 13 déc. 2013, *Basciano*, n° 12NT00774, inédit.

26 CAA Douai, 14 déc. 2016, *Voies navigables de France*, n° 06DA00749, inédit

27 Les textes ne prévoient pas toujours de peine pécuniaire. La loi du 29 floréal an X, que le décret d'application du 10 avril 1812 relatif au domaine public maritime et aux « travaux de la mer » étend aux rivages maritimes, ne punit d'aucune amende les contraventions de grande voirie prévues par son article premier. Ainsi, le juge administratif de la répression ne peut condamner au paiement d'aucune amende l'auteur de l'arasement, sur plus de trois hectares, d'un cordon de dunes qui protégeait la digue et supportait une abondante végétation (TA Nantes, 29 mars 1990, *Préfet de Vendée c/ Bontemps*, n° 87913, cité par M. LE ROUX, « Le juge administratif, l'environnement et la contravention de grande voirie », *RJE* 2004, numéro spécial Le juge administratif et l'environnement, p. 164, note 44). De même, la requête présentée par le préfet de Corse-du-Sud tendant à ce que le propriétaire de la paillote « Chez Francis » soit condamné au paiement d'une amende ne pu qu'être rejetée par le juge saisi (TA Bastia, 4 mai 1995, *Féraud*, n° 89751, cité par M. LE ROUX, p. 164 note 45).

Une seconde difficulté relative aux pouvoirs du juge peut être identifiée. Elle ne tient pas à l'existence de ceux-ci mais aux conclusions dont les requérants saisissent la juridiction. Un tribunal n'exerce en effet un pouvoir que si les parties le lui demandent. Il appartient donc à celles-ci d'utiliser toutes les potentialités que leur offre la procédure, en ne laissant pas inexploités certains recours, et en saisissant le cas échéant une juridiction de plusieurs recours simultanés, mettant ainsi le juge en mesure d'exercer la plénitude des prérogatives qui lui sont conférées.

II. Est-il facile d'accéder au juge administratif ?

A. Conditions générales

De manière générale, le régime des recours devant le juge administratif est défini d'une manière telle qu'il soit relativement facile de le saisir.

Le champ des actes susceptibles de recours est large puisque toute décision administrative peut être contestée²⁸. Les exceptions sont rares. Elles concernent les actes de gouvernement (telle la décision du chef de l'État en 1995 de reprendre les essais nucléaires²⁹) et les actes préparatoires, comme une enquête publique ou une étude d'impact (alors qu'il pourrait être utile d'intervenir le plus tôt possible pour mettre fin à une illégalité, c'est-à-dire contester la régularité d'une enquête publique ou d'une étude d'impact sans attendre la décision qui sera prise).

S'agissant de l'exigence d'un intérêt à agir³⁰, que n'a pas remise en cause l'adoption de la charte de l'environnement³¹, il fait classiquement l'objet d'une appréciation large et libérale. Dans le domaine du droit de l'environnement, il est reconnu aux individus se trouvant à proximité ou dans le voisinage de la mesure contestée ou, plus généralement, susceptibles de façon probable d'être affectés par celle-ci. Par exemple, sont recevables à agir les requérants situés à 900 mètres d'éoliennes à construire, dès lors qu'ils auront une vue dégagée sur celle-ci³², ou encore une collectivité locale étrangère susceptible, bien qu'elle se situe à plusieurs centaines de kilomètres, d'être affectée par des déversements autorisés par le préfet dans un fleuve³³. On note toutefois, dans le domaine du contentieux de l'urbanisme, un mouvement de resserrement de l'accès au prétoire au nom de la sécurité juridique : intérêt s'appréciant au jour du dépôt de la demande de construction et non au jour du jugement³⁴ ; définition plus stricte de l'intérêt³⁵ ; exclusion du recours des associa-

28 CE, 17 févr. 1950, Min. de l'Agriculture c/ Dame Lamotte, *Lebon*, p. 110 ; CC, 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, cons. 85.

29 CE, ass., 29 septembre 1995, Asso. Greenpeace France, n° 171277, *Lebon*, p. 347.

30 Qui devra être appréciée lorsque le requérant conteste un règlement ou une décision prise à l'égard d'un tiers (aucune difficulté ne se pose – car l'intérêt est forcément admis – lorsque le requérant conteste une décision individuelle prise à son égard).

31 Le Conseil d'État a jugé que son article 2 (selon lequel « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ») ne saurait, par lui-même, conférer à toute personne qui l'invoque un intérêt pour former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de toute décision administrative (CE, 3 août 2011, Buguet, n° 330566, *Lebon* T.).

32 CE, 15 avr. 2005, ACSV et autres, n° 273398, *Lebon* T.

33 CE, 18 avr. 1986, Société Les Mines de Potasse d'Alsace c/ Province de Hollande septentrionale, n° 53934, *Lebon*.

34 De façon dérogatoire, l'intérêt à agir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager « s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire » (C. urb., art. L. 600-1-3).

35 Un requérant ne peut agir contre une autorisation d'urbanisme que si l'aménagement ou les travaux contestés sont de nature « à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance » de son bien (C. urb., art. L. 600-1-2, créé par l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 ; pour la mise en œuvre, v. CE, 10 juin 2015, *Brodelle*, n° 386121, *Lebon*).

tions *ad hoc* (c'est-à-dire des associations de circonstances, créées spécialement pour contester un projet déterminé³⁶).

Concernant le délai pour agir, le droit commun s'applique : le délai pour introduire le recours est donc de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Il s'agit donc d'un délai bref. Dans le contentieux des installations classées, le délai est traditionnellement plus long, même s'il a été ramené de 4 ans à 1 an en 2010³⁷.

B. Recours des associations

Recours des associations pour la défense d'intérêts collectifs. Les actions mises en œuvre par les associations connaissent deux régimes différents selon que l'association soit agréée au titre de la protection de l'environnement ou non agréée.

Dans le cas d'une association agréée³⁸, son intérêt à agir est présumé pour contester toute décision « ayant un rapport direct avec leur objet et leurs activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elles bénéficient de l'agrément dès lors que cette décision est intervenue après la date de leur agrément » (article L. 142-1 du code de l'environnement).

Pour sa part, l'association non agréée (c'est-à-dire l'association suivant le régime de droit commun) doit démontrer son intérêt. D'une part, l'objet de l'association, tel que défini dans ses statuts (protection de l'environnement, défense du cadre de vie), doit correspondre à l'objet de l'acte attaqué³⁹. D'autre part, s'agissant du champ d'action géographique de l'association, une association ayant un champ géographique national ou même régional n'a pas qualité à agir contre un permis de construire – lequel, en principe, n'intéresse que le ressort communal⁴⁰, sauf si le projet autorisé présente une ampleur qui excède le cadre strictement local, comme l'autorisation de construire une centrale nucléaire⁴¹ ou la délivrance d'une autorisation sur un site protégé⁴².

Recours des associations pour la défense d'intérêts individuels. La loi ouvre aux associations la possibilité d'introduire des recours en responsabilité pour la défense d'intérêts individuels. Ceux-ci sont au nombre de deux mais aucun n'a pour l'heure été utilisé.

36 C. urb., art. L. 600-1-1.

37 C. env., art. R. 514-3-1.

38 Le régime actuel de l'agrément est largement issu de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (actuellement article L. 141-1 du code de l'environnement). Pour être agréée, une association doit exercer son activité depuis au minimum trois ans, avoir pour objet statutaire la protection de la nature, l'amélioration du cadre de vie, la lutte contre les pollutions et nuisances et être suffisamment représentative au regard du cadre territorial dans lequel elle œuvre. Le juge peut lui-même délivrer l'agrément à une association s'il lui a été refusé à tort : CAA Nantes, 30 mai 2003, Asso. Qualité de la vie à Larmor-Baden, n° 99NT00528, Lebon T. p. 955.

39 V. p. ex. CE, 16 avr. 2010, Brocard et Association Rabodeau Environnement, n° 318067, Lebon T.

40 CE, 27 mai 1991, Fédération régionale des associations de protection de la nature et de l'environnement dans le nord de la France, n° 113203, Lebon T. p. 1109

41 CE, 20 juin 1984, Asso. Les Amis de la Terre, n° 35552, Lebon p. 233

42 CE, 10 févr. 1997, Asso. de défense, de protection et de valorisation du patrimoine naturel et historique de Corse, n° 140841, Lebon T. p. 990

Le premier correspond à l'action de groupe environnementale régie par l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement. Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage environnemental, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée. Cette action peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins. Elle pourrait par exemple être mise en œuvre – par le biais d'une association – par des riverains subissant les mêmes nuisances à raison d'une usine de traitement des ordures ménagères. Aucune application ne peut encore être relevée.

La seconde action collective correspond à l'action en représentation conjointe. Dans le cas particulier où plusieurs personnes ont subi individuellement un même préjudice environnemental, elles peuvent se faire représenter, ensemble, par une association agréée de protection de l'environnement⁴³. Dérogeant au principe selon lequel nul ne plaide par procureur, cette voie permet à une association de porter l'action en responsabilité d'un tiers. Elle n'a encore donné lieu à aucune application.

C. Le coût d'une action

Combien coûte une action ? Trois situations peuvent se rencontrer. Il arrive qu'aucun frais ne soit exposé : tel est le cas si le requérant introduit un recours pour excès de pouvoir ou un référé-suspension sans avocat. Dans la majorité des cas, le procès aura un coût modéré, correspondant aux honoraires d'avocat (que l'on peut estimer à 3 000 euros pour un dossier simple) : le ministère d'avocat est fréquent en pratique, soit parce qu'il est imposé par un texte (comme dans le contentieux de la responsabilité), soit parce qu'il porte sur un contentieux technique nécessitant de faire appel à un juriste qualifié. Il arrive, mais cela est rare, que le procès soit très coûteux. Tel sera le cas lorsque d'autres frais se rajoutent aux frais d'avocats, en général des frais d'expertise même si d'autres frais sont envisageables (frais de comparution de témoins ; amende ou dommages et intérêts pour exercice d'un recours abusif).

La crainte du recours abusif. Une tendance, pour l'heure limitée au contentieux de l'urbanisme, se fait jour depuis plusieurs années afin d'intimider les auteurs de recours en les menaçant d'un engagement de leur responsabilité prétexte pris du caractère « abusif » de leur recours. Deux voies sont ouvertes à un promoteur souhaitant répliquer par ce biais à une action introduite à son encontre.

43 C. env, art. L. 142-3 al. 1^{er}.

La première est ouverte devant le juge civil. On relève deux affaires en matière d'urbanisme, et visiblement pas davantage : la première ayant condamné les riverains qui avaient contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir un projet immobilier⁴⁴, la seconde ayant condamné un promoteur qui avait attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir le projet d'un promoteur concurrent⁴⁵. Pour ces deux actions retenant la responsabilité, on ne saurait déterminer combien de justiciables ont renoncé à leur action par crainte d'un engagement de leur responsabilité menaçant de les ruiner.

La seconde voie est ouverte devant le juge administratif lui-même, à l'article L. 600-7 du code de l'urbanisme. Il n'a quasiment jamais mis en œuvre, ce qui a conduit le gouvernement à assouplir en 2018 ses conditions afin de renforcer l'effet dissuasif d'une action – ou, en d'autres termes, les craintes qu'il peut y avoir à agir contre un projet immobilier.

III. Comment le juge statue-t-il sur les recours ?

La question de savoir comment le juge statue sur les recours concerne tant les moyens dont il dispose pour statuer en connaissance de cause sur ceux-ci, son attitude face à l'incertitude d'un dommage et la balance qu'il réalise entre la protection de l'environnement et les considérations susceptibles de s'y opposer.

A. L'information du juge

La preuve est libre devant le juge administratif. Il n'existe pas de régime légal de preuve. Il en résulte que tout document établissant notamment l'existence d'une menace pour l'environnement peut être produit par les parties.

Si le juge ne s'estime pas suffisamment informés par les productions des parties, il peut prescrire des mesures complémentaires.

Le procédé le plus courant est celui de l'expertise : « On comprend l'importance d'une telle utilisation dans un domaine, où, tant en raison de leur aspect technique (sur des données en matière industrielle, sanitaire, chimique, biologique...), que des méthodes utilisées (identification de zones de pollution potentielle, visite et détermination de l'historique du site...) constats et expertises peuvent vite s'avérer techniques »⁴⁶. Par exemple, le juge a pu ordonner une expertise en vue d'évaluer le préjudice résultant de la proximité avec un ouvrage public, notamment une ligne TGV ou une ligne électrique à haute tension⁴⁷.

⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 18 déc. 1991, *RFDA* 1993. 149, note F. BOUYSSOU : condamnation in solidum des membres de l'association à la somme de 42 000 €,

⁴⁵ Civ. 3, 5 juin 2012, *Finareal c/ SCI Mandelieu Estérel*, n° 11-17919.

⁴⁶ Rapport France à l'Association internationale des hautes juridictions administratives, Carthagène, 2013, p. 20.

⁴⁷ CAA Nancy, 30 avr. 1992, *SARL Grill Hôtel et SARL Restaurant Grill Hôtel*, n° 91NC00672, Lebon T. 1215 ; CE 24 juill. 2009, C^{ne} du Perthuis, n° 321392, inédit ; CE 15 juill. 2004, *Dubosc*, n° 260711, inédit

Les autres procédés d'instruction à la disposition du juge sont très peu utilisés. Deux d'entre eux peuvent être cités. Le premier concerne le déplacement sur les lieux (CJA, art. R. 622-1). Les cas de mise en œuvre concernent essentiellement les tribunaux administratifs⁴⁸, par exemple pour statuer sur l'arrêté autorisant l'exploitation d'une mine d'or⁴⁹, l'exploitation d'une carrière⁵⁰ ou la construction d'un parc éolien⁵¹. Une telle mesure permet d'apprécier la réalité et l'intensité d'une nuisance ou le caractère particulier d'un site. Le second procédé est celui de l'enquête à la barre, qui correspond à l'audition de témoins. Elle fait l'objet de dispositions extrêmement détaillées (CJA, art. R. 623-1 à R. 623-8). Lorsqu'une enquête est prescrite, les parties sont invitées à présenter leurs témoins aux jours et lieux fixés par la juridiction. Elles peuvent assigner les témoins, à leurs frais, par huissier de justice. La formation de jugement ou d'instruction ou le magistrat qui procède à l'enquête peut d'office convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité. Chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice. Les personnes qui ne peuvent témoigner peuvent cependant être entendues dans les mêmes conditions, mais sans prestation de serment. Est tenu de déposer quiconque en est légalement requis. Peuvent être dispensées de déposer les personnes qui justifient d'un motif légitime. Les témoins sont entendus séparément, les parties présentes ou dûment appelées. Chaque témoin fait, à peine de nullité de son témoignage, le serment de dire la vérité. Les témoins peuvent être entendus de nouveau et confrontés les uns avec les autres. Un seul exemple a pu être trouvé dans le domaine de l'environnement : une chambre du Conseil d'État siégeant en formation d'instruction y a recouru pour apprécier le risque présenté par le fonctionnement de la centrale nucléaire de Fessenheim ; les parties ont été invitées à présenter chacune trois témoins⁵².

B. À qui profite l'incertitude ?

Lorsqu'un dommage à l'environnement est possible mais non certain, comment le juge administratif applique-t-il le principe de précaution reconnu à l'article 5 de la charte de l'environnement⁵³ et à l'article L. 110-1 du code de l'environnement⁵⁴ ?

48 Les applications sont rarissimes au niveau du Conseil d'État. En ce qui le concerne, l'exemple le plus récent de visite est celle organisée dans le cadre du recours dirigé contre l'arrêté déclarant d'utilité publique le projet de ligne électrique à haute tension dans les gorges du Verdon (CE, 10 juil. 2006, Assoc. interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, n° 288108, *Lebon*). Pour des exemples plus anciens, v. CE, sect., 13 mars 1970, Min. Aff. culturelles c/ Dame Benoist d'Anthenay, *Lebon* p. 182 ; CE, 19 janv. 1996, Synd. mixte d'études pour le tunnel de Montgenèvre, *Lebon* p. 11 ; CE, 5 févr. 1969, Min. Educ. nat. c/ Warembourg, *Lebon* p. 72 ; CE, sect., 31 déc. 1976, Assoc. Les amis de l'île de Groix, *Lebon* p. 585.

49 CAA Bordeaux, 24 janv. 2012, Min. de l'Écologie c/ Sté Rexma, n° 10BX00243, inédit.

50 TA Strasbourg, 19 févr. 2014, Alsace nature, n° 1106543, inédit. On notera que ce jugement a été annulé par la CAA de Nancy sur un autre point (CAA Nancy, 26 nov. 2015, Lung, n° 15NC00353, inédit). L'arrêt de la cour a lui-même été annulé avec renvoi (CE, 30 déc. 2016, Société Nouvelles carrières d'Alsace, n° 396420, inédit).

51 TA Toulon, 2 avr. 2010, Pector et autres, n° 0801833, inédit (jugement annulé par CAA sur un autre point, visite prise en compte par le TA et la CAA dans son appréciation : CAA Marseille, 31 juil. 2014, Sté Eco Delta Développement, n° 11MA00514, inédit).

52 CE, 28 juin 2013, Asso. trinationale de protection nucléaire et autres, n° 351986, *Lebon* T.

53 « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

54 La protection et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels s'inspirent notamment du « principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Il est arrivé que le juge se fonde sur une violation du principe : il l'a fait, ainsi, pour ordonner le sursis à exécution d'une autorisation de mise en culture d'une variété de maïs génétiquement modifiée⁵⁵. De même a-t-il, sans se référer au principe de précaution, annulé l'autorisation de commercialisation d'un insecticide menaçant les abeilles (le Gaucho) au motif que la condition d'innocuité à laquelle la loi subordonne sa commercialisation n'était plus remplie⁵⁶.

Toutefois, les décisions dans lesquelles le juge administratif accueille le principe de précaution⁵⁷ sont extrêmement rares⁵⁸. Comme le relevait Sylvie Caudal, « la censure des mesures permissives est très rare, pour ne pas dire exceptionnelle » alors que celle des mesures restrictives (mesures par lesquelles une autorité, notamment un maire interdit une antenne-relais ou encore la production ou commercialisation d'OGM) « est nettement plus fréquente », si bien que l'« on peut se demander si, dans le fragile équilibre à tenir entre un excessif cantonnement du principe d'un côté, et une conception trop extensive – voire paralysante – de l'autre, la balance ne penche pas trop dans le premier sens »⁵⁹.

C. Les appréciations du juge : quelle balance entre protection de l'environnement et considérations susceptibles de s'y opposer ?

Dans le contentieux de l'environnement, l'analyse d'un dossier n'est jamais exclusivement centrée sur la protection de l'environnement. En effet, les intérêts avec lesquels il entre en jeu sont pris en compte dans la pesée des différentes considérations en présence. En cas de pesée des intérêts défavorables à l'environnement, le juge va accepter, sans les sanctionner, les atteintes qui y sont portées.

Tel est le cas, tout d'abord, dans le contentieux du référé-suspension. Pour apprécier si la condition d'urgence est satisfaite, le juge met en balance l'urgence à suspendre (invoquée par le requérant) et l'urgence à exécuter (invoquée en défense par l'administration). Cette appréciation est dite « globale » dès lors que le juge intègre dans son analyse l'ensemble des intérêts en présence. En cas de bilan défavorable au requérant, l'intérêt général dont le défendeur a la charge ou la prise en compte de l'intérêt des tiers pourra faire obstacle à la reconnaissance de l'urgence. Dans l'arrêt « Préfet des Alpes-Maritimes », qui a consacré cette appréciation globale, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance du juge des référés ayant prononcé, à la demande d'associations de protection de l'environnement, la suspension d'un arrêté préfectoral autorisant une société à exploiter un centre de stockage de déchets ménagers sur le territoire d'une commune située dans le département des Alpes-Maritimes. Le Conseil d'État indique que l'urgence devant « s'apprécier globalement et objectivement », il incombait au juge des référés de prendre en considération non seulement les conséquences de l'arrêté litigieux sur l'environnement, comme le souhaitaient les associations intéressées, mais également,

55 CE, sect., 25 sept. 1998, n° 194348, Association Greenpeace France, *Lebon* p. 343.

56 CE, 9 oct. 2002, n° 233876, Union nationale de l'apiculture française, *Lebon* p. 330.

57 Sur les critères pris en compte par le juge, v. CE, ass., 12 avr. 2013, Association coordination interrégionale stop THT et autres, n° 342409, *Lebon*, § 37.

58 V. S. CAUDAL, « Existe-t-il UN principe de précaution appliqué par le juge administratif ? », *RFDA* 2017, p. 1061.

59 S. CAUDAL, art. précité (conclusion).

comme le demandait le préfet, « les conséquences qu'une suspension pourrait avoir immédiatement sur les conditions d'élimination des déchets dans le département des Alpes-Maritimes ». En l'espèce, le Conseil confronte deux intérêts généraux : la protection de la salubrité publique et le respect de l'environnement. Il estime que l'urgence à éliminer les déchets l'emporte sur les risques éventuels que le fonctionnement de la décharge pourrait faire courir à l'environnement⁶⁰. La même approche prévaut dans le référé « enquête publique ». Dans l'arrêt « Commune de Conflans-Sainte-Honorine », étaient en cause des arrêtés modifiant la circulation aérienne à l'approche de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle. Les arrêtés avaient été pris après avis défavorable de la commission d'enquête. Par conséquent, l'unique condition posée pour obtenir satisfaction dans cette procédure étant satisfaite, les arrêtés attaqués devaient être suspendus. Toutefois, une telle suspension aurait compromis la continuité et la sécurité du trafic aérien et aurait porté à l'intérêt général une atteinte particulièrement grave. Pour cette raison, la demande de suspension a été rejetée par le juge administratif⁶¹.

Un autre contentieux permettant d'illustrer cette mise en balance est celui du contrôle des opérations d'aménagement. Depuis les arrêts *Ville Nouvelle Est* et *Société civile Sainte Marie de l'Assomption* de 1971 et 1972, le juge administratif exerce, on le sait, un contrôle du « bilan coûts-avantages » sur les opérations d'aménagement qui lui sont soumises⁶². Il confronte, d'un côté, l'intérêt public qui s'attache à la réalisation d'une opération d'aménagement et, d'un autre côté, l'ensemble des autres intérêts – publics et privés – auquel elle porte atteinte. Le Conseil d'État a rapidement intégré l'environnement parmi les différents intérêts en cause⁶³. Selon les cas, l'environnement peut se retrouver sur l'un ou l'autre des deux plateaux de la balance, c'est-à-dire soit comme justification d'une opération⁶⁴, soit comme limite ou exigence s'opposant à la réalisation d'une opération.

En application de cette jurisprudence, une opération d'aménagement peut être annulée comme illégale si elle implique une atteinte excessive à l'environnement⁶⁵.

Lors de son introduction en droit du contentieux administratif, la technique du bilan apparaissait comme un instrument potentiellement efficace de protection de l'environnement⁶⁶. Pourtant, on constate qu'en l'espace de 40 ans, les sanctions d'opérations n'intégrant pas suffisamment la donnée environnementale sont demeurées particulièrement rares.

60 CE, sect., 28 févr. 2001, préfet des Alpes-Maritimes, req. no 229562, *Lebon* 110

61 CE, sect., 16 avr. 2012, Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres, n° 355792, *Lebon*.

62 CE, Ass., *Ville Nouvelle Est*, *Lebon* p. 409 ; CE, Ass., 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, *Lebon* p. 657.

63 CE, 9 déc. 1977, *Ministre de l'équipement c/ Weber*, *Lebon* p. 497. Arrêt confirmé notamment par CE, 26 mars 1980, *Premier ministre c/ Veuve Beau de Loménie*, *Lebon* p. 171 ; CE, 3 févr. 1982, *De Bernis*, *Lebon* T. p. 641). Pour les prémices, voir CE, 12 avr. 1972, *Sieur Pelte*, *Lebon* p. 269 (qui prend en compte les risques d'une expropriation pour « l'environnement naturel ») ; CE, 27 nov. 1974, *Durand*, *RD* 1975, p. 1498 (qui intègre les atteintes portées à l'environnement parmi les « inconvénients d'ordre social ») et CE, 25 juil. 1975, *Syndicat CFDT des marins pêcheurs de la rade de Brest*, *Lebon* T. p. 1083 (qui fait figurer l'écologie comme l'un des intérêts en jeu dans cette appréciation).

64 Dans la jurisprudence administrative, la défense de l'environnement constitue un intérêt public justifiant une expropriation (CE, 24 juil. 1981, *Société immobilière de l'étang de Berre et de la Méditerranée Poudou et autres*, n° 15114, inédit). Elle peut, en cela, servir de fondement à une opération et à l'atteinte au droit de propriété qui en résulte.

65 Voir par exemple l'arrêt précité *Beau de Loménie* (annulation d'un projet d'opération touristique sur l'île d'Oléron du fait de l'atteinte portée à un site naturel du littoral).

66 Commentant l'arrêt *Weber* de 1977, Jean-François Flauss déclarait ainsi que « la technique du bilan est susceptible de contribuer de manière décisive à la protection de l'environnement » (J.-F. FLAUSS, note sous CE, 9 décembre 1977, *Ministère de l'Équipement c/ Sieur Weber* et autres, cité par C. HERMON, *Le juge administratif et l'environnement. Recherche sur le traitement juridictionnel des atteintes à l'environnement*, Thèse Nantes, 1995, p. 133, note 107).

Deux raisons à cela.

En premier lieu, seule une atteinte *excessive* à l'environnement peut remettre en cause l'utilité publique d'une opération. La jurisprudence exige en effet une atteinte « excessive »⁶⁷ ou « hors de proportion avec l'intérêt général »⁶⁸ que présente l'opération en cause pour conclure à sa désutilité publique.

En second lieu, les différents intérêts en présence ne pèsent pas d'un poids égal dans la pratique du contentieux. Certes, le juge se trouve placé devant un choix difficile puisque, sur chaque plateau de la balance figure un intérêt public important : d'un côté l'intérêt de la protection de l'environnement, d'un autre côté l'intérêt économique et social qui s'attache à la réalisation d'une opération d'aménagement. Néanmoins, il est généralement reconnu que, dans son contrôle, le Conseil d'État fait prévaloir les intérêts économiques et sociaux sur l'intérêt environnemental, et ce tout spécialement pour les opérations de grande envergure. Comme l'a écrit le président Jégouzo, « L'atteinte à l'environnement tolérée (est) proportionnelle à l'importance économique et sociale des projets en cause »⁶⁹. Plus le projet présente un intérêt économique et social important, plus le juge administratif tolèrera, sans les sanctionner, les atteintes à l'environnement qui en résulte. Ainsi, une atteinte importante à l'environnement ne sera pas censurée si elle apparaît comme nécessaire à la réalisation d'une opération jugée prioritaire, telle que la construction d'une autoroute⁷⁰. En revanche, une atteinte moins importante à l'environnement sera sanctionnée si l'opération en cause porte sur un projet à faible intérêt économique et social, par exemple un projet de lotissement⁷¹ ou le projet de constitution d'une réserve foncière en vue de l'aménagement ultérieur d'une zone industrielle⁷².

De manière générale, l'atteinte à l'environnement, regardée comme un simple *inconvenient*, doit s'effacer devant la *nécessité* que représente la réalisation de l'opération. Si elle apparaît comme le prix à payer pour la réalisation d'une opération jugée prioritaire, le juge refusera de la censurer. Aussi n'y a-t-il pas à proprement parler *conciliation* des intérêts en présence mais plutôt *validation*, sauf disproportion manifeste, des priorités établies par l'administration.

IV. Une action préventive est-elle envisageable devant le juge administratif ?

Une personne peut-elle contester une décision, une action ou une abstention de l'administration – suspectée d'être illégale et préjudiciable à l'environnement – dès que ses effets commencent à apparaître, voire avant qu'elle ne survienne ?

67 V. p. ex. CE, 21 juin 1999, *Commune de la Courneuve*, *Lebon* p. 208.

68 CE, 13 févr. 1981, *Association pour la protection de l'eau et des ressources naturelles du bassin inférieur du Doubs*, *Lebon* p. 89.

69 Y. JÉGOUZO, « Réflexions sur le statut juridique de l'étude d'impact », *Aménagement et nature* 1991, n° 102, p. 16.

70 V. p. ex. CE, 7 déc. 1979, *Association fédérative régionale pour la protection de la nature*, n° 11081, *Lebon*. Dans ces conditions, on conçoit que les annulations de projets autoroutiers soient demeurées rarissimes.

71 CE, 9 déc. 1977, *Ministre de l'équipement c/ Weber*, *Lebon* p. 497 (projet atteignant un site protégé).

72 CE, 31 janv. 1986, *Lansac*, n° 54938, inédit.

Action préventive contre un acte : une batterie de procédures très efficaces. Lorsque la situation litigieuse résulte d'un acte administratif, le requérant trouve dans le référé-suspension un moyen d'action permettant d'en neutraliser rapidement les effets.

Dans le référé-suspension de droit commun, codifié à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le juge des référés peut ordonner la suspension d'une décision administrative lorsqu'il est fait état d'une urgence et d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la mesure contestée. Sur ce fondement, le juge des référés a par exemple suspendu :

- l'arrêté autorisant la plantation de vignes sur des parcelles répertoriées par l'État comme des sites protégés au sens de la directive Natura 2000⁷³ ;
- l'ouverture d'une déchetterie, « eu égard aux nuisances et au trouble de jouissance que la déchetterie projetée est susceptible de causer aux personnes habitant dans son voisinage, ainsi qu'au risque de dégradation du site qu'elle comporte »⁷⁴ ;
- ou encore le refus du préfet d'engager la procédure d'expropriation pour risque naturel majeur prévue à l'article L. 561-1 du Code de l'environnement⁷⁵.

Trois référé-suspension particuliers (le référé « étude d'impact », le référé « enquête publique » et le référé « évaluation environnementale ») obéissent à des conditions assouplies par rapport au référé-suspension de droit commun afin de faciliter, eu égard au domaine concerné, la suspension de décisions produisant des effets irréversibles. Une seule condition est requise pour obtenir satisfaction : l'absence d'étude d'impact, d'enquête publique ou d'évaluation environnementale dans des cas où sa réalisation était prescrite. Dans le cadre de ces procédures, le juge a par exemple suspendu l'autorisation d'exploiter une carrière (référé « étude d'impact »)⁷⁶, la déclaration d'utilité publique pour la construction d'une rocade⁷⁷ ou l'approbation d'un plan local d'urbanisme (référé « enquête publique »)⁷⁸ ou encore l'arrêté mettant à jour le schéma départemental des carrières (référé « évaluation environnementale »)⁷⁹.

Action préventive contre des actions et abstentions. La mise en œuvre d'une action préventive contre des actions et abstentions – non formalisées dans des décisions – supposerait de pouvoir utiliser le référé-mesures utiles (article L. 521-3 du code de justice administrative) et le référé-liberté (article L. 521-2), ces procédures pouvant être mises en œuvre contre des comportements. On ne relève en l'état de la jurisprudence aucune application dans le domaine de l'environnement. Toutefois, ces

73 CE, ord., 9 juill. 2001, Assoc. fédérative régionale pour la protection de la nature du Haut-Rhin, req. n° 234555, Lebon T. 1105.

74 CE 27 juill. 2001, Sivom du canton de Boulogne-sur-Gesse, req. n° 233907, inédit au *Lebon*.

75 CE 16 févr. 2004, min. de l'Écologie c/SARL Le Panoramic et SCI Les Rameirols, req. n° 260811, Lebon T. 822 ; *AJDA* 2004. 1103 : le refus d'engager cette procédure à l'égard du terrain de camping qu'exploitent les sociétés requérantes cause à celles-ci un préjudice financier grave et immédiat, alors même que l'indemnité d'expropriation ne pourrait être versée qu'au terme d'une procédure de longue durée.

76 CE, 16 avr. 1982, min. de l'industrie c/ C^{ne} d'Aubagne, req. n° 32789, Lebon T. 715

77 TA Grenoble, ord., 20 avr. 2007, Féd. Rhône-Alpes de protection de la nature, n° 0701073, inédit.

78 CE, 13 mars 1989, C^{ne} de Roussillon, n° 92144, Lebon T. p. 851.

79 CE, 19 juin 2015, Cne de Saint-Leu, no 386291, *Lebon*

procédures offrent de réelles potentialités pour empêcher préventivement – ou dans des délais très rapides – des atteintes à celui-ci.

S’agissant du référé-mesures utiles, cette procédure a pu être mise en œuvre pour remédier à l’inertie de l’autorité publique à faire usage de certains pouvoirs : par exemple faire cesser une construction entreprise sans permis⁸⁰ ou prendre des mesures confortatives sur un immeuble menaçant ruine⁸¹. L’utiliser en matière environnementale supposerait, comme dans les cas précités, d’identifier une obligation d’agir de l’autorité publique, c’est-à-dire une compétence liée pour prendre des mesures en présence d’une situation d’atteinte donnée.

Concernant le référé-liberté, le droit à l’environnement n’est pas reconnu comme une liberté fondamentale pour la mise en œuvre de cette procédure. Toutefois, son utilisation est concevable de façon indirecte par le truchement de libertés fondamentales déjà reconnues, comme le droit au respect de la vie (en cas d’exposition à des nuisances résultant de l’environnement naturel ou artificiel⁸²) ou l’interdiction des mauvais traitements (par exemple pour un détenu exposé au tabagisme passif⁸³).

Conclusion : propositions pour un procès plus efficace

Au final, le contentieux administratif est doté d’une boîte à outils diversifiée pour assurer la sanction des atteintes à l’environnement. Celle-ci pourrait toutefois être mieux utilisée des plaideurs, et améliorée par certaines réformes.

S’agissant des requérants, ceux-ci pourraient mobiliser davantage la diversité des procédures qui existent :

- la procédure de contravention de grande voirie (en invitant le préfet à agir et, le cas échéant, en attaquant le refus du représentant de l’État d’engager les poursuites) ;
- le référé-mesures utiles, pour remédier à l’inertie d’une autorité (à l’instar de ce qui a été fait en matière d’immeubles menaçant ruine ou de constructions entreprises sans permis) ;
- le référé-liberté, à la lumière de la jurisprudence européenne sur le droit au respect de la vie privée et l’interdiction des mauvais traitements ;
- l’action de groupe et l’action en représentation conjointe.
- Sur le plan juridique, des réformes, dont certaines, par leur caractère technique, sont aisées à mettre en œuvre, pourraient être adoptées :

⁸⁰ CE, sect., 6 févr. 2004, Masier, n° 256719, *Lebon* p. 45.

⁸¹ CE, 4 févr. 2011, Djoudar, n° 342057, inédit.

⁸² V., devant la Cour de Strasbourg : CEDH, 9 juin 1998, n° 23413/94, LCB c/ Royaume-Uni ; CEDH, gde ch., 30 nov. 2004, n° 48939/99, Öneriyildiz c/ Turquie ; CEDH, gde ch., 8 juill. 2003, n° 36022/97, Hatton et a. c/ Royaume-Uni ; CEDH, 16 nov. 2004, n° 4143/02, Moreno Gomez c/ Espagne ; CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, Lopez Ostra c/ Espagne ; CEDH, 19 févr. 1998, n° 14967/89, Guerra c/ Italie ; CEDH, 7 avr. 2009, n° 6586/03, Bränduse c/ Roumanie ; CEDH, 4 sept. 2014, n° 42488/02, Dzemyuk c/ Ukraine ; CEDH, 21 juill. 2011, n° 38182/03, Grimkovskaya c/ Ukraine ; CEDH, 18 juin 2013, n° 50474/08, Bor c/ Hongrie ; CEDH, 24 juill. 2014, n° 60908/11, Brincat et a. c/ Malte ; CEDH, 16 nov. 2004, n° 4143/02, Moreno Gomez c/ Espagne ; CEDH, 2 nov. 2006, n° 59909/00, Giacomelli c/ Italie.

⁸³ CE, ord., 8 sept. 2005, min. de la Justice c/ Bunel, n° 284803, *Lebon* p. 388. V., devant la Cour européenne des droits de l’homme : CEDH, 14 sept. 2010, n° 37186/03, Florea c/ Roumanie ; CEDH, 25 janv. 2011, n° 38427/05, Elefteriadis c/ Roumanie ; CEDH, 27 mars 2008, n° 63955/00, Choukhovoi c/ Russie, § 31 ; CEDH, 10 mai 2007, n° 106/02, Benediktov c/ Russie, § 37.

- admettre le recours des tiers contre certains actes préparatoires ;
- admettre la constitution de partie civile dans le contentieux des contraventions de grande voirie, afin de permettre aux collectivités victimes d'un dommage environnemental d'obtenir réparation de celui-ci ;
- développer les cas dans lesquels le juge de la contravention de grande voirie peut condamner au paiement d'une amende (puisque'il faut qu'un texte le prévoit) et augmenter le plafond des amendes ;
- pour plus de souplesse dans le maniement de ce procédé, inscrire dans la loi la possibilité qu'une transaction soit conclue et éteigne l'action en contravention de grande voirie ;
- enfin, mais il s'agit sans nul doute de la réforme la plus difficile à concevoir à moyen terme, reconnaître le principe du guichet unique permettant au juge d'exercer dans chaque situation le pouvoir le mieux adapté.

LES STRATÉGIES DES ONG
RETOUR D'EXPÉRIENCE DE FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT (FNE)
PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR

Sophie BOURGES¹

Le paysage associatif français est très varié, du collectif local, opposé à un projet, aux ONG nationales, voir internationales. Dans ce panel d'associations de protection de la nature et de l'environnement (APNE), le réseau France Nature Environnement (FNE) est unique en son genre : une fédération nationale, des fédérations régionales et départementales, chacune indépendante et distincte, forment un réseau de plus de 3 000 associations sur l'ensemble de territoire national.

FNE PACA regroupe pour sa part quelque 250 associations adhérentes.

L'une des spécificités de FNE est la présence de juristes dans les équipes salariées de nombreuses fédérations.

Or, nous le verrons, choisir de se doter d'une mission juridique lorsque l'on est une APNE n'est pas si aisé. De fait, peu d'APNE en France ont dans leurs équipes salariées des juristes.

Une des raisons est la charge financière liée au poste de juriste. Si une APNE peut obtenir des financements (publics et/ou privés) pour des actions de terrain, de la sensibilisation, des expertises naturalistes ou encore de la gestion d'espaces naturels par exemple, il est beaucoup moins aisé d'obtenir le financement d'activités contentieuses. Cet obstacle financier est une donnée qui est prise en compte de manière permanente.

I. Mise en place d'une stratégie contentieuse

Lorsque FNE PACA a fait le choix d'ouvrir un poste de juriste au sein de son équipe salariée, le préalable au lancement de la « mission juridique » fut la détermination d'une véritable stratégie juridique. Celle-ci pourrait se résumer ainsi : choisir ses combats, et les moyens de défendre l'environnement.

¹ Juriste spécialisée en droit de l'environnement, juriste FNE PACA 2014-2018.

Pour guider les choix d'actions contentieuses de l'association, des règles de fonctionnement internes ont été élaborées, allant au-delà de la rédaction des statuts (qui précisent quelle est l'autorité compétente pour engager l'association en justice : président, Bureau, Conseil d'Administration...). Pour FNE PACA, plusieurs critères sont pris en considération afin de guider la prise de décision : gravité de l'atteinte/du risque d'atteinte à l'environnement, exemplarité/symbolique du dossier, chances de succès de l'action contentieuse, coût/risque financier, impact politique, relais local, etc.

L'objectif sous-jacent est d'éviter les recours voués à l'échec, qui ternissent l'image de l'association qui doit, nous y reviendrons, construire sa crédibilité, son sérieux et sa légitimité.

S'agissant des moyens de défendre le plus efficacement possible l'environnement, trois modes actions principaux s'offrent à une APNE telle que FNE PACA :

- Recours devant le juge administratif
- Recours devant le juge pénal
- Recours devant le juge civil

Chaque type d'action contentieuse demande une mobilisation différente de l'association. Le contentieux administratif et le contentieux judiciaire répondent à des objectifs distincts. La stratégie juridique d'une association consistera alors à choisir quels types d'actions mener, dans quels cas de figure, et le(s)quel(s) privilégier.

II. L'action devant le juge administratif

Le contentieux administratif est par essence le plus « militant » des contentieux menés par les APNE, celui qui correspond le plus à leur ADN. D'abord parce que ce contentieux se situe en amont de l'atteinte à l'environnement, et permet de prévenir les dommages à l'environnement. Ensuite car il vise à améliorer la mise en œuvre effective du droit de l'environnement, par des jurisprudences ambitieuses. Enfin, car l'APNE qui mène un contentieux administratif ne peut espérer de retour financier suffisant qui permettrait d'assurer la pérennité de son existence.

C'est sur type de contentieux que FNE PACA est la plus sollicitée.

Concrètement, le recours le plus utilisé par l'association est le recours pour excès de pouvoir, la plupart du temps précédé d'un recours gracieux afin d'étendre le délai de recours contentieux.

Le référé suspension est utilisé moins fréquemment, car il est difficile de justifier du critère d'urgence (ex : comment justifier qu'une déclaration d'utilité publique ou que l'adoption d'un Plan Local d'Urbanisme est susceptible de causer un préjudice grave et immédiat à l'environnement ?). Le référé est donc mobilisé uniquement si les chances de succès sont assez élevées. Au cas contraire, un référé voué à l'échec aura pour seul effet d'envoyer un signal négatif pour l'action au fond.

Cette difficulté de démontrer l'urgence lorsqu'une association conteste un projet vient relativiser l'efficacité du contentieux administratif en tant que contentieux permettant de prévenir un dommage environnemental. Le temps de la procédure, le projet peut sortir de terre, le document d'urbanisme commencer à produire ses effets, etc.

À première vue, le recours au juge administratif peut sembler aisé :

- en tant qu'association agréée de protection de l'environnement, FNE PACA bénéficie d'une présomption d'intérêt à agir devant le Tribunal Administratif.
- l'association n'est pas obligée d'être représentée par un avocat devant les juridictions de première instance, ce qui permet de limiter les coûts. La procédure étant écrite, il n'est pas indispensable d'être un grand orateur, pour autant que l'on puisse qualifier juridiquement les faits.

Mais dans la pratique, plusieurs obstacles peuvent dissuader l'APNE d'engager toute action devant le juge administratif, quand bien même elle serait dotée d'un arsenal juridique solide.

Les délais de recours (2 mois contre un acte administratif) peuvent constituer un premier obstacle. Il n'est pas rare en effet que des projets soient adoptés dans la discrétion, tout en respectant pour autant les règles procédurales. L'exemple type est celui du permis de construire accordé aux alentours du 15 août ou du 25 décembre, périodes où la vigilance associative peut diminuer faute de moyens suffisants.

Afin d'éviter ce genre d'écueils, il est essentiel que les associations assurent une veille des actes administratifs publiés.

FNE PACA conseille également à ses associations de participer le plus possible en amont, lors de l'élaboration des projets de travaux, ouvrages, plans, programmes (concertation, enquêtes publiques). D'abord car il est plus constructif d'être force de proposition plutôt que d'opposition, ensuite car cela permet d'appuyer la bonne foi des associations qui n'ont pas obtenu gain de cause dans le cadre de la participation du public. Enfin, car ce premier travail de proposition/avis sur les projets permet de préparer le contentieux à venir (où il conviendra de qualifier juridiquement les arguments associatifs).

Un autre obstacle majeur vient des moyens à mobiliser pour mener un contentieux administratif. En effet, si celui-ci est le plus militant de tous, il est aussi le plus énergivore.

La procédure est extrêmement longue, et l'APNE devra faire face à des adversaires qui ont la plupart du temps les moyens financiers de poursuivre le contentieux jusqu'aux plus hautes juridictions. Or dès les Cours d'Appel, les APNE devront avoir recours à un avocat, ce qui engendre des coûts. En cas de victoire, les juridictions accordent en moyenne des indemnités pour les frais de procédure qui ne permettent pas de couvrir l'intégralité des frais engagés par l'APNE.

En outre, il est important pour l'association de prendre en compte le risque financier lié à une éventuelle condamnation à supporter les frais de la partie adverse en cas de défaite, et celui lié au risque de poursuites pour recours abusif. Soulignons que ce type de « riposte » des porteurs de projet est de plus en plus courant. Bien que ces actions soient généralement vouées à l'échec, les sommes réclamées (parfois à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros) peuvent dissuader les associations. De plus, ces procédures impliquent la dépense de frais d'avocats supplémentaires.

Par ailleurs, la protection d'un seul et même intérêt écologique peut demander de mener plusieurs actions de front. Par exemple, pour contester un seul et même projet, une APNE pourra être amenée à attaquer un arrêté portant Déclaration d'Utilité Publique, un arrêté portant dérogation à la destruction d'espèce protégée, une délibération portant modification du Plan Local d'Urbanisme de la commune concernée, et enfin l'acte administratif autorisant la réalisation du projet en lui-même.

En outre, si une APNE obtient gain de cause sur la base d'un vice de forme (ex : insuffisance de l'étude d'impact), la décision contestée sera régularisable. Si l'association est fondamentalement opposée au projet, elle sera donc amenée à réengager un contentieux contre l'acte administratif régularisé.

Ce travail de longue haleine, nécessitant des moyens humains et financiers importants, peut donc dissuader d'engager une action devant le juge administratif.

Ces obstacles sont pris en compte dans la stratégie juridique de l'association et dans la prise de décision.

Cela étant, le recours au juge administratif reste un moyen d'action essentiel à la protection de l'environnement. D'abord car il arrive, même si aucun référé n'a été mené, d'obtenir satisfaction devant le juge avant même que le projet ne démarre. Le contentieux administratif rempli alors pleinement son rôle de prévention de l'atteinte à l'environnement.

Ensuite, cela a été dit, car ce contentieux permet d'alimenter une jurisprudence favorable à une protection toujours plus effective de l'environnement.

En outre, le contentieux administratif vient appuyer le plaidoyer associatif. Il constitue un moyen de pression et d'alerte de l'opinion publique.

Enfin, le contentieux administratif peut avoir un effet « épouvantail ». Par exemple, un porteur de projet peut hésiter à s'implanter sur un secteur à haute valeur environnementale sur lequel d'autres projets ont déjà fait l'objet d'annulations devant le juge administratif suite à des actions menées par des APNE.

III. L'action devant le juge judiciaire

L'accès des APNE au juge pénal, tout comme au juge civil, est restreint par le droit français. Concrètement, seules les APNE agréées au titre de l'article L 141-1 du Code de l'environnement ont intérêt à agir devant les juridictions judiciaires.

Les associations agréées telles que FNE PACA peuvent demander réparation du préjudice direct ou indirect porté aux intérêts collectifs qu'elles ont statutairement pour objet de défendre.

Une APNE souhaitant développer son activité devant le juge judiciaire devra donc veiller à être agréée au titre du Code de l'environnement et à rédiger avec précaution son objet statutaire, de manière à pouvoir démontrer ses préjudices à venir.

L'objectif du recours au juge judiciaire est d'obtenir réparation du préjudice découlant d'une violation du droit de l'environnement. Contrairement au contentieux administratif, celui-ci se situe donc en aval de l'atteinte.

Son intérêt n'en est pour autant pas diminué. Le contentieux judiciaire, lié à la répression des infractions, permet de moraliser les pratiques, de lever le sentiment d'impunité que certains auteurs d'infractions/délits peuvent avoir, de dénoncer publiquement une atteinte (« *name and shame* »), etc.

A. Le recours au juge pénal

Une fois l'APNE alertée d'une atteinte à l'environnement, le recours au juge pénal peut être effectué par deux moyens :

- le dépôt d'une plainte
- la constitution de partie civile

Si elles sont régulièrement accusées d'opportunisme par leurs détracteurs, les associations ont pourtant un rôle important à jouer devant les juridictions pénales.

Tout d'abord, lorsqu'elles déposent plainte, les associations peuvent être à l'origine d'une procédure pénale et donc d'une application effective du droit pénal de l'environnement.

Qu'elles soient à l'origine de l'action pénale ou qu'elles se joignent à une action déjà initiée par le Parquet via la constitution de partie civile, les associations ont en outre un rôle important lors de l'audience. En effet, alors que les débats portent généralement sur des détails techniques et des points de droit « pur », l'association a la possibilité, lors de sa plaidoirie, de recentrer le débat sur les enjeux environnementaux et d'insister sur les conséquences de l'action délictueuse.

Par ailleurs, l'association peut être appui aux polices de l'environnement éventuellement présentes lors de l'audience.

Enfin, elles ont un rôle pédagogique, tant vers le prévenu que vers les magistrats, qui ne sont pas toujours sensibilisés à la protection de l'environnement et aux enjeux liés à l'application du droit pénal de l'environnement.

À l'issue de l'audience, les associations contribuent à mettre fin au sentiment d'impunité. D'une part en alourdissent les sanctions prononcées à l'encontre des prévenus par l'obtention de dommages-intérêts ou encore de la remise en état du milieu atteint ; d'autre part en alertant l'opinion publique des sanctions prononcées.

Si l'agrément permet aux APNE d'agir devant le juge pénal, il est essentiel pour elles de construire leur légitimité et de prouver leur sérieux, afin de faciliter la reconnaissance de leur préjudice. Dans cette optique, FNE PACA a pour coutume de rencontrer les différentes polices de l'environnement pour échanger sur les enjeux du territoire.

Par ailleurs, FNE PACA sollicite des rencontres avec les procureurs des TGI afin de présenter ses actions et d'échanger sur les enjeux environnementaux de leur ressort territorial.

L'objectif est tout d'abord de montrer que FNE PACA est une association sérieuse, dotée d'une véritable stratégie juridique ayant pour objectif une meilleure application du droit pénal environnemental. Il est important de démontrer que les actions en justice menées par FNE PACA sont réfléchies, et que l'association pas une source d'engorgement inutile des tribunaux.

Ensuite, l'objectif est de sensibiliser des procureurs qui bien souvent sont en charge de thématiques diverses, de sorte que les dossiers d'atteinte à l'environnement ne sont peu ou pas prioritaires. De fait, un procureur proactif en matière de droit pénal environnemental pourra entraîner une dynamique et augmenter le volume des audiences environnementales de sa juridiction.

La Circulaire du 21 avril 2015 du Ministère de la justice relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement a apporté une reconnaissance explicite du rôle des APNE agréées :

« 1.2.2. La consultation des associations agréées de protection de l'environnement

Les associations agréées de protection de l'environnement, dont le statut, la procédure d'agrément et les prérogatives sont définis aux articles L. 141-1 et suivants du code de l'environnement, jouent souvent un rôle majeur dans la détection et la dénonciation des atteintes à l'environnement, et sont susceptibles d'appeler votre attention sur des situations parfois méconnues des administrations. Elles sont en outre fréquemment à l'origine de plaintes avec constitution de partie civile ou de citations directes devant les juridictions répressives.

Il n'y aurait dès lors qu'avantage à ce que les parquets identifient précisément les associations actives dans leur ressort et les invitent à exposer leurs préoccupations ou leurs attentes, afin de nouer un dialogue utile à la connaissance des enjeux environnementaux locaux.

En application de l'article R. 141-17 du code de l'environnement, la liste des associations bénéficiant d'un agrément régional ou départemental peut vous être communiquée par le préfet, tandis que la liste des associations bénéficiant d'un agrément national est publiée sur le site internet du ministère chargé de l'environnement⁷.

Il convient enfin de rappeler le rôle des procureurs généraux dans l'instruction des demandes d'agrément des associations de protection de l'environnement par le préfet. En application de l'article R. 141-9 du code de l'environnement, le préfet doit en effet recueillir l'avis du procureur général, lequel le lui fait connaître dans un délai de deux mois. En raison des importantes prérogatives attachées au statut d'association agréée pour la protection de l'environnement, tant en matière de participation aux décisions publiques qu'en matière judiciaire, en ce qu'elles peuvent déclencher l'action publique même en cas de préjudice indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre (article L. 142-2 du code de l'environnement), vous veillerez à vous faire communiquer toute information utile à la formulation d'un avis éclairé »².

B. Le recours au juge civil

Le contentieux civil demande d'avantage d'anticipation et de préparation que le contentieux pénal.

Alors que dans le cadre d'une action pénale l'association a la possibilité d'exploiter l'ensemble des pièces du dossier pénal (issu de la procédure d'instruction), dans le cadre d'une action civile, c'est à l'association d'apporter l'ensemble des éléments de preuve.

De fait, le recours au juge civil est donc restreint par des les moyens dont dispose l'association pour apporter ces éléments de preuve.

Dans ce contexte, FNE PACA sollicite le juge civil principalement pour deux types de contentieux :

- Le contentieux de l'affichage publicitaire illicite (panneaux implantés hors zones autorisées ou contenu de la publicitaire montrant des véhicules à moteur circulant illégalement dans des espaces naturels en dehors des voies et chemins)
- Le contentieux à l'encontre d'Installations Classées pour la Protection de l'Environnement qui ne respectent pas la réglementation qui leur est applicable.

Dans le premier cas, la preuve pourra être apportée par voie d'huissier (constat). Dans le second cas, l'association pourra appuyer son recours sur la base des fiches d'écarts à la réglementation des inspecteurs des ICPE et arrêtés de mise en demeure prononcée à l'encontre des exploitants.

² Circulaire du 21 avril 2015 relative aux orientations de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement.

Ces documents sont en effet communicables au titre du droit d'accès à l'information en matière environnementale.

Les avantages du contentieux civil sont multiples :

- Des délais bien plus courts qu'au pénal (environ deux à trois mois entre le dépôt de l'assignation et la première audience) ;
- Comme au pénal, devant les tribunaux d'instance, pas d'obligation de ministère d'avocat ;
- Possibilité d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés que devant le juge pénal.

En menant ce contentieux indemnitaire, le principal objectif de l'association est de faire évoluer les pratiques et de dénoncer des situations d'illégalité (« name and shame »). Par exemple, en obtenant la condamnation d'un industriel pour dépassement à répétition des valeurs limites de rejet de polluants dans l'air, et en relayant cette information dans la presse, l'industriel voit sa réputation menée à mal, tandis que l'opinion publique et les pouvoirs publics sont alertés.

Le recours au juge judiciaire demande ainsi un travail de longue haleine (veille sur le terrain quant aux atteintes, entretien de relations avec la police de l'environnement et les parquets, apport de la preuve au civil, etc.). Cela étant, il est essentiel pour veiller à l'application du droit de l'environnement et faire évoluer les pratiques en sensibilisant et en levant le sentiment d'impunité des délinquants environnementaux.

En outre ce type de contentieux, indemnitaire pour les associations, permet en parallèle de financer des actions coûteuses mais essentielles telles que le contentieux administratif.

L'ACTION DE GROUPE ENVIRONNEMENTALE EN FRANCE

Marie LAMOUREUX¹

Les tribunaux français n'ont, pour l'heure, guère d'expérience de l'action de groupe dans le domaine de l'environnement, ce type de recours n'ayant été introduit en droit français que très récemment, contrairement à certains droits étrangers qui connaissent une telle action depuis fort longtemps. Cependant, si les textes français sont récents, le sujet, en revanche, ne l'est pas. Cela fait plusieurs dizaines d'années que la question d'un éventuel accueil en droit français du mécanisme de l'action de groupe est posée. À tel point que le sujet avait fini par lasser quelque peu : trop de bruit pour rien, trop de discussions pour un mécanisme qui, malgré les appels de la doctrine², ne voyait jamais le jour, jusqu'à ce que, finalement, l'action de groupe revienne sur le devant de la scène et que le législateur consacre enfin le mécanisme.

Cette consécration n'a cependant été possible que par la voie de la technique des petits pas, grâce à une évolution par étapes, le choix ayant été fait de ne pas créer *une* action de groupe, mais *des* actions de groupe, en retenant une démarche sectorielle. C'est ainsi qu'a d'abord été créée en 2014, par la loi « Hamon », une action de groupe dans le domaine de la consommation et de la concurrence³. Ce texte précisait expressément que les domaines de la santé et de l'environnement étaient exclus. Ce n'était cependant que partie remise, de nouvelles actions de groupe ayant ensuite été créées, à deux reprises, en 2016. D'abord, la loi de modernisation du système de santé adoptée en janvier 2016 est venue créer une deuxième action de groupe, dans le domaine des produits de santé⁴. Puis, fin 2016⁵, la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle est venue créer un « socle commun » procédural, applicable aux actions de groupe dans quatre domaines : les produits de santé, dont le régime a évolué pour intégrer ce socle commun, auxquels ont été ajoutés les domaines des discriminations, de la protection des données personnelles et de l'environnement⁶.

¹ Agrégée des facultés de droit, Professeur de droit privé, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

² V. not. S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *D.* 2005, p. 2180.

³ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ; v. aussi D. n° 2014-1081 du 24 sept. 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation.

⁴ L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 184 ; v. aussi D. n° 2016-1249 du 26 sept. 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé.

⁵ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 60 et s. Pour des commentaires, v. not. S. AMRANI-MEKKI, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, 1340 ; H. CROZE, Un droit commun de l'action de groupe ?, *Procédures* 2017, étude 4.

⁶ Ce socle commun a ensuite été précisé par le D. n° 2017-88 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. V. art. 826-2 et s. CPC. Pour un commentaire, v. M.-J. AZAR-BAUD, « Variations autour du régime de l'action de groupe », *JCP E* 2017, 1380.

L'expression « socle commun » ne doit cependant pas tromper car l'approche sectorielle demeure très présente. Le choix initial de ne pas ouvrir la voie à une action de groupe, générale et indifférenciée, a été maintenu. L'action de groupe demeure en France une voie d'exception, cantonnée à quelques domaines spécifiques, et chaque action de groupe est soumise, pour une part plus ou moins grande selon les cas, à des règles spécifiques. Par conséquent, il faut bien, pour le sujet qui nous occupe, parler d'action de groupe environnementale, celle-ci étant à certains égards régie par des dispositions spécifiques, qui ne sont pas toujours comparables, ni dans leur contenu, ni dans leur esprit, à celles régissant les autres actions de groupe.

En s'en tenant donc à cette action de groupe environnementale⁷, deux points méritent d'être approfondis. Il convient d'abord d'apprécier l'apport de la création d'une telle action, par rapport aux actions préexistantes, afin d'envisager comment cette nouvelle action est censée contribuer, en combinaison avec d'autres réformes récentes, à améliorer l'effectivité, non seulement des droits des victimes de préjudices dérivés d'une atteinte à l'environnement, mais encore, plus largement, de la protection judiciaire de l'environnement lui-même (I). Il convient ensuite, de manière très prospective, d'envisager les potentialités de cette action et de se demander si, au regard du régime qui a été mis en place, il est raisonnablement possible de penser que cette nouvelle voie d'action deviendra, demain, une stratégie procédurale de choix dans le domaine de l'environnement (II).

I. La consécration de l'action de groupe environnementale

Afin de comprendre l'évolution qu'implique la consécration de l'action de groupe environnementale (B), il convient avant tout de rappeler quels sont, en cas de dommage à l'environnement, les intérêts à défendre et donc les types d'action concevables (A).

A. Les intérêts protégés en cas de dommage à l'environnement

La création de l'action de groupe environnementale ne vise pas à consacrer de nouveaux droits substantiels, mais simplement à mettre en place un véhicule procédural supplémentaire, permettant d'appréhender autrement ce qui n'est, au fond, qu'une action en responsabilité. Or, sur le fond, le droit de la responsabilité peut être convoqué pour protéger différents intérêts susceptibles d'être lésés à l'occasion d'un dommage causé à l'environnement, et donc pour réparer différents types de préjudices qui appellent des réponses contentieuses variables.

Il y a d'abord le préjudice écologique lui-même, autrement dit le préjudice subi par la Nature en tant que telle, souvent appelé préjudice écologique pur, précisément pour le distinguer des autres préjudices qui peuvent dériver de l'atteinte portée à l'environnement naturel. Ce préjudice écologique est aujourd'hui défini par le Code civil comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux

⁷ Sur laquelle v. not. M. BACACHE, « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie-env.-infrastr.* 2017, étude 8 ; M. MEMLOUK et S. GONIN, « L'action de groupe en matière environnementale », *BDEI* 2017, n° 69, p. 25.

fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »⁸, et a vocation à faire l'objet, par priorité, d'une réparation en nature. Ce n'est que si les mesures de réparation apparaissent impossibles ou insuffisantes que le juge peut ordonner le versement de dommages et intérêts, qui doivent alors être affectés à la réparation de l'environnement⁹.

Les préjudices dérivés résultent quant à eux d'atteintes à des intérêts qui sont tantôt collectifs, tantôt individuels, le tout pouvant bien sûr se cumuler. Les intérêts collectifs, au sens strict de l'expression, sont essentiellement protégés par la voie d'actions engagées par les collectivités ou, plus encore, par les associations de protection de l'environnement en vue de réparer l'atteinte portée aux intérêts collectifs qu'elles sont en charge de défendre. L'article L. 142-2 du Code de l'environnement ouvre largement la voie à ces actions, en prévoyant que « les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application ». De manière comparable, depuis la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008, les collectivités territoriales et leurs groupements « peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel ils exercent leurs compétences et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement ainsi qu'aux textes pris pour leur application »¹⁰.

Les intérêts individuels sont quant à eux atteints par les préjudices ressentis à titre personnel par tous ceux qui subissent les répercussions d'un dommage environnemental. Ces préjudices, qui peuvent naturellement être réparés à l'occasion d'actions en justice individuellement portées par tous ceux qui en souffrent, peuvent être de nature très variables. Il peut s'agir de préjudices corporels (suite à un déversement de produits toxiques par exemple), de préjudices d'ordre économique (comme une dépréciation de biens ou une perte d'exploitation pour une entreprise), ou encore de préjudices moraux (atteinte à la réputation ou à l'image du fait de la dégradation de l'environnement, préjudice d'agrément ou trouble dans les conditions d'existence, etc.).

8 C. civ., art. 1247.

9 C. civ., art. 1249.

10 C. envir., art. L. 142-4.

B. L'objet et les finalités de l'action de groupe environnementale

Ce sont ces préjudices individuels découlant d'un dommage à l'environnement qui ont vocation à être saisis par l'action de groupe, qui offre ainsi un instrument procédural en cas de dommages de masse résultant d'une atteinte à l'environnement. Le but n'est pas, encore une fois, de consacrer un droit substantiel qui n'existerait pas préalablement : la jurisprudence reconnaît de très longue date que ces préjudices personnels dérivant d'un dommage à l'environnement méritent d'être réparés. Il s'agit d'offrir un véhicule procédural dont on espère qu'il sera plus efficace pour réparer ces préjudices grâce à un regroupement des victimes, dès lors que les préjudices individuellement subis découlent bien d'un dommage à l'environnement¹¹ et sont le résultat d'un fait générateur commun¹². Chaque victime individuelle, puisqu'il ne s'agit que de préjudices individuels, reste libre, soit d'intégrer le groupe, soit de préférer agir par ailleurs à titre individuel, soit encore de ne pas agir du tout¹³. C'est avant tout contre ce risque d'inaction que l'action de groupe présente un intérêt, non seulement au regard des actions individuelles des victimes, mais encore des actions collectives préexistantes du droit français.

Il convient en effet de rappeler qu'il existait déjà, avant la création de l'action de groupe environnementale, une possibilité de regroupement des victimes en vue d'obtenir l'indemnisation des préjudices individuels dérivant d'un dommage environnemental, par la voie de l'action en représentation conjointe. Cette action a cependant été un échec total, pour les raisons qui seront rappelées ci-après. Cette action, qui existe pourtant depuis 1995, n'a quasiment jamais été mise en œuvre¹⁴, de sorte que l'action de groupe apparaît comme un outil visant à combler un manque, en favorisant l'effectivité de la protection judiciaire des victimes de préjudices individuels découlant d'un dommage à l'environnement.

L'objectif de l'action de groupe environnementale va cependant plus loin. En effet, les différents intérêts susceptibles d'être lésés à l'occasion d'un dommage à l'environnement, précédemment rappelés, sont entremêlés, de sorte que même si l'action de groupe n'a, dans la pureté des principes, vocation qu'à réparer des préjudices individuels, la création de cette action peut naturellement conduire, par ricochet, à améliorer la protection des autres intérêts en jeu. Cela est d'autant plus vrai que la finalité de l'action de groupe environnementale, telle qu'elle a été consacrée par les textes, est double. La loi prévoit en effet que l'action de groupe environnementale peut être engagée soit pour obtenir la réparation des préjudices individuels résultant du dommage causé à l'environnement,

11 Selon l'art. L. 142-3-1, II, c. envir., l'action de groupe environnementale peut être engagée « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 » du code de l'environnement, c'est à dire la protection de la nature et de l'environnement, l'amélioration du cadre de vie, la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, l'urbanisme, la pêche maritime, la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales.

12 L'art. L. 142-3-1, II, c. envir. prévoit que l'action de groupe peut être engagée lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage à l'environnement « causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles ».

13 Les décisions rendues dans le cadre de l'action de groupe n'ont autorité de la chose jugée qu'à l'égard « des personnes dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure » (L. n° 2016-1547 préc., art. 78).

14 L'action en représentation conjointe a été créée par loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite loi Barnier.

soit en vue d'obtenir la cessation du manquement à l'origine de ces préjudices, soit encore à ces deux fins¹⁵. Par conséquent, la création de l'action de groupe environnementale a aussi pour effet de renforcer l'arsenal des actions préexistantes, que ce soit en référé ou au fond, tendant à la cessation d'un manquement causant un dommage à l'environnement, ce qui permet, au total, de contribuer à la protection de tous les intérêts en cause, et non seulement des intérêts individuels. À cet égard, l'action de groupe est bien censée participer à l'amélioration de l'effectivité de la protection judiciaire de l'environnement.

De ce point de vue, l'année 2016 aura été, au moins sur le terrain des principes, une grande année pour la protection judiciaire de l'environnement par l'entremise des actions en responsabilité. Ont en effet été adoptées la même année les dispositions procédurales relatives à l'action de groupe environnementale et les dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique, qui ont été intégrées dans le Code civil, lesquelles prévoient également la possibilité de solliciter la cessation du manquement à l'origine du préjudice écologique¹⁶. Un recoupement apparaît donc entre l'action de groupe environnementale et l'action en réparation ou en cessation du préjudice écologique, telle qu'elle est prévue par le Code civil, bien que leur objet « naturel » ou premier diffère (préjudices individuels dans un cas, préjudice écologique dans l'autre)¹⁷.

II. Forces et faiblesses de l'action de groupe environnementale

La principale question qui demeure en suspens est de savoir si les perspectives offertes par l'action de groupe, et en particulier sa contribution à l'effectivité de la protection judiciaire de l'environnement, deviendront réalité. La question se pose d'autant plus que, au regard du peu d'expérience acquise pour l'heure en France concernant l'action de groupe qui a été créée en premier, à savoir l'action de groupe dans le domaine de la consommation, les premiers résultats peuvent sembler quelque peu décevants. Relativement peu d'actions de groupe ont en effet été lancées en ce domaine, et plusieurs d'entre elles ont été déclarées irrecevables¹⁸. Il est certainement trop tôt pour en tirer des conclusions définitives, mais il demeure que se pose inévitablement la question de savoir si, dans le domaine environnemental, l'action de groupe est susceptible ou non de provoquer un engouement plus franc que dans le domaine de la consommation. Pour le savoir, l'une des méthodes possibles consiste à mettre en balance les objectifs qui sont recherchés grâce à la mise en place de cette action de groupe, et le régime qui a été établi par les textes, afin de vérifier si les règles qui ont été adoptées sont, *a priori*, de nature à atteindre les objectifs poursuivis.

15 C. envir., art. L. 142-3-1, III. Dans le cas où l'action tend à la cessation du manquement, l'art. 65 de la loi n° 2016-1547 préc. précise que si le juge constate l'existence d'un manquement, il « enjoint au défendeur de cesser ou de faire cesser ledit manquement et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne. Lorsque le juge prononce une astreinte, celle-ci est liquidée au profit du Trésor public ».

16 c. civ., art. 1252 : « Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ».

17 Dans cette perspective, v. M. BACACHE, art. préc.

18 v. par ex. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2019, n° 18-10.424, publié au *Bull. civ.*

L'objectif premier est, bien sûr, de renforcer l'effectivité des droits des victimes grâce au regroupement qu'implique une action collective. Un tel regroupement permet, dans le même temps, d'éviter d'éventuelles solutions divergentes susceptibles de résulter d'une collection d'actions individuelles et, surtout, d'éviter que les victimes renoncent à faire valoir leurs droits. Par voie de conséquence et à plus long terme, si les victimes font davantage valoir leurs droits, il est à espérer que l'action de groupe exercera une vertu dissuasive. Pour que ces vertus se vérifient en pratique, encore faut-il cependant que des actions de groupe soient effectivement engagées, faute de quoi le résultat sera le même qu'avec l'action en représentation conjointe, c'est-à-dire que le résultat sera nul. Sans exhaustivité, cela interroge sur plusieurs aspects du régime mis en place par les textes, quant à la qualité pour agir (A), à la procédure (B) et aux préjudices indemnisables par cette voie (C).

A. Les titulaires de l'action

S'agissant en premier lieu de la qualité pour agir, le choix a été retenu de restreindre le champ des personnes admises à engager une action de groupe, par rapport à ce qui se pratique dans certains systèmes juridiques étrangers. En particulier, les avocats n'ont pas qualité pour engager de telles actions. L'action de groupe environnementale, comme les autres actions de groupe, est placée entre les mains des associations. C'est certainement la première raison qui explique que, dans le domaine de la consommation, il n'y ait eu jusqu'à présent qu'une poignée d'actions engagées. En ce domaine, il n'y a en effet qu'une quinzaine d'associations de protection de consommateurs ayant qualité pour agir. Les textes cantonnent « l'action de groupe consommation » aux associations de défense de consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du Code de la consommation¹⁹, ce qui limite considérablement le nombre d'associations remplissant ces conditions. Or, elles ne peuvent évidemment pas se lancer sur tous les fronts en même temps. Quant à l'action de groupe environnementale, s'il ne peut s'agir, ici aussi, que d'une action d'initiative associative, la liste des associations ayant qualité pour agir est cependant plus longue qu'en matière de consommation, ce qui permet peut-être d'entrevoir une portée pratique plus grande. Ont qualité pour agir, les associations agréées de protection de l'environnement, mais aussi les associations agréées de protection des consommateurs²⁰, ainsi que les associations agréées ayant pour objet la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres²¹, ce qui est logique puisque, comme il sera vu ci-après, les préjudices qui ont vocation à être couverts par l'action de groupe environnementale sont les préjudices corporels et économiques dérivant d'un dommage à l'environnement. Le législateur a cependant, en contrepoint, posé des limites qui ne se retrouvent pas dans le socle commun procédural mis en place par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. En effet, peuvent seules exercer l'action de groupe

¹⁹ c. consom., art. L. 623-1.

²⁰ V. c. envir., art. R. 142-10 et R. 142-11.

²¹ C. envir., art. L. 142-3-1, IV.

environnementale les associations agréées²², alors que le socle commun procédural, plus souple, étend la possibilité d'engager des actions de groupe aux associations simplement déclarées depuis cinq ans²³.

Encore faudra-t-il cependant que les associations ayant qualité pour agir, qui sont malgré tout beaucoup plus nombreuses que dans le domaine de la consommation, mais qui sont de dimensions extrêmement variables, aient les moyens d'agir. Elles ne les ont manifestement pas toutes. Cela soulève, dans le même temps, la question du financement des actions de groupe, faute, pour l'heure en tout cas, de mécanisme comparable, par exemple, au fonds de financement des recours collectifs existant au Québec²⁴.

B. La procédure

Au-delà de la question financière, il faudra s'assurer que les associations ne se heurtent pas aux mêmes écueils que ceux qui affectent l'action en représentation conjointe, si l'on veut espérer que l'action de groupe ait un sort moins funeste. À cet égard, les choses se présentent sous un jour plus favorable. En effet, bien que l'action de groupe environnementale et l'action en représentation conjointe visent toutes deux à obtenir la réparation de préjudices individuellement subis à la suite d'un dommage environnemental, la technique employée pour procéder au regroupement des victimes est très différente. L'action en représentation conjointe implique, avant l'introduction de l'instance, un mandat donné par les personnes souhaitant être représentées par l'association. En outre, la loi interdit aux associations de solliciter de tels mandats²⁵. Autrement dit, il n'est pas question, pour une association qui souhaiterait engager une action en représentation conjointe, de lancer un appel en ce sens dans les médias en vue de rassembler des victimes et de collecter ainsi des mandats. C'est certainement l'une des principales raisons qui explique l'échec de cette action.

Or, de ce point de vue, l'action de groupe environnementale est beaucoup plus souple et donne davantage aux associations les moyens d'agir. L'action de groupe environnementale se subdivise en effet en deux phases. La première phase vise au prononcé d'un jugement sur la responsabilité du défendeur²⁶ tandis que la seconde vise à la réparation des préjudices. Durant la première phase, l'association qui engage l'action n'a pas encore besoin de rassembler les victimes. Elle doit simplement,

22 *Ibid.* Les règles relatives à l'agrément des associations de protection de l'environnement sont précisées par l'art. L. 141-1 c. envir. Les conditions de l'agrément des associations autres que les associations agréées de protection de l'environnement pouvant exercer l'action de groupe environnementale sont quant à elles précisées par les art. R. 142-10 et s. c. envir.

23 V. L. n° 2016-1547 préc., art. 63 : « seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer l'action mentionnée à l'article 62 ».

24 v. la contribution de M. BÉLANGER dans cet ouvrage.

25 C. envir., art. L. 142-2.

26 Ce jugement, s'il reconnaît la responsabilité du défendeur, doit définir « le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée en fixant les critères de rattachement au groupe », déterminer « les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini », fixer « le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement et souhaitant se prévaloir du jugement sur la responsabilité peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice », et ordonner « les mesures de publicité adaptées pour informer de cette décision les personnes susceptibles d'avoir subi un dommage causé par le fait générateur constaté » (L. n° 2016-1547 préc., art. 66 et 67).

à l'appui de sa demande, présenter plusieurs « cas individuels »²⁷, afin que le tribunal puisse rendre un jugement sur le principe de la responsabilité du défendeur. Ces « cas individuels » sont certes tirés de cas réels, mais les victimes, à ce stade, ne sont pas parties à l'action. Elles ne sont pas représentées par l'association, aucun mandat ne lui étant confié. Ce n'est qu'après ce premier jugement sur le principe de la responsabilité que les victimes peuvent décider de rejoindre le mouvement, pour autant bien sûr qu'elles répondent aux critères de rattachement au groupe fixés dans ce premier jugement. Les victimes ne sont donc appelées à prendre position qu'à un moment où les chances de succès ont déjà pu être bien évaluées. C'est en outre ce premier jugement qui organise les mesures de publicité qui permettront de faire connaître aux victimes intéressées leur possibilité de rejoindre le groupe. Le mécanisme est donc, au moins en théorie, beaucoup plus propice à rassembler les victimes que l'action en représentation conjointe. On relèvera cependant que le droit français n'est pas allé jusqu'à retenir le système le plus accueillant, une démarche positive des victimes étant nécessaire pour qu'elles puissent intégrer le groupe. Ce système, dit de *l'opt-in*, a été préféré à celui de *l'opt-out*, retenu par certains systèmes juridiques étrangers, lequel conduit à considérer que toute personne remplissant les critères de rattachement au groupe y est incluse, sauf à manifester sa volonté de ne pas l'être.

Les délais de procédure seront aussi, certainement, un critère essentiel pour décider de donner vie à l'action de groupe environnementale. Or, au regard du régime mis en place par les textes, ces délais seront *a priori* très longs²⁸, sauf à ce que le processus contentieux ne soit pas mené à son terme et que l'action se solde par la conclusion d'une transaction. Ce qui n'est pas forcément un mal, et le législateur français encourage le recours à une issue amiable²⁹. Si tel n'est pas le cas cependant, le parcours sera fatalement long, et ce d'autant plus que l'action de groupe environnementale ne se prêtera pas toujours très bien à un traitement véritablement collectif des victimes, une fois parvenues à la deuxième phase de la procédure, c'est-à-dire au stade de la détermination du montant de l'indemnisation. La grande variété des préjudices qui peuvent être subis sera en effet un obstacle. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit que, selon les cas, cette deuxième phase devra faire l'objet soit d'une procédure individuelle d'indemnisation, soit d'une procédure véritablement collective. L'une des questions que les juges auront à résoudre à l'avenir sera précisément de définir dans quels cas l'une ou l'autre de ces procédures devra être utilisée, étant entendu qu'une procédure collective apparaît en tout cas inadaptée aux préjudices corporels qui impliquent par nature une évaluation individuelle.

27 Art. L. 826-4 CPC, créé par le D. n° 2017-888 du 6 mai 2017 : « Outre les mentions prescrites aux articles 56 et 752, l'assignation expose expressément, à peine de nullité, les cas individuels présentés par le demandeur au soutien de son action ».

28 De nombreuses contraintes risquent en effet de rendre la procédure très longue. Par exemple, l'action de groupe ne peut être engagée avant l'expiration d'un délai de quatre mois après mise en demeure du défendeur de cesser ou faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis ; les mesures de publicité ne peuvent être faites qu'après épuisement des voies de recours contre le jugement reconnaissant la responsabilité du défendeur, etc.

29 V. not. L. n° 2016-1547 préc., art. 75 et 76, sur la médiation.

C. Les préjudices indemnisables

Par ailleurs, pour que l'action de groupe soit efficace et que les victimes aient intérêt à se regrouper plutôt qu'à agir individuellement (ou ne pas agir du tout), il faut aussi s'assurer que les perspectives d'indemnisation que leur offre l'action de groupe les y incite. Or, sur ce point, quelques limites ont été posées par le législateur. En effet, si le fait générateur est défini de manière large³⁰, il n'en va pas de même des préjudices indemnisables. La loi prévoit que l'action de groupe environnementale ne peut tendre qu'à la réparation des préjudices corporels et matériels découlant d'un dommage causé à l'environnement, ce qui ne recouvre pas tous les préjudices individuels concevables. En particulier il n'est pas fait mention des préjudices moraux, ce qui exclue donc les préjudices tels que l'atteinte à l'image ou à la réputation du fait d'une dégradation de l'environnement, ou encore les troubles dans les conditions d'existence, dont le caractère réparable est pourtant admis par la jurisprudence à l'occasion d'actions individuelles en réparation. On reconnaîtra cependant que chaque action de groupe connaît ses limites de ce point de vue. C'est ainsi, par exemple, que les dispositions relatives à l'action de groupe dans le domaine de la consommation prévoient qu'elle ne peut conduire qu'à l'indemnisation de préjudices patrimoniaux³¹. Une certaine volonté de cantonnement apparaît également dans le fait que le législateur ait limité la possibilité de recourir à l'action de groupe aux cas dans lesquels le fait générateur de responsabilité est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 qui a créé l'action de groupe environnementale³².

Il ne s'agit là que de quelques-unes des multiples interrogations que la création récente de l'action de groupe environnementale suscite et auxquelles les juridictions apporteront progressivement des éléments de réponse³³. Dans l'attente, et en guise de conclusion, on relèvera que se déploient aussi des stratégies parallèles aux actions de groupe, qui peuvent avoir pour effet d'entretenir une certaine confusion entre les véritables actions collectives et celles qui ne le sont pas, bien qu'elles se prétendent plus ou moins comme telles. Certains cabinets d'avocats proposent ainsi leurs services sur leurs sites Internet en vue de mener des « actions collectives » contre telle ou telle entreprise, alors qu'en réalité ils invitent simplement les victimes à se constituer partie civile et proposent de les représenter en justice à cette occasion. Il ne s'agit donc en réalité que d'une collection d'actions individuelles pour lesquelles certains cabinets sollicitent la clientèle sur leur site internet. Comme il

30 Il s'agit, selon l'art. L. 142-3-1, II, c. envir., d'un manquement aux obligations légales ou contractuelles dès lors que ce manquement concerne l'un des domaines visés par l'article L. 142-2 du code de l'environnement, à savoir la protection de la nature et de l'environnement, l'amélioration du cadre de vie, la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, l'urbanisme, la pêche maritime, ou encore la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales. Le défendeur est également envisagé largement puisqu'il peut s'agir d'une personne physique ou morale, de droit privé comme de droit public.

31 c. consom., art. L. 623-2 : « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».

32 L. n° 2016-1547 préc., art. 92, II.

33 De nombreux aspects devront être précisés par la jurisprudence, notamment quant à la portée des notions floues utilisées par les textes, comme celles de « cas individuels » présentés par le demandeur à l'appui de sa demande, de « situation similaire » des victimes, ou encore pour préciser les hypothèses dans lesquelles il conviendra de choisir la procédure individuelle ou la procédure collective de liquidation des préjudices, etc.

a été indiqué précédemment, en l'état du droit positif, les avocats n'ont pas qualité pour initier des actions de groupe, contrairement à ce qui existe dans d'autres pays, le législateur ayant fait le choix d'en faire des actions associatives. Cela n'a pas manqué d'émouvoir de nombreux avocats ainsi que les institutions représentatives de la profession telles que le Conseil National des Barreaux, qui ont manifesté à plusieurs reprises leur souhait de voir les textes régissant les actions de groupe réformés afin de permettre aux avocats de jouer un rôle moteur en la matière. L'ironie veut en outre que le même texte, la loi « Hamon » de 2014, ait, tout à la fois, créé la première action de groupe en France, à savoir l'action de groupe en matière de consommation en la réservant aux associations de consommateurs, et levé l'interdiction qui pesait jusque-là sur les avocats de se livrer à de la sollicitation de clientèle. Dans l'attente d'une éventuelle réforme, certains se placent en quelque sorte dans le sillage des textes sur l'action du groupe, en employant parfois de manière quelque peu trompeuse les termes d'action collective ou de *class action*. Si cette présentation trompeuse est heureusement assez rare, elle apparaît cependant comme un révélateur supplémentaire des limites de l'action de groupe telle qu'elle existe aujourd'hui en France.

L'ACTION COLLECTIVE ENVIRONNEMENTALE AU QUÉBEC

Michel BÉLANGER¹

I. L'action collective : un mécanisme d'accès à la Justice

L'action collective, adoptée au Québec en 1978, est un moyen de procédure permettant à un grand nombre de personnes de se joindre à une même action en justice afin d'obtenir réparation dans le cadre d'un recours civil dirigé contre une personne, une entreprise ou un gouvernement. Toute personnes physiques, personnes morales, sociétés et associations de plus de 50 employés peuvent faire partie d'un groupe pour le compte duquel une action collective sera exercée.

Les règles particulières à l'action collective se retrouvent au Titre III du *Code de procédure civile*, soit aux articles 571 à 604.

Cette mesure procédurale est reconnue pour favoriser un accès à la justice efficace et économique, tout en rééquilibrant un rapport de force souvent inégal entre les parties, comme l'a rappelé, en ces termes, la Cour suprême du Canada :

« Le recours collectif joue un rôle important dans le monde d'aujourd'hui. La montée de la production de masse, la diversification de la propriété commerciale, la venue des conglomérats, et la prise de conscience des fautes environnementales ont toutes contribué à sa croissance. [...] La pollution peut affecter des citoyens à travers tout le pays. [...] Le recours collectif fournit un moyen de résoudre efficacement de tels litiges d'une manière équitable pour toutes les parties². »

La procédure de l'action collective s'exerce en trois étapes soit, l'autorisation de l'action collective, le procès au mérite et, advenant gain de cause, l'étape du recouvrement de l'indemnisation. Bien entendu, une entente de règlement peut survenir à tout moment et conduire plus rapidement à l'étape du recouvrement.

¹ Avocat, Membre du Barreau du Québec, Membre de l'Association du Barreau canadien.

² *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton* [2001] 2 R.C.S. 534, paragr. 26.

La première étape, soit l'autorisation d'exercer l'action collective, est en fait un processus de filtrage qui permet au tribunal de s'assurer que l'action collective envisagée répond à certains critères établis, à savoir que :

- 1° les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ;
- 2° les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ;
- 3° la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance ;
- 4° le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.³

Cette étape est importante car, une fois le statut de représentant attribué une personne au nom d'un groupe, celui-ci se verra investi du devoir de conduire l'action collective pour le compte des membres d'un groupe. Ce qui distingue la procédure québécoise de d'autres procédures similaires est que les membres du groupe n'ont pas à s'inscrire de quelque façon que ce soit pour bénéficier éventuellement des effets du jugement. Toutefois, un membre ne désirant pas être lié par tout jugement à venir, pourra s'exclure du groupe au moment du jugement autorisant l'exercice de l'action collective, suite à la publication d'avis à cet effet.

Suite à cette première étape, l'action collective se poursuit comme pour toute autre action civile. Le jugement final qui condamne à des dommages intérêts, peut ordonner que les réclamations des membres du groupe soient recouvrées collectivement ou fassent l'objet de réclamations individuelles. S'il est d'avis que la liquidation des réclamations individuelles est impraticable ou trop onéreuse, ou s'il reste un reliquat au terme de cette distribution, le tribunal peut, sur recommandation des parties, accorder ces sommes à diverses fins d'intérêt public.

Parmi les avantages découlant de cette procédure, le mode de rétribution des procureurs et le partage des débours et des frais d'expert mérite d'être souligné. Cette procédure permet en effet de répartir sur l'ensemble des membres tant les déboursés et frais d'expert que les honoraires des procureurs, lesquels honoraires sont généralement calculés sur une base de pourcentage du gain obtenu et approuvés par le tribunal,

En cas d'échec de l'action collective, les membres du groupe ne sont pas mis à contribution, les procureurs assumant généralement ce risque. De plus, alors que la partie qui perd à la cour se doit d'assumer les frais judiciaires, frais dont la valeur est proportionnelle aux montants en litige, le législateur a prévu, en matière d'action collective, que ces frais étaient plafonnés à un maximum de 3 000,00 \$.

3 Article 575 n.C.p.C.

Enfin, le législateur a également prévu la création d'un organisme, le Fonds d'aide aux actions collectives⁴, afin d'assurer le paiement des éventuels frais judiciaires, certains déboursés encourus par les procureurs en demande et même, dans certains cas, les frais d'expertises.

II. L'action collective environnementale

L'action collective est particulièrement intéressante en matière d'environnement puisque les dommages découlant d'une pollution s'étendent généralement à plusieurs personnes. De plus, dans ce type de poursuite, les ressources financières des victimes de nuisance sont souvent disproportionnées par rapport à celles des potentiels responsables de la contamination.

Les tribunaux ont d'ailleurs reconnu à quelques reprises l'utilité particulière de ce moyen d'accès à la justice dans les litiges environnementaux :

« [41] En matière d'environnement, il est difficile, coûteux, voire même prohibitif pour un simple citoyen d'affronter des entreprises et une municipalité. Faciliter l'exercice de tels recours constitue l'un des objectifs poursuivis par le législateur en introduisant le recours collectif dans notre droit⁵. »

* * * * *

« S'il est un champ de l'activité humaine qui commande, désormais, la plus haute vigilance, c'est bien celui de la protection collective des citoyens contre les atteintes environnementales. La pollution par le bruit est une source de nuisance reconnue et documentée dans la littérature environnementale. Le recours collectif constitue l'un des seuls véhicules procéduraux qui permettent aux citoyens d'agir, ensemble, comme vigiles de la protection de leur environnement. Rares sont les citoyens qui – agissant seuls – auraient les moyens d'accéder à la justice civile contradictoire afin de chercher le remède de la loi. »⁶

L'action collective n'est sûrement pas la voie à privilégier pour solutionner les conflits environnementaux, mais elle demeure souvent l'ultime recours pour rétablir un équilibre rompu par l'appropriation abusive qu'un tiers peut exercer sur l'environnement commun.

L'obligation d'indemniser l'ensemble des victimes qui ont souffert d'une atteinte à leur environnement permet de refléter de façon rigoureuse la mesure de l'atteinte à l'environnement découlant d'une activité polluante comme aucune mesure ne pourrait le faire. Un recours individuel atteint

⁴ Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives, RLRQ c F-3.2.0.1.1, voir également <http://www.faac.justice.gouv.qc.ca>

⁵ *Branconnier c. 2848-7395 Québec Inc.*, 2003 CanLII 16777 (QC CS), Parag. 41.

⁶ *Citoyens pour une qualité de vie/Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274 (CanLII), EYB 2007-124367, paragr. 81.

rarement l'effet dissuasif que le recours collectif permet, exception faite du recours en injonction qui, pris par une seule personne, peut bénéficier à toute une collectivité. Dans ce dernier cas toutefois, le risque financier repose sur un seul demandeur et ses moyens deviennent vite disproportionnés avec ceux du défendeur.

Bien que peu documenté, l'un des avantages de cette procédure dans le contexte des litiges environnementaux est d'offrir un cadre propice à l'élaboration de règlements hors cours novateurs et originaux, allant au-delà de la recherche d'une simple compensation individuelle. Par exemple, nous avons été impliqués dans une action collective dont le produit du règlement a été intégralement versé dans un fonds destiné à mettre en œuvre une série de mesures pour remédier au problème de contamination d'un lac. S'il restait des sommes au moment où le lac s'était rétabli, celles-ci étaient versées à une Fiducie créée spécifiquement pour assurer la conservation des milieux naturels.⁷ Le fait de pouvoir représenter toutes les personnes ayant subi un préjudice dans ce type de procédure, favorise ainsi l'élaboration de solution collective en regroupant les indemnités accordées qui auraient autrement été versées à chacun de membres, dans les cas qui s'y prêtent bien entendu. L'approbation ultime par le tribunal, étape à laquelle les membres du recours sont préalablement invités à participer, assure l'intégrité du processus et la représentativité de la solution envisagée au bénéfice de la majorité des membres.

Accessoirement, de par l'étendue de son application englobant l'ensemble des dommages soufferts par une collectivité, l'action collective tend à mettre en œuvre ce que les spécialistes de l'environnement appellent « l'internalisation des externalités environnementales ». Le coût de production d'un bien ou d'un service sera proportionnellement accru par la perspective de devoir réparer la collectivité pour les torts causés à l'environnement commun. Ce coût prévisible devient un incitatif majeur pour éviter la réalisation d'un tel dommage par des investissements préventifs.

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs insisté pour rappeler l'impact non négligeable découlant des recours collectifs en environnement sur la modification générale des comportements :

« La modification comportementale peut être pertinente aux fins de décider si un recours collectif devrait être autorisé. Comme le note *Western Canadian Shopping Centres*, précité, au par. 29, « [s]ans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable ». Il s'agit certainement d'une préoccupation tout aussi pressante dans le contexte d'un litige environnemental⁸. »

⁷ Association pour le Lac Heney c. Gestion Serge Lafrenière inc., 1998 CanLII 11594 (QC CS). Appel accueilli, C.A. Montréal, no 500-09-006829-980, 14 septembre 1999

⁸ *Hollick c. Ville de Toronto*, Cour suprême du Canada, 18 octobre 2001, paragr. 34.

Nous avons joint en annexe une rétrospective assez exhaustive des différentes actions collectives déposées au Québec de 1978 à mars 2017. Ce travail exhaustif a été réalisé par des collègues de la firme d’avocat Lavery. Les tableaux sont classés selon l’évolution d’avancement des dossiers qu’ils soient, à la date du recensement, autorisés et en cours d’instance, qu’ils aient fait l’objet d’un règlement ou d’un jugement au mérite.

En terme statistique, nous résumons ainsi cette rétrospective :

Actions collectives autorisées et présentement en cours d’instance

BRUIT, POUSSIÈRES ET ODEURS :	14 CAUSES
CONTAMINANTS DIVERS (Légionellose, contamination d’eau potable municipal, émission de HAP) :	3 CAUSES
Inondations	3 CAUSES

Actions collectives ayant fait l’objet d’une transaction

BRUIT, POUSSIÈRES ET ODEURS :	9 CAUSES
CONTAMINANTS DIVERS (contamination d’eau potable municipale, odeurs nauséabondes, Phosphore dans l’eau,) :	6 CAUSES
INONDATIONS, COURS D’EAU ET BARRAGES	4 CAUSES

Actions collectives ayant fait l’objet d’une décision au mérite

Actions accueillies 6	Actions rejetées 5
-----------------------	--------------------

ACTIONS COLLECTIVES AUTORISÉES ET PRÉSENTEMENT EN COURS D’INSTANCE

1. Bruit, poussières et odeurs

- Belmamoun c. Ville de Brossard, 2017 QCCA 102
- « Toutes les personnes résidant ou ayant résidé, au cours des trois (3) années précédant l’introduction de la présente procédure, à titre de propriétaire, de locataire ou d’occupant, en bordure du tronçon du chemin des Prairies délimité, à l’ouest, par le boulevard Taschereau, et à l’est, par le boulevard du Quartier, dans la Ville de Brossard, aux adresses suivantes : [Omission] »

- Blouin c. Parcs éoliens de la Seigneurie de Beaupré 2 et 3, s.e.n.c., 2016 QCCA 77

« Toutes les personnes physiques ayant été propriétaires, ayant résidé et/ou ayant occupé un immeuble, entre le 15 mai 2011 et le 1^{er} décembre 2015, situé en bordure du trajet emprunté pour le transport des composantes et des travailleurs vers les parcs éoliens, soit les rangs, routes et chemins suivants : [Omission] »

- Labranche c. Énergie Éolienne des Moulins S.E.C., 2016 QCCS 1479

« Toutes les personnes physiques, ayant résidé et/ou ayant occupé un immeuble depuis le 1^{er} avril 2010, sur les territoires des municipalités touchées par le Parc éolien des Moulins Phase 1, dont celles de Thetford-Mines, Kinnear's Mills, Saint-Adrien d'Irlande, Inverness, Pontbriand, Saint-Pierre de Broughton, Saint-Jean-de-Brébeuf, Irlande et Saint-Jacques de Leeds et dont les propriétés se trouvent dans un rayon de 3 milles ou 4,8280 kilomètres, de la zone du projet (tracé des éoliennes de la pièce R-9 du 31 janvier 2012), qui n'ont pas été indemnisées et qui n'ont pas signé un contrat d'octroi d'option et/ou de propriété superficielle et/ou de servitude, avec les autorités concernées. »

- Robillard c. Écoservices Tria inc., 2016 QCCS 6267

« Toutes les personnes physiques incluant les personnes mineures résidant ou ayant résidé dans les secteurs des « A » et des « P » de la Ville de Candiac et dans le secteur connu et désigné comme étant le Faubourg du Golf de La Prairie à compter du 12 février 2010. »

- Lalande c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée, 2014 QCCS 5035 et Lalande c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée, 2015 QCCS 3620

« Toutes les personnes propriétaires ou résidentes au 25 octobre 2012 de l'arrondissement La Cité-Limoilou, dans les secteurs délimités comme suit :

- Vieux-Limoilou : au sud de la 18^e Rue qui devient ensuite le boulevard Wilfrid-Hamel jusqu'à Marie-de-l'Incarnation et entre Henri-Bourassa et la Rivière St-Charles et
- Saint-Roch : entre la rivière St-Charles et le boulevard Charest et entre Jean-Lesage et Langelier et
- Saint-Sauveur et Saint-Malo :
 - entre Charest et Arago, et ce, entre Langelier et Marie-de-l'Incarnation
 - entre la rivière St-Charles et Charest, et ce, entre Langelier et Marie-de-l'Incarnation et ;
 - Maizerets : entre le domaine Maizerets et les rues Trinité, Villebon et Montmorency. »

ET

« Toutes les personnes propriétaires ou résidentes depuis le 31 octobre 2010 de l'arrondissement La Cité-Limoilou, (...) dans les secteurs délimités comme suit :

- Vieux-Limoilou : au sud de la 18^e Rue qui devient ensuite le boulevard Wilfrid-Hamel jusqu'à Marie-de-l'Incarnation et entre Henri-Bourrassa et la rivière St-Charles et ;
- Saint-Roch : entre la rivière St-Charles et le boulevard Charest et entre Jean-Lesage et Langelier et
- Saint-Sacrement : entre Charest et Arago et entre Langelier et Marie-de-L'incarnation et
- Saint-Sauveur : entre la rivière St-Charles et Charest et entre Langelier et Marie-de-L'incarnation et
- Maizerets : entre le domaine Maizerets et les rues Trinité, Villebon et Montmorency. »
- Kennedy c. Colacem Canada inc., 2015 QCCS 222

« Toutes les personnes physiques qui résident ou ont résidé à temps plein ou à temps partiel entre le 8 juin 2008 et le 29 janvier 2015 dans la zone suivante : soit dans la municipalité de Grenville-sur-la-Rouge ou dans la municipalité de Harrington, au Québec, ET à l'intérieur d'un rayon de cinq (5) kilomètres de l'usine de production de ciment opérée par la compagnie Colacem Canada Inc., située sur le chemin Kilmar, à Grenville-sur-la-Rouge, Québec.

ET

Toutes les personnes morales qui sont ou qui ont été, entre le 8 juin 2008 et le 29 janvier 2015, propriétaires ou locataires d'un terrain, d'un immeuble ou d'une entreprise situé(e) dans cette même zone. Pour se qualifier, une personne morale doit, entre le 8 juin 2010 et le 8 juin 2011, avoir compté sous sa direction ou son contrôle au plus 50 personnes liées à elle par contrat de travail et ne pas être liée avec Mme Lydia Kennedy, représentante du groupe. »

- Rivard c. Éoliennes de l'Érable inc., 2014 QCCS 5189
- « Toutes les personnes physiques ayant été propriétaires, ayant résidé et/ou ayant occupé un immeuble depuis le 1^{er} novembre 2009 dans le voisinage du projet Éoliennes de l'Érable dont le périmètre proposé est délimité par les rangs, routes et chemins suivants : [Omission] »
- Langevin c. Bouchard, 2013 QCCS 4488
- « Toutes les personnes physiques faisant partie de l'un ou l'autre des sous-groupes suivants pour la période du 6 mai 2006 jusqu'à la date du jugement final à intervenir dans le présent recours collectif :

-
- Toutes les personnes - incluant les mineurs - qui habitent ou ont habité dans un immeuble situé sur une des rues de Val-David énumérées dans le tableau apparaissant ci-dessous ; [Omission]
 - Tous les élèves fréquentant ou ayant fréquenté les écoles primaires Saint-Jean Baptiste et Sainte-Marie ;
 - Toutes les personnes travaillant ou ayant travaillé dans un immeuble situé sur une des rues énumérées dans le tableau apparaissant ci-dessus ; »
- Association des résidents de Mont-Tremblant pour la qualité de vie c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc., 2013 QCCS 5308 (CanLII)
- « Toutes les personnes physiques, propriétaires ou locataires, qui résident ou ont résidé, depuis le 11 mai 2009, dans la ville de Mont-Tremblant, à moins de trois kilomètres des limites de la piste de course située dans la Ville de Mont-Tremblant, connue et désignée comme étant le « Circuit Mont-Tremblant »
- Renaud c. Holcim Canada inc., 2012 QCCS 82
- « Toutes les personnes physiques ayant résidé ou ayant été propriétaires d'un immeuble dans le secteur de Beauport entre le 4 juin 1991 et le 4 juin 1993 à l'une ou l'autre des adresses suivantes, incluant les adresses qui pourraient être intercalées et avoir été omises et qui n'ont pas lu l'avis aux membres publié en page A-7 de l'édition du 8 mai 1994 du quotidien Le Soleil : [Omission] »
- Coalition contre le bruit c. Shawinigan (Ville de), 2012 QCCS 4142
- « Toutes les personnes physiques résidant ou ayant résidé, à temps plein ou partiel, à deux cents mètres ou moins de la ligne des hautes-eaux du Lac-à-Tortue en Mauricie et ce, après le 21 juin 2008. »
- Gaudet c. P & B Entreprises ltée, 2011 QCCS 5867
- « Toutes les personnes physiques qui ont habité, en tant que propriétaires, locataires ou membres de leur maisonnée, un immeuble situé dans le périmètre ci-après identifié, et ce, depuis le 12 août 2007, savoir : [Omission] »
- Carrier c. Québec (Procureur général), 2011 QCCA 1231
- « Toutes les personnes physiques qui résident ou ont résidé, au cours des trois (3) années précédant l'introduction de la présente procédure (1^{er} mai 2009), dans le quadrilatère borné à l'ouest par l'autoroute Laurentienne direction nord (A73 nord), à l'est pour une délimitation se trouvant à 300 mètres à l'est de l'autoroute Laurentienne direction nord (A73 nord), au nord par le boulevard Jean-Talon et au sud par le boulevard de l'Atrium, aux adresses suivantes : [Omission] »

- Krantz c. Québec (Procureur général), 2006 QCCS 2143

« Toutes les personnes, propriétaires ou locataires, qui ont résidé dans les villes de Montréal et Westmount à moins de trois cent cinquante (350) mètres au sud et de cent soixante-dix (170) mètres au nord de l'autoroute Ville-Marie, entre les rues Guy et De Carillon, entre le 1^{er} mai et le 31 décembre 1998 ou entre le 26 avril et le 15 décembre 1999 ou entre le 1^{er} juillet et le 16 octobre 2000. »

2. Contaminants

- Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale, 2016 QCCS 692

« Toutes les personnes qui ont contracté la légionellose à Québec entre le 26 juillet 2012 et le 8 octobre 2012, et dont le diagnostic a fait l'objet d'une déclaration au directeur de santé publique de la région de la Capitale-Nationale ainsi que leurs conjoints, héritiers et aidants naturels et aussi les ayants droit de ces personnes.

L'expression « conjoint » signifie les personnes liées par un mariage ou une union civile, ainsi que les personnes qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard à la durée de leur vie commune.

L'expression « aidant naturel », signifie toute personne proche qui fournit sans rémunération des soins et du soutien régulier à une autre personne.

L'expression « ayant droit » signifie toute personne qui se retrouve aux droits d'une victime décédée, d'un conjoint décédé, d'un héritier décédé ou d'un aidant naturel décédé. »

- *Dubois c. St-Esprit (Municipalité de)*, 2016 QCCS 3048 (demande d'autorisation rejetée, décision présentement en appel)

« Tous les propriétaires, résidents ou occupants de propriétés résidentielles approvisionnées en eau potable par l'aqueduc qui ont été privés d'eau potable entre le 1^{er} mars 2015 et le 19 mai 2015 soit pour une période de 80 jours dont une interruption de service complète du 6 mars au 7 mai 2015, soit pour une période de 63 jours. »

- Regroupement des citoyens du quartier St-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée, 2007 QCCS 2691

« Toutes les personnes propriétaires, locataires ou résidents du quartier St-Georges de Baie-Comeau, ou qui l'ont déjà été ou le deviendront, qui ont subi ou subissent des dommages causés par les émissions de HAP (hydrocarbures polycycliques aromatiques) en provenance de l'aluminerie d'Alcoa de Baie-Comeau, et ce, jusqu'à jugement final »

3. Inondations

- Comité inondation Sunny Bank c. Procureur général du Québec (No 110-06-000001-135)
« Tout propriétaire de biens situés à Sunny Bank et toute personne résidant à Sunny Bank en date des inondations du 15 décembre 2010. »
- *Lessard c. Arcand*, 2012 QCCS 275
« Toutes les personnes ayant subi des dommages en relation avec le débordement du lac Louise, de la rivière St-François, de la rivière aux Saumons, et de la rivière aux Canards le ou vers le 16 octobre 2005 et le ou vers le 21 octobre 2006. »
- Comité des citoyens inondés de Rosemont c. Montréal (Ville de), 2011 QCCS 751
« Toute personne physique et morale (comptant moins de cinquante employés dans les douze mois précédant le présent recours), propriétaire, locataire ou sous-locataire de biens immobiliers situés à Montréal dans le quadrilatère formé par les rues De Bordeaux, 1^{re} Avenue, Saint-Zotique et Bélanger, qui a subi des infiltrations d'eau de surface ou des refoulements d'égout les 11 ou 26 juillet 2009. »

Actions collectives ayant fait l'objet d'une transaction

1. Bruit, poussières et odeurs

- Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE) c. Stodola, 2016 QCCS 1834
« Tous les membres dont la réclamation dans le dossier de la Cour portant le numéro 500-06-000036-976 a été acceptée et qui ont reçu un dividende »
- Comité anti-pollution des avions -- Longueuil (CAP-L) c. Max Aviation inc., 2015 QCCS 4763
« Toutes les personnes physiques et morales résidant ou ayant résidé depuis le 28 mars 2008 à titre de propriétaire, locataire ou occupant dans un rayon de 2,8 kilomètres de l'extrémité sud-ouest de la piste 24G de l'Aéroport de Saint-Hubert. »
- *Raymond c. Lomex inc.*, 2013 QCCS 1441
« Toute personne physique qui a un moment ou à un autre depuis le 18 octobre 2001 vit ou a vécu à titre de propriétaire, locataire ou résident, dans un lieu situé à l'intérieur d'un rayon de quatre (4) kilomètres de l'usine d'équarrissage de Lomex située au 9900, 6^e Rue à Montréal et

subit ou a subi des dommages occasionnés par les contaminants et/ou polluants se manifestant entre autres par des odeurs de pourriture, de charogne, de chairs animales en décomposition ou autres odeurs nauséabondes et/ou par de bruits résultant et provenant de la gestion, de l'utilisation ou de l'exploitation de l'entreprise Lomex Inc. »

- Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc., 2012 QCCS 2446

« Toute personne physique qui à un moment ou à un autre depuis le 1er mars 2001, vit ou a vécu à titre de propriétaire, locataire ou résident dans un lieu situé à l'intérieur d'un rayon de quatre kilomètres de l'usine d'équarrissage d'Alex Couture inc. située au 2001 avenue de la Rotonde à Lévis (anciennement Charny) (incluant notamment en tout ou en partie les villes de Charny, St-Romuald et St-Rédempteur) et subit ou a subi des dommages occasionnés par des polluants ou des contaminants se manifestant par des odeurs nauséabondes, résultant ou provenant de la gestion, de l'utilisation ou de l'exploitation de l'entreprise Alex Couture inc. »

- Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de), 2008 QCCA 551

« Toutes les personnes physiques résidant ou ayant résidé après le 9 mars 2003 en bordure des rues Chemin Ile-de-Mai, Principale, Fortin, Lapointe, de Chavigny, Chauvin, impasse Calixa-Lavallée, place Cloutier, Clément et Colin à Boisbriand. »

- Paquin c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (jugement approuvant la transaction non rapporté)

« Toutes personnes propriétaires ou locataires, qui résident actuellement dans l'arrondissement d'Outremont, dans un périmètre délimité par les rues Rockland, Manseau, Hutchison et Van Horne ou qui y ont résidé depuis 1999, affectées par les activités de la gare de triage du CP Rail. »

- *Mayer c. Cast terminal inc.*, (C.S., 1999-01-27), SOQUIJ AZ-99026154

« Toutes les personnes physiques, propriétaires ou ayant été propriétaires d'immeubles et/ou résidant ou ayant résidé dans le secteur suivant : les rues Caty, Bruneau, Bellerive et Notre-Dame dont le nombre est sommairement estimé à deux cent cinquante (250) dont environ quarante (40) propriétaires, et potentiellement toutes les personnes des autres rues avoisinantes, subissant ou ayant subi des dommages, troubles et inconvénients dus à la pollution et abus de droit causés sur le territoire du Port de Montréal, quais 68 à 80, par les activités de Cast Terminal Inc., Arrimage du St-Laurent, (Division de compagnies d'Arrimages du Québec Ltée), les Terminus Maritimes Fédéraux, Terminal Termont Inc., la Société du Port de Montréal et les activités de Compagnie de Gypse du Canada Limitée sur son propre terrain et celui du Port de Montréal »

- *Branconnier c. 2848-7395 Québec inc.* (le jugement sur la demande d’approbation de la transaction rendu le 29 août 2007 est non rapporté)

« Toute personne physique qui, à quelque titre que ce soit, comme propriétaire, locataire, résident ou autre, subit ou a subi des dommages occasionnés par les contaminants et/ou polluants, se manifestant depuis avril 1999 entre autres par des odeurs de pourriture ou de charogne, résultant de l’entreposage et/ou de l’épandage de boues d’abattoirs et/ou de l’usage de la propriété, du transport, de l’utilisation, de la gestion et/ou de l’exploitation de la fosse, des boues et/ou de l’entreposage par 2848-7395 Québec Inc. f.a.s. Ferme Porcine Paul Allard Enr., Les Épandages P.A.L.C. Inc. Fertilisation Optimum 2000 Inc., Ferme Calilait Inc., Paul Allard, Line Charrette et Ghyslain Lambert. »

- *Comité d’environnement de La Baie c. Société d’électrolyse et de chimie Alcan ltée*, (le jugement autorisant la transaction daté du 19 mai 1993 est non rapporté)

« Toutes les personnes résidant dans le secteur de la Ville de La Baie [tel que] décrit à la requête »

2. Contaminants

- *Dupuis c. Polyone Canada inc.*, 2016 QCCS 2561 (CanLII)

« Toute personne physique qui résidait ou travaillait dans un immeuble desservi par l’aqueduc de la ville de Saint-Rémi entre le 18 décembre 2013 et le 17 janvier 2014. »

- *Therrien c. Compagnie de volailles Maxi ltée*, 2010 QCCS 1244

« Toute personne physique qui, entre le 1^{er} janvier 1997 et le 27 octobre 2008, a subi des dommages occasionnés par les contaminants et polluants (en l’occurrence des odeurs nauséabondes) provenant des étangs aérés facultatifs du système de traitement des eaux usées de la Ville de Saint-Lin-Laurentides, que ce soit comme propriétaire, locataire, résident ou autre. »

- *Blouin c. Ste-Anne-de-Beaupré (Ville de)*, 2008 QCCS 3793

« Tous les propriétaires d’immeubles sis dans la Ville de Sainte-Anne-de-Beaupré qui sont approvisionnés par les réservoirs Racine 1 et/ou Racine 11 et qui ont subi et subissent des dommages matériels à leur propriété ou aux biens qui la garnissent en raison d’un pH inférieur à 6,5 de l’eau, lequel entraîne la présence de cuivre dans l’eau potable. »

- *Bayard c. St-Gabriel (Ville de)*, 2008 QCCS 2161

« Les propriétaires, locataires, utilisateurs ou occupants de maisons, magasins ou autres bâtiments approvisionnés en eau par le système d'aqueduc de la Ville St-Gabriel qui subissent ou ont subi des dommages en raison du problème d'approvisionnement en eau potable depuis le 29 janvier 2004. »

- *Association pour le lac Heney c. Gestion Serge Lafrenière inc.* (le jugement approuvant la transaction en date 4 septembre 2003 est non rapporté)

« Les propriétaires de résidences secondaires et les résidents permanents bordant le Lac Heney. »

- *Association des propriétaires et locataires de St-Ignace-du-Lac inc. c. Stone-Consolidated inc.*, 1995 CanLII 3768 (QC CS)

Les membres de l'Association des propriétaires et locataires de St-Ignace-du-Lac

3. INONDATIONS, COURS D'EAU ET BARRAGES :

- *Clark c. 4107781 Canada inc.*, 2013 QCCS 4164

« Toutes les personnes physiques résidant ou ayant résidé, après le 1^{er} septembre 2003, de façon permanente ou temporaire, à titre de propriétaire ou de locataire, à moins de trois cent mètres des rives du Lac Saint-François-Xavier, dans la municipalité de Wentworth-North, district de Terrebonne, province de Québec. »

- *Blanchet c. Longueuil (Ville de)*, 2010 QCCS 5462

« Tous les propriétaires (ou locataires) d'immeubles résidentiels en date du 8 novembre 1996 dans la Ville de Saint-Hubert, ayant subi des dommages à leur propriété (mobilière ou immobilière) suite au débordement d'eau ou refoulement d'égouts pluviaux consécutifs aux pluies des 8 et 9 novembre 1996 ».

- *Bouchard c. Abitibi Consolidated*, 2004 CanLII 26353 (QC CS)

« Toutes les personnes ayant subi des dommages en relation avec le déversement du Grand Lac Ha ! Ha ! et le débordement de la Rivière Ha ! Ha ! survenus en juillet 1996. »

- *Arseneault c. Société immobilière du Québec (C.S., 2001-07-06)*, SOQUIJ AZ-50592894

« Toute personne physique, à quelque titre que ce soit, propriétaire, locataire, résidant ou autre qui, les 19, 20 et 21 juillet 1996 et jours suivants, ont (sic) subi des dommages aux biens ou à la personne, de quelque nature que ce soit, suite au rehaussement des eaux du réservoir Kénogami, en amont des barrages Pibrac Est, Pibrac Ouest et Portage-des-Roches. »

Document préparé par :

Me Bernard Larocque, associé, *Lavery, de Billy*

Madame Chantal Saint-Onge, étudiante en droit, *Lavery, de Billy*

Montréal

1, Place Ville Marie
Bureau 4000
Montréal (Québec) H3B 4M4
Téléphone : 514 871-1522

Télécopieur : 514 871-8977

Québec

925, Grande-Allée Ouest
Bureau 500
Québec (Québec) G1S 1C1
Téléphone : 418 688-5000

Télécopieur : 418 688-3458

Trois-Rivières

1500, rue Royale
Bureau 360
Trois-Rivières (Québec) G9A 6E6
Téléphone : 819 373-7000

Télécopieur : 819 373-0943

Sherbrooke

Cité du Parc
95, boul. Jacques-Cartier Sud
Bureau 200
Sherbrooke (Québec) J1J 2Z3
Téléphone : 819 346-5058

Télécopieur : 819 346-5007

*** Droits de reproduction réservés

Toute utilisation de ce texte est interdite sans le consentement de Lavery, de Billy. Les textes ne constituent pas une opinion juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

Actions collectives en matière environnementale (décisions au mérite)
de 1978 au 15 mars 2017

Actions accueillies 6		Actions rejetées 5	
Référence(s) jurisprudentielle(s)	Faits	Décision	Dommages octroyés
<i>La décision de la Cour supérieure en date du 5 décembre 1988 est non rapportée (460-05-000095-898). Constructions Désourdy inc. c. Robitaille, 1998 CanLII 13253 (QC CA)</i>	Bruits et poussières provoqués par l'exploitation prétendument illégale et abusive d'une sablière. I	Accueille en partie en Cour supérieure l'action. Pourvoi en Appel rejeté.	Somme octroyée au groupe : 177 000 \$
<i>Girard c. 2944-7828 Québec inc., 2003 CanLII 1067 (QC CS) Saguenay (Ville) c. Girard, 2004 CanLII 47875 (QC CA) Québec (Procureur général) c. Girard, 2004 CanLII 47874 (QC CA)</i>	Odeurs, bruit, poussière, lixiviat et vermine résultant de l'exploitation d'un site de dépôt de matériaux secs.	Accueillie en première instance : Appel accueilli en partie afin d'imputer une part plus grande de responsabilité aux exploitants.	Indemnités variant en fonction de zones entre 50,00 \$ et 800,00 \$ plus une indemnité additionnelle de 100,00 \$ ou 200,00 \$ pour la présence de vermine ou de rats.
<i>Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit train du Nord » c. Laurentides (Municipalité régionale de comté), 2004 CanLII 45407 (QC CS)</i>	Bruits et de l'achalandage occasionnés par le va-et-vient des motoneiges.	Accueillie en partie par la Cour supérieure N.B Une loi spéciale a été adoptée par la suite pour assurer l'immunité de poursuite des VHR sur certains sentiers	Indemnité de 1 200 \$ pour chacune des saisons hivernales à compter de 1997-1998 à 2003-2004 inclusivement.
<i>Comité d'environnement de Ville-Émard (C.E.V.E.) c. Domfer poudres métalliques Ltée., 2002 CanLII 627 (QC CS) Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE) c. Domfer Poudres métalliques ltée, 2006 QCCA 1394</i>	Bruit, odeurs et poussière résultant de l'exploitation d'une usine de production de poudre de fer et d'acier.	Demande rejetée en Première instance : Appel accueilli en partie.	Indemnité en fonction de zones entre 600 \$ et 750 \$ pour la zone rapprochée et de 600 \$, opus une indemnité de 500 \$.

Référence(s) jurisprudentielle(s)	Faits	Décision	Dommages octroyés
<i>Barrette c. Ciment du Saint-Laurent Inc.</i> , 2003 CanLII 36856 (QC CS) <i>Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette</i> , 2006 QCCA 1437 (CanLII) <i>Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette</i> , [2008] 3 RCS 392, 2008 CSC 64 (CanLII)	Bruit, odeurs et poussière résultant de l'exploitation d'une cimenterie.	Accueillie en première instance : Confirmé quant aux conclusions finales en Appel mais sur d'autres fondements Rétablis par la Cour suprême quant aux fondements retenus par la Cour supérieure	Indemnités selon des zones entre 2 500 \$ et 200 \$.
<i>Spieser c. Canada (Procureur général)</i> , 2012 QCCS 2801 (CanLII) Présentement en appel	Contamination de la nappe phréatique et les puits d'alimentation en eau de la ville de Shannon par des déversements allégués de TCE	Accueilli en Première instance que pour les inconvénients anormaux du voisinage en ne pouvant utiliser les puits d'alimentation en eau potable pour une certaine période Rejeté quant aux troubles de santé. Actuellement en Appel	Indemnités entre 12 000 \$ ou 15 000 \$
<i>Dicaire c. Chambly (Ville)</i> , 2005 CanLII 7818 (QC CS) <i>Dicaire c. Chambly (Ville de)</i> , 2008 QCCA 54 (CanLII)	Inondations suite à de fortes pluies	Rejeté en Première instance, les pluies ayant été considérées comme une force majeure Pourvoi en Appel rejeté.	N/A
<i>Roberge c. Sherbrooke (Ville de)</i> , 2001 CanLII 21165 (QC CS) <i>Roberge c. Sherbrooke (Ville)</i> , 2004 CanLII 22826 (QC CA)	Migration de biogaz provenant d'un site d'enfouissement	Accueilli en partie en Première instance : aux fins d'ordonner à l'intimée de respecter les dispositions du <i>Règlement sur les déchets solides</i> Appel accueilli en partie pour préciser l'ordonnance.	N/A

Référence(s) jurisprudentielle(s)	Faits	Décision	Dommages octroyés
<i>Nadon c. Montréal (Ville de)</i> , 2007 QCCS 150 (CanLII) <i>Nadon c. Montréal (Ville de)</i> , 2008 QCCA 2221 (CanLII)	Troubles et inconvénients subis en raison de l'effet nocif que le pollen, émis par les plants d'herbe à poux non éradiqués.	Rejeté en Première instance. Pourvoi en Appel rejeté La demande d'autorisation d'appel rejetée par la Cour suprême	N/A
<i>Ouimette c. Canada (Procureur général)</i> , 2000 CanLII 18058 (QC CS) <i>Ouimette c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CanLII 30452 (QC CA)	Érosion accélérée des berges par un barrage construit 100 ans auparavant.	Rejeté en Première instance : Pourvoi en Appel rejeté.	N/A

PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE CONTRE LES MENACES, LES REPRÉSAILLES ET LES POURSUITES-BÂILLONS L'EXPÉRIENCE CANADIENNE ET QUÉBÉCOISE

Paule HALLEY¹

Expression de la participation aux affaires publiques, la dénonciation des comportements répréhensibles à l'intérêt général est une pratique encouragée de longue date. Dès le VII^e siècle, le droit de pétition du droit anglais autorisait les sujets du roi à s'adresser à lui pour lui faire part des comportements fautifs d'autrui menaçant la paix du royaume. Avec le temps, les expressions pour désigner ces dénonciateurs ont évolué, en faveur de « tireurs d'alarme » ou « lanceurs d'alerte », et en anglais « *whistleblowers* ».

Les atteintes à l'environnement sont particulièrement propices à la dénonciation des actes et omissions répréhensibles. En effet, le droit de l'environnement à travers le principe de participation publique encourage chaque citoyen à participer à la protection et à l'amélioration de l'environnement en s'informant, en participant au processus décisionnel et en entreprenant des recours en justice². Aussi, la participation du public favorise une plus grande « visibilité » de certains projets de développement et conflits.

Toutefois, ceux qui tirent l'alarme risquent d'être victimes de menaces et de représailles³, de perdre leurs emplois, leurs chemises, voire la vie, comme en témoignent les décomptes annuels. Ainsi, en 2016, au moins 200 personnes ont été tuées à travers le monde pour avoir défendu l'environnement⁴. Il s'agit de l'année la plus meurtrière enregistrée pour les défenseurs de l'environnement.

Au Canada, le problème s'est avéré assez sérieux pour justifier l'adoption de lois fédérales et provinciales dans l'objectif de faciliter les signalements et protéger les lanceurs d'alerte contre les menaces et les représailles. Ce qui retient l'attention, c'est la portée plus ou moins étroite de ces lois qui n'ont pas été adoptées dans l'objectif de protéger tous les lanceurs d'alerte contre les représailles,

¹ Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement, Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec.

² Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, dans Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Doc. N.U. A/CONF.151/26 (vol. I) (12 août 1992), principe 10.

³ Pour des typologies de représailles, voir : Rodney SMITH et A. J. BROWN, « The good, the bad and the ugly: whistleblowing outcomes », dans A.J. BROWN, *Whistleblowing in the Australian Public Sector : Enhancing the theory and practice of internal witness management in public sector organisations*, Canberra, ANU Press, 2008, p. 127-131.

⁴ Global Witness, Defenders of the Earth. Global killings of land and environmental defenders in 2016, 13 July 2017, en ligne file:///C:/Users/pahal/Downloads/Defenders_of_the_earth_report.pdf (consulté le 30 mai 2019)

mais certains d'entre eux et dans certaines circonstances. Elles ont le plus souvent été adoptées ou modifiées en réaction à des événements particuliers ayant retenu l'attention du public, et demeurent fort peu inspirées d'une définition extensive des lanceurs d'alerte. Aussi, la protection législative qui leur est accordée s'est développée à petits pas et il y a encore place à amélioration. En effet, le public aurait tort de croire que les lanceurs d'alerte sont désormais libres de dévoiler publiquement des situations jugées graves.

I. La protection offerte par la loi aux lanceurs d'alerte

A. La confidentialité des témoins de contraventions à la législation environnementale

Au niveau fédéral canadien, c'est à l'occasion de la révision de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* en 1999, que le Parlement fédéral a introduit des dispositions particulières pour protéger l'identité des personnes qui divulguent des informations relatives à la perpétration d'une infraction à cette loi dont elles sont témoins⁵. La loi interdit également les représailles en milieu de travail dirigées contre ceux qui divulguent de bonne foi ces informations⁶.

Au niveau provincial, la législation environnementale québécoise n'accorde aucune protection particulière aux lanceurs d'alerte contre les représailles, à l'instar de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*. Bien que la législation environnementale québécoise ait été modifiée et révisée de manière importante depuis son adoption en 1972, c'est toujours par le biais d'une simple *Politique ministérielle sur le traitement des plaintes à caractère environnemental*⁷, adoptée en 2005, que le ministère de l'Environnement invite les particuliers à lui signaler toute activité qui leur semble nuire à l'environnement. Selon la Politique, les plaintes à caractère environnemental déposées par les citoyens représentent « un important moyen pour contrôler l'application de la législation environnementale et de protéger l'environnement ». Les informations mises à la disposition du public et le formulaire de plainte précisent qu'elle sera traitée rapidement (10 jours ouvrables), en toute confidentialité et qu'il est possible de conserver l'anonymat.

B. La protection de l'employé témoin d'actes répréhensibles : du devoir de loyauté à la liberté d'expression

L'idée d'associer les particuliers à la lutte contre les comportements illicites en matière d'environnement vise tout particulièrement les membres d'une organisation privée ou publique qui, de l'intérieur, sont dans une bonne position pour les détecter et fournir des informations. Toutefois, cette conduite heurte de plein fouet le devoir de loyauté des employés envers leur employeur et

⁵ Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33, art. 16, 96, 202, 213.

⁶ Les contraventions sont sanctionnées de manière pénale, Id., art. 272.

⁷ Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, Politique ministérielle sur le traitement des plaintes à caractère environnemental, 14 octobre 2005, en ligne <http://www.mddelcc.gouv.qc.ca/ministere/plaintes/politique-plainte-env.htm> (consulté le 30 mai 2019).

les expose à des représailles de leur part, dont le congédiement. Cherchant à concilier le devoir de loyauté et l'intérêt du public d'assurer la suppression des activités illicites, la protection législative offerte aux employés signalant ces activités, notamment le non-respect de la législation environnementale, s'est élargie dans la plupart des codes du travail à travers le pays⁸. Toutefois, le niveau de protection offert aux dénonciateurs varie beaucoup d'une loi à l'autre.

Au nombre des initiatives contemporaines du Parlement fédéral, mentionnons l'introduction, en 2004, d'une nouvelle infraction dans le *Code criminel* destinée à protéger contre les représailles ceux qui dénoncent des activités illicites en milieu de travail. Ainsi, commet une infraction l'employeur ou une personne en situation d'autorité qui prend des sanctions disciplinaires, rétrograde ou congédie un employé à titre de représailles ou afin qu'il s'abstienne de divulguer des informations relatives à une infraction à une loi fédérale ou provinciale⁹. Cette disposition ne protège pas les signalements faits à l'interne ou aux médias. Selon la Cour suprême du Canada, le texte de cet article fait ressortir explicitement sa portée restreinte, laquelle ne protège que les employés ayant fait une dénonciation auprès d'une « personne dont les attributions comportent le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale »¹⁰.

Dès l'année suivante, ces dispositions se sont révélées insuffisantes pour assurer la protection des fonctionnaires témoins d'actes répréhensibles dans le secteur public, où la divulgation présente souvent un intérêt général évident et requiert un encadrement juridique formel pour protéger l'identité à l'interne. À ce sujet, le rapport de la Commission d'enquête sur le programme des commandites et les activités publicitaires du gouvernement fédéral a révélé qu'un fonctionnaire a perdu son emploi après avoir tenté de dénoncer auprès de ses supérieurs des pratiques suspectes et exprimé ses doutes sur la gestion des fonds publics, alors que d'autres auraient hésité à déclarer ces pratiques douteuses, étant donné la possibilité réelle de représailles¹¹.

Ces constatations ont mené à l'adoption de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*¹². Son préambule énonce que « l'administration publique fédérale est une institution nationale essentielle au fonctionnement de la démocratie parlementaire canadienne » et que la « loi vise à atteindre l'équilibre entre ce devoir [de loyauté] et cette liberté [d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*] ». Signalons qu'avant son entrée en vigueur, elle a été modifiée afin d'en élargir la portée aux employés du secteur privé qui dénoncent des actes répréhensibles commis au sein de la fonction publique fédérale¹³.

8 Voir, par exemple, Loi sur les normes du travail, RLRQ, chapitre N-1.1, art. 122 al 1 para (7) et (11) (Québec) ; Loi sur les normes d'emploi, LN-B 1982, c E-7.2, art. 28 (Nouveau-Brunswick) ; The Saskatchewan Employment Act, SS 2013, c S-15.1, art. 2-42 (Saskatchewan).

9 Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve) L.C. 2004, ch. 3, art. 6 (devenu l'art. 425.1 du Code criminel, LRC 1985, ch. C 46). Celui qui commet l'infraction est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

10 Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, [2005] 3 R.C.S. 425, 2005 CSC 70, para 29 ; Anderson c. IMTT-Québec inc., 2013 CAF 90.

11 Commission d'enquête sur le programme des commandites et les activités publicitaires, *Qui est responsable ?*, Rapport factuel, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2005, p 210 à 212.

12 Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46. Elle est entrée en vigueur en avril 2007.

13 Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9, art. 215, introduisant l'art. 42.1.

Au niveau provincial¹⁴, le même phénomène des petits pas s'observe au Québec en matière de protection des lanceurs d'alerte. C'est également à la suite d'allégations de corruption qui éclaboussèrent le secteur public, que des initiatives ont été mises de l'avant, dont l'adoption de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* en 2011¹⁵. Elle a institué le poste de Commissaire à la lutte contre la corruption et mis sous sa responsabilité l'Unité permanente anticorruption. Un processus de signalement est établi auprès du Commissaire pour les actes répréhensibles « dans le secteur public ou relativement à la passation de contrats avec le secteur public » pour toute personne qui souhaite faire une dénonciation¹⁶.

La loi assure la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte et l'autorise à communiquer au Commissaire des informations confidentielles malgré les restrictions prévues par les lois du Québec, de même que toute obligation de loyauté pouvant le lier, notamment à l'égard de son employeur ou de son client, sauf pour le secret professionnel liant l'avocat ou le notaire à son client¹⁷. La loi interdit les mesures de représailles qu'elle sanctionne par des amendes¹⁸.

La même année et à l'issue d'une divulgation publique dénonçant la corruption, le gouvernement provincial a créé une autre commission pour examiner l'existence de possibles activités de collusion et de corruption dans l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, et de liens avec le financement des partis politiques. Dans son rapport, la Commission a mis en lumière la portée limitée de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, puisqu'elle ne vise qu'un secteur précis, celui des marchés publics, et qu'elle laisse le lanceur d'alerte sans protection lorsqu'il signale un problème réel d'ordre plus général et lorsqu'il s'adresse directement à un supérieur hiérarchique, à un collègue ou aux médias. La Commission a recommandé d'élargir la protection offerte aux lanceurs d'alerte en créant un régime général de protection qui assure :

- la protection de l'identité de tous les lanceurs d'alerte, peu importe l'instance à laquelle ils s'adressent ;
- l'accompagnement des lanceurs d'alerte dans leurs démarches ;
- un soutien financier, lorsque requis¹⁹.

En réponse à ce rapport et profitant de l'expérience fédérale, la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* a été adoptée l'année suivante²⁰. Elle n'encadre pas seulement la confidentialité des fonctionnaires, mais de toute personne qui a connaissance d'un acte répréhensible commis à l'égard d'un organisme public. En conséquence, la loi ne s'applique pas aux actes répréhensibles commis dans le secteur privé, notamment les banques, les firmes de génie-conseil, les entreprises de construction, les syndicats, etc.

14 Pour un autre exemple d'intervention provinciale, voir en Ontario la Charte des droits environnementaux de 1993, LO 1993, c 28, Partie VII « Représailles exercées par un employeur », art. 104 à 115.

15 Loi concernant la lutte contre la corruption, LQ 2011, c 17.

16 Id., art. 2 et 26.

17 Id., art. 27 et 31.

18 Id., art. 32 à 35.

19 Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, Rapport final de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, Tome 3, Montréal, 2015, p. 111.

20 Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, L.Q. 2016, c. 34, art. 1 : « La présente loi a pour objet de faciliter la divulgation dans l'intérêt public d'actes répréhensibles commis ou sur le point d'être commis à l'égard des organismes publics et d'établir un régime général de protection contre les représailles ».

Outre la contravention à une loi ou à un règlement provincial ou fédéral, la définition des actes répréhensibles met l'accent sur leur gravité : le manquement grave aux normes d'éthique et de déontologie, l'usage abusif de fonds publics, un cas grave de mauvaise gestion, ainsi qu'un agissement qui pourraient porter atteinte à la santé, à la sécurité ou à l'environnement en lien avec les activités des organismes publics²¹. Dès lors, la définition ne couvre pas tous les actes répréhensibles, tels que les mauvaises pratiques et les directives internes douteuses, et ceux qui les dénoncent ne sont pas protégés²².

C. Des divulgations publiques strictement encadrées

Au Canada, il peut être difficile pour un lanceur d'alerte de s'y retrouver face aux différentes lois fédérales et provinciales qui s'appliquent en matière de dénonciation et de protection contre les représailles illégales. Elles mettent en œuvre des mécanismes souvent compliqués de divulgation à respecter, à défaut de quoi le lanceur d'alerte ne sera pas protégé par la loi. Il est notable que les lois actuelles dictent et contrôlent la façon dont les divulgateurs sonnent l'alarme et les divulgations publiques y sont strictement encadrées. Depuis leur adoption, les contraintes imposées par ces procédures ont fait l'objet d'importantes critiques remettant en question leur efficacité.

C'est le cas de la *Loi fédérale sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*²³ qui met en place un dispositif complexe de divulgation interne et externe et des mécanismes distincts pour les plaintes de représailles. D'une part, elle prescrit l'adoption d'un code de conduite applicable à l'ensemble de la fonction publique fédérale et que chaque ministère et organisme fédéral doit se doter d'une procédure interne de divulgations²⁴. Le processus interne protège l'identité du divulgateur et la confidentialité de l'information recueillie²⁵. D'autre part, le fonctionnaire peut choisir de divulguer son information directement auprès du Commissaire à l'intégrité du secteur public²⁶. Si après enquête la divulgation concernant des actes répréhensibles est bien fondée, le Commissaire doit en faire rapport à l'administrateur général, de même qu'au Parlement, et l'auteur s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement²⁷. Enfin, le Commissaire entend et enquête sur les plaintes pour des représailles subies²⁸. À terme, il peut tenter d'obtenir une entente entre les parties, et à défaut, renvoyer l'affaire au tribunal indépendant de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.

21 Id., art. 4, 6 et 7.

22 Sylvie THERRIEN, une fonctionnaire fédérale, a perdu son emploi après avoir dénoncé les quotas à l'assurance-emploi, en 2013 : Steeve PARADIS, « Quotas de l'assurance-emploi : un système "odieux", dit Sylvie Therrien », *Le Soleil*, 7 décembre 2013 ; l'agronome Louis Robert, un fonctionnaire fédéral, a été congédié après avoir dévoilé à des médias des « documents accablants » démontrant l'ingérence du secteur privé dans la recherche publique sur l'utilisation des pesticides : Patrice BERGERON, « Onde de choc après un rapport sur l'affaire Louis Robert », *La Presse Canadienne*, 13 juin 2019.

23 *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, précité, note 11.

24 Id., art. 5.

25 Id., art. 12.

26 Id., art. 13.

27 Id., art. 26 (1) et 38 (3.1) (3.3).

28 Id., art. 19.1.

En vertu de la loi fédérale, les dénonciateurs et les victimes de représailles ne sont pas protégés s'ils ne suivent pas les directives prescrites dans la loi. Par exemple, en matière de divulgation publique, le divulgateur qui s'adresse aux médias s'expose à d'importantes difficultés, si sa situation ne répond pas aux exigences strictes prévues à la loi. En effet, l'article 16 dispose qu'un fonctionnaire peut faire une divulgation publique « s'il n'a pas suffisamment de temps pour la faire » à l'interne ou auprès du Commissaire « et qu'il a des motifs raisonnables de croire que l'acte ou l'omission qui est visé par la divulgation constitue, selon le cas : a) une infraction grave à une loi ; b) un risque imminent, grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement ».

Modifiée à huit occasions depuis son adoption, la protection offerte par cette loi est demeurée décevante²⁹. En 2017, le Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires de la Chambre des communes a réalisé le premier examen de la loi fédérale³⁰. Son rapport fait état de ses limites et failles. Des divulgateurs ayant témoigné devant le Comité ont déclaré qu'en se fondant sur leur expérience, ils recommanderaient à un fonctionnaire de s'abstenir de divulguer un acte répréhensible. Le processus d'enquête leur est apparu inéquitable, peu rigoureux et sans égard pour les dénonciateurs, entraînant des litiges inutiles et des délais inacceptables. Le rapport expose en détail les nombreux défis à relever et propose 15 recommandations visant à améliorer les objets et les processus de la loi. Deux ans plus tard, la loi n'a pas été modifiée pour donner suite à ces recommandations.

Au niveau provincial, la procédure de divulgation de la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics* s'avère plus simple que la procédure fédérale, mais les limites sont les mêmes. La loi exige que la divulgation soit faite dans le respect de règles particulières. Elle réserve le traitement des divulgations à une entité indépendante du gouvernement, à savoir le Protecteur du citoyen³¹, et prévoit que ce dernier met à la disposition de toute personne qui effectue ou souhaite effectuer une divulgation, un service de consultation juridique, de même qu'aux personnes qui collaborent aux vérifications ou aux enquêtes et celles qui s'estiment victimes de représailles³². Par ailleurs, les membres du personnel de l'organisme public concerné ont le choix de s'adresser au Protecteur du citoyen ou au responsable du suivi des divulgations au sein de leur organisme.

Le fait d'exercer des représailles contre une personne pour le motif qu'elle a fait une divulgation ou la menacer de représailles pour qu'elle s'abstienne de le faire constitue une infraction passible d'une amende importante³³. Si les représailles sont liées aux conditions d'un emploi, c'est la *Loi sur*

29 The Federal Accountability Initiative for Reform, *What's Wrong with Canada's Federal Whistleblower Legislation. An analysis of the Public Servants Disclosure Protection Act (PSDPA)*, Published by FAIR, Ottawa, April 2012 ; Rapport du vérificateur général du Canada en vertu de la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, avril 2014 ; Transparency international Australia, Whistleblower Protection Rules in G20 Countries : The Next Action Plan, June 2014.

30 Chambre des Communes, Rapport du Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires, Renforcer la protection de l'intérêt public dans la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, 42^e Législature, Première session, juin 2017.

31 Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, précité, note 19, art. 6 et 30.

32 Id., art. 26 et 32.

33 Id., art. 33.

les normes du travail qui s'applique³⁴. En vertu de cette dernière, l'employé dénonciateur bénéficiera d'une présomption, c'est-à-dire qu'il reviendra à l'employeur de fournir la preuve qu'il n'a pas cherché à punir son employé à cause de sa dénonciation.

En ce qui concerne la dénonciation publique, une seule exception est prévue dans la loi québécoise, mais les conditions sont plus strictes que celles prévues dans la loi fédérale³⁵. D'une part, l'acte répréhensible doit présenter « un risque grave pour la santé ou la sécurité d'une personne ou pour l'environnement » et la situation doit être suffisamment urgente pour que le dénonciateur ne puisse suivre la procédure prévue. D'autre part, pour bénéficier de la protection de la loi, le lanceur d'alerte doit communiquer avec un service de police ou le Commissaire à la lutte contre la corruption avant de faire une dénonciation publique ou à un média et sa dénonciation ne doit pas nuire aux mesures prises afin de contrer le risque pour la santé ou la sécurité d'une personne ou pour l'environnement. Ces exigences sont critiquées, en ce qu'elles sont plus exigeantes que ce que prévoit la jurisprudence et paraissent destinées à protéger davantage la fonction publique que les lanceurs d'alerte³⁶.

II. La protection des lanceurs d'alerte contre les poursuites-bâillons

Une poursuite-bâillon, mieux connue sous l'acronyme anglais SLAPP, pour « *strategic lawsuit against public participation* », désigne une poursuite judiciaire abusive entreprise dans le but d'entraver la mobilisation publique. La poursuite judiciaire est alors dirigée contre un individu ou une association militante ayant pris part au débat public, notamment sur une question touchant l'environnement, lui reprochant, le plus souvent, des écrits ou des propos diffamatoires rendus publics. L'objectif stratégique est de détourner leur attention et leur énergie vers le recours judiciaire, de les épuiser financièrement et ainsi réduire au silence les oppositions sociales et politiques.

De plus, le recours aux tribunaux représente un moyen de diminuer la publicité entourant certains enjeux et d'amener le débat dans une arène où il sera moins médiatisé de manière à soustraire de l'espace public la discussion sur certains enjeux, la mettant ainsi à l'abri des médias, d'où l'intérêt de certains acteurs de voir leurs conflits judiciairisés.

Au final, une modification du rapport de force s'opère. En effet, l'inégalité économique qui caractérise les rapports entre les groupes sociaux et le monde économique « se trouve paradoxalement réaffirmée par l'entremise d'une institution qui a pourtant vocation à remettre les parties en situation d'égalité (juridique) »³⁷. En définitive, on comprend qu'il s'agit d'une instrumentalisation de la justice. Aussi, la question que soulèvent les poursuites-bâillons est « de savoir à partir de quand cette « instrumentalisation » constitue un détournement des finalités de l'institution judiciaire »³⁸ et donc un abus de justice.

34 Loi sur les normes du travail, précité, note 7, art. 122 al 1 para (7) et (11).

35 Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, précité, note 19, art. 7.

36 Julie PERREAULT, « Mieux comprendre la loi sur les lanceurs d'alerte », *Le Journal du Barreau*, 1^{er} mai 2019, vol. 51 n^o 4, p.14 à 16.

37 R. A. MACDONALD, P. NOREAU et D. JUTRAS, Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP) : Rapport du comité au ministre de la Justice (Gouvernement du Québec), 15 mars, 2007, p. 7.

38 *Ibid.*

A. Des stratégies diversifiées pour contrer les poursuites-bâillons

Dans plusieurs États, les poursuites-bâillons sont devenues un problème suffisamment sérieux pour justifier l'adoption d'une loi pour les contrer. C'est le cas, par exemple, des États-Unis, où 28 États se sont dotés de pareille législation, de l'Australie, du Canada et de la France. Toutefois, les stratégies retenues varient beaucoup d'un État à l'autre, suivant les caractéristiques propres de chaque système juridique et la nature du problème à traiter. À titre d'exemple, des auteurs soulignent l'étendue très variée des situations protégées par les lois américaines :

« Ainsi, selon le cas, les législations adoptées visent limitativement à protéger le droit de pétition ou, de façon plus large, le droit à la liberté d'expression. Alors que, dans certains cas, la législation couvre restrictivement le droit des citoyens d'informer ou de chercher à influencer le gouvernement en particulier dans le cadre de consultations ou d'audiences publiques (*official or quasi-judicial proceeding*), dans d'autres États, la législation protège une plus grande diversité de formes d'expression publique : manifestations, lettres ouvertes, pétitions, etc. Alors que certaines de ces législations visent directement les activités publiques destinées à influencer les décisions gouvernementales, d'autres incluent toute forme de déclaration publique, qu'elle soit ou non destinée aux autorités gouvernementales. [...]»³⁹

D'un point de vue normatif, les lois canadiennes adoptées pour contrer les poursuites-bâillons se distinguent des lois américaines quant à leur fondement. En effet, elles reposent sur le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰ et également, au Québec, par la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁴¹. Bien que la Charte canadienne ne s'applique qu'aux institutions publiques fédérales et provinciales, la seconde s'applique également aux personnes physiques et morales.

En 2001, la Colombie-Britannique est devenue la première province canadienne à se doter temporairement d'une législation particulière pour contrer les poursuites-bâillons, à savoir la *Protection of Public Participation Act*⁴². Elle présentait l'inconvénient de limiter l'application des mesures anti-SLAPP aux situations où l'intention de limiter le droit à la participation publique est clairement démontrée. À l'issu d'un changement de gouvernement, elle a été abrogée la même année⁴³. Quant au nouveau gouvernement, il considérait que sa portée était trop large, ce qui risquait d'encombrer les tribunaux⁴⁴.

39 Id., p. 21. Voir également C. TOLLEFSON, « Strategic Lawsuits against Public Participation : Developing a Canadian Response », (1994), 73 R. du B. can. 200,

40 Loi constitutionnelle de 1982 (R-U), Partie I, art. 2 b), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

41 Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12, art. 3.

42 Protection of Public Participation Act, SBC 2001, c 19.

43 Miscellaneous Statutes Amendment Act, 2001 (SBC, 2001, C. 32).

44 « The Protection of Public Participation Act (ACT) would have caused delays in the court system, as it would have provided a mechanism for any defendant in a lawsuit dealing with any issue, to make an application under the Act. The Act was not intended for that purpose. The potential for delay and overloading on the court system was too great, so the Act was repealed in the Summer 2001 Legislative Session » cité

La seconde province à s'être dotée d'une loi particulière contre les poursuites-bâillons est le Québec, en 2009, et cela après que des cas pathétiques de poursuites abusives contre des citoyens et des associations de protection de l'environnement furent connus du grand public⁴⁵. Dans le reste du pays, il faut attendre 2015 pour voir une autre province faire de même. Il aura toutefois fallu quatre tentatives à l'Ontario pour arriver à l'adopter et à la mettre en œuvre en 2017⁴⁶.

B. L'expérience québécoise

Au Québec, c'est en 2005 que les poursuites-bâillons sont devenues un phénomène observable. Les premières causes visaient des particuliers et des associations qui dénonçaient le non-respect de la législation environnementale. Mettant en évidence l'insuffisance des règles du *Code de procédure civile* pour les contrer, ces précédents sont rapidement devenus préoccupants.

La première poursuite-bâillon ayant retenu l'attention est la poursuite en diffamation de 5 millions \$ entreprise par la compagnie American Iron and Metal contre deux associations et un certain nombre de citoyens. L'entreprise ripostait ainsi à l'injonction interlocutoire lui ordonnant de cesser la construction d'une déchiqueteuse de carcasses d'automobiles sur un ancien dépotoir sans avoir obtenu au préalable les autorisations requises par la législation environnementale⁴⁷. Pour dénoncer cette poursuite abusive, alerter l'opinion publique et financer le procès, les associations ont lancé la campagne *Citoyens taisez-vous* !⁴⁸

Par la suite, plus d'une douzaine de poursuites-bâillons ont été intentées contre des groupes et des individus et une mobilisation citoyenne a commencé à réclamer la protection de la loi pour mettre les citoyens à l'abri de ces poursuites. C'est dans ce contexte que le ministre de la Justice du Québec confiait à un comité d'experts indépendants, le mandat d'examiner l'opportunité d'adopter des mesures pour contrer les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique. Dans son rapport, le comité a souligné la portée limitée des dispositions du *Code de procédure civile* pour contrer dès le début des procédures les poursuites-bâillons, de même que pour fonder le rejet des actions abusives sur une atteinte au droit de participer aux affaires publiques lorsque les procédures initiées ne sont pas frivoles ou qu'elles s'appuient sur une base factuelle⁴⁹.

par R. A. MACDONALD, P. NOREAU et D. JUTRAS, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique — les poursuites-bâillons (SLAPP)*, précité, note 36, p. 42.

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

46 Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires, la Loi sur la diffamation et la Loi sur l'exercice des compétences légales afin de protéger l'expression sur les affaires d'intérêt public, L.O. 2015, Chapitre 23

47 En décembre 2007, le litige s'est soldé par une entente hors cour dont les termes n'ont pas été rendus publics. Pour un historique de cette affaire ayant mené à l'adoption d'une loi particulière sur les poursuites bâillons, voir Ligue des droits et libertés, Poursuites-bâillons (SLAPP), en ligne : <http://liguedesdroits.ca/?categorie=slapp> (consulté le 30 mai 2019).

48 Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), Actualités nationales, « Campagne de mobilisation contre les poursuites abusives. Plusieurs dizaines de groupes sociaux, centrales syndicales, partis politiques et artistes appuient deux groupes environnementaux poursuivis injustement. Citoyens, taisez-vous! », Montréal, 10 octobre 2006, en ligne : <https://ftq.qc.ca/actualites/campagne-de-mobilisation-contre-les-poursuites-abusives-plusieurs-dizaines-de-groupes-sociaux-centrales-syndicales-partis-politiques-et-artistes-appuient-deux-groupes-environnementaux-poursuivis-i/> Citoyens, taisez-vous! (consulté le 30 mai 2019).

49 R. A. MACDONALD, P. NOREAU and D. JUTRAS, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique — les poursuites-bâillons (SLAPP)*, précité, note 36, p. 57.

Le comité est arrivé à la conclusion que le phénomène des poursuites-bâillons représente une menace pour la démocratie participative et un détournement des finalités de la justice⁵⁰. Ces raisons sont apparues suffisamment importantes pour recommander au législateur d'intervenir de manière à dissuader ces pratiques, à protéger le droit à la liberté d'expression et d'opinion publique, à interrompre rapidement les poursuites-bâillons et à assurer l'accès à la justice⁵¹.

Parmi les voies législatives proposées par le comité, le législateur a choisi de modifier le *Code de procédure civile* (ci-après C.p.c.), dans l'objectif de préserver la cohérence d'ensemble des règles en la matière, en adoptant une loi dont le titre expressément consacré au phénomène des poursuites-bâillons aurait l'effet de lui assurer une visibilité suffisante pour inciter les tribunaux à l'appliquer vigoureusement. Entrée en vigueur le 4 juin 2009, la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*⁵² a ajouté au *Code de procédure civile* une nouvelle section composée d'un titre, d'un préambule et de six articles (art. 54.1 à 54.6).

C. De nouveaux pouvoirs judiciaires pour sanctionner les poursuites-bâillons

Nous verrons que les articles introduits en 2009 dans le C.p.c. ne visent pas exclusivement les poursuites-bâillons. Compte tenu des similitudes entre les différentes situations d'abus de procédure, le législateur a choisi de réunir et d'améliorer les règles antérieures en y ajoutant expressément l'abus ayant pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics⁵³.

Avant de présenter ces dispositions, soulignons que conformément à la loi de 2009, le ministre de la Justice était tenu, au plus tard le 1er octobre 2012, de présenter au gouvernement un rapport sur leur mise en œuvre par les tribunaux et de le déposer à l'Assemblée nationale⁵⁴. Dans la compilation réalisée, entre les mois de juin 2009 à avril 2012, le nombre de poursuites-bâillons se limite à neuf procédures, dont cinq ayant conclu à la présence d'une poursuite-bâillon ou d'une poursuite paraissant en être une⁵⁵. Selon les auteurs du rapport, « [c]e nombre peut s'expliquer par le fait que le recours aux poursuites-bâillons ne fait pas l'objet d'une pratique systématique au Québec »⁵⁶. Le rapport conclut que « [l]es nouvelles dispositions encadrent plus efficacement les situations d'abus » et que des modifications ont été apportées à ces dispositions à l'occasion du dépôt du *Projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* (maintenant, art. 51 à 56) en 2013 qui prennent en considération, notamment, les observations faites dans ce rapport⁵⁷.

50 Id., p. 76.

51 Ibid.

52 Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, précité, note 44. Rappelons qu'un premier Projet de loi, portant le même titre, a été déposé le 13 juin 2008 (Projet de loi n° 99), mais qu'il est mort au feuillet, le 5 novembre, à l'occasion de la convocation d'élections générales.

53 Vallières c. Gaudet, 2010 QCCS 952, para 18 : « Les articles 54.1 et suivants C.p.c. remplacent l'article 75.1 C.p.c., mais sont d'une portée beaucoup plus large et constituent un remède plus efficace pour empêcher le maintien d'une procédure abusive ou, si le rejet n'est pas prononcé, permettre au tribunal d'encadrer la procédure »; Fiducie Albert c. 9184-9919 Québec inc., 2010 QCCS 4052, para 16 : « Par ailleurs, la discrétion que les articles 54.1 à 54.6 C.p.c. accordent au Tribunal est plus générale que celle conférée par l'ancien article 75.1 C.p.c. [...] ».

54 Id., art. 7.

55 Ministère de la Justice, Rapport sur la mise en œuvre de la Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, Gouvernement du Québec, septembre 2013, p. 51 et 63. Toutefois, il ne s'agit pas d'une compilation exhaustive.

56 Id., p. 7.

57 Id., p. 63 et 64.

1. *L'interruption rapide des poursuites abusives et l'élargissement de la notion d'abus de procédure*

C'est l'article 51 C.p.c. qui établit le principe général selon lequel le tribunal peut, « à tout moment et même d'office, [...] déclarer qu'une demande en justice ou un acte de procédure est abusif et prononcer une sanction contre la partie qui agit de manière abusive ». Aussi, la demande peut être présentée à titre de moyen préliminaire dès le début des procédures. Effectivement, pour aider les victimes de poursuites-bâillons, il faut qu'elles puissent obtenir rapidement leur rejet, afin de leur éviter le stress de l'attente du procès et des frais de procédures. À ce sujet, le C.p.c. accorde une attention particulière aux poursuites-bâillons, en précisant que la demande est alors traitée de manière prioritaire⁵⁸. Par ailleurs, étant donné que le juge peut déclarer une procédure abusive « à tout moment », des personnes poursuivies plusieurs années avant l'entrée en vigueur de ces dispositions du C.p.c. ont pu soulever le caractère abusif de la poursuite-bâillon entreprise contre eux, et cela alors que leur dossier était prêt à procéder au fond⁵⁹.

Le second alinéa de l'article 51 décrit deux types d'abus : ceux qui résultent des procédures mal fondées et ceux résultant de la manière d'agir d'une partie. En plus, des demandes en justice et des actes de procédure manifestement mal fondés, frivoles ou dilatoires et des comportements vexatoires ou quérulents, il est ajouté que l'abus « peut aussi résulter de l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable ou de manière à nuire à autrui ou encore du détournement des fins de la justice, notamment si cela a pour effet de limiter la liberté d'expression d'autrui dans le contexte de débats publics ».

Selon la Cour d'appel, le terme « abus » utilisé à l'article 51 C.p.c. renvoie à « l'exagération », à « l'excès », à « la démesure » ou à « l'outrance »⁶⁰. L'usage des termes « peut aussi » signifie que les exemples d'abus retenus dans cette disposition ne sont pas limitatifs⁶¹. De plus, en précisant qu'une procédure est abusive lorsqu'elle « a pour effet » de limiter la liberté d'expression, plutôt que celle qui « vise à limiter la liberté », le législateur a cherché à alléger le fardeau de preuve de la victime d'une poursuite-bâillon en lui évitant d'avoir à prouver l'intention de nuire et de restreindre la liberté. Cette intention ne s'est pas traduite dans les décisions judiciaires subséquentes⁶². De manière à renverser la jurisprudence qui exigeait des indices de mauvaise foi, de témérité ou de légèreté blâmable pour conclure à un abus de procédure, l'article 51 du *Code de procédure civile* a été modifié de manière à énoncer expressément que « l'abus peut résulter, sans égard à l'intention de nuire, d'une demande en justice [...] ».

58 Article 52 al 3 C.p.c.

59 2332-4197 Québec inc. c. Galipeau, 2010 QCCS 3427, para 24 ; Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc., 2011 QCCS 4232, para 14 (requête pour permission d'en appeler suivie d'un règlement à l'amiable).

60 Paquette c. Laurier, 2011 QCCA 1228. Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de), 2014 QCCS 1094, para 24.

61 9176-1874 Québec inc. (FPG Construction) c. Dion, 2009 QCCS 2865, para 11. Voir également : Corriveau c. Canoe inc., 2010 QCCS 3396, para 125 ; Ouellet c. Pelletier, 2009 QCCQ 12271, para 75.

62 Acadia Subaru c. Michaud, 2011 QCCA 1037, para 78 « Effects cannot be the sole measure of abuse at the end of the day ».

Quant à la notion de « débat public », les tribunaux retiennent qu'il s'agit de débats mettant en cause des enjeux collectifs. La question « doit être soit de celles qui éveillent l'attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public parce qu'elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d'une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante »⁶³. Par conséquent, lorsque l'enjeu est purement privé, la poursuite judiciaire qui est engagée ne devient pas un débat public du seul fait que les médias en ont fait état et que les propos en cause dans une poursuite en diffamation sont alors connus d'un grand nombre de personnes⁶⁴. Dans cette logique, « [u]n débat rendu populaire par l'intervention d'une des parties n'est pas nécessairement un débat public au sens de l'article 54.1 C.p.c. »⁶⁵.

2. *L'identification des procédures-bâillons*

Suivant la liste des cas possibles d'abus des procédures judiciaires, une demande en justice peut paraître bien fondée en droit, mais néanmoins constituer une poursuite-bâillon en raison du comportement procédural du demandeur qui peut se manifester dans l'utilisation de la procédure de manière excessive ou déraisonnable. Par exemple, dans l'affaire *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, la Cour supérieure a qualifié le comportement procédural de l'entreprise minière comme étant en apparence « immodéré »⁶⁶. Il en résulte « la production d'une documentation monumentale », une preuve qui paraît « démesurée, voire outrancière » et « le caractère disproportionné » de l'action en justice : « Le fait de voir son recours accueilli au terme d'un procès ne justifie pas tous les comportements dans la conduite d'une instance judiciaire »⁶⁷. Dans une autre affaire, le tribunal a reconnu une utilisation excessive ou déraisonnable de la procédure au motif que le litige, qui n'aurait requis que trois ou quatre jours de procès, a donné lieu à un procès de neuf jours utilisés pour faire des preuves « inutiles »⁶⁸.

Concernant les montants réclamés, bien que les tribunaux répètent que le montant d'une réclamation ne peut à lui seul établir le caractère abusif des procédures⁶⁹, l'importance de la somme réclamée par rapport à la nature véritable du litige est fréquemment mise en évidence pour en illustrer le caractère manifestement abusif. Par exemple, dans *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, la réclamation de 150 000 \$ à titre de dommages pour diffamation, contre un résident ayant simplement questionné le mécanisme d'octroi des contrats de la ville où il réside, a été jugée comme étant « grossièrement exagérée » dans les circonstances⁷⁰. Dans l'affaire *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, l'entreprise minière poursuivait en diffamation pour un montant de 6 millions \$,

63 Ainsi, la Cour d'appel dans *Acadia Subaru c. Michaud*, précité, note 61, para 72 réfère à la définition retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Grant c. Torstar*, 2009 CSC 61, para 105, voir aussi para 106 : « Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence ».

64 *Loto-Québec (Société du jeu virtuel du Québec inc.) c. Poker Trail Management Inc.*, 2015 QCCS 1045, para 50.

65 *Id.*, para 60.

66 *Id.*, para 25.

67 *Id.*, para 23.

68 *Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de)*, 2018 QCCS 779, para 97, 98 et 104.

69 *3834310 Canada inc. c. Pétrolia inc.*, 2011 QCCS 4014, para 60 et ss ; *2332-4197 Québec inc. c. Galipeau*, précité, note 58, para 32 ; *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, précité, note 58, para. 25 ; *Gravel c. Lifesitenews.com (Canada)*, 2013 QCCS 36 ; *Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de)*, précité, note 59, para 74.

70 *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, 2010 QCCS 1734, para 18.

dont 5 millions \$ pour le préjudice matériel et moral et 1 million \$ en dommages-intérêts punitifs, les trois auteurs d'un ouvrage et la maison d'édition⁷¹. Bien que le tribunal ait souligné qu'à elle seule, une réclamation élevée ne suffit pas à conclure à abus de procédure, il y voit néanmoins « matière à inférer qu'au-delà du rétablissement de sa réputation, Barrick semble chercher à intimider les auteurs »⁷².

Dans une autre affaire, tant les faits que le montant de la réclamation de plus de 350 000 \$ pour des dommages moraux et exemplaires ont amené le tribunal à conclure au caractère abusif de la procédure entreprise⁷³. Dans l'affaire *2332-4197 Québec inc. c. Galipeau*, deux citoyens ont été poursuivis en diffamation pour un montant de 1,25 million \$, par les exploitants d'un site d'enfouissement, pour avoir dénoncé publiquement les odeurs nauséabondes en provenance du site. Selon le tribunal, la demande en justice « peut » constituer un abus en raison du montant de la réclamation et de la teneur des commentaires reprochés⁷⁴ :

Ceci dit, il ne faut pas être naïf. En soi, le fait d'instituer des procédures pour un montant très élevé contre des individus susceptibles d'être ruinés par une telle action en justice est certainement susceptible de les bâillonner et leur enlever le goût de s'exprimer publiquement.⁷⁵

Quant à l'importance du montant de la réclamation, dans *Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de)*, la Cour supérieure a fait une distinction entre un recours pour les pertes subies en raison de l'adoption d'un règlement municipal pour protéger les sources d'eau potable et « une réclamation en dommages punitifs ou exemplaires difficile à apprécier et qui peut, dans certains cas et à un stade préliminaire, être considérée comme exagérée ou introduite dans le but d'impressionner et déstabiliser l'autre partie »⁷⁶. Dans cette affaire, le montant réclamé de près de 1,5 million \$ dépassait largement les capacités financières de la petite municipalité, qui compte moins de 180 contribuables. La Cour a conclu qu'on ne peut exiger du demandeur qu'il « renonce à un recours en fonction du budget d'une municipalité parce qu'elle entreprend des activités sur un territoire comptant peu de citoyens et, en conséquence, aux ressources financières limitées »⁷⁷.

Cette dernière décision témoigne des difficultés à obtenir rapidement le rejet d'une poursuite abusive lorsque l'abus n'est pas des plus manifestes. La procédure en réclamation pour les pertes subies fut signifiée en août 2013 et la décision rejetant la requête en irrecevabilité de la municipalité a été rendue en mars 2014. C'est en 2018, lors du procès sur le fond de la réclamation, que les faiblesses des arguments à l'appui de la demande se sont révélées⁷⁸. En effet, au moment où Gastem introduit son recours, il n'avait pas d'intérêt juridique car il avait préalablement vendu ses droits à

71 *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, précité, note 58, para 24. Une transaction est intervenue entre les parties dans le dossier d'appel.

72 *Id.*, para 25.

73 *3834310 Canada inc. c. Pétrolia inc.*, précité, note 68, para 60.

74 *2332-4197 Québec inc. c. Galipeau*, précité, note 58, para 44 à 48.

75 *Id.*, para 33. Voir également *3834310 Canada inc. c. Pétrolia inc.*, précité, note 68, para 63 ; *Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de)*, précité, note 67, para 86 à 89.

76 *Gastem inc. c. Ristigouche-Partie-Sud-Est (Municipalité de)*, précité, note 59, para 77.

77 *Id.*, para 79.

78 *Gastem inc. c. Municipalité de Ristigouche-Partie-Sud-Est*, précité, note 67.

une autre entreprise en juillet 2013. De plus, la Cour retient qu'il a abusé de la procédure en raison des preuves inutiles présentées qui ont requis neuf jours d'audiences au lieu de trois ou quatre⁷⁹. Dans cette affaire, les dispositions pour contrer les poursuites-bâillons n'ont pas été efficaces pour obtenir un rejet rapide des procédures.

3. *Une procédure sommaire et un renversement du fardeau de la preuve*

Un des objectifs poursuivis étant de réduire le plus possible les effets négatifs des poursuites abusives sur les parties poursuivies, l'établissement d'une procédure sommaire et présentable rapidement au tribunal permet de réduire les effets négatifs, notamment d'éviter la tenue d'un long procès.

L'introduction en 2009 des dispositions pour contrer les poursuites-bâillons, a modifié le droit antérieur en réduisant le fardeau de preuve de la victime d'une poursuite abusive. En vertu de l'article 52 C.p.c., cette dernière n'est plus tenue de démontrer l'existence d'un abus, mais d'établir « sommairement que la demande en justice ou l'acte de procédure peut constituer un abus ». Le terme « sommairement » a été interprété par les tribunaux en leur retenant le sens ordinaire des mots, à savoir « brièvement, succinctement, promptement, sans les formalités de l'enquête et de l'instruction au fond »⁸⁰. Une fois l'abus de procédure établi sommairement, le fardeau de preuve revient alors au demandeur de démontrer que « son geste n'est pas exercé de manière excessive ou déraisonnable et se justifie en droit ».

Dans une des affaires recensées, les demandeurs ne se sont pas présentés devant le tribunal pour contester le rejet de leur action pour abus de procédure et n'ont donc pas présenté une preuve susceptible de renverser la présomption que leur action en justice est abusive. Dans ce contexte, le tribunal s'est dit « fondé de conclure que leur demande introductive d'instance est abusive »⁸¹.

À l'occasion de l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* en 2014, des modifications ont été apportées à l'article 52. Elles tiennent compte de certains commentaires exprimés par des représentants de la magistrature concernant l'utilisation trop fréquente de la requête pour abus de procédure donnant lieu à un procès dans le procès. Selon les commentaires recueillis, les nombreuses requêtes présentées nécessitent souvent une ou deux journées d'auditions et semblent se destiner à devenir une nouvelle étape dans l'instance. Bien que le législateur ait adopté cette disposition dans le but d'éviter la tenue d'un procès dans les causes qualifiées d'abusives, « c'est le phénomène inverse qui semble se produire »⁸². Depuis 2014, l'alinéa 2 de l'article 52 C.p.c. précise les modalités de présentation de la requête pour abus de procédure de la manière suivante :

La demande est présentée et contestée oralement, et le tribunal en décide sur le vu des actes de procédure et des pièces au dossier et, le cas échéant, de la transcription des interrogatoires préalables à l'instruction. Aucune autre preuve n'est présentée, à moins que le tribunal ne l'estime nécessaire.

⁷⁹ Id., para 104.

⁸⁰ Acadia Subaru c. Michaud, précité, note 61, para 67 et 68.

⁸¹ 2332-4197 Québec inc. c. Galipeau, précité, note 58, para 57.

⁸² Ministère de la Justice, Rapport sur la mise en œuvre de la Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics, précité, note 54, p. 61.

Toujours dans le but de rationaliser l'utilisation des requêtes en irrecevabilité, une autre modification apportée au *Code de procédure civile*, cette fois-ci à l'article 54, a introduit un nouveau cas d'abus de procédure, à savoir la demande pour faire déclarer un abus peut elle aussi constituer un abus de procédure.

4. *La sanction et la dissuasion des poursuites-bâillons*

Si les poursuites-bâillons sont une réalité, c'est parce qu'elles mettent en opposition des moyens financiers disproportionnés. C'est le cas, par exemple, des litiges opposant une grande société à un petit groupe de citoyens. Parmi les moyens qui peuvent être mis de l'avant pour contrer ce déséquilibre, à savoir l'extension des services d'aide juridique, l'établissement d'une assurance publique ou la constitution d'un fonds d'aide destiné à financer la défense des victimes potentielles de poursuites-bâillons, le législateur québécois a retenu l'imposition de provisions pour frais.

Les pouvoirs du juge ont été accrus de manière à lui fournir un large arsenal de sanctions possibles de nature procédurale et pécuniaire pour contrer les abus de la procédure. Les sanctions diffèrent selon que le juge a conclu à un cas d'abus ou à une « apparence d'abus »⁸³. Dans ce dernier cas, le juge ne peut pas rejeter l'action ou l'acte de procédure, mais il peut l'assujettir à des conditions particulières, suspendre l'instance, requérir des engagements ou une gestion particulière de l'instance. Il peut aussi rétablir le déséquilibre des ressources matérielles et financières des parties en ordonnant « de verser à l'autre partie, sous peine de rejet de la demande ou de l'acte, une provision pour frais de l'instance, si les circonstances le justifient et s'il constate que sans cette aide, cette partie risque de se retrouver dans une situation économique telle qu'elle ne pourrait faire valoir son point de vue valablement »⁸⁴. En vertu du principe de proportionnalité prévu à l'article 18 C.p.c., la sanction s'évalue suivant la gravité du manquement.

Dans la poursuite *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, compte tenu de l'apparente légitimité du recours entrepris, mais de l'apparence d'abus dans l'utilisation de la procédure judiciaire, « le tribunal, préoccupé par l'accès à la justice, constate que sans une provision pour les frais de l'instance, les auteurs risquent de se retrouver dans une situation économique telle qu'ils ne pourront faire valoir leur point de vue valablement »⁸⁵. La demanderesse est condamnée à verser aux défendeurs une provision pour frais de 143 191 \$ pour couvrir les 20 jours d'audience prévus pour le procès⁸⁶.

Par ailleurs, lorsque le tribunal conclut au caractère abusif d'une demande en justice ou d'un acte de procédure, il peut condamner l'auteur d'une poursuite-bâillon aux dépens, à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, notamment pour compenser les honoraires et débours

83 Article 53 al. 2 C.p.c.

84 *Ibid.*

85 *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété inc.*, précité, note 58, para 37.

86 *Id.*, para 40.

extrajudiciaires engagés et le condamner à des dommages-intérêts punitifs⁸⁷. Soulignons également que les administrateurs et les dirigeants de la personne morale qui ont participé à la décision peuvent être condamnés personnellement au paiement des dommages-intérêts⁸⁸, à la condition d’avoir été interpellés judiciairement.

Par exemple, dans l’affaire 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau*, le tribunal a conclu que la demande introductive d’instance était abusive pour le motif que le recours en diffamation pour un montant de 1,25 million \$ visait à faire taire deux citoyens et à les empêcher de s’exprimer relativement aux problèmes découlant de leur exploitation d’un dépôt de matériaux secs⁸⁹. Au final, les demandeurs ont été condamnés à payer plus de 92 000 \$ en dommages moraux et compensatoires (frais d’avocats et perte de revenus) et la somme de 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs⁹⁰. Dans *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, le demandeur a été condamné à la somme de 15 000 \$ à titre de dommages compensatoires afin de couvrir non pas la totalité, mais une partie des frais d’avocat encourus par le défendeur. Selon le tribunal, « les heures de travail dépassent de beaucoup le temps normalement requis pour une telle requête. Il serait injuste que la demanderesse assume la totalité de cette portion des honoraires »⁹¹.

Conclusion

La revue législative et jurisprudentielle réalisée sur la protection offerte par la loi aux lanceurs d’alerte au Canada nous permet de conclure que la loi a effectivement été utilisée pour introduire de nouvelles règles destinées à prévenir et à sanctionner les menaces et cas de représailles de même que les poursuites-bâillons. Bien qu’il convienne de saluer l’adoption de ces lois et qu’elles soient pour la plupart relativement récentes, il convient néanmoins de souligner que les objectifs de protection de la liberté d’expression et de dissuasion des atteintes à cette liberté ne sont pas pleinement atteints. D’une part, l’encadrement très strict des dénonciations publiques et l’existence de multiples et complexes mécanismes de dénonciation sont de nature à laisser les lanceurs d’alerte de bonne foi sans protection. D’autre part, bien que les dispositions du C.p.c. pour contrer les poursuites-bâillons aient donné des résultats positifs, les délais de rejet de ces poursuites peuvent être longs car les tribunaux font preuve d’une grande prudence avant de conclure au rejet d’une procédure judiciaire et l’effet dissuasif demeure insuffisant car d’autres cas se manifestent⁹². Il convient dès lors de rester vigilant et de suivre de près le développement de ces protections offertes par la loi afin de s’assurer qu’elles évoluent de manière à protéger efficacement les lanceurs d’alerte.

87 Article 54 C.p.c.

88 Article 56 C.p.c.

89 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau*, précité, note 58, para 57.

90 2332-4197 *Québec inc. c. Galipeau*, précité, note 58, para 104 : « Ceci dit, le Tribunal considère qu’un montant de 50 000 \$ à titre de dommages punitifs constitue en l’espèce le montant approprié dans le but de lancer clairement le message que l’utilisation des procédures judiciaires, de façon abusive, dans le but d’entraver le droit de parole et la liberté d’expression, doit être sanctionnée sévèrement et ne sera pas tolérée ».

91 *Constructions Infrabec inc. c. Drapeau*, précité, note 69, para 38.

92 La petite municipalité de Grenville-sur-la-Rouge a demandé à la Cour supérieure de rejeter et de déclarer abusive la poursuite de 96 millions de dollars intentée par la compagnie d’exploration minière, Canada Carbon. La somme représente près de 20 fois le budget annuel de la municipalité de 2800 habitants : Marie-Ève MAILLÉ, « Haro sur les poursuites-bâillons contre nos municipalités », *La Presse* +, 10 novembre 2018, en ligne http://plus.lapresse.ca/screens/95fbf389-9763-4476-a292-a11a652aeddff_7C___0.html (consulté le 30 mai 2019).

Par ailleurs, il faut reconnaître qu'il demeure difficile d'évaluer l'efficacité des normes de protection des lanceurs d'alerte et anti-SLAPP. D'une part, une partie du succès de ces mesures tient à leur effet préventif, c'est-à-dire au fait qu'elles sont dissuasives. Il peut s'en suivre que ceux qui sont tentés par des représailles ou des poursuites-bâillons décident de s'en abstenir. Ces mesures ont donc d'autant plus d'effet qu'on n'y recourt pas ; dans ce contexte, il serait plus difficile d'en trouver des traces dans la jurisprudence. D'autre part, les mêmes faits pourraient aussi nous inciter à conclure que la crainte de devenir victimes de représailles ou de poursuites-bâillons entraîne les citoyens et les groupes à s'abstenir de dénoncer publiquement les atteintes illicites à la qualité de l'environnement.

**LA JUSTICE ENVIRONNEMENTALE
ET L'INSTITUTIONNALISATION DU RECOURS ASSOCIATIF
DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION ENVIRONNEMENTALE AU JAPON**

Taiki KISHIMOTO¹
Hiroyuki OONUKE²

Introduction :
distinction entre contentieux subjectif et contentieux objectif
dans le cadre du code de contentieux administratif

Le code des tribunaux japonais vise en principe la protection des droits subjectifs. Selon cette logique, le code de contentieux administratif au Japon définit par l'article 3, le recours pour excès de pouvoir et par l'article 4, le recours de pleine juridiction. Le choix entre les deux types de recours dépend de la nature juridique de l'acte administratif en question. Le recours pour excès de pouvoir est motivé par des griefs contre l'exercice de puissance publique et composé de cinq types différents :

- recours en annulation,
- recours en déclaration de nullité,
- recours en déclaration d'illégalité du non-exercice du pouvoir,
- recours en injonction de puissance publique,
- et enfin, recours en injonction du non-exercice de puissance publique.

D'autre part, le recours de pleine juridiction est en principe destiné à contester la légalité d'une activité administrative autre qu'un exercice de puissance publique. Ce type de recours est censé être porté devant le juge sur la base d'un droit ou intérêt subjectif protégé par la loi du requérant. C'est pourquoi nous l'appelons contentieux subjectif. Le code de contentieux administrative possède par ailleurs des dispositions sur le contentieux objectif. Lequel est encore divisé en deux catégories : contentieux entre organes administratifs et action populaire. L'article 6 du code de contentieux administratif définit le contentieux entre organes administratifs comme celui entre organes de l'État ou de collectivités territoriales et qui portent sur un conflit autour du constat d'un pouvoir ou de

¹ Professeur à l'université de Hokkaido.

² Professeur à l'université de Chuo.

l'exercice de celui-ci. D'autre part, selon l'article 5 du code de contentieux administratif, l'action populaire peut être intentée sans être basée sur un intérêt subjectif protégé par la loi du requérant. Un exemple représentatif des lois qui autorisent explicitement de tels recours est donné par le code des collectivités territoriales. Ce code autorise les habitants d'une commune à engager un recours d'habitant, sur la base de leur statut d'habitant, contre des actes tels que dépenses illégales de fonds publics faites par leur collectivité. Il s'agit de maintenir ou contrôler la conformité aux lois des dépenses de fonds publics et non de protéger un intérêt subjectif protégé par la loi d'un habitant. C'est pourquoi l'action populaire est qualifiée d'objectif. Si de tels recours sont autorisés, c'est parce qu'une loi (en l'occurrence, le code des collectivités territoriales) reconnaisse aux habitants le droit d'intenter un procès sans être basés sur un intérêt subjectif protégé par la loi. En fait, peu de lois autorisent un contentieux objectif. Comme on vient de le voir, un individu dont un intérêt subjectif protégé par la loi est atteint ou risque de l'être par une activité administrative illégale peut engager un contentieux subjectif, soit le recours pour excès de pouvoir, soit le recours de pleine juridiction selon la nature juridique de l'activité administrative en question. Par contre, même lorsqu'il y a atteinte à un intérêt d'un individu en raison d'une activité administrative illégale, si cet intérêt n'est pas considéré comme un intérêt subjectif protégé par la loi, cet individu ne peut engager un recours tant qu'il n'existe pas de loi autorisant un contentieux objectif.

I. Absence du requérant qui a l'intérêt à agir

Dans le code de contentieux administrative, l'article 9 alinéa 1 définit l'intérêt à agir du requérant dans le cas d'un recours en annulation, qui est au centre du recours pour excès de pouvoir, lequel est je vous rappelle subjectif, et qui est recours subjectif. Selon cette disposition, un recours en annulation peut être engagé uniquement par un individu possédant un intérêt subjectif, protégé par la loi, à demander annulation. La question se pose alors de savoir ce que signifie concrètement l'expression "individu possédant un intérêt subjectif, protégé par la loi, à demander annulation" et comment juger cet intérêt. Sur ce point, la cour suprême du Japon a toujours reconnu, sur la base de cette disposition, un intérêt à agir dans un recours en annulation uniquement à celui qui voit atteint son intérêt subjectif protégé par une loi donnant une base juridique à l'exercice de puissance publique en question. Nous appelons cette jurisprudence doctrine de la norme de protection (équivalent japonais de *Schutznormtheorie* allemande). Selon cette jurisprudence, même si des individus sont liés en un certain sens à un intérêt lésé par une activité administrative illégale, tant que cet intérêt n'est pas un droit ou intérêt particulier – qui appartienne personnellement et de manière exclusive à ces individus, en d'autres termes, quand ledit intérêt est considéré comme intérêt collectif partagé de manière indivisible par un groupe, à l'instar de l'intérêt des consommateurs en général ou de l'intérêt de tous les habitants, alors, on ne reconnaît pas à un individu comme membre du groupe qui bénéficie de cet intérêt collectif l'intérêt à agir pour un recours subjectif. La question de savoir si un intérêt lésé par une activité administrative illégale appartient aux individus personnellement et de manière exclusive est d'une importance capitale dans la pratique des procès au Japon. C'est pourquoi au Japon, notamment dans le domaine du droit

de l'environnement ou de droit pour la protection des consommateurs, il se produit des situations d'absence de requérant qui a l'intérêt à agir. Car, les lois dans ces domaines ont été considérées comme ayant pour but la protection d'un intérêt général ou d'un intérêt collectif d'une multitude d'individus indéterminés. Voici une jurisprudence de la cour suprême considérée comme un cas typique.

A. Protection des consommateurs

Dans l'affaire *Jus de fruits/Association des femmes au foyers* (arrêt rendu le 14 mars 1971), la cour suprême n'a pas reconnu l'intérêt à agir d'un recours gracieux de cette association. Dans cette affaire, l'association avait engagé un recours gracieux contre un agrément fait par la commission anti-monopole d'une norme privée concernant l'affichage de boissons commercialisées car bien que cette norme privée fut de nature à induire les consommateurs en erreur pourtant ladite commission a agréé une modification de cette norme privée. La cour suprême rappelle dans son arrêt que la loi sur l'affichage des produits a pour but de protéger l'intérêt de l'ensemble des consommateurs (intérêt général), et que par conséquent, même si l'agrément en question était illégal, cela a porté atteinte à un intérêt général, et non pas à un intérêt particulier de l'association protégé par la loi (intérêt subjectif). Elle a ainsi refusé l'intérêt à agir pour l'association.

B. Législation sur l'action associative dans le domaine de la protection des consommateurs

La diète japonaise a instauré en 2007 la loi sur le contrat consommateurs, en 2013 la loi spéciale de procédures sur les contentieux de la part de consommateurs et ainsi autorisé partiellement l'action associative de la part de consommateurs.

En ce qui concerne l'action associative de consommateurs prévue par la loi spéciale de procédures sur les contentieux de la part de consommateurs, c'est une association de consommateurs agréée qui engage un procès de dommages-intérêts au nom de chacun des consommateurs pour les dommages matériels dont ces mêmes consommateurs ont été victimes en raison d'une activité économique illégale. Si l'intérêt protégé par ce procès est un intérêt collectif³ de nombreux consommateurs, il peut par nature appartenir foncièrement à chacun des consommateurs de manière exclusive. En d'autres termes, chacun des consommateurs peut théoriquement engager un procès demande de dommages-intérêts par soi-même individuellement. Par conséquent, l'association de consommateurs joue le rôle de porte-parole ou d'auxiliaire à chacun des consommateurs lésés. D'autre part, selon la loi sur le contrat consommateurs, une association de consommateurs agréée est maintenant en mesure d'engager un recours en suspension des activités économiques illégales désignées par la loi. Si, dans ce cas de figure, l'intérêt que l'association de consommateurs cherche à protéger est lié à chacun des consommateurs, il est avant tout un intérêt collectif de

³ Dans le cas présent, le mot « collectif » n'est pas l'adjectif de mot « collectivité ». Cela signifie un état de rassemblement de quelque chose.

l'ensemble des consommateurs et il n'appartient pas à des consommateurs personnellement et de manière exclusive (ou au moins n'est pas considéré comme tel pour l'instant). En ce sens, l'association de consommateurs agréés dans ce procès joue le rôle de porte-parole d'un intérêt collectif d'une multitude d'individus indéterminés ou de porte-parole d'un intérêt général

C. Domaine du droit de l'environnement

Il n'existe pas encore au Japon de loi autorisant une action associative dans le domaine du droit de l'environnement. Le dicton "pas de procès sans requérant" exprime très précisément la situation au Japon dans ce domaine.

1. *Nature de l'intérêt lésé : la vie, la santé, le corps*

Certes, dans son arrêt rendu le 17 fév. 1989 sur le contentieux "Aéroport de Niigata", la cour suprême a légèrement fait l'interprétation de la loi sur l'aviation civile et d'autres lois concernées, et reconnu l'intérêt à agir aux riverains de l'aéroport qui, du fait de cette proximité, peuvent subir un préjudice sur leur santé dû aux bruits des avions. Des riverains avaient engagé un recours en annulation de l'autorisation accordée à des compagnies aériennes pour faire des transports par des avions. Ainsi, quand l'intérêt lésé par l'activité administrative relève de la catégorie "droit ou intérêt appartenant à des individus personnellement et de manière exclusive", comme le droit ou l'intérêt concernant la vie, la santé ou le corps, la cour suprême a tendance à reconnaître la recevabilité de recours en annulation avec une certaine flexibilité aux requérants qui mettent en avant un préjudice pour ledit droit ou intérêt. Dans le cas de l'autorisation de construction du réacteur surgénérateur Monju, des riverains de cette installation nucléaire avaient engagé un recours en déclaration de nullité de cette autorisation. La cour suprême a reconnu l'intérêt à agir aux habitants vivant dans un périmètre où des dommages pouvaient survenir selon la notion communément admise dans la société (concrètement dans un rayon de 29 à 58 km du réacteur).

2. *Intérêt sur le plan de la nature, l'écosystème, le paysage ou la qualité de l'environnement de la vie quotidienne*

Par contre, quand un projet d'aménagement autorisé par l'administration est susceptible de détruire la nature, l'écosystème, le paysage historique ou culturel ou la qualité de l'environnement de la vie quotidienne, le tribunal ne reconnaît pratiquement jamais un intérêt à agir pour un recours en annulation aux riverains d'un tel projet. Car, la cour suprême s'appuie sur la doctrine de la norme de protection, comme je l'ai dit plus haut, et reconnaît l'intérêt à agir uniquement aux individus dont le droit ou l'intérêt personnel protégé par la loi est lésé. Or, selon la compréhension du tribunal, la protection de la nature, du paysage ou le bénéfice de l'environnement de la vie quotidienne de qualité ne sont pas fondamentalement un intérêt qui appartiendrait personnellement et de manière exclusive aux riverains, mais un intérêt général. Seul un contentieux

objectif peut combler cette lacune, et tant qu'il n'existe pas de loi spécifique reconnaissant un tel contentieux, il y a absence du requérant. Effectivement, dans le contentieux "*Ochotona hyperborea yesoensis*" (espèce de lapin vivant uniquement dans l'île de Hokkaido⁴), le tribunal de première instance de Sapporo (chef-lieu de Hokkaido) n'a pas reconnu l'intérêt à agir aux chercheurs, aux associations de protection de l'environnement et aux lapins eux-mêmes (arrêt rendu le 22 mai 2017). Dans ce dossier, ce sont les chercheurs, les associations de protection de l'environnement et lapins eux-mêmes qui ont engagé un recours en annulation de l'autorisation administrative accordée à la création d'une station de ski, qui allait détruire le biotope des lapins en question. Les chercheurs et les associations de protection de l'environnement ont affirmé que le projet allait détruire le biotope de cette espèce menacée d'extinction, et qu'il portait atteinte au droit des individus de jouir de l'environnement naturel de qualité. Bien sûr *Ochotona hyperborea yesoensis* ne peut pas parler japonais donc les chercheurs de *Ochotona hyperborea yesoensis* a fait un procès à sa place, le tribunal de première instance de Sapporo a rejeté la revendication de cette atteinte au droit cité.

II. Bilan provisoire

Comme vous l'avez compris, le système de contentieux administratif japonais ainsi que la gestion pratique des procès ressemblent fondamentalement à ceux de l'Allemagne. Interpréter de manière très rigoureuse l'intérêt protégé par la loi, reconnaître l'intérêt à agir dans un contentieux subjectif uniquement pour un intérêt qui appartient au point de vue légal aux individus personnellement et de manière exclusive et enfin considérer tous les autres types d'intérêt indistinctement comme intérêt général et les rejeter dans le domaine de contentieux objectif, voilà une doctrine qui n'est autre que celle de *Schutznormtheorie* allemande. Distinguer de manière extrêmement rigoureuse le droit ou intérêt personnel protégé par la loi appartenant personnellement et exclusivement aux individus d'un côté, et l'intérêt général ou l'intérêt collectif ne pouvant appartenir personnellement et exclusivement aux individus de l'autre côté, ensuite reconnaître la recevabilité d'un contentieux subjectif pour le premier cas, mais refuser la recevabilité d'un contentieux pour le deuxième cas, tant qu'une loi spécifique ne définit pas un contentieux objectif. Voilà la raison la plus importante pour laquelle il se produit une absence du requérant dans le domaine du droit de l'environnement au Japon. On y trouve une différence majeure par rapport à la France ou à l'Angleterre où les tribunaux ont reconnu l'intérêt à agir de manière relativement flexible afin d'assurer la conformité aux lois des activités administratives et le maintien strict de l'État du droit.

4 Il s'agit d'une espèce menacée d'extinction.

III. Nécessité de l'action associative dans le droit de l'environnement

A. Action associative de deux types à la France - juxtaposition d'action associative pour un intérêt collectif et de celle pour un intérêt général pur

Si l'on veut débloquer une telle situation au Japon, plusieurs choix se présentent. Première solution : le tribunal interprète les lois de manière flexible tout en restant soumis à la doctrine de la norme de protection et accepte avec la flexibilité maximale possible l'existence d'un intérêt personnel protégé par la loi. À ce moment-là, comme le prône le prof. Tadasu Watari, il me paraît important d'explorer la possibilité de protéger au maximum dans le cadre de contentieux subjectif non seulement le droit subjectif en d'autres termes l'intérêt personnel protégé par la loi au sens strict du terme, mais aussi l'intérêt collectif. Je vous rappelle que ce dernier est traditionnellement considéré en Allemagne et au Japon comme relevant fondamentalement de l'intérêt général, en ce sens qu'il est un intérêt appartenant de manière indivisible à un groupe d'intéressés délimités. Selon les travaux des profs Watari et Oonuki, en France quand une opération de réaménagement urbain porte atteinte au paysage urbain, le tribunal reconnaît l'intérêt à agir pour contester les opérations détruisant ce même paysage aux habitants et à ceux exerçant le commerce ou l'industrie dans la zone à aménager. J'attire votre attention surtout au fait qu'en France un individu peut même créer une association et engager l'action associative pour protéger son intérêt subjectif. Le prof. Watari appelle celle-ci action associative pour un intérêt collectif. Selon ses recherches, en France et ce depuis le début du ^{xx}e siècle, quand l'exercice de puissance publique ou une décision d'un projet fait naître des griefs par rapport à la finalité même de la création d'une association non-lucrative, cette association pouvait intenter un recours en annulation contre ledit exercice ou ladite décision portant atteinte à un intérêt relevant de la finalité de l'association en invoquant cette illégalité, sans qu'il y ait disposition d'une loi spécifique qui le permette. De plus en France, une association de protection de l'environnement agréée selon des critères légaux relativement souples, se voit accorder par des mesures législatives, 1) le droit de participer au processus d'élaboration de politiques publiques aussi bien de l'État que des collectivités territoriales, et 2) quand il y a crime en relation avec un ou plusieurs finalités de la création de l'association le droit de se constituer partie civile pour dommages-intérêts au moment du déclenchement de l'action publique par le parquet, ou même de déclencher un procès pénal à la place du parquet (action associative pour un intérêt général pur). Ces deux types d'action associative institués en France serviront de modèle utile, j'en suis convaincu, quand le Japon sera amené à concevoir un système d'action associative.

B. Action associative unifiée à l'allemande - action associative pour intérêt général

Cependant, compte tenu de la situation actuelle au Japon, où les juristes se sont imprégnés du mode de pensée à l'allemande, à tel point que les Allemands eux-mêmes en sont surpris, il est peu probable malheureusement que notre pays s'oriente vers une démarche à la France à savoir,

reconnaître à une association non-lucrative le droit de porter plainte pour la seule raison que l'exercice de puissance publique ou une décision d'un projet fait naître des griefs par rapport à la finalité même de la création de cette association, sans qu'il y ait disposition d'une loi spécifique qui le permette.

Quant à l'intérêt collectif dont parle M. Watari, il faut reconnaître que, s'il appartient à un groupe d'intéressés délimités spatialement ou en termes d'objectif, on ne peut pas dire qu'il soit un intérêt appartenant à ces intéressés personnellement et de manière exclusive. De ce point de vue, il est peu probable que le tribunal japonais, qui s'appuie sur une doctrine rigoureuse de la norme de protection, reconnaisse dans l'avenir l'intérêt à agir à un individu intéressé par cet intérêt collectif ou à une association créée par cet individu, sans qu'il y ait disposition d'une loi spécifique qui le permette. Si c'est bien le cas, la seule solution serait la suivante : traiter, comme en Allemagne, un intérêt qui n'appartient pas personnellement et de manière exclusive à un individu, y compris un intérêt collectif, dans le cadre de l'action associative pour un intérêt général dont parle le prof. Noriko Okubo ; mais puisque cette action associative pour un intérêt général est classée dans la catégorie des contentieux objectifs selon le système japonais des contentieux administratifs, il faut créer des lois spécifiques qui la permettent.

Pour conclure

Il n'existe pas pour le Japon de convention internationale promouvant l'introduction de l'action associative comme la Convention Aarhus. Cependant, ni le gouvernement japonais ni la diète japonaise ne nient la nécessité de l'action associative dans le domaine du droit de l'environnement. Par conséquent, il est tout à fait possible que dans l'avenir on vote une loi autorisant une action associative dans ce domaine au Japon, et ceci représente un des enjeux majeurs pour nous. À ce moment-là, se posera la question de savoir de quelle manière rédiger l'action associative dans le domaine du droit de l'environnement. La France, unanimement reconnue comme la patrie du droit administratif, a toujours apporté des points de vue extrêmement utiles pour la science du droit administrative au Japon dans de nombreux domaines. La théorie sur les contrats administratifs en est un exemple. C'est ainsi que nous sommes aussi très attentifs au sujet de l'action associative à instituer aux évolutions en France sur le plan législatif et sur celui des discussions théoriques. Faut-il aller dans le sens de la démarche français, à savoir reconnaître un intérêt à agir d'une manière souple à des individus intéressés même quand il s'agit d'un intérêt qui n'appartient pas personnellement de manière exclusive à ces individus et reconnaître le droit de porter plainte à une association tant que l'exercice de puissance publique ou une décision d'un projet fait naître des griefs par rapport à la finalité même de cette association sans qu'il y ait disposition d'une loi spécifique qui le permette ? Ou bien faut-il aller dans le sens de l'approche allemande, à savoir refuser l'intérêt à agir à un requérant d'engager un contentieux subjectif quand il s'agit d'un intérêt qui n'appartient pas personnellement de manière exclusive à des individus, mais prendre des mesures législatives particulières, afin de créer le droit de participer aux procédures administratives et corrélativement celui de porter plainte, uniquement pour des associations satisfaisant des critères légaux relativement stricts ?

Voilà un débat essentiel pour le Japon, qui ne possède pas encore un système de l'action associative dans le domaine du droit de l'environnement.

Pour que l'action associative puisse couvrir l'absence du requérant au Japon, Je pense qu'il vaut mieux établir l'action associative pour un intérêt collectif et l'action associative pour un intérêt général tous les deux et agréer la première selon des critères légaux relativement souples sans agréer les deux actions associatives selon des critères légaux rigoureux et uniformes.

Pour élaborer un système de l'action associative, il existe de nombreux points importants à discuter par exemple l'objet de l'examen et la méthode ou démarche de l'examen au procès. J'espère qu'il y aura une discussion significative.

DÉFENDRE L'ENVIRONNEMENT DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL QUELLE PROCÉDURE POUR SERVIR LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT ?

Laurence GAY¹

L'environnement est incontestablement devenu un objet important du droit constitutionnel. Les études de droit comparé confirment la tendance, née dans le sillage de la Conférence de Stockholm de 1972, à constitutionnaliser les préoccupations écologiques, fût-ce sous des formes et avec une ampleur très variables d'un pays à l'autre². En France, la Charte de l'environnement de 2004 a été voulue comme un texte ambitieux, permettant d'embrasser autant que possible les défis posés par la matière. Pourtant, la volonté de compléter notre Loi fondamentale de principes environnementaux plus précis est vivace. Le projet de loi constitutionnelle de mai 2018 faisait ainsi référence à l'action contre le changement climatique comme objet de compétence législative à l'article 34 de la Constitution³. Le texte a été modifié en juillet 2018 par les députés de façon à déplacer cette mention dans l'article 1^{er}, aux côtés notamment des caractéristiques essentielles de la République française, « indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Le nouveau projet de révision d'août 2019 se range à cette solution⁴. Malgré les incertitudes pesant sur son adoption, il illustre la volonté, largement portée par la société civile, de fixer les principes de la cause écologique dans la norme constitutionnelle, en tant qu'elle exprime les valeurs fondatrices du pacte social. Si le processus de constitutionnalisation de la matière environnementale semble désormais bien établi, le débat essentiel se porte alors sur ses effets et sa portée pratique. Or, qu'il s'agisse de la Charte de l'environnement française ou du droit comparé⁵, les écrits doctrinaux sur la question s'emploient à un bilan substantiel, bien

1 Chargée de recherches CNRS HDR, Directrice-adjointe de l'Institut Louis Favoreu-GERJC, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.

2 Pour un recensement des dispositions constitutionnelles environnementales, v. not. V. BARBÉ, « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », VII^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008, dactyl., 13 p. ; L. BURGORGUE-LARSEN, « La protection constitutionnelle de l'environnement en droit comparé », *Environnement*, n° 12, 2012, 59 p.

3 Article 2 du projet de loi constitutionnelle n° 911 pour une démocratie plus représentative, plus responsable et plus efficace déposé à l'Assemblée nationale le 9 mai 2018.

4 Projet de loi constitutionnelle n° 2203 pour un renouveau de la vie démocratique, déposé à l'Assemblée nationale le 29 août 2019. Selon l'article 1^{er} de ce projet, après la troisième phrase du premier alinéa, il est inséré la phrase suivante : « Elle favorise la préservation de l'environnement, la diversité biologique et l'action contre les changements climatiques ».

5 Pour une approche comparative en français, outre les articles cités en note 1, v. not. V. BARBÉ et F.-X. MILLET, « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *RTDH*, n° 78/2009, p. 467 et s. ; J. SOHNLE (dir.), *Le constitutionnalisme environnemental : quel impact sur les ordres juridiques ?*, actes du colloque de Nancy du 29 sept. 2017, Peter Lang AG (à paraître) ; M.-A. COHENDET (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement, regards croisés*, actes du colloque international des 6 et 7 mars 2018, Mare et Martin (2020) ; V. CHIU et A. LE QUINIO (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels, approche de droit comparé*, colloque du 7 juin 2019, Université Lyon III Jean Moulin (à paraître) ; Table ronde internationale de justice constitutionnelle de l'Institut Louis Favoreu-GERJC sur « Constitution et environnement », 6 et 7 septembre 2019, Aix-en-Provence (*AIJC* 2019, à paraître sept. 2020).

plus que procédural, de cette constitutionnalisation. Il semble qu'interroger la plus ou moins grande adaptation du procès constitutionnel à la protection de l'environnement constitue une démarche encore inédite⁶.

Sans doute le terme de procès ne vient-il pas spontanément à l'esprit s'agissant du juge constitutionnel tant il renvoie à l'idée d'un litige, d'un conflit entre parties, dont la résolution constitue l'objet du jugement. La confrontation objective de la loi à la Constitution ne répond pas à cette vision du litige entre parties. Le juge constitutionnel ne tranche (rait) pas (d'abord) entre les intérêts contradictoires de telle et telle personne mais il résout (drait) un conflit entre la constitution et une norme inférieure – loi ou traité principalement en ce qui concerne notre pays. Cette vision du contentieux constitutionnel, héritée de conceptions dépassées du recours pour excès de pouvoir, conceptions elles-mêmes fondées sur une opposition au procès civil élevé en paradigme du procès, est encore prégnante. Pourtant, il a été montré que « la logique du phénomène processuel qui réclame un affrontement entre les parties à savoir le heurt de deux prétentions opposées est [...] clairement identifiable »⁷ dans le contentieux de constitutionnalité. Procès constitutionnel il y a donc, lequel peut évidemment impliquer des intérêts environnementaux.

L'objet « environnement » est au demeurant présent de nombreuses manières dans le prétoire constitutionnel et il convient, s'agissant de la France, de ne pas réduire le contentieux constitutionnel environnemental à celui faisant application de la Charte de l'environnement. Les enjeux en la matière ont pu, dès avant l'entrée en vigueur de ce texte mais aussi postérieurement, être appréhendés par l'invocation par les requérants, et/ou l'application par le Conseil constitutionnel, de principes généraux, de droits ou de libertés issus d'autres éléments du bloc de constitutionnalité. Les normes invoquées peuvent aussi bien l'être – quitte à grossir le trait – en faveur de l'environnement qu'à son détriment : il peut s'agir pour les requérants de contester une loi *a priori* défavorable à l'environnement ou au contraire une loi qui lui est favorable. Bien que notre objet ne soit pas un bilan de fond de cette jurisprudence, il n'est sans doute pas inutile de donner ici quelques illustrations rendant le propos plus concret.

La protection de l'environnement a pu apparaître dans la jurisprudence constitutionnelle sous la forme d'une finalité poursuivie par le législateur. Des décisions de 2002 et 2003 font ainsi référence au « but d'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement »⁸ ; une autre de 2016 à « l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement »⁹. Des finalités spécifiques peuvent aussi être visées : il en va ainsi dans une espèce de 1985 de « la sauvegarde des sites et des milieux naturels »¹⁰, tandis qu'une autre de 2000 relève que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le texte déféré est « de renforcer

6 On ne trouve par exemple aucune contribution dédiée au juge constitutionnel dans les actes du colloque de la SFDE de 2015 : J. BÉTAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016, 389 p.

7 T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit public comparé et européen, 2010, p. 14.

8 Déc. n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, *Loi de finances 2003*, cons. n° 57 ; déc. n° 2003-488 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. n° 8.

9 Déc. n° 2016-737 DC du 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, § 39.

10 Déc. n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*, cons. n° 15.

la lutte contre l'effet de serre »¹¹. Dans cette première série d'hypothèses, la mesure à finalité protectrice de l'environnement est critiquée comme portant atteinte à des principes constitutionnels. L'impact de la décision juridictionnelle varie évidemment selon que la mesure est validée ou non. Quand elle l'est, l'arsenal législatif en faveur de l'environnement se trouve renforcé. Par exemple, dans la décision de 1985 précitée, le Conseil valide le pouvoir conféré à l'administration de s'opposer dans certains cas à une division de propriété quand elle est susceptible de compromettre gravement le caractère naturel des espaces, la qualité des paysages ou le maintien des équilibres biologiques. La disposition est jugée conforme tant au droit de propriété qu'au principe d'égalité¹². De même, dans la décision de 2016, l'interdiction d'utiliser des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives de la famille des néonicotinoïdes ainsi que des semences traitées avec ces produits est considérée comme ne portant pas d'atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Critiquant cette mesure, les parlementaires requérants se gardaient d'en invoquer le possible rattachement à la Charte de l'environnement. C'est donc spontanément que le juge constitutionnel se réfère, pour juger sa proportionnalité, aux objectifs qu'elle poursuit : celui de protection de la santé publique, qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle, mais aussi celui de protection de l'environnement, curieusement qualifié d'intérêt général plutôt que rattaché à la Charte^{13 14}.

Il arrive naturellement que la mesure législative favorable à l'environnement soit censurée en raison de l'atteinte portée à un droit, une liberté ou un principe constitutionnel. Dans la même décision de 2016 se prononçant sur l'interdiction des néonicotinoïdes, une autre disposition en faveur de la biodiversité est jugée porter atteinte à l'égalité¹⁵. Dans la décision de 2015 sur la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, plusieurs articles sont déclarés contraires au droit de propriété, à la garantie des droits, ou à la réserve de compétence législative¹⁶. Si l'action législative en faveur de l'environnement est alors entravée, on ne peut sans nuance inscrire de telles solutions au passif d'un juge constitutionnel qui serait par principe hostile à cette protection. C'est au cas par cas qu'il convient d'apprécier le bien-fondé de ces solutions, et du contrôle exercé pour y parvenir. On signalera seulement ici que ce contrôle est, à l'occasion, assez approfondi, comme en matière de fiscalité écologique. À deux reprises, une taxe sur les prospectus a été partiellement invalidée en raison des exemptions prévues. Il en a été de même en ce qui concerne la taxe carbone. Une première mouture de celle-ci avait été déclarée contraire au principe d'égalité devant l'impôt en 2000¹⁷, puis une seconde au principe d'égalité devant les charges publiques en 2009¹⁸. Malgré l'adoption de la Charte de l'environnement entre les deux décisions, le dispositif ne

11 Déc. n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. n° 35.

12 Déc. n° 85-189 DC préc., cons. n° 9 à 15.

13 Déc. n° 2016-737 DC du 4 août 2016 préc., cons. n° 39.

14 Après la rédaction de cet article et alors que le présent ouvrage était en composition, le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence sur ce point. En effet, dans une décision du 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel a cessé de considérer la protection de l'environnement comme un simple objectif d'intérêt général pour la qualifier d'objectif de valeur constitutionnelle. Il s'est plus précisément appuyé sur 4 des 7 alinéas du préambule de la Charte de l'environnement pour affirmer que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle » (Déc. n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, UIPP [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]).

15 *Id.*, cons. n° 17-25.

16 Déc. n° 2015-718 DC du 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*.

17 Déc. n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. n° 38.

18 Déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. n° 77-83.

ne passe pas le barrage du contrôle de constitutionnalité, qui porte ici de façon assez poussée sur sa cohérence interne. S'il conclut à une rupture d'égalité, le Conseil souligne aussi que l'ampleur des exemptions prévues rend les dispositions « contraires à l'objectif de lutte contre le changement climatique »¹⁹ : manière de dire que ce sont les modalités retenues qui posent problème, et non bien sûr l'objectif poursuivi qui peut se prévaloir d'un rattachement constitutionnel, *via* les articles 2, 3 et 4 de la Charte de l'environnement – qui sont cités.

Au titre du fond, on peut aussi citer des décisions du juge constitutionnel dans lesquelles l'enjeu environnemental reste implicite. Dans une décision de 1990, une disposition visant à étendre les exceptions à l'interdiction de constructions nouvelles autour de certains plans d'eau dans les zones de montagne est considérée comme un cavalier législatif²⁰. L'intérêt de l'affaire ne tient donc pas tant à la décision rendue, qui reste *a priori* sur le terrain de la procédure législative, qu'au débat suscité au sein de la juridiction constitutionnelle, débat alimenté par les « portes étroites » d'associations écologistes²¹. Au cours de la délibération, le Président Badinter suggère en effet qu'il y a là « l'occasion d'émettre des considérations sur le droit de l'environnement »²². Le secrétaire général est au contraire réticent, faute d'une disposition constitutionnelle explicite consacrant le droit à l'environnement ; il estime qu'il « faut faire un certain effort pour [le] trouver » dans le « droit à la santé proclamé dans le préambule de 1946 »²³. Sur l'insistance du Président, une incidente est adoptée dont la formulation est proposée par le secrétaire général : après la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article comme adopté selon une procédure irrégulière, il est ajouté « sans qu'il y ait lieu en l'état de s'interroger sur la conformité à la Constitution du contenu des dispositions dont s'agit »²⁴. Cette incidente n'est, de toute évidence, pas très explicite pour qui n'a pas connaissance de la délibération...

Quoi qu'il en soit, le principe de protection de la santé permettra lui aussi d'aborder des questions à l'intérêt environnemental tacite. Dans la décision sur la loi *Solidarité et renouvellement urbains* de 2000, le Conseil examinait ainsi une disposition sur l'exposition au bruit autour des aéroports au regard de ce principe. La protection de la santé est ici le support matériel d'un droit à l'environnement, comme peut l'être le droit au respect de la vie privée et familiale dans des affaires comparables devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il existe donc un contentieux environnemental en dehors de la Charte de l'environnement. En outre, dernier élément de complexité, l'invocation de celle-ci ne correspond pas nécessairement à une défense sans réserve des intérêts environnementaux. L'hypothèse est illustrée notamment par l'invocation, à plusieurs reprises, du principe de précaution de l'article 5 « à rebours », visant à mettre en cause non « l'insuffisance de précaution »,

19 Cons. n° 82.

20 Déc. n° 96-277 DC du 25 juillet 1990, *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*, cons. n° 24.

21 V. *infra* II, 1°.

22 Compte-rendu des délibérations du Conseil constitutionnel, séance du 25 juillet 1990, dactyl., p. 33 (consulté sur le site internet du Conseil constitutionnel : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1990-07-25.pdf#page=11&zoom=auto,-68,828)

23 *Ibid.*

24 Déc. n° 96-277 DC préc., cons. n° 24.

mais « son excès »²⁵. Le moyen n'a pas prospéré, ayant été déclaré inopérant²⁶, mais ces affaires incitent à apprécier avec nuance les solutions au fond dans le jugement de constitutionnalité des lois.

Bien que (ou parce que) le fond et la procédure entretiennent des liens étroits, c'est toutefois à un bilan de la seconde que l'on s'emploiera à procéder ici. Il s'agira d'éprouver les atouts éventuels comme les faiblesses du procès constitutionnel en tant qu'il implique des questions environnementales. Il va de soi qu'aucune règle spécifique ne gouverne la procédure applicable devant le Conseil constitutionnel en cas de dimension environnementale de l'affaire portée à sa connaissance, de telle sorte que notre étude s'appuiera nécessairement sur les données issues de l'étude du contentieux constitutionnel. À cet égard, on ne saurait manquer de rappeler une importante différence selon que le contrôle de constitutionnalité s'exerce *a priori*, ou *a posteriori* par le biais de la QPC. Dans le premier cas, une caractéristique marquante est l'absence presque complète de formalisation de la procédure. Selon l'article 63 de la Constitution, cette procédure est déterminée par la loi organique. L'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit l'intervention d'un rapporteur et ajoute que le Conseil peut compléter les règles qu'elle pose par un règlement intérieur²⁷. Ce règlement, on le sait, n'est jamais intervenu. Au contraire, lors de l'entrée en vigueur de la QPC, le choix a été fait d'organiser précisément une procédure contradictoire devant le Conseil constitutionnel. La nécessité de se conformer à la jurisprudence *Ruiz-Mateos c/Espagne* de la Cour européenne des droits de l'homme a fréquemment été invoquée. La loi organique sur la QPC a donc prévu que « les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations »²⁸, disposition mise en œuvre par le règlement de procédure adopté par le Conseil constitutionnel le 4 février 2010²⁹. Ce dernier texte a également réglementé les tierces interventions. L'on voit ainsi apparaître les différents acteurs du procès constitutionnel : parties, tiers au litige et juge lui-même. Pour les premiers, les voies d'accès à la Haute juridiction demeurent étroites. Pour les seconds, l'accès s'est libéralisé tout en donnant lieu à des pratiques contrastées entre contrôle *a priori* et QPC. Quant au Conseil, le constat doit être fait de moyens d'instruction limités, ce qui contraste avec l'importance des effets, *erga omnes*, de toutes les décisions rendues.

I. Les requérants/parties : saisir le Conseil constitutionnel

On peut apprécier la plus ou moins grande facilité d'accès au juge constitutionnel de deux points de vue : du point de vue global, compte tenu de l'ensemble des voies d'accès à ce juge d'une part, du point de vue particulier ou interne à chacune de ces voies d'accès ensuite.

Sur le premier point, les procédures par lesquelles le Conseil constitutionnel peut être amené à connaître d'un procès environnemental sont au nombre de deux : le contrôle de constitutionnalité *a*

25 M.-A. COHENDET et M. FLEURY, « Chronique de droit constitutionnel de l'environnement », *RJE*, 2018/4, vol. 43, p. 759.

26 Nous nous permettons de renvoyer aux explications de M.-A. COHENDET et M. FLEURY dans la référence ci-dessus, et aux autres contributions qui y sont citées, p. 759-760.

27 Art. 19 et 56 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

28 Art. 23-10 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, préc.

29 V. articles 1^{er} à 3 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

priori de certains actes (loi ordinaire, traité, voire loi organique et règlement des assemblées – ces deux derniers types d’actes étant toutefois, de par leur objet, peu susceptibles de concerner les questions environnementales), et la question prioritaire de constitutionnalité. Il n’y a pas lieu d’insister outre mesure sur le fait que, du point de vue comparatif, ces deux voies ne donnent lieu qu’à un contentieux modeste. Ce constat d’ordre global se vérifie en matière environnementale. Même si l’on a signalé que l’invocation de la Charte de l’environnement n’épuise pas le contentieux constitutionnel environnemental, les chiffres concernant ce texte en donnent néanmoins une idée. Or, depuis son entrée en vigueur en mars 2005, trente-cinq décisions s’y réfèrent³⁰. Douze de ces décisions ont porté sur le contrôle *a priori* de lois ordinaires et une sur le contrôle *a priori* d’un traité. Vingt-deux étaient donc des décisions QPC, procédure dont il faut rappeler qu’elle n’est entrée en vigueur qu’en mars 2010. À l’évidence, la QPC est pourvoyeuse d’un plus grand nombre de saisines du Conseil constitutionnel. Cela tend à confirmer que la procédure a répondu à un besoin d’ouverture du prétoire constitutionnel en direction de la société civile – à travers la figure du justiciable. Si le nombre de décisions rendues en France reste pourtant modeste, c’est que les modalités de saisine sont, dans les deux cas, restrictives.

Dans le cadre du contrôle *a priori*, on sait que les lois ordinaires et les traités ne peuvent être déférés au Conseil constitutionnel que par un nombre limité d’autorités constitutionnelles³¹. Une plus grande diversité peut être observée à l’étranger de ce point de vue³²; malgré l’élargissement opéré par la réforme de 1974 en direction de la minorité parlementaire, l’accès au juge par ce biais demeure étroit. En revanche, la saisine ne suscite pas de difficultés en ce qui concerne l’intérêt à agir, lequel peut au contraire constituer un obstacle à l’ouverture du procès environnemental devant d’autres juges. Et pour cause : l’intérêt à agir de ces requérants institutionnels est « présumé »³³ et n’a donc pas à être vérifié par le Conseil. Si l’on se réfère aux canons civilistes, on est moins ici dans le champ de l’intérêt à agir que dans celui de la qualité à agir, reconnue selon le code de procédure civile par la loi³⁴ mais qui l’est ici directement par la Constitution. Le caractère objectif du procès constitutionnel joue donc sur ce plan en faveur de l’ouverture du prétoire : les requérants défendant un intérêt général, celui au maintien de la légalité constitutionnelle, n’ont pas à démontrer un intérêt personnel au succès des prétentions développées dans la saisine.

Quant à la question prioritaire de constitutionnalité, elle a permis l’ouverture du contentieux constitutionnel à des parties issues de la société civile, personnes physiques ou morales. Parmi ces dernières, les associations de protection de l’environnement sont à l’origine de 9 des 22 QPC³⁵

30 Chiffre obtenu à partir d’une recherche experte sur le site du Conseil constitutionnel et arrêté au 15 septembre 2019.

31 Selon les articles 61 al. 2 C pour les lois ordinaires et 54 C pour les traités : Président de la République, Président du Sénat, Président de l’Assemblée nationale, Premier ministre, soixante députés ou soixante sénateurs.

32 Il existe des saisines par voie d’action par des représentants de collectivités territoriales ou fédérées, par l’*Ombudsman* ou son équivalent, ou encore par le procureur général de la République.

33 T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 81.

34 Selon l’article 31 du code de procédure civile, l’intérêt à agir est « un intérêt légitime au succès ou au rejet d’une prétention », qui ouvre alors le droit d’action, mais « sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d’agir aux seules personnes qu’elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

35 Déc. 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement* [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l’environnement]; déc. n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement* [Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l’environnement soumises à autorisation]; déc. n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, *Union Départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l’Environnement et autres* [Dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public]; déc. n° 2012-282 QPC du

invoquant la Charte à ce jour, avec une forte présence de *France nature environnement*. Compte tenu du caractère plutôt détaillé de la Charte, le nombre de décisions reste moins important que l'on aurait pu le penser. Spécificité du juge constitutionnel oblige, la raison n'est pas ici non plus à rechercher dans un quelconque intérêt à agir restrictif. Ce qui s'en rapproche le plus pourrait être présenté comme un intérêt à poser la question de constitutionnalité sur la disposition en cause, dans la mesure où elle doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites ; c'est, on le sait, une des trois conditions de renvoi du premier juge à sa Cour suprême puis de celle-ci au Conseil constitutionnel. Toutefois, cette condition, en tant qu'elle exige un lien entre litige *a quo* et question de constitutionnalité, est classique du point de vue comparatif. La formule française est même large³⁶ : dans le cadre des renvois incidents existant en Allemagne, en Belgique, en Espagne ou encore en Italie, les textes exigent plutôt que la réponse à la question de constitutionnalité *commande* ou *conditionne* l'issue du litige au fond³⁷. La souplesse du critère retenu par le législateur organique français est donc favorable à une plus grande ouverture de la QPC. Par ailleurs, toujours dans une perspective comparative, il y a lieu de relever un particularisme français plutôt favorable lui aussi aux requérants souhaitant soulever une QPC. Il tient à ce que cette possibilité a été conçue dans notre pays comme un *droit du justiciable*. Dans les autres pays européens, au contraire, le renvoi préjudiciel ayant été institué dans une perspective d'apurement de l'ordre juridique de ses inconstitutionnalités, c'est le juge *a quo* qui est son véritable maître d'œuvre ; il peut relever d'office la question de constitutionnalité de la loi et, si les parties aussi peuvent lui suggérer le renvoi, il en apprécie seul le bien-fondé, sans avoir à justifier un éventuel refus. Certes, en France comme dans ces pays, la question une fois renvoyée devant le juge constitutionnel ouvre un contentieux essentiellement objectif, et largement abstrait³⁸. Toutefois, il reste qu'en France, « le requérant justiciable a un droit subjectif à un recours incident objectif »³⁹ quand, dans les autres pays, il a au mieux la faculté de suggérer au juge le renvoi de la loi qu'il estime inconstitutionnelle.

23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre* [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité] ; déc. n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013, *Association « Ensemble pour la planète »* [Nouvelle-Calédonie – Autorisations de travaux de recherches minières] ; déc. n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres* [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie – Schéma régional éolien] ; déc. n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, *Association France Nature Environnement* [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale] ; déc. n° 2015-518 QPC du 2 février 2016, *Association Avenir Haute Durance et autres* [Traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité] ; déc. n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017, *Association Entre Seine et Brotonne et autre* [Action en démolition d'un ouvrage édifié conformément à un permis de construire]

36 V. cependant, à propos de la tendance à une interprétation restrictive de l'applicabilité au litige, comme sous-tendant un intérêt à contester la constitutionnalité de la loi, A. ROBLOT-TROIZIER, « Existe-t-il un intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité ? », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, actes du colloque organisé le 20 juin 2014 au Conseil constitutionnel par l'AJCP et l'ISJPS, LGDJ, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, coll. Grands colloques, 2016, p. 70 et s.

37 Nous nous permettons de renvoyer à notre contribution : « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014, p. 51 et s.

38 Nous entendons par là que, dans tous ces pays, le juge constitutionnel est saisi de la question de savoir si la disposition de loi déferée méconnaît d'une façon générale les normes constitutionnelles (les droits et libertés garantis par la Constitution en France) et non si elle méconnaît les droits du justiciable qui l'a soulevée en particulier (caractère objectif du contrôle). Il reste que, d'une Cour constitutionnelle à l'autre, les faits du litige à l'origine de la question peuvent exercer une influence plus ou moins grande sur la motivation de la décision comme sur la réponse apportée à la question (caractère concret ou abstrait du contrôle). Paradoxalement, c'est en France, où poser la QPC est un droit du justiciable pour la défense de ses droits et libertés constitutionnels, que cette influence du cas concret sur la décision constitutionnelle paraît, en l'état, la plus faible.

39 N. BELLOUBET, « L'intérêt à agir devant le Conseil constitutionnel », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *L'accès au juge : l'intérêt à agir*, op. cit., p. 48.

Ces éléments jouant en faveur de l'ouverture du prétoire constitutionnel sont pourtant largement contrebalancés par l'agencement procédural d'ensemble de la QPC, en particulier par le passage obligatoire de la question par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Les deux Cours suprêmes détiennent ainsi la clé du prétoire du Conseil constitutionnel. L'ouverture du mécanisme repose donc sur la pratique, voire la politique jurisprudentielle qu'elles adoptent. La QPC a en définitive été aménagée de façon à éviter un engorgement du Conseil, de telle sorte que ce dernier a pu absorber la réforme à effectifs et moyens constants ou presque. Présentée comme un outil de protection des droits et libertés de l'individu, garanti par le droit du justiciable de poser la question, la procédure française est néanmoins aménagée comme un renvoi incident dont le flot est régulé par l'important filtrage des Cours suprêmes. Le système se révèle très différent de celui prévalant dans les autres pays européens, où c'est le juge constitutionnel, saisi par n'importe quel juge *a quo*, qui régule le cas échéant l'accès à son prétoire⁴⁰. Ces particularités sont une des explications d'un nombre relativement limité de QPC dans le domaine environnemental, quand on aurait pu penser que la réforme de 2008/2010 créerait un véritable appel d'air en la matière.

Outre cette difficulté procédurale d'ordre général, une condition substantielle limite le champ possible des QPC environnementales : elle tient au fait que le justiciable doit invoquer l'atteinte à des « droits et libertés » garantis par la Constitution. À ce jour, le Conseil constitutionnel a considéré que formulaient bien de tels droits et libertés les articles 1^{er} à 4⁴¹ et l'article 7 de la Charte de l'environnement. En revanche, il a jugé que tel n'était pas le cas de l'article 6 et de l'ensemble des alinéas introductifs du texte⁴² ; par ailleurs, la question reste en suspens pour les articles 5 et 8 à 10⁴³. La délimitation des « droits et libertés » garantis par la Constitution est assurément délicate. Cependant, le Conseil constitutionnel a adopté à cet égard une démarche plutôt pragmatique et compréhensive. Un droit ou une liberté (au sens de la QPC) peut exister même quand la norme invoquée ne contient pas ces termes mais une formulation objective⁴⁴. Par ailleurs, la Haute juridiction a par exemple admis que le justiciable invoque l'incompétence négative du législateur – soit un grief formel – dans la mesure où cette incompétence affecte un droit ou une liberté garanti par la Constitution. Dans le même ordre d'idées, on pourrait considérer que la plupart des mesures ayant un impact environnemental sont susceptibles d'affecter le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé de l'article 1^{er} de la Charte qui, pour sa part, est applicable en QPC. Autrement dit, l'invocabilité de l'ensemble des dispositions de la Charte pourrait n'être « suspendue, dans le cadre des QPC, qu'à la

40 V. L. GAY, « Le double filtrage des QPC : une spécificité française en question ? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne », préc., p. 55-59.

41 Art. 1^{er} : droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ; art. 2 : devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ; obligation de vigilance environnementale déduite des articles 1^{er} et 2 ; art. 3 : prévention des atteintes à l'environnement et limitation de leurs conséquences ; art. 4 : devoir de réparation des dommages causés à l'environnement ; art. 7 : droits à l'information et à la participation en matière environnementale.

42 Art. 6 : principe du développement durable.

43 Art. 5 : principe de précaution ; art. 8 : « L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte » ; art. 9 : « La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement » ; art. 10 : « La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France ».

44 On peut penser à l'exigence constitutionnelle déduite de l'art. 4 DDHC selon laquelle « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; au principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs ou encore à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnue récemment sur le fondement des dixième et onzième alinéas du préambule constitutionnel de 1946.

démonstration par les requérants de l'incidence de la disposition invoquée sur le droit "garanti par la Constitution" reconnu à son article 1^{er} »⁴⁵. Encore faudrait-il que le Conseil constitutionnel veuille s'engager dans une telle interprétation. Quoi qu'il en soit de cette question de fond, le nombre de QPC environnementales reste modeste, la procédure n'ayant opéré qu'une ouverture limitée du prétoire constitutionnel aux justiciables. En revanche, elle a permis d'officialiser l'existence des tiers dans le procès constitutionnel – quand leur présence n'est encore qu'informellement admise dans le contrôle *a priori*. Cette question de la place des tiers se situe à l'interface entre la problématique de l'accès au juge et celle de l'expertise susceptible d'éclairer sa décision : défendant un intérêt, individuel ou collectif, à la déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité de la loi, le tiers est aussi souvent pourvoyeur d'informations sur les données de l'affaire à juger.

II. Les tiers : intervenir et informer

Qui sont les tiers au procès constitutionnel et dans quelle mesure peuvent-ils accéder à ce dernier ? Les tiers au procès le sont par rapport aux parties, étant entendu que cette notion présente elle-même des spécificités devant le juge constitutionnel, comme on l'a déjà souligné en introduction. Dans le contrôle *a priori* de la loi et des traités, on trouve d'un côté les requérants, autorités publiques qui défèrent le texte, d'un autre côté le Gouvernement chargé de le défendre. En QPC, outre les parties proprement dites au litige *a quo*, il faut compter de nouveau avec le Gouvernement défendant la loi, mais aussi avec les autorités avisées du renvoi par le Conseil constitutionnel et qui peuvent, si elles le souhaitent, produire des observations⁴⁶. L'intervenant est donc tiers à ces parties, l'intervention constituant, « selon une définition générale [...] l'instrument procédural par lequel un tiers, étranger au litige, peut être admis à y participer en assumant ainsi la qualité de partie »⁴⁷. En ce sens, il n'existe toujours pas de tiers intervenants dans le contrôle *a priori* des lois devant le Conseil constitutionnel, dès lors que les contributions extérieures qu'il reçoit dans ce cadre ne confèrent pas à leur (s) auteur (s) le statut de partie ; l'absence de formalisation de la procédure nuit aux garanties d'effectivité de l'accès au juge comme à la transparence de la procédure. Il en va très différemment dans le cadre de la QPC, où la tierce intervention a été admise selon des modalités qui, bien que plutôt ouvertes, demeurent controversées.

A. Les contributions extérieures dans le contrôle *a priori* : des documents hors procédure

Rappelons une nouvelle fois que les règles formelles posées pour la procédure *a priori* sont très peu nombreuses. Le délai d'un mois pour statuer est fixé par la Constitution. La loi organique sur le

45 M.-A. COHENDET et M. FLEURY, « Chronique de droit constitutionnel de l'environnement », *op. cit.*, p. 755.

46 Selon le 1^{er} al. de l'article 23-8, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel « avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat », qui peuvent lui adresser leurs observations. Selon le 2^e al. lorsque la QPC porte sur une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

47 A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit constitutionnel, 2018, p. 18, § 57.

Conseil prévoit, outre les formes des saisines, le rapport d'un de ses membres⁴⁸. La Haute juridiction n'a pas à ce jour complété cette loi par un règlement de procédure. Elle reçoit en pratique des contributions extérieures qui ont toutes les apparences de tierces interventions mais qui n'en sont pas, n'étant pas considérées comme des documents de procédure : le rapporteur qui conduit l'instruction est entièrement libre d'en tenir compte ou pas.

Ces contributions extérieures sont aussi appelées « portes étroites » depuis que le Doyen Vedel les a présentées sous cette expression dans un article de 1991⁴⁹. Dans le contexte du rejet du projet de révision constitutionnelle sur l'exception d'inconstitutionnalité, Vedel expliquait qu'il existe néanmoins « une porte étroite par laquelle les simples citoyens ou leurs groupements peuvent se faufiler [...] dans le prétoire du juge constitutionnel »⁵⁰. Le Conseil étant saisi, poursuivait-il, ces citoyens peuvent « essayer d'obtenir [qu'il] use de son pouvoir d'office pour censurer la ou les dispositions qui leur font grief »⁵¹. L'article mettait ici l'accent sur la contestation d'une disposition non critiquée par la saisine officielle, comme ce qui s'en approche le plus, mais les contributions extérieures peuvent aussi porter sur une disposition critiquée dans la saisine, qu'il s'agisse d'en contester la constitutionnalité ou au contraire d'en faire la défense. Dans tous les cas, concluait le Doyen Vedel, « le Conseil constitutionnel n'est pas tenu de statuer sur l'information qui lui est apportée, mais il peut en tirer parti dans l'instruction de l'affaire »⁵². On perçoit d'emblée les difficultés suscitées par une telle pratique, qui résident *a minima* dans le manque de transparence vis-à-vis de la société civile, voire dans une atteinte au contradictoire. Certes, si la porte étroite conduit le Conseil à envisager de soulever d'office une conclusion, il informera les parties de cette intention ; pour le reste, le statut du document reste totalement informel et l'absence, par définition, de critères de recevabilité pose question. L'article de Vedel signale l'influence exercée par la porte étroite de groupements écologistes dans la censure d'office (comme cavalier législatif) d'un article modifiant la protection des plans d'eau dans les zones de montagne en 1990 ; c'est à cette occasion que le Président Badinter suggérerait, sans être suivi, d'émettre des considérations sur le droit de l'environnement⁵³. Si l'issue est ici plutôt heureuse pour la protection de l'environnement, il reste que l'absence de réglementation laisse la porte ouverte aux soupçons d'influence induite de lobbies sur la Haute juridiction.

À ce titre, il est intéressant de lire, dans le compte rendu de la délibération sur la loi Évin de lutte contre le tabac et l'alcool de 1991, que le Président Badinter commence par souligner « la remarquable insistance des lobbies et l'énergie des consultants »⁵⁴ pour contester le texte. Le rapporteur signale pour sa part qu'il a reçu « deux mémoires qualifiés par leurs signataires de mémoires en intervention » de la part d'entreprises du secteur et qu'il propose de les déclarer irrecevables dès lors que la pratique de l'intervention n'existe pas devant le Conseil⁵⁵ ; ont en revanche été transmises à tous les membres du Conseil

48 Art. 19 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

49 G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La Vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, n° 2344, p. 1.

50 *Ibid.*

51 *Id.*, p. 14.

52 *Ibid.*

53 V. *supra* introduction.

54 Compte-rendu de la séance du 8 janvier 1991, dactyl., p. 4.

55 *Id.*, p. 10.

deux consultations de professeurs de droit, envoyées par les parlementaires à titre de complément de leur saisine, et une lettre des administrateurs de l'INSEE concernés par l'article 1^{er} du texte. Un débat s'ouvre alors sur l'opportunité d'une déclaration expresse d'irrecevabilité des mémoires des sociétés⁵⁶, question par laquelle il est répondu par la négative, la décision ne les mentionnant donc pas. La différence de statut entre ces documents d'une part, et les consultations de professeurs ainsi que la lettre d'employés de l'INSEE d'autre part, n'est pas évidente et on ressent donc un certain flou procédural.

C'est ce flou qui, à la faveur d'un intérêt nouveau pour la jurisprudence constitutionnelle à la suite de la réforme QPC, a conduit à une contestation grandissante de l'absence de réglementation de la pratique⁵⁷. La Haute juridiction a réagi par deux communiqués de presse successifs en 2017 et 2019. Le premier annonce que la liste des contributions reçues pour chaque décision DC sera mise en ligne sur son site internet en même temps que la décision elle-même⁵⁸. Le second communiqué fait savoir que le texte même des contributions sera désormais rendu public sur ce même site⁵⁹. Toutefois, le communiqué réitère l'affirmation selon laquelle les contributions extérieures ne sont pas des documents de procédure ; par conséquent, est-il écrit, « le Conseil constitutionnel ne sera, comme antérieurement, pas tenu d'y répondre ». Les contributions ne sont donc connues qu'*a posteriori*, elles ne constituent pas une voie d'accès des tiers au procès constitutionnel, ni ne sont incluses dans le contradictoire. Cette nouvelle concession apparaît donc, d'ores et déjà, très insuffisante.

En effet, cette question procédurale n'est pas indépendante de la légitimité au fond des décisions du juge constitutionnel. La récente décision de publier le texte même des contributions extérieures fait suite à une action en justice, ayant échoué au niveau interne, de la Fondation Les Amis de la Terre France. La Fondation avait demandé au Conseil constitutionnel d'adopter un règlement de procédure pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, afin notamment qu'il soit donné un cadre aux portes étroites ; en l'absence de réponse du juge constitutionnel, elle avait intenté un recours devant le Conseil d'État, rejeté sans surprise par celui-ci⁶⁰. Cette action faisait suite à un rapport très critique sur le lobbying auprès du Conseil constitutionnel mais aussi du Conseil d'État⁶¹ : la Fondation s'y faisait l'écho d'un nombre croissant de contributions extérieures provenant du monde économique et financier, qui se traduirait par une valorisation grandissante dans la jurisprudence constitutionnelle des droits et libertés des entreprises au détriment des politiques sociales et environnementales. Sans qu'il y ait lieu d'entrer ici dans le débat au fond, on voit que l'absence de formalisation de la procédure fait peser un soupçon de partialité sur les décisions du Conseil. La position de la Fondation reflète aussi un défaut de représentation, au sein de ce dernier, de tous les intérêts de la

56 V. p. 15-16 de la délibération.

57 V. not. T. PERROUD, *Le Conseil constitutionnel et les portes étroites*, blog *Jus politicum*, 16 mars 2017 (<http://blog.juspoliticum.com/2017/03/16/le-conseil-constitutionnel-et-les-portes-etroites/>); *contra*, en faveur du *statu quo*: D. DE BÉCHILLON, D. CONNIL, *Réflexions sur le statut des portes étroites devant le Conseil constitutionnel*, Rapport Club des juristes, Janvier 2017, 73 p. (<https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/02/Club-des-juristes-Notes-Portes-etroites-Fev-2017.pdf>)

58 Communiqué de presse du 23 février 2017 :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-sur-les-contributions-ext%C3%A9rieures>

59 Communiqué de presse du 24 mai 2019 :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/le-conseil-constitutionnel-rendra-desormais-publiques-les-contributions-ext%C3%A9rieures-qu-il-recoit>

60 CE, 11 avril 2019, n° 425063.

61 *Les Sages sous influence ? Le lobbying auprès du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, juin 2018, 22 p, sur internet : https://www.amisdela terre.org/IMG/pdf/les_sages_sous_influence_-_rapport_amis_de_la_terre_-_odm.pdf

société, notamment de ses composantes les moins favorisées. Or, la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle repose sans doute, de plus en plus, sur une participation équitable de tous à son processus délibératif, ce qui impose une transparence de ce processus⁶² qui n'est pas garanti par la publicité *a posteriori* du contenu des contributions publiques. Il en va très différemment à cet égard dans le cadre de la procédure de QPC, les tierces interventions étant non seulement admises, mais aussi libéralement réglementées, malgré certaines critiques.

B. Une pratique libérale mais contestée en matière de tierces interventions en QPC

Le règlement de procédure sur la QPC subordonne la recevabilité des tierces interventions à l'existence d'un *intérêt spécial* de leur auteur⁶³. Elles doivent parvenir au Conseil dans le délai qui a été donné aux parties (et autorités constitutionnelles avisées) pour produire leurs observations écrites. Le tiers admis à intervenir est traité comme une partie : ses observations sont versées à la procédure, il reçoit lui-même l'ensemble des pièces de cette procédure⁶⁴, et son représentant peut intervenir à l'audience⁶⁵. Ces règles n'existaient pas dans la version initiale du règlement, adoptée le 4 février 2010 par le Conseil constitutionnel. Elles y ont cependant été incluses assez vite, par décision du 21 juin 2011, face au développement de la pratique. L'institution de l'intervention est une ressource privilégiée des associations de protection de l'environnement, qui peuvent de la sorte faire entendre leur voix sur un contentieux intéressant leur objet social sans qu'elles l'aient nécessairement provoqué. On recense ainsi au moins sept décisions QPC avec tierce intervention de FNE, ou d'autres associations (lesquelles s'ajoutent aux neuf décisions QPC appliquant la Charte soulevées par de telles associations⁶⁶).

Malgré un usage assez large de la possibilité offerte par le règlement de procédure, le critère de recevabilité posé par ce dernier a été critiqué. Ainsi, dans le rapport parlementaire sur la QPC fait à l'Assemblée nationale en 2013, on pouvait lire que *France nature environnement* jugeait ce critère de l'intérêt spécial « trop restrictif, notamment en comparaison de l'intérêt à agir requis pour intervenir à l'appui des conclusions d'une partie devant le juge administratif (hors QPC). Cette exigence aurait pour effet d'écarter dans certains cas les observations de personnes morales défendant un intérêt collectif pourtant directement intéressées par la matière en cause »⁶⁷. En pratique, les règles posées par le règlement n'affectent pas tous les tiers intervenants de la même façon. L'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel avait, quand il occupait encore la fonction, proposé d'en distinguer

62 V. M.-C. PONTHEUREAU, « Principe de transparence et justice constitutionnelle. Observations comparatives », in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 529 et s.

63 Article 6 al. 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

64 Art. 6 al. 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

65 Art. 10 al. 2 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

66 V. *supra*, I.

67 Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur *La Question prioritaire de constitutionnalité*, présenté par Jean-Jacques Urvoas, Assemblée nationale, 27 mars 2013, p. 51.

trois catégories⁶⁸. Or, pour les deux premières, l'intérêt spécial ne fait pas office de barrière dès lors qu'elles défendent un intérêt individuel ou subjectif au maintien ou à l'abrogation de la loi : il s'agit de l'intervenant qui a posé une QPC identique à celle examinée mais qui n'avait pas ou pas encore été renvoyée au Conseil d'une part, de celui qui est un des seuls destinataires des dispositions de loi qui sont en cause d'autre part⁶⁹. En revanche, l'intérêt spécial est sujet à appréciation pour la troisième catégorie, celle de l'intervenant qui a « un intérêt très spécifique, souvent au niveau national, au maintien ou à l'abrogation de la loi »⁷⁰. Cette catégorie comprend des personnes morales, syndicats, associations, dont évidemment celles de défense de l'environnement.

La marge d'appréciation conférée au Conseil constitutionnel à leur égard s'est justement illustrée dans une QPC environnementale, celle sur la loi interdisant l'exploration et l'exploitation des gaz de schiste. Le juge y a admis l'intervention de *France nature environnement* et celle de *Greenpeace France*⁷¹. Les autres ont été rejetées ; elles émanaient de collectivités territoriales dont le territoire était potentiellement concerné par la recherche ou l'exploitation du gaz de schiste, de particuliers résidant dans des zones géographiques également concernées, et d'associations⁷². La difficulté réside en ce que le refus d'accepter l'intervention ne comporte aucune motivation – la décision se contente de mentionner que *FNE* et *Greenpeace France* justifient d'un intérêt spécial⁷³. Selon les témoignages, la décision de refus notifiée au candidat intervenant n'est pas non plus motivée. La doctrine en est alors réduite à spéculer sur le sens de ce refus, qui pourrait tenir ici au manque de représentativité nationale des interventions rejetées⁷⁴. Selon un membre du Conseil constitutionnel, le défaut d'« intérêt spécial » des collectivités tenait à ce que « les dispositions en cause ne portaient aucunement sur le financement de leurs politiques ou sur leur libre administration »⁷⁵. Cette explication ne pouvant valoir ni pour les personnes physiques, ni pour les associations locales, on peut penser que la raison déterminante du rejet dans leur cas est bien le caractère trop circonstancié de l'intérêt défendu.

Cependant, dans cette balance entre ouverture ou fermeture du procès constitutionnel aux tiers, il ne faut pas non plus que l'intérêt porté par l'intervenant soit trop large. Le critère de spécialité semble avoir ainsi été introduit pour éviter les interventions systématiques « des organismes ou associations qui se donnent pour objet de défendre l'ensemble des droits fondamentaux »⁷⁶, lesquels constituent l'objet même de la QPC. En effet, « l'admission de leur inter-

68 M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, à jour avril 2019, § 334.

69 Cette catégorie est évidemment la plus rare. Elle correspondait à la première intervention admise par le Conseil, hors tout fondement textuel, de la part d'un syndicat (Déc. n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres* [Représentativité des syndicats]) ; l'hypothèse s'est retrouvée avec la loi sur les jeux de hasard et l'intervention de la Française des jeux (Déc. n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres* [Prohibition des machines à sous])

70 M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », préc. § 334.

71 Déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC* [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – Abrogation des permis de recherches].

72 L'Association de défense de l'environnement et du patrimoine à Doué et aux communes environnantes, l'association Bien vivre dans le Gers et le Mouvement national de lutte pour l'environnement.

73 Déc. n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, préc., cons. n° 2.

74 O. MAMOUDY, « Précisions sur le régime de l'intervention volontaire et l'invocabilité de la Charte de l'environnement dans le cadre de la QPC », *Petites Affiches*, 19 déc. 2013, n° 253, p. 12.

75 N. BELLOUBET, « L'intérêt à agir devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 55. L'auteur ajoute : « Le rapporteur estimait que ces interventions étaient en quelque sorte superfétatoires, puisque favorables à la constitutionnalité de la mesure contestée, elles volaient au secours d'un État présumé incapable de se défendre efficacement devant le Conseil ».

76 G. CANIVET, Intervention au colloque sur « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *Revue de droit d'Assas*, octobre 2012, n° 6, p. 91.

vention leur donnerait la possibilité de s'introduire dans toutes les affaires renvoyées au Conseil constitutionnel »⁷⁷. En définitive, on voit donc se dessiner une ligne directrice de la pratique suivie par le Conseil, selon laquelle place est faite aux tiers qui ne défendent pas uniquement leur intérêt subjectif, mais avec des garde-fous pour ne pas être submergé d'interventions. Il reste critiquable que les refus d'intervention ne soient pas motivés, ce qui alimente une nouvelle fois un problème de légitimité procédurale des décisions du Conseil. Pour autant, la pratique suivie est-elle si restrictive ? Elle a été décrite comme telle, on l'a vu, par rapport à la situation devant le juge administratif mais les deux contentieux ne sont pas parfaitement comparables. D'une part, même en QPC, le délai laissé au Conseil constitutionnel pour statuer, trois mois, est extrêmement bref. D'autre part, et surtout, le risque d'encombrement « est encore accentué par les caractéristiques du procès constitutionnel dont l'une des particularités est de traiter de questions concernant la communauté nationale tout entière. Chaque citoyen aurait ainsi vocation à intervenir dans une instance où l'application de la norme fondamentale est en cause »⁷⁸. Cette dernière remarque invite à faire porter la comparaison, non sur les pratiques d'autres juges nationaux, mais sur celles d'autres juges constitutionnels.

Or, en Europe, une tendance à la relative fermeture du procès constitutionnel aux tiers peut être relevée, au moins dans le cadre des mécanismes de renvois incidents et préjudiciels comparables à la QPC. La tierce intervention est ainsi refusée par le Tribunal constitutionnel espagnol à l'occasion des questions d'inconstitutionnalité⁷⁹. Il en va de même au Portugal ou en Autriche⁸⁰, tandis qu'en Allemagne, des tiers experts peuvent être entendus mais à la demande de la Cour elle-même : il s'agit alors d'une mesure d'instruction diligentée par le juge, non d'un droit d'accès des tiers à celui-ci. La pratique de la Cour constitutionnelle italienne a pour sa part fluctué mais reste, en tout état de cause, plus restrictive que celle du Conseil constitutionnel⁸¹. En Belgique, en revanche, dans le cadre des questions préjudicielles, « toute personne justifiant d'un intérêt dans la cause devant la juridiction qui ordonne le renvoi peut adresser un mémoire à la Cour » ; elle sera alors « réputée partie au litige »⁸². Il s'agit néanmoins plutôt d'une exception, qui rapproche ce pays de la France. Au regard de ce bref bilan comparatif, on comprend que la professeure Tania Groppi ait pu estimer que le Conseil constitutionnel « a développé, à partir de l'introduction de la QPC, une extraordinaire ouverture aux sujets intervenants, qui font de l'expérience française une des plus intéressantes à ce jour, spécialement en ce qui concerne la participation au procès constitutionnel de porteurs d'intérêts diffus »⁸³. M^{me} Groppi rapproche

77 Ibid.

78 T. SANTOLINI, *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 320.

79 V. P. PASSAGLIA (dir.), « L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale », Servizio studi della Corte costituzionale, nov. 2018, p. 73 ; F. BAUER BRONSTRUP, « El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española », *Revista española de derecho constitucional*, 2016, p. 181 et s.

80 T. GROPPI, « Interventi dei terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giurisprudenza costituzionale in Italia », *Consulta Online*, 2019, fasc. 1, p. 130.

81 V. A.-M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, préc.

82 Article 87 § 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

83 T. GROPPI, « Interventi dei terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giurisprudenza costituzionale in Italia », op. cit., p. 131 (nous traduisons).

même l'expérience française de celle des États-Unis, le point commun aux deux pays étant selon elle une ouverture aux intervenants qui vient compenser « l'étroitesse des voies d'accès »⁸⁴ au juge constitutionnel.

Quelles que puissent être par ailleurs les différences entre les deux pays⁸⁵, il est vrai que les interventions de tiers porteurs d'intérêt collectif, comme les associations de défense de l'environnement, se rapprochent en réalité de l'institution des *amicus curiae*⁸⁶. La pratique développée devant le Conseil constitutionnel ne semble en définitive pas si fermée au regard du droit comparé. Soit le tiers défend un intérêt personnel et subjectif et son intervention devrait être recevable. Soit le tiers défend un intérêt collectif, plus diffus, et le critère de l'intérêt spécial régule l'accès au Conseil tout en permettant l'intervention des organismes dont l'objet social correspond vraiment à la question posée – le refus devrait cependant être motivé pour plus d'acceptabilité et de prévisibilité. Leurs observations peuvent alors être une aide à l'argumentation en apportant des faits et données sur le sujet en jeu. C'est d'autant plus précieux que les moyens d'expertise propres du Conseil constitutionnel sont, en l'état, encore peu développés.

III. Le Conseil constitutionnel : instruire et décider

On considère que la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la tradition du modèle inquisitoire : l'institution reste maîtresse dans la façon de la diriger et libre de rechercher des informations au-delà de celles fournies par les parties. Si la pratique en ce sens s'est développée à mesure de la transformation du Conseil constitutionnel, elle reste insuffisamment formalisée. Être éclairé sur l'ensemble des enjeux de l'affaire, y compris le cas échéant sur les conséquences de la décision, d'effet *erga omnes*, est pourtant un enjeu déterminant de la justice constitutionnelle, dont la particularité est d'exercer son office sur le produit de l'activité politique.

A. Instruction et recours à l'expertise

Selon la professeure Ponthoreau, la question des pouvoirs d'instruction « renvoie en réalité à plusieurs interrogations liées à la capacité du juge constitutionnel à connaître les éléments de fait et de droit pour résoudre un problème constitutionnel »⁸⁷. La référence aux éléments de fait ne devrait

⁸⁴ *Id.*, p. 132.

⁸⁵ La pratique américaine est incontestablement plus ouverte que celle du Conseil constitutionnel. C'est pourquoi la professeure Zoller a pu qualifier la condition de l'intérêt spécial subordonnant la recevabilité de la tierce intervention en France de « drastique » (É. ZOLLER, « L'influence des tiers dans le procès constitutionnel en droit français : une comparaison avec le droit des États-Unis », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS-LABATUT, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Les pouvoirs d'instruction et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, PUAM, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n° 6, p. 31. Cette appréciation est portée par comparaison avec le système applicable devant la Cour suprême des États-Unis mais aussi avec celui du Canada. L'auteure explique néanmoins qu'il existe deux modèles d'*amicus curiae* et que les « logiques propres au système français de contrôle de constitutionnalité de la loi » (*ibid.*) ne pouvaient que conduire le Conseil constitutionnel à rejeter le modèle de *common law*. Si l'on recentre la comparaison avec les juridictions constitutionnelles européennes, la pratique française est, en revanche, comme on l'a relevé, nettement libérale.

⁸⁶ V. en ce sens, A.-M. LECIS COCCO ORTU, « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, 2015/4, n° 104, p. 863.

⁸⁷ M.-C. PONTTHOREAU, « Quels pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles ? Observations comparatives », in X. MAGNON, P. ESPLUGAS-LABATUT, W. MASTOR, S. MOUTON (dir.), *Les pouvoirs d'instruction et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, *op. cit.*, p. 17.

plus étonner. Certes, la présentation du contrôle de constitutionnalité comme confrontation objective de norme à norme a, un temps, conduit à penser qu'aucun fait n'intervenait dans le raisonnement du juge chargé de ce contrôle. Cette vision des choses était illusoire et, même dans le cadre du contrôle *a priori*, des faits interviennent à différents titres dans l'appréciation de la constitutionnalité d'un texte⁸⁸. Il n'est pas utile par ailleurs d'insister sur le fait que l'application des normes environnementales est de celles qui nécessitent la maîtrise de données techniques et scientifiques complexes. On est ainsi amené à distinguer entre l'expertise juridique et l'expertise non juridique.

Quant à l'expertise proprement juridique, elle se situe d'abord dans les ressources internes à la juridiction. S'agissant du Conseil constitutionnel, l'instruction est menée par le juge rapporteur qui bénéficie de l'appui du secrétaire général et du service juridique. Ce dernier, peu nombreux, travaille indifféremment pour l'ensemble des rapporteurs, le Conseil n'ayant jamais institué d'assistants assignés à des juges, selon un modèle pourtant dominant ailleurs. Comme il a été largement rapporté dans des témoignages et décrit dans les manuels, l'instruction commence par la constitution d'un dossier, parfois même en anticipation de la saisine quand celle-ci est prévisible. Vient ensuite ce qui a été décrit comme un « point fort de la procédure d'instruction »⁸⁹, à savoir la réunion entre le rapporteur et le secrétariat général du Gouvernement. C'est à ce dernier qu'incombe d'assurer la défense du texte, en en éclairant la conception et le contenu, assisté de représentants des ministères intéressés. Le Secrétariat général du Gouvernement peut donc être une importante source d'informations en ce qui concerne notamment le contexte de la loi, les objectifs poursuivis par le législateur, l'ensemble normatif dans le cadre duquel elle s'insère *etc.* Comme il a été relevé, le SGG « est, tout à la fois, avocat de la loi et expert requis du Conseil constitutionnel »⁹⁰.

Quelles autres sources d'expertise sont-elles susceptibles d'être mobilisées ? Mme Ponthoreau a relevé que « trois types de pouvoirs sont formalisés dans les règlements intérieurs des cours constitutionnelles allemande, espagnole et italienne : d'abord, l'audition de témoins et d'experts, ensuite la demande d'assistance auprès de l'administration pour le recueil d'actes et de documents et enfin la demande d'assistance juridictionnelle auprès des juges ordinaires »⁹¹. Les deux dernières techniques ne semblent pas utilisées par le Conseil constitutionnel. En revanche, la pratique des auditions a cours de longue date dans le cadre du contrôle *a priori* et a été formalisée dans le cadre de la QPC par le règlement de procédure. Ce dernier prévoit en effet que, en cas de décision de recourir à une audition, les parties sont invitées à y assister puis se voient impartir un délai pour produire d'éventuelles observations⁹². Le contradictoire – mais non la publicité – de l'audition, s'applique donc dans le cadre de la QPC alors qu'il n'a pas droit de cité dans le contrôle *a priori*. On retrouve la même dissymétrie s'agissant d'une autre source majeure d'information, si ce n'est d'expertise, déjà évoquée :

88 V. J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2001, 442 p.

89 O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica, 1994, consulté sur internet : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf

90 D. RIBES, « Les experts au Palais Royal : la place de l'expertise dans le contrôle de constitutionnalité », *Droit de l'environnement*, n° 142, octobre 2006/8, n° Spécial Risques environnementaux et expertises, p. 281.

91 M.-C. PONTTHOREAU, « Quels pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles ? Observations comparatives », *op. cit.*, p. 19.

92 Art. 6 al. 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

celle des contributions extérieures et tierces interventions. Dans les deux cas, des exemples existent de l'utilisation de ces techniques dans des affaires environnementales, avec parfois une influence importante sur la décision rendue.

Pour ce qui est des auditions, par exemple, elles ont été largement utilisées entre 2007 et 2009 selon le secrétaire général alors en fonction, Marc Guillaume⁹³. Elles « permettent une ouverture du Conseil sur la société »⁹⁴. Sans surprise, l'environnement est un des domaines cités comme donnant lieu à ce type d'auditions par le rapporteur, avec le recours à « des spécialistes scientifiques ou juridiques »⁹⁵. Un type particulier d'audition est celui de représentants des parlementaires auteurs de la saisine dans le contrôle *a priori*. On en rencontre un exemple à l'occasion de la décision sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés de 2008⁹⁶. S'il s'agissait pour les parlementaires en cause d'étayer leur argumentation à l'encontre du texte, il n'en reste pas moins que leur audition orale a eu lieu devant le rapporteur, sans soumission au contradictoire. Elle a donc été rapprochée d'une démarche d'*amicus curiae*, avec une « finalité informative »⁹⁷. Plus récemment, l'examen du très controversé CETA a également donné lieu à des auditions⁹⁸.

Finalement, une source encore majeure d'informations semble résider dans les contributions et tierces interventions. Des exemples de l'influence exercée par ces sources d'information extérieures au Conseil – un mémoire du professeur Guy Carcassonne, et un autre d'une Fédération d'entreprises et d'un syndicat – sur des décisions rendues par lui dans le domaine de l'environnement ont été donnés dans un article de Virginie Massieu⁹⁹. Le mémoire du professeur Carcassonne concernait l'affaire qui a conduit à la censure de la première mouture de la taxe carbone¹⁰⁰ ; il a apparemment aidé le Conseil à constater que les différences de traitement établies par le texte étaient dénuées de rapport avec l'objectif poursuivi. Le second mémoire démontrait également une rupture d'égalité à laquelle se rangera le Conseil s'agissant de la taxe sur les prospectus¹⁰¹. À ce jour, il n'y a pas encore de contribution extérieure rendue publique qui concernerait l'environnement¹⁰². Cela ne saurait toutefois manquer d'arriver, compte tenu de la pratique suivie en QPC par les associations de protection de l'environnement, aussi bien que des contributions déposées en DC avant la décision du Conseil de mai dernier d'en rendre le contenu public¹⁰³.

93 M. GUILLAUME, « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 527.

94 *Ibid.*

95 G. CANIVET, Intervention au colloque sur « Experts et procédure : l'*amicus curiae* », *op. cit.*, p. 89.

96 Déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

97 V. MASSIEU, « L'audition par le Conseil constitutionnel de parlementaires saisissants », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 363.

98 Déc. n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*.

99 V. MASSIEU, « Les Amis du Conseil constitutionnel », in D. MAUS et A. ROUX (dir.), *Trente ans de saisine parlementaire*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 2006, p. 192.

100 Déc. n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, préc.

101 Décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*.

102 Les premières contributions extérieures rendues publiques concernent la décision 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'AN*.

103 Par exemple, contribution commune de la Fondation Nicolas Hulot pour l'homme et la nature, l'Institut Veblen et Foodwatch à propos de la décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017 sur l'AECG entre le Canada d'une part, et l'Union européenne et ses États membres d'autre part ; ou les contributions extérieures de *France nature environnement* lors de la décision 2018-772 DC du 15 novembre 2018 sur la loi ELAN et celle, plus récente, lors de la décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019 sur loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.

Ce recensement ne saurait prétendre à l'exhaustivité, compte tenu du caractère largement informel de ces pratiques et de l'absence de publicité des auditions, même en QPC. Que l'on pense aux débats suscités, à l'heure actuelle encore, par le traité CETA. Assurément, la décision rendue aurait sans doute gagné en motivation et en acceptabilité si les différentes contributions et auditions avaient été rendues publiques. On en revient alors à la question de la transparence, particulièrement dans celle de ses dimensions qui concerne « l'existence et l'organisation d'un débat public »¹⁰⁴. Cette exigence gagne en intensité avec le temps et peut seule asseoir la légitimité d'une justice dont « toute décision implique des enjeux politiques et juridique dépassant les requérants, appelant par là même la plus grande information sur les intérêts en jeu et leur représentation »¹⁰⁵. La remarque appelle enfin à s'intéresser à l'effet des décisions rendues.

B. La décision et ses effets

On sait que les décisions du Conseil ont un effet *erga omnes* aussi bien en DC qu'en QPC. Elles aboutissent donc à la déclaration d'inconstitutionnalité de la/des disposition (s) de loi, voire du texte dans son entier, ce qui fait obstacle à leur promulgation dans le cadre du contrôle *a priori*, et conduit à leur abrogation dans le cadre de la QPC. Cet effet *erga omnes* est favorable à une protection étendue des droits et intérêts qui étaient lésés par la loi inconstitutionnelle. Au demeurant, avant l'entrée en vigueur de la QPC, il avait été remarqué que l'abrogation de la disposition de loi déclarée inconstitutionnelle pourrait être un des avantages comparatifs de la procédure par rapport au contrôle de conventionnalité des lois. Cela la rend attractive en particulier pour les personnes morales qui poursuivent un intérêt collectif et souhaitent, au-delà d'un cas donné, mettre en cause le principe même d'une législation. En matière environnementale, cette idée est confirmée par le nombre de décisions QPC impliquant la Charte de l'environnement et ayant pour origine une question posée par une association de défense de l'environnement, soit 9 sur 22.

Malgré ce principe d'un effet *erga omnes* de la décision, sa portée immédiate peut varier en fonction de différents paramètres. Dans le cadre de la QPC, se pose ainsi la question de l'effet utile, c'est-à-dire du bénéfice par le justiciable à l'origine de la question posée de la déclaration d'inconstitutionnalité. Selon l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, la disposition déclarée inconstitutionnelle est en principe abrogée à compter de la date de publication de la décision ; il s'agit donc d'un effet *ex nunc*, sans caractère rétroactif. Le Conseil constitutionnel a toutefois rapidement posé que, « en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité » ; il ajoute en outre que « la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel »¹⁰⁶. Le principe reconnu par la Haute juridiction est donc celui de l'effet utile pour le justiciable à l'origine de la décision, ainsi qu'une rétroactivité procédurale plus générale de cette dernière. L'affirmation de l'effet utile était évidemment indispensable pour garantir l'intérêt de la QPC

104 M.-C. PONTTHOREAU, « Principe de transparence et justice constitutionnelle. Observations comparatives », *op. cit.*, p. 535.

105 *Ibid.*

106 Déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *M^{me} Marie Christine D.* et déc. n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.*

aux yeux des justiciables. En pratique, il est toutefois écarté dans un nombre non négligeable de cas, en particulier en raison de la modulation des effets dans le temps de la décision. Cette modulation est un autre facteur de variation de la portée d'une décision. Inaugurée de façon prétorienne à l'occasion de la décision *OGM* de 2008¹⁰⁷, la technique a été formellement reconnue par le constituant dans le cadre de la QPC. L'article 62 alinéa 2 précité permet en effet au Conseil de décider d'une prise d'effet de l'abrogation à une date ultérieure à sa décision. Il lui permet inversement de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Le bilan de l'application de ces différents principes à la matière environnementale se révèle contrasté. Il a pu arriver qu'ils jouent en faveur de la préservation de l'environnement, autant qu'à son détriment. De nouveau, l'absence de spécificité du contentieux constitutionnel lorsqu'est en jeu une question environnementale empêche toute conclusion d'ordre général quant à son adaptation à la matière. Cela conduit en définitive à souhaiter un certain nombre d'améliorations procédurales, de sorte que soient pleinement pesées et discutées les considérations environnementales dans la détermination des effets d'une décision. Avant d'exposer plus avant de telles propositions, quelques éléments de bilan. Le premier constat qui s'impose est que la matière environnementale est, à proportion du nombre de décisions rendues, très pourvoyeuse de censures. Si l'on s'en tient, par souci de simplicité, aux décisions impliquant directement la Charte de l'environnement, on relève dix décisions de censure (sur les trente-cinq¹⁰⁸ mentionnant ce texte), dont la première était la décision *OGM* de 2008. La disposition en cause prévoyait que les exploitants d'OGM, ou demandeurs d'autorisation d'une exploitation, verraient la confidentialité des informations fournies à l'administration garantie, à l'exception des informations qui ne pourraient demeurer confidentielles et dont la liste serait fixée par décret en Conseil d'État. Autrement dit, la loi renvoyait au pouvoir réglementaire la détermination des informations pouvant être communiquées au public, ce qui mettait en cause le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques, consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement qui renvoie aux « conditions » et « limites » définies par la loi, mais aussi la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, ainsi que le principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil constitutionnel juge que, « eu égard à l'atteinte aux secrets protégés »¹⁰⁹, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence. Il conclut donc à une incompétence négative qui affecte les conditions d'exercice des différents droits et libertés constitutionnels en jeu, dont le droit à l'information. La loi déférée ayant toutefois pour objet de transposer une directive communautaire, laquelle exigeait que soit fixée la liste des informations ne pouvant demeurer confidentielles, le Conseil avait décidé de reporter l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} janvier de l'année suivante, afin de laisser le temps au législateur de la corriger¹¹⁰. Cette première censure avec effet différé, intervenue dans le cadre du contrôle *a priori*, préfigurait largement les suivantes, toutes intervenues en revanche dans le cadre de la QPC.

107 Déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, préc. ; v. la présentation de cette décision *infra*.

108 Rappelons que ce chiffre a été arrêté au 15 septembre 2019.

109 Déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, préc., cons. n° 57.

110 Cons. n° 58.

Nous avons en effet recensé neuf décisions QPC d'inconstitutionnalité, constatant toutes une incompetence négative du législateur dans la détermination des conditions d'exercice du droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, consacré comme le droit à l'information par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Sept des neuf décisions en cause reportent l'effet de l'abrogation à une date ultérieure¹¹¹ ; les deux autres décisions concernent des cas dans lesquels l'inconstitutionnalité a pris fin en raison de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions de loi¹¹². En outre, reportant l'effet dans le temps de l'abrogation, le Conseil constitutionnel ne prend pas soin de préserver l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité pour l'auteur de la question ; à quatre reprises, il précise au contraire que les décisions prises antérieurement à cette abrogation ne pourront être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Il est ainsi fait obstacle à tout effet utile et toute rétroactivité procédurale de la décision de censure. Il apparaît donc en définitive que, malgré un nombre important de censures, le bilan de ce contentieux reste en réalité limité. Il l'est au fond, aucune atteinte substantielle à la Charte n'ayant été relevée, seul étant en cause le défaut d'exercice de sa compétence par le législateur ; il l'est sur la forme, les décisions ayant été majoritairement privées d'effet utile, et plus généralement de portée concrète dans l'attente de l'intervention législative destinée à corriger l'incompétence négative constatée.

Pour conclure sur cette question des effets dans le temps des décisions, assurément l'une des plus complexes du procès constitutionnel, on rappellera que les justifications d'une modulation dans le temps de ces effets sont très variées. Si un report de l'abrogation, en général assorti d'une négation – explicite ou pas – de l'effet utile, est défavorable aux justiciables ayant un contentieux en cours puisqu'ils ne pourront se prévaloir de l'inconstitutionnalité constatée, il n'est pas nécessairement défavorable à la protection de l'environnement, même quand une violation de la Charte a été constatée. Ainsi, dans une décision de 2012 concluant à une incompetence négative affectant l'exercice du droit à participation, le Conseil relève néanmoins que « l'abrogation immédiate des dispositions déclarées contraires à la Constitution aurait pour seul effet de faire disparaître les dispositions permettant l'information du public sans satisfaire aux exigences du principe de participation de ce dernier »¹¹³ ; c'est donc en vue de préserver des dispositions favorables à l'environnement, bien qu'incomplètes, que la date de l'abrogation est en l'espèce reportée. Plus souvent, toutefois, la Haute juridiction recourt à des justifications stéréotypées, et par conséquent peu explicites, dont l'archétype est celle des « conséquences manifestement excessives »¹¹⁴ d'une abrogation immédiate. Ce constat amène à formuler des propositions d'amélioration de la pratique qui tiendraient dans une meilleure motivation des solutions retenues, qu'il s'agisse de la négation de l'effet utile – qui doit cependant rester une exception aussi limitée que possible – ou de la justification du report de la date d'abrogation (ou de la remise en cause des effets passés, ce qui est plus rare). À cette fin, une soumission

111 V. les déc. précitées n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 ; n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012 ; n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012 ; n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012 ; n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 ; n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012 ; n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014.

112 V. les déc. précitées n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014 et n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016.

113 Déc. n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, préc., cons. n° 9.

114 Déc. n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, préc., cons. n° 10 ; déc. n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, préc., cons. n° 16 ; n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014, préc., cons. n° 10.

expresse de ces questions au contradictoire serait certainement bénéfique. Si les plaidoiries orales fournissent parfois l'occasion de discuter la question, le Conseil constitutionnel n'a jamais explicitement répondu dans ses décisions aux arguments ainsi soulevés par les parties. Au contraire, une mise en balance des arguments et intérêts en jeu, contribuerait certainement à une amélioration des pratiques mises en œuvre et, avec elle, de la protection des intérêts des justiciables comme de ceux de l'environnement quand il est en cause dans une affaire.

En définitive, les censures prononcées sur le fondement de la Charte, constatant l'absence de mise en œuvre du droit à participation par la loi, imposaient une intervention de celle-ci pour y remédier. Des réformes des procédures de participation ont bien été entreprises, qu'il n'y a pas lieu de développer ici. Dans un bilan récent, Marie-Anne Cohendet et Marine Fleury ont souligné que « le législateur a manifestement débordé le champ de l'obligation que lui avait faite le Conseil en développant notamment une nouvelle obligation de prise en compte des résultats de la participation, conformément aux prescriptions de la convention d'Aarhus, ou en reconnaissant au bénéfice des administrés un droit de saisine de la commission du débat public »¹¹⁵. Les décisions QPC ont donc eu un effet vertueux, en provoquant une réforme d'ordre général par laquelle le législateur est allé au-delà des exigences constitutionnelles.

Conclusion

Le Conseil constitutionnel, exerçant un contrôle de normes générales, n'intervient pas directement sur des situations concrètes ; pas question pour lui d'ordonner la réparation d'un dommage donné ou de faire cesser une pollution identifiée... De ce fait, son action peut apparaître *a priori* éloignée des besoins de la défense environnementale. Pourtant, les lois forment bien le cadre d'action de cette défense et faire obstacle à celles qui contreviennent aux exigences constitutionnelles en la matière, comme conforter celles qui les mettent en œuvre, est en définitive d'une importance considérable. Le procès constitutionnel peut donc utilement servir la cause écologique, à la condition d'une jurisprudence exigeante, servie par une procédure adaptée. À cet égard, il est incontestable que l'entrée en vigueur de la QPC, en provoquant une juridictionnalisation accrue du fonctionnement du Conseil constitutionnel en même temps qu'en ouvrant son prétoire aux justiciables, a constitué un progrès. Toutefois, le flux des requêtes invoquant la Charte de l'environnement s'est rapidement tari ; dix-neuf des vingt-deux décisions QPC mentionnant ce texte sont intervenues entre 2010 et 2014. Preuve en est que des améliorations de la procédure, comme du contentieux constitutionnel dans son ensemble, sont certainement souhaitables.

Une révision de la Constitution ou même de la loi organique sur le Conseil étant peu vraisemblable, des évolutions pourraient néanmoins être impulsées par la juridiction, soit par modification de son règlement de procédure QPC, et l'adoption d'un règlement applicable à la procédure de contrôle *a priori*, soit dans le cadre de sa jurisprudence. Différentes pistes ont été tracées dans les

115 M.-A. COHENDET et M. FLEURY, « Chronique de droit constitutionnel sur la Charte de l'environnement », *RJE*, 4/2018, p. 756.

lignes précédentes. En font partie : une explicitation des critères de l'intérêt spécial justifiant une tierce intervention en QPC ; un alignement du statut des « portes étroites » dans le contrôle *a priori* sur celui des tierces interventions en QPC (avec soumission au contradictoire) ; une amélioration des moyens d'information du Conseil constitutionnel et un recours transparent à l'expertise ; ou encore une évolution de la jurisprudence sur la modulation des effets dans le temps des décisions, avec établissement d'un contradictoire systématique sur ce point... Il va de soi cependant qu'une meilleure mobilisation au fond de la Charte, par les parties comme par le Conseil constitutionnel, reste un préalable indispensable au déploiement d'une jurisprudence constitutionnelle verte en France, au service de laquelle une procédure améliorée pourrait aussi se placer.

Après des tâtonnements liés à l'entrée en vigueur de la procédure, le Conseil constitutionnel a fini par élaborer un considérant de principe : la « doctrine » est celle du principe de l'effet utile de la QPC pour le justiciable qui a posé la question, c'est-à-dire qu'il doit en principe bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, la loi inconstitutionnelle ne lui étant alors pas appliquée par le juge du fond. Toutefois, par exception, le Conseil constitutionnel peut recourir au pouvoir de modulation des effets de sa décision prévu par l'article 62 al. 2, l'effet utile ne jouant pas dans l'hypothèse où l'abrogation est reportée dans le temps. Le pouvoir de modulation joue dans les deux sens et les effets passés produits par la disposition de loi peuvent aussi être remis en cause dans la mesure déterminée par la décision du Conseil constitutionnel.

TABLE DES MATIÈRES

PROCÈS ET ENVIRONNEMENT 9
Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Ève TRUILHÉ

I. Les actions en justice, à quelles conditions ? 11

II. Les actions en justice : pour quels objectifs ?..... 13

LA DÉFENSE DE LA NATURE, SUJET DE DROIT OU INTÉRÊT À PROTÉGER ?..17
Sabrina DUPOUY

I. Une protection *a minima* de la nature comme objet de droit 19

A. La consécration du préjudice écologique pur 19

B. Le champ d’application du préjudice écologique restreint
par le droit de polluer 22

II. Une protection idéale de la nature comme sujet de droit 25

A. Protéger le patrimoine de la nature 25

B. Le droit élargi de demander la restauration au nom de la nature
devant les tribunaux..... 26

C. Attribuer le droit subjectif à la nature de ne pas être polluée..... 28

LE CHOIX DU JUGE CIVIL OU DU JUGE PÉNAL EN FRANCE ?..... 31
Jean-Baptiste PERRIER

I. L’existence d’un choix..... 32

A. La reconnaissance d’une option procédurale 32

B. L’élargissement des voies procédurales..... 34

II. Les raisons du choix 36

**UN PROCÈS ADMINISTRATIF ADAPTÉ À LA PROTECTION
DE L’ENVIRONNEMENT ?**..... 41
Olivier LE BOT

I. Que peut-on demander au juge administratif ?..... 42

II. Est-il facile d’accéder au juge administratif ? 45

A. Conditions générales 45

- B. Recours des associations.....46
 - C. Le coût d’une action47
- III. Comment le juge statue-t-il sur les recours ?.....48
 - A. L’information du juge48
 - B. À qui profite l’incertitude ?.....49
 - C. Les appréciations du juge : quelle balance entre protection de l’environnement et considérations susceptibles de s’y opposer ? ...50
- IV. Une action préventive est-elle envisageable devant le juge administratif ?.....52
- Conclusion : propositions pour un procès plus efficace54
- LES STRATÉGIES DES ONG57
 - Sophie BOURGES
 - I. Mise en place d’une stratégie contentieuse57
 - II. L’action devant le juge administratif58
 - III. L’action devant le juge judiciaire61
 - A. Le recours au juge pénal61
 - B. Le recours au juge civil63
- L’ACTION DE GROUPE ENVIRONNEMENTALE EN FRANCE65
 - Marie LAMOUREUX
 - I. La consécration de l’action de groupe environnementale.....66
 - A. Les intérêts protégés en cas de dommage à l’environnement66
 - B. L’objet et les finalités de l’action de groupe environnementale68
 - II. Forces et faiblesses de l’action de groupe environnementale69
 - A. Les titulaires de l’action.....70
 - B. La procédure71
 - C. Les préjudices indemnisables73
- L’ACTION COLLECTIVE ENVIRONNEMENTALE AU QUÉBEC75
 - Michel BÉLANGER
 - I. L’action collective : un mécanisme d’accès à la Justice75
 - II. L’action collective environnementale.....77

PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE CONTRE LES MENACES, LES REPRÉSAILLES ET LES POURSUITES-BÂILLONS	93
Paule HALLEY	
I. La protection offerte par la loi aux lanceurs d'alerte	94
A. La confidentialité des témoins de contraventions à la législation environnementale	94
B. La protection de l'employé témoin d'actes répréhensibles : du devoir de loyauté à la liberté d'expression	94
C. Des divulgations publiques strictement encadrées	97
II. La protection des lanceurs d'alerte contre les poursuites-bâillons	99
A. Des stratégies diversifiées pour contrer les poursuites-bâillons	100
B. L'expérience québécoise	101
C. De nouveaux pouvoirs judiciaires pour sanctionner les poursuites-bâillons	102
1. <i>L'interruption rapide des poursuites abusives et l'élargissement de la notion d'abus de procédure</i>	103
2. <i>L'identification des procédures-bâillons</i>	104
3. <i>Une procédure sommaire et un renversement du fardeau de la preuve</i>	106
4. <i>La sanction et la dissuasion des poursuites-bâillons</i>	107
Conclusion	108
 LA JUSTICE ENVIRONNEMENTALE ET L'INSTITUTIONNALISATION DU RECOURS ASSOCIATIF DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION ENVIRONNEMENTALE AU JAPON	111
Taiki KISHIMOTO, Hiroyuki OONUKI	
Introduction : distinction entre contentieux subjectif et contentieux objectif dans le cadre du code de contentieux administratif	111
I. Absence du requérant qui a l'intérêt à agir	112
A. Protection des consommateurs	113
B. Législation sur l'action associative dans le domaine de la protection des consommateurs	113
C. Domaine du droit de l'environnement	114
1. <i>Nature de l'intérêt lésé : la vie, la santé, le corps</i>	114
2. <i>Intérêt sur le plan de la nature, l'écosystème, le paysage ou la qualité de l'environnement de la vie quotidienne</i>	114
II. Bilan provisoire	115

III. Nécessité de l’action associative dans le droit de l’environnement... 116

 A. Action associative de deux types à la France - juxtaposition
 d’action associative pour un intérêt collectif et de celle
 pour un intérêt général pur 116

 B. Action associative unifiée à l’allemande - action associative
 pour intérêt général 116

Pour conclure..... 117

**DÉFENDRE L’ENVIRONNEMENT DEVANT LE CONSEIL
CONSTITUTIONNEL..... 119**

 Laurence GAY

I. Les requérants/parties : saisir le Conseil constitutionnel 123

II. Les tiers : intervenir et informer..... 127

 A. Les contributions extérieures dans le contrôle *a priori* :
 des documents hors procédure 127

 B. Une pratique libérale mais contestée en matière
 de tierces interventions en QPC..... 130

III. Le Conseil constitutionnel : instruire et décider..... 133

 A. Instruction et recours à l’expertise 133

 B. La décision et ses effets 136

Conclusion 139

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

© Shutterstock

2^e trimestre 2020

Procès et environnement

Quelles actions en justice pour l'environnement ?

Les travaux publiés dans cet ouvrage sont le fruit de recherches collectives menées en France, à travers l'ensemble des ordres juridiques (constitutionnel, administratif, judiciaire) mais aussi au Japon et au Québec. Il s'agit de porter un regard comparatiste sur les actions en justice en matière de protection de l'environnement, sous le prisme de la stratégie contentieuse. Sont appréhendés tout à la fois les spécificités de tel ou tel type d'action, les difficultés juridiques propres aux actions formées par des associations, les stratégies que celles-ci doivent privilégier ainsi que les risques auxquels elles s'exposent en agissant en justice, les potentialités de l'action de groupe, mais aussi celle de l'octroi de droits à la nature elle-même.



Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET est professeure à l'Université d'Aix-Marseille. Spécialiste de droit de l'environnement, codirectrice du Master Droit international et européen de l'environnement, ses recherches sur les relations droit privé/droit de l'environnement donnent lieu régulièrement à des publications d'articles et ouvrages.



Ève TRUILHÉ est Directrice de recherche au CNRS. Ses travaux portent sur les liens entre science et droit dans le champ de la protection de l'environnement. Elle enseigne le droit de l'environnement de l'Union européenne à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence et dirige la Clinique juridique du droit de l'environnement. Elle est directrice du Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC-UMR 7318).



est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).

