



HAL
open science

La performance environnementale appliquée à la préservation de la biodiversité : quel(s) rôle(s) pour le droit ?

Simon Jolivet

► To cite this version:

Simon Jolivet. La performance environnementale appliquée à la préservation de la biodiversité : quel(s) rôle(s) pour le droit ?. Agridroit, 2023, “ La performance environnementale : nouveau paradigme des politiques agricoles ”. hal-04098091

HAL Id: hal-04098091

<https://hal.science/hal-04098091>

Submitted on 15 May 2023

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.

Publié dans *Agridroit*, dossier spécial « La performance environnementale : nouveau paradigme des politiques agricoles », 2022.

**La performance environnementale appliquée à la préservation de la biodiversité :
quel(s) rôle(s) pour le droit ?**

Simon JOLIVET

*Maître de conférences en droit public
Institut de droit public (IDP – UR 14145)
Université de Poitiers*

« Pas plus que le droit ne peut rester insensible au désir grandissant de performances publiques, ces dernières ne peuvent se passer d'une expression juridique. Sans cette reconnaissance du droit, le discours de l'efficacité laisserait apparaître un déficit de légitimité »¹.

À l'instar de l'environnement, la performance fait partie de ces mots qui ont connu des allers-retours entre les langues de Molière et de Shakespeare. À partir du XIX^e siècle il est emprunté, par l'intermédiaire de l'anglais *performance*, « résultat d'un cheval de course », de l'ancien français *performance*, « accomplissement, exécution », lui-même dérivé du latin *performare*, « former entièrement »². Dans le domaine sportif, qui semble être le premier d'expression de ce terme, la performance signifie à la fois le résultat obtenu dans une épreuve, et le chiffre qui mesure ce résultat³.

Contraction de « diversité biologique », la notion de biodiversité apparaît pour sa part au cours des années 1980, dans le vocabulaire de l'écologie scientifique⁴. Mettant l'accent sur la variabilité comme propriété du monde vivant, elle désigne généralement la diversité au sein des

¹ J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.

² Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd.

³ « Performance », *Le Petit Larousse illustré*, 2008, p. 761, sens 1.

⁴ V. R. Dajoz, *La Biodiversité : l'avenir de la planète et de l'homme*, Ellipses, 2008, p. 3.

espèces (diversité génétique ou intra-spécifique), la diversité entre espèces (diversité interspécifique) ainsi que celle des écosystèmes (diversité écosystémique). La juridicisation de la notion de biodiversité débute en droit international, avec la Convention sur la diversité biologique (CDB) adoptée à Rio le 5 juin 1992. En droit français aussi, la biodiversité tend à supplanter peu à peu la notion fondatrice de nature, jugée plus floue et plus subjective. Pas forcément plus facile à définir que la notion de nature⁵, celle de biodiversité aurait pour inconvénient d'exclure la dimension abiotique (les minéraux), voire esthétique (les paysages⁶), de la nature. La consécration vient avec la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁷. Son article 1^{er}, qui s'inspire fortement de la CDB, définit la biodiversité comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants » (C. envir., art. L. 110-1 I).

Longtemps reléguée derrière le climat dans les priorités affichées des politiques publiques environnementales, la conservation de la biodiversité tend progressivement à s'imposer comme un enjeu d'égale importance. Vincent Bretagnolle, coordinateur scientifique du rapport Ecobiose sur le rôle de la biodiversité en Nouvelle-Aquitaine⁸, considère même la biodiversité comme un enjeu prioritaire par rapport au climat. En effet, « résoudre la problématique du changement climatique ne changera rien à celle de la biodiversité. Cela pourrait même l'aggraver puisqu'une partie des solutions qui sont proposées nuisent gravement à la biodiversité, notamment à travers l'usage des sols. (...) Au contraire, si on pense à la problématique de l'énergie et des émissions de gaz à effet de serre, rappelons que la seule machine capable de pomper du carbone dans l'atmosphère, c'est la photosynthèse avec les arbres, les forêts, les tourbières et les algues ; c'est-à-dire la biodiversité »⁹.

⁵ V. J. Blondel, « Qu'est-ce que la biodiversité ? », Institut français de la biodiversité, 2007 (disponible en ligne : <http://www.cnrs.fr>).

⁶ Sur cette question, v. M. Prieur, « Paysage et biodiversité », in *Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature : réflexion prospective*, *Rev. jur. env.*, n° spécial 2008, p. 185.

⁷ Loi n° 2016-1087, *JO* du 9 août 2016, texte n° 2.

⁸ Rendu en mai 2020 et accessible sur : <https://www.nouvelle-aquitaine.fr/les-actions/transition-energetique-et-ecologique/biodiversite/biodiversite-et-espaces-naturels/ecobiose-le-comite-scientifique#1080>

⁹ V. Bretagnolle, « L'enjeu numéro un c'est la biodiversité, et non le changement climatique », *Vivant Le média*, 27 janvier 2022 (<https://vivant-le-media.fr/biodiversite-et-changement-climatique/>).

Ce regain d'attention est d'autant plus opportun que la situation de la biodiversité est alarmante. On serait ainsi entré dans la sixième extinction en masse des espèces (la cinquième étant celle des dinosaures, il y a 65 millions d'années), celles-ci disparaissant à une vitesse qui est vraisemblablement 1000 fois plus grande que lors des temps géologiques, avant l'apparition de l'Homme. Le rapport mondial de l'IPBES¹⁰, rendu en mai 2019, évalue à environ un million le nombre d'espèces qui sont déjà menacées d'extinction¹¹. Dans la liste rouge de l'UICN (Union internationale pour la conservation de la nature), publiée lors du Congrès mondial de la nature tenu à Marseille en septembre 2021, environ 30 % des espèces répertoriées sont menacées d'extinction¹². Au-delà des extinctions d'espèces, le déclin des populations est un phénomène au moins aussi inquiétant : le rapport biennal de l'ONG WWF « Planète vivante », rendu en septembre 2020, estime que le monde a perdu 68 % des populations de vertébrés sauvages (oiseaux, poissons, mammifères, amphibiens et reptiles) entre 1970 et 2016¹³. Du côté des invertébrés, une étude allemande de 2017, publiée dans PlosOne, estimait à plus de 75 % la perte de la biomasse d'insectes dans les zones protégées allemandes en l'espace de trente ans¹⁴. En France, l'Observatoire national de la biodiversité met en exergue la diminution spectaculaire de l'abondance de deux groupes d'espèces : celle des oiseaux communs spécialistes (moins 22 % entre 1989 et 2017 en métropole), et celle des chauves-souris (moins 38 % entre 2006 et 2016)¹⁵. En d'autres termes, le phénomène mondial de déclin des populations d'espèces n'épargne nullement la France.

Cette situation amène naturellement à s'interroger sur ses causes, et à essayer d'identifier le rôle joué par l'agriculture ou certaines de ses formes. Au niveau mondial, les principales menaces anthropiques qui pèsent sur la biodiversité sont toujours, seules ou le plus souvent en combinaison : la destruction et la fragmentation des habitats naturels ; la pollution (et notamment les pesticides agricoles s'agissant des invertébrés) ; la surexploitation des ressources (par le prélèvement d'individus d'espèces sauvages dans le milieu naturel, à des fins de subsistance ou de commerce) ; l'introduction d'espèces exotiques (qui deviennent envahissantes dans des écosystèmes où elles n'étaient pas présentes originellement). En outre,

¹⁰ Soit l'« Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services », parfois qualifié de « GIEC » de la biodiversité.

¹¹ Le résumé à l'intention des décideurs est téléchargeable à l'adresse suivante : <https://www.ipbes.net/>

¹² <https://www.iucnredlist.org/>

¹³ <https://www.wwf.fr/rapport-planete-vivante>

¹⁴ Hallmann CA, Sorg M, Jongejans E, Siepel H, Hofland N, Schwan H, et al. (2017) More than 75 percent decline over 27 years in total flying insect biomass in protected areas. PLoS ONE 12(10): e0185809. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0185809>.

¹⁵ *Biodiversité – Les chiffres clés – édition 2018*, décembre 2018, CGDD, 91 p.

une menace est venue s'ajouter plus récemment à la liste : celle représentée par les changements climatiques¹⁶. En France, le Commissariat général au développement durable a publié mi-décembre 2016 le rapport intermédiaire de l'évaluation française des écosystèmes et des services écosystémiques (EFESE)¹⁷. Parmi les cinq facteurs d'érosion de la biodiversité au niveau mondial, deux apparaissent particulièrement préoccupants en France métropolitaine : la destruction des habitats naturels et les changements climatiques. S'agissant des habitats naturels, les auteurs du rapport pointent deux phénomènes : l'artificialisation des sols par la « consommation associée d'espaces naturels, agricoles et boisés », et (au-delà de la destruction ou de la fragmentation pure et simple des milieux naturels) l'altération du fonctionnement des milieux naturels. Ceci est particulièrement vrai pour les espaces agricoles. Les auteurs du rapport citent ainsi la poursuite du drainage des zones humides, la destruction des haies, la monoculture intensive, ou encore la fauche précoce des prairies. De nombreuses espèces dépendantes des milieux ouverts sont affectées, telles que le Grand hamster d'Alsace ou le Rôle des genêts. L'indice d'abondance des populations d'oiseaux communs dans les milieux agricoles, qui serait un bon indice de la fonctionnalité des milieux, a diminué de 32 % entre 1989 et 2015. Une étude du CNRS et du Muséum national d'histoire naturelle, publiée en 2018, parvient à un constat comparable : environ un tiers des populations d'oiseaux spécialistes des milieux agricoles ont disparu en quinze ans¹⁸. Le déclin touche aussi les espèces généralistes, mais seulement en milieu agricole. En effet dans le même temps, « les espèces généralistes ne déclinent pas à l'échelle nationale ; la diminution constatée est donc propre au milieu agricole, sans doute en lien avec l'effondrement des insectes »¹⁹. Les chercheurs établissent une corrélation avec l'intensification de certaines pratiques agricoles depuis les années 2000 : fin des jachères imposées par la politique agricole commune, flambée des cours du blé, sur-amendement au nitrate, généralisation des insecticides néonicotinoïdes qui s'attaquent au système nerveux des insectes.

Malgré l'inflation normative, le système juridique dans son ensemble ne semble pas parvenir à lutter efficacement contre l'érosion de la biodiversité. Du point de vue du droit de

¹⁶ V. not. R. Dajoz, *La Biodiversité : l'avenir de la planète et de l'homme*, *op.cit.*, p. 97 et p. 147 et s.

¹⁷ http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/EFESE-RI_v20161216.pdf. Le rapport de première phase de l'EFESE a été publié en juillet 2021 : <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Efese%20-%20Rapport%20de%20premi%C3%A8re%20phase%20-%20Du%20constat%20%C3%A0%20l%27action.pdf>

¹⁸ CNRS et Muséum national d'histoire naturelle, « Le printemps 2018 s'annonce silencieux dans les campagnes françaises », 20 mars 2018 : www.cnrs.fr/fr/le-printemps-2018-sannonce-silencieux-dans-les-campagnes-francaises.

¹⁹ *Idem*.

l'environnement, la quête de la performance est à replacer dans un contexte historique particulier. Après un développement textuel rapide depuis les années 1960-1970, qui a conduit à combler peu à peu les lacunes dans les principaux secteurs du droit de l'environnement, les enjeux se sont progressivement déplacés au début du XXI^{ème} siècle vers les conditions de l'effectivité²⁰ voire de l'efficacité des textes existants²¹, et encore plus récemment sur les indicateurs de mesure de cette effectivité²². Ceci est la résultante d'un sentiment largement partagé : malgré la prolifération des normes environnementales, l'environnement continue à se dégrader. Le droit de l'environnement est-il inadapté aux enjeux écologiques ? Est-il mal mis en œuvre ? Ses effets sont-ils contrebalancés par ceux d'autres politiques publiques ?

Face à la complexité de ces questionnements, plusieurs auteurs insistent sur la nécessité préalable de distinguer effectivité et efficacité. S'interroger sur l'efficacité d'une norme, ainsi qu'y invitent les recherches sur la performance environnementale, n'est pas chose aisée : « l'efficacité conduit à réfléchir en terme de gestion, alors que l'effectivité, qui s'éloigne moins des normes, est plus familière aux juristes »²³. Selon Julien Bétaille, l'efficacité pourrait être définie comme « la qualité d'une norme dont les effets atteignent son objectif »²⁴. Elle se distingue de l'effectivité, « degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »²⁵. Cette distinction « implique que l'efficacité correspond au degré d'effectivité qui correspond à l'objectif de la norme »²⁶. Dès lors, évaluer l'efficacité de la norme supposera d'abord d'identifier son objectif, puis les indicateurs permettant de la mesurer, de l'évaluer.

Secteur majeur du droit de l'environnement, la protection de la nature et de la biodiversité n'échappe naturellement pas à la montée en puissance de l'exigence de performance. La question se pose cependant de la place et du rôle du droit²⁷ dans l'accompagnement ou l'inflexion de cette quête. Cette contribution aura pour objet de donner des éléments de réponse

²⁰ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse droit, Limoges, 2012.

²¹ O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010.

²² M. Prieur, *Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, IFDD, 2018.

²³ J. Morand-Deviller, « Avant-propos », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, *op.cit.*, p. 8.

²⁴ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 22, note n° 140.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁷ Sur cette question, v. plus largement F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.

sur le rôle du droit dans l'identification des objectifs, et dans le choix des outils de mesure en prenant comme illustration les relations entre biodiversité et agriculture. Il s'agira plutôt d'examiner la performance globale des politiques agricoles, nationales et européennes, en lien avec l'enjeu de protection de la biodiversité, que celle des exploitations agricoles prises individuellement (ce qui nécessiterait un travail de terrain). La thèse soutenue est que le droit est susceptible d'apporter une approche plus qualitative de la performance environnementale, laquelle sied particulièrement bien aux enjeux de protection de la biodiversité. Cela se vérifie tant à l'égard de l'identification des objectifs (I) que du choix des instruments de mesure de la performance environnementale appliquée à la préservation de la biodiversité (II).

I. Quantitatifs, qualitatifs : l'identification des objectifs

Notre recherche se trouve confrontée à une première difficulté : contrairement au droit climatique, qui vise globalement à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, le droit de la protection de la nature et de la biodiversité ne fixe pas clairement un seul objectif, ni en général ni en lien spécifique avec les activités agricoles. On constate au contraire une multiplication et une diversification des objectifs, tant quantitatifs que qualitatifs (A). La juridicisation de certains d'entre eux, transformés en obligations de résultat, doit permettre de renforcer le rôle du droit dans la quête de performance environnementale (B).

A) La multiplication et la diversification des objectifs

L'article 6 a) de la CDB exhorte les parties à avoir, au-delà de la seule réglementation, une vision stratégique et programmatique de la conservation de la biodiversité. Des stratégies et programmations ont été élaborées pour satisfaire à cette obligation, et montrer une volonté politique renouvelée en faveur de la biodiversité. Au fur et à mesure de l'adoption de ces stratégies, à différentes échelles territoriales, les objectifs en matière de protection de la biodiversité se sont multipliés.

Au niveau de l'Union européenne, la Commission a adopté dès 1998, au moyen d'une Communication, la « stratégie communautaire en faveur de la diversité biologique »²⁸. Cette dernière a elle-même été précisée assez rapidement (2001) par des plans d'action sectoriels dans

²⁸ Communication de la Commission concernant une stratégie communautaire en faveur de la diversité biologique, COM(1998) 42 final du 4 février 1998 (non publiée au JO).

les domaines de la protection des ressources naturelles, de l'agriculture, de la pêche, et de l'aide au développement et de la coopération économique²⁹. Puis la stratégie a été complétée en 2006 par un plan d'action plus global sur la biodiversité, lequel était focalisé sur l'atteinte de l'objectif fixé en 2002 par la communauté internationale d'enrayer la diminution de la biodiversité d'ici 2010³⁰. La cible ayant été manquée y compris à l'intérieur de l'UE, la Commission a décidé en 2011 d'adopter une nouvelle stratégie, avec cette fois-ci comme ligne de mire l'année 2020, conformément à ce qui avait été convenu au niveau mondial lors de la Conférence des Parties à la CDB de Nagoya, fin 2010³¹. Devant un nouvel échec prévisible, la cible est encore repoussée d'une décennie dans l'actuelle « Stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030 ». Adoptée le 20 mai 2020 sous la forme d'une communication³², elle fait politiquement partie intégrante du Pacte vert pour l'Europe de la Commission Van der Leyen. La nouvelle stratégie européenne en faveur de la biodiversité comporte un plan de restauration de la nature de l'UE d'ici 2030, dont l'un des objectifs consiste à « ramener la nature sur les terres agricoles ». Un certain nombre d'engagements sont communs à la stratégie « De la ferme à la table » et à la nouvelle politique agricole commune (PAC), car il est prévu que ces instruments fonctionnent « en tandem » (à trois...) selon les termes de la Commission. Parmi les douze engagements pris au titre du plan de restauration de la nature, on peut spécialement mentionner les engagements 2 à 5 : « 2. Le déclin des pollinisateurs est enrayer. 3. Les risques liés aux pesticides chimiques et l'utilisation de ces substances sont réduits de 50 %, et l'utilisation des pesticides à haut risque est réduite de 50 %. 4. Au moins 10 % des terres agricoles sont des particularités topographiques à haute diversité [biologique]³³. 5. La superficie cultivée en agriculture biologique représente au moins 25 % des terres agricoles et l'adoption de pratiques agroécologiques croît de manière significative. »³⁴. Dans la « déclaration de Strasbourg » adoptée à l'issue de la conférence ministérielle sur les 30 ans du réseau Natura 2000, le 25 février 2022, les ministres de l'environnement de l'UE ont affirmé accueillir les objectifs du plan de restauration de la nature de l'UE comme une « base essentielle des discussions politiques et sociétales »³⁵.

²⁹ COM(2001) 0162 final du 27 mars 2001 (non publiée au JO).

³⁰ Commission européenne, *Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà : préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain*, COM(2006) 216 final du 22 mai 2006 (non publiée au JO).

³¹ Commission européenne, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel – stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, COM(2011) 244 final du 3 mai 2011 (non publiée au JO).

³² COM(2020) 380 final, 20 mai 2020.

³³ Celles-ci « incluent, entre autres, les bandes tampons, les terres en jachère rotationnelle ou permanente, les haies, les arbres non productifs, les murs en pierre ou encore les mares ».

³⁴ Commission européenne, *Ramener la nature dans nos vies – stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030*, *op.cit.*, p. 17.

³⁵ https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/EUnatura2000day/docs/Declaration_Strasbourg_FR.pdf

Au niveau français, il existe aussi une stratégie nationale pour la biodiversité (SNB) destinée à mettre en œuvre l'article 6 de la CDB. La première a été adoptée par le ministère de l'environnement en 2004, dans l'objectif de « stopper » la perte de diversité biologique d'ici 2010. La deuxième a été adoptée en 2011, après que la loi Grenelle 1 du 3 août 2009³⁶ eut programmé le renforcement de son rôle (art. 23), et alors qu'il convenait d'assurer son insertion dans la stratégie européenne pour la biodiversité 2011-2020. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a hissé la SNB au niveau législatif, en créant un article L. 110-3 au code de l'environnement³⁷. Cet article prévoit par ailleurs la définition et la mise en œuvre, par les régions, de stratégies régionales de la biodiversité (SRB) devant tenir compte des orientations de la SNB. Les collectivités territoriales et leurs groupements participent à la définition et à la mise en œuvre des SRB à l'échelon de leur territoire. La SNB et les SRB ont pour objectif commun de contribuer à « l'intégration des objectifs de conservation et d'utilisation durable de la biodiversité dans les politiques publiques ainsi qu'à la cohérence de ces dernières en ces matières ».

La troisième SNB aurait dû être adoptée en 2020, mais elle a été retardée notamment en raison du contexte pandémique. Le 4 mars 2022, la secrétaire d'État chargée de la biodiversité, Bérangère Abba, a annoncé un nouveau report de plusieurs mois de l'adoption de la SNB 3, encore trop inaboutie³⁸. Un « premier volet » a cependant été présenté le 15 mars 2022³⁹. Il rappelle, en lien avec l'agriculture, un certain nombre d'objectifs fixés par la stratégie européenne pour la biodiversité 2020-2030 : « Atteindre 25% de la surface agricole utile de l'Union européenne en agriculture biologique d'ici 2030, et augmenter l'adoption des pratiques agroécologiques ; Réduction de 50 % de l'utilisation globale des pesticides chimiques et du risque correspondant et une réduction de 50 % de l'utilisation des pesticides les plus dangereux d'ici à 2030 ; Réduire les pertes d'éléments nutritifs issus des engrais de 50%, ce qui devrait entraîner une réduction de l'usage des engrais d'au moins 20% ». Elle y ajoute quelques objectifs plus spécifiquement nationaux, tels que : « MESURE 6.1 : Renforcer la dimension « biodiversité » des labels agricoles, et de la pêche et alimentaires et consolider leurs modèles

³⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO du 5 août 2009, texte n° 2.

³⁷ C. Cans et O. Cizel (dir.), *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, éd. Législatives, 2017, p. 274-275.

³⁸ P. Mouterde, « La publication de la nouvelle stratégie nationale pour la biodiversité est reportée », *Le Monde*, 4 mars 2022.

³⁹ Il est accessible sur : <https://www.ecologie.gouv.fr/strategie-nationale-biodiversite>

économiques ; MESURE 6.2 : Garantir la contribution du référentiel HVE à l'agroécologie et à la préservation de la biodiversité ».

Organe consultatif sur toute question relative à la protection de la biodiversité, le conseil national de la protection de la nature (CNPN) a, le 22 février 2022, rendu un avis très sévère au sujet de la SNB. En préambule, il « déplore le bilan accablant des précédentes SNB, 2004/2010 et 2011/2020, qui n'ont pas permis d'enrayer l'érosion de la biodiversité avec des pressions sur la biodiversité qui se sont même aggravées, une des raisons principales étant l'inadéquation des moyens financiers et humains dédiés à ces politiques »⁴⁰. Le CNPN n'est pas plus clément avec le projet de SNB 3 : il estime que « dans de nombreux cas, la SNB3 se contente de lister l'existant et de l'organiser sous forme d'objectifs et de mesures, sans apporter de réelle nouveauté. Elle traite de manière insuffisante les principales pressions, éludant presque totalement l'artificialisation des sols, l'intensification agricole et forestière, la pêche industrielle et l'activité cynégétique »⁴¹. Le CNPN considère que « les 64 fiches mesures restent beaucoup trop générales et nécessitent d'être bien davantage précisées, à l'image des Plans Nationaux d'Actions, au niveau de leurs contenus, échéances, pilotage décisionnel et opérateurs, indicateurs et moyens financiers »⁴².

Le CNPN recommande notamment que la SNB 3 fixe « des objectifs chiffrés, en reprenant a minima les cibles prévues dans la [Stratégie européenne pour la biodiversité] »⁴³, et soit dotée d'une « dimension juridiquement contraignante et opposable à travers un texte de loi et des décrets d'application »⁴⁴. En effet, une grande incertitude persiste quant à la valeur et à l'opposabilité juridique actuelle de la SNB. Sa procédure d'adoption n'est précisée ni par la loi, ni par décret. La seule indication dans le code de l'environnement concerne les consultations obligatoires du conseil national de la transition écologique (art. L. 133-2 2°) et du comité national de la biodiversité (art. R. 134-12). Même l'autorité qui approuve la stratégie n'est pas précisée. En matière climatique, par comparaison, la « stratégie bas-carbone » est adoptée par décret (C. envir.n art. L. 222-1 B), et doit être prise en compte par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics respectifs dans leurs documents de planification et

⁴⁰ CNPN, *Avis relatif à la stratégie nationale pour la biodiversité 2030*, séance du 22 février 2022, délibération n° 2022-09, p. 2.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 2.

de programmation qui ont des incidences significatives sur les émissions de gaz à effet de serre. C'est sans doute ce qui a permis au Conseil d'État de la considérer comme juridiquement opposable à l'État dans l'affaire *Commune de Grande Synthe*⁴⁵. De ce point de vue, la biodiversité est moins bien considérée que le climat. Précisément, que se passe-t-il lorsque des objectifs politiques en matière de préservation de la biodiversité sont « juridicisés » ?

B) Les apports de leur juridicisation : des objectifs aux obligations de résultat

Les échecs des stratégies successives en faveur de la biodiversité sont largement dus au cloisonnement et aux incohérences entre politiques publiques, notamment agricoles et environnementales. Mais ne tireraient-ils pas aussi leur origine, pour partie, d'une insuffisante juridicisation de leurs objectifs ? C'est la question que l'on souhaite poser ici en prenant comme illustration *a contrario* l'objectif de garantir un état de conservation favorable aux espèces et aux habitats naturels, et en revenant sur les effets de sa progressive (et encore relative) juridicisation.

L'article 2 de la directive « Habitats »⁴⁶ énonce son objectif général : « assurer le maintien ou le rétablissement, dans un état de conservation favorable, des habitats naturels et des espèces de faune et de flore sauvages d'intérêt communautaire ». Selon l'article 1, l'état de conservation d'une espèce est favorable lorsqu'au moins trois conditions sont remplies : la dynamique des populations maintient la viabilité de l'espèce ; son aire de répartition naturelle ne diminue ni ne risque de diminuer dans un avenir prévisible ; il existe et il continuera probablement d'exister un habitat suffisamment étendu pour que ses populations se maintiennent à long terme. Comme le résume Charles-Hubert Born, « il ne s'agit donc pas seulement d'éviter l'extinction de l'espèce : il faut que l'espèce ou l'habitat considéré soit maintenu « en bonne santé » dans l'aire géographique considérée »⁴⁷, même si cela ne signifie pas obligatoirement qu'elle approche un niveau historique de référence⁴⁸. Il y a une dimension qualitative dans cet objectif ; elle dépasse

⁴⁵ CE, 19 nov. 2020, *Cne de Grande-Synthe*, n° 427301 A : *AJDA* 2021, p. 217, note H. Delzangles.

⁴⁶ Directive 92/43/CEE du Conseil européen du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOUE* du 22 juillet 1992.

⁴⁷ Ch.-H. Born, « Rapport général : droit communautaire », in M.-E. Mahy et Ch.-H. Born (dir.), *Corridors écologiques, paysages et Natura 2000*, Observatoire juridique Natura 2000, actes du colloque de Limoges des 13 et 14 septembre 2004 (non publié).

⁴⁸ Y. Epstein, J.-V. Lopez-Bao, G. Chapron, « A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe », *Conservation Letters*, March/April 2016, 9(2), p. 81, spéc. p. 85 et s.

l'approche comptable et parfois un peu réductrice des objectifs chiffrés, appliqués à un monde vivant caractérisé au contraire par la complexité et les interrelations.

Selon Julien Bétaille, « le concept d'état de conservation favorable implique nécessairement une réflexion en termes d'effectifs et de populations, surtout lorsque cet état est considéré comme une obligation de résultat »⁴⁹. Or il tend à l'être de plus en plus car l'objectif des directives « détermine »⁵⁰ classiquement le résultat à atteindre, celui-là même qui « lie tout État membre destinataire » (art. 288 du TFUE). C'est la principale manifestation de la juridicisation de l'objectif de garantir un état de conservation favorable. Quant aux effets de cette juridicisation, ils sont de deux ordres : il y a d'abord une exigence, pour les autorités publiques, que les mesures prises pour garantir l'état de conservation favorable soient efficaces et pérennes. Il y a ensuite la possibilité pour les justiciables d'actionner la responsabilité de la puissance publique devant le juge national en cas de carence vis-à-vis de cette obligation de résultat, et de demander à celui-ci de faire usage de ses pouvoirs d'injonction.

La question de l'efficacité des mesures à prendre pour garantir l'état de conservation favorable des espèces d'intérêt communautaire s'est d'abord posée devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Devant déterminer si, au-delà du régime formel de protection, elle pouvait examiner le niveau réel des mesures prises, la CJUE n'a pas hésité à choisir la deuxième option, dans l'affaire dite des « Tortues grecques »⁵¹ comme dans celle du grand Hamster d'Alsace⁵². Comme le résume Marc Clément, « l'État membre ne peut se réfugier derrière une transposition formelle : il faut que les mesures prises soient efficaces »⁵³ pour atteindre l'état de conservation favorable. Le cas échéant, ces mesures pourraient devoir aller au-delà des seules interdictions d'agissements agressifs⁵⁴. En effet, dans le cas du grand Hamster d'Alsace, seules des mesures positives sont susceptibles d'enrayer la chute des effectifs, qui est d'abord consécutive à la modification des pratiques agricoles et à l'urbanisation. D'ailleurs, si la Cour considère que la France a manqué à ses obligations européennes, c'est faute d'avoir instauré un « programme de mesures permettant une protection stricte de l'espèce du grand hamster »⁵⁵.

⁴⁹ J. Bétaille, « La directive oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *RSDA* n° 2/2020, p. 321.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c./ Grèce*, C-103/00, *Rec.* p. I-1147.

⁵² CJUE, 9 juin 2011, *Commission c/ France*, aff. C-383/09, *Rec.* p. I-4869.

⁵³ M. Clément, *Droit européen de l'environnement : jurisprudence commentée*, Larcier, 4^{ème} éd., 2021, p. 496.

⁵⁴ Sur ce point, à propos des oiseaux et de la directive qui est consacrée à leur protection, v. J. Bétaille, « La directive oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *loc.cit.*

⁵⁵ CJUE, 9 juin 2011, *Commission c/ France*, aff. C-383/09, § 40.

Contrairement aux objectifs formulés dans les stratégies politiques, toujours susceptibles de révision ou de remise en cause, les mesures pour garantir l'état de conservation favorable doivent également être pérennes. La CJUE a précisé, dans un arrêt du 4 mars 2021, que « dans la mesure où la directive « habitats » vise également le « maintien » d'un état de conservation favorable, il convient de considérer que les espèces qui l'ont atteint doivent être protégées contre toute détérioration de cet état. Partant, il y a lieu de constater que l'article 12, paragraphe 1, de la directive « Habitats » ne saurait être interprété en ce sens que la protection que cette disposition prévoit cesse de s'appliquer aux espèces qui ont atteint un état de conservation favorable »⁵⁶.

La possibilité, pour les justiciables, d'actionner la responsabilité de la puissance publique devant le juge national en matière de biodiversité a été reconnue pour la première fois en France par le Tribunal administratif de Toulouse, dans un jugement du 6 mars 2018 devenu définitif à défaut d'appel⁵⁷. À partir de l'objectif général de la directive Habitats, il reconnaît d'abord explicitement l'existence d'une obligation de résultat : l'« obligation de rétablissement de l'ours brun dans un état de conservation favorable, telle qu'elle résulte de l'article 2 de la directive du 21 mai 1992 ». Il accepte ensuite d'engager la responsabilité de l'État pour carence fautive dans son obligation de rétablir la population pyrénéenne d'ours bruns dans un état de conservation favorable. Le juge caractérise la carence fautive principalement par l'absence de réintroductions d'individus exogènes depuis 2006. Au-delà de la protection négative par des interdictions d'agissements agressifs, l'État avait en l'espèce l'obligation de prendre des mesures positives⁵⁸, car elles seules auraient permis d'atteindre le résultat fixé par la directive. Plus récemment, dans un jugement du 2 juillet 2020⁵⁹, le tribunal administratif de Paris a adopté un raisonnement analogue à propos des échouages massifs de cétacés dus à la pêche intensive dans le golfe de Gascogne (même s'il n'affirme pas aussi explicitement l'existence d'une obligation de résultat).

⁵⁶ CJUE 4 mars 2021, *Assoc. Protégez la forêt et Sté ornithologique de Göteborg c/ Préfecture du département de Västra Götaland*, n° C- 473/19 et C-474/19, § 65 et 66 : *AJDA* 2021, p. 532.

⁵⁷ TA Toulouse, 6 mars 2018, n°1501887, 1502320, *Assoc. Pays de l'Ours – ADET et a.*, *AJDA* 2018, p. 2344, note J. Bétaille.

⁵⁸ Sur cette question, v. plus largement J. Bétaille, « Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France », *Projet Claws & Laws*, nov. 2017.

⁵⁹ TA Paris, 2 juill. 2020, *Assoc. Sea Shepherd France*, n° 1901535/4-2 : *AJDA* 2020, p. 1389 ; *RSDA* n° 1/2021, p. 118, chron. S. Jolivet.

Compte tenu de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité publique, l'éventualité même que celle-ci puisse être recherchée sur le fondement de la violation de l'obligation de résultat fixée par la directive Habitats est de nature à « stimuler l'effectivité de la norme »⁶⁰ protectrice des espèces, au-delà du seul cas de l'ours brun. De fait, l'annonce ministérielle de la réintroduction de deux ours a suivi de peu la décision des juges toulousains, et le lâcher sur le terrain a eu lieu au début du mois d'octobre 2018. Dans l'affaire des cétacés échoués, l'État a réagi en généralisant les « pingers » dans le golfe de Gascogne. Alors que dans sa version initiale, l'arrêté du 26 décembre 2019⁶¹ n'obligeait que les chaluts de plus de douze mètres à s'équiper de ces dispositifs de répulsion acoustique entre le 1^{er} janvier et le 30 avril, aucune distinction de taille ni de période n'est plus à faire depuis la modification opérée par l'arrêté du 27 novembre 2020⁶².

Du fait de l'existence d'une obligation de résultat, le juge pourrait aussi enjoindre l'État à agir, à prendre certaines mesures. En effet, les injonctions peuvent être utilisées aussi bien pour rétablir la légalité que pour faire cesser un dommage. Dans ce second cas, « l'injonction ajoute une dimension préventive à l'action en réparation, son but étant d'empêcher la persistance du dommage environnemental »⁶³.

À titre prospectif, il faudrait encore reconsidérer l'objectif d'état de conservation favorable, en le rendant plus explicite en droit français et en l'assortissant d'une échéance et éventuellement d'un chiffrage. Contrairement à la Suède⁶⁴, par exemple, le droit français de la protection des espèces et des habitats naturels ne poursuit qu'implicitement l'objectif de garantir un état de conservation favorable des espèces et habitats protégés⁶⁵. De plus, à l'inverse par exemple de la directive-cadre sur l'eau⁶⁶, qui faisait de 2015 la date limite à laquelle le bon état écologique

⁶⁰ J. Bétaille, « L'ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre de la directive Habitats », note précitée.

⁶¹ Arrêté du 26 décembre 2019 portant obligation d'équipement de dispositifs de dissuasion acoustique pour les chaluts pélagiques dans le golfe de Gascogne, *JO* du 29 décembre 2019, texte n° 98.

⁶² *JO* du 3 décembre 2020, texte n° 54.

⁶³ S. Douteaud, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif au service de la protection de l'environnement », *EET* 2020, Étude 11, § 8.

⁶⁴ G. Marfaing, *La contribution du droit à la réalisation d'un objectif politique européen : illustration à partir de la politique de conservation du loup gris en Espagne, en France et en Suède*, Mémoire de Master 2 Droit de l'environnement, Université Toulouse 1 Capitole, 2020/2021 (prix du meilleur mémoire SFDE 2021), spéc. p. 32-33.

⁶⁵ S. Jolivet, « De la survie des espèces menacées d'extinction à la lutte contre le déclin des populations. Réflexions sur l'efficacité du statut d'espèce protégée à partir du cas de la faune sauvage », *RJE* 2020, p. 101-121, spéc. p. 117.

⁶⁶ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOUE* L 327 du 22 décembre 2000, p. 1.

et chimique de l'eau devait avoir été atteint pour toutes les masses d'eau (art. 4§1), la directive Habitats n'avait pas assorti d'échéance l'accomplissement de l'objectif de garantir un état de conservation favorable aux espèces et habitats naturels d'intérêt communautaire. Or, « en l'absence d'une échéance, il est difficile de constater qu'un État n'applique pas suffisamment la directive Habitats, ce dernier n'étant pas lié par une date précise à laquelle l'état de conservation favorable devrait être obtenu pour l'espèce »⁶⁷ ou le type d'habitat considérés. L'essor du contentieux climatique témoigne, en contrepoint de celui sur la biodiversité, de la « plus-value juridique de l'association d'une temporalité à un objectif environnemental »⁶⁸.

Toutefois, les choses sont déjà en train d'évoluer : la nouvelle stratégie européenne pour la biodiversité fixe à 30 % la proportion d'espèces et d'habitats naturels protégés en mauvais état de conservation devant être rétablis d'ici 2030⁶⁹, objectif que ne reprend pas explicitement à son compte le premier volet de la SNB 3 française. Cette nouvelle ambition s'inscrit plus largement dans le contexte des objectifs juridiquement contraignants de restauration de la nature dans l'UE, que la Commission européenne s'était engagée à présenter en 2021, mais ont été à nouveau reportés dans le contexte de la guerre d'agression menée par la Russie contre l'Ukraine⁷⁰. D'après ce qu'indique l'analyse d'impact, le principal objectif de cette initiative de l'UE est de restaurer les écosystèmes dégradés, en particulier ceux qui ont le potentiel le plus important pour capturer et stocker le carbone, prévenir et réduire l'impact des catastrophes naturelles, et procurer des avantages supplémentaires tels que la santé des sols et la pollinisation⁷¹. Il s'agira notamment de combler les lacunes de la législation existante (les directives « Oiseaux »⁷² et Habitats), qui « couvrent de nombreuses parties naturelles et semi-naturelles des écosystèmes, mais pas les terres cultivées, les prairies utilisées de manière intensive, une grande partie des forêts naturelles et semi-naturelles, les plantations forestières et les écosystèmes urbains. La santé et la biodiversité des sols ne sont pas couvertes par la législation européenne de manière complète et cohérente »⁷³. Ainsi, si certains objectifs pourraient s'appuyer sur la législation existante, d'autres « pourraient concerner les

⁶⁷ G. Marfaing, *La contribution du droit à la réalisation d'un objectif politique européen : illustration à partir de la politique de conservation du loup gris en Espagne, en France et en Suède*, loc.cit., p. 35.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁹ Commission européenne, *Ramener la nature dans nos vies – stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030*, op.cit., p. 8.

⁷⁰ V. Malingre, « La guerre en Ukraine fragilise la mue vers une agriculture « verte », *Le Monde*, 23 mars 2022.

⁷¹ https://ec.europa.eu/environment/strategy/biodiversity-strategy-2030/eu-nature-restoration-targets_fr

⁷² Dir. 2009/147/CE du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, *JOUE* L20 du 26 janvier 2010.

⁷³ *EU Nature Restoration Targets. Inception Impact Assessment* (notre traduction).

écosystèmes, les habitats ou les espèces qui ne sont pas couverts par la législation existante (comme les pollinisateurs ou les sols) »⁷⁴.

La voie est alors peut-être ouverte pour la définition d'objectifs plus spécifiques de performance des politiques agricoles en matière de préservation de la biodiversité. En tout état de cause il faudrait s'inspirer, pour cette définition d'objectifs spécifiques, de l'expérience de la juridicisation de l'objectif de garantie de l'état de conservation favorable des espèces et habitats. L'un des enjeux sera de veiller à ce que ces objectifs ne concernent pas seulement la biodiversité protégée, mais aussi la nature « ordinaire »⁷⁵ des milieux agricoles. Corrélativement à la définition des objectifs, il convient également d'être attentifs à la construction des indicateurs permettant d'évaluer leur degré de réalisation.

II Scientifiques, juridiques : le choix des indicateurs

Classiquement, la performance des politiques environnementales est évaluée au moyen d'indicateurs scientifiques qui permettent d'attester de l'(in)adéquation entre les objectifs et les résultats (A). Sans remettre en cause cet élément, il pourrait être opportun, pour mesurer la performance des politiques agricoles en matière de préservation de la biodiversité, de compléter les indicateurs scientifiques par des indicateurs juridiques qui évalueraient le processus ayant conduit au résultat (B).

A) Les indicateurs scientifiques, nécessaires mais insuffisants

Il ressort de différentes définitions qu'un indicateur est un élément choisi pour révéler une situation⁷⁶. Il faut donc justifier le choix des indicateurs, et les croiser pour une appréhension plus fine et objective de la réalité. Traditionnellement, la performance des politiques environnementales (ou des politiques publiques vis-à-vis de leur impact sur l'environnement) est évaluée essentiellement à l'aide d'indicateurs scientifiques (au sens des sciences dites exactes) « avec des mesures tel le taux de dépollution de l'eau ou de l'air ou le nombre

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ A. Treillard, *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, Thèse droit, Limoges, 2019, 589 p.

⁷⁶ <https://www.cnrtl.fr/definition/indicateur>. En tant que substantif, sens C, l'indicateur est un « dispositif fournissant des repères et servant à mesurer » et par extension un « élément permettant d'évaluer certains phénomènes ». En économie, c'est un « élément caractéristique retenu pour suivre l'évolution de la situation économique, financière, industrielle, sociale... (l'indice des prix, l'indice de la production industrielle...) ».

d'espèces protégées. Dans les documents officiels sur l'état de l'environnement au niveau national ou international, on trouve une série d'indicateurs chiffrés du niveau de pollution ou de dépollution atteint ou de l'état de la biodiversité. Ce sont des indicateurs d'efficacité, dits aussi de performance »⁷⁷.

Se pose alors un premier problème, d'ordre méthodologique : quel(s) indicateur(s) scientifique(s) choisir, compte tenu de la complexité des liens au sein de la biodiversité, et de la façon dont ils interagissent avec les activités humaines et notamment agricoles ? On peut penser aux indicateurs « espèces » et/ou « habitats », si l'objectif fixé est de garantir leur état de conservation favorable. Il faudrait alors cibler ceux qui sont les plus dépendants des milieux agricoles. La stratégie européenne pour la biodiversité affirme ainsi que « les oiseaux et les insectes des milieux agricoles, en particulier les pollinisateurs, sont des indicateurs clés de la santé des agroécosystèmes et sont essentiels pour la production agricole et la sécurité alimentaire. Leur déclin alarmant doit être enrayeré »⁷⁸. Il serait alors possible de s'appuyer sur les rapports successifs de l'Agence européenne de l'environnement (AEE) sur l'état de la nature dans l'UE⁷⁹. Ceux-ci évaluent l'état de conservation des espèces et habitats protégés par les directives « Oiseaux » et « Habitats », et leurs dynamiques dans le temps. Ils évaluent aussi les pressions subies par les espèces et habitats protégés. S'agissant des populations d'oiseaux, par exemple, le dernier rapport rend compte d'une dégradation de la situation : « seulement 47% des populations sont dans un état favorable, contre 52 % lors de la publication du précédent rapport en 2015 »⁸⁰. Parmi les principales pressions qui menacent les oiseaux dans l'UE, l'AEE cite comme étant les plus fréquemment rapportés la conversion et le drainage des terres agricoles. Mais il cite aussi d'autres facteurs tels que les activités de loisir, le « développement », les activités forestières non durables, la mise à mort et la chasse illégales⁸¹. Dès lors, il pourrait être délicat d'isoler précisément la contribution des politiques agricoles à la dégradation de l'état de conservation de certaines espèces. De plus, la focalisation sur certains groupes d'espèces (oiseaux, insectes pollinisateurs) plutôt que d'autres pourrait s'avérer

⁷⁷ M. Prieur et C. Bastin (en collab. avec M. A. Mekouar), *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement. Des indicateurs juridiques au service du développement durable*, Peter Lang, 2021, 268 p. (accessible sur : <https://www.peterlang.com/document/1152347>).

⁷⁸ Commission européenne, *Ramener la nature dans nos vies – stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030*, *op.cit.*, p. 8.

⁷⁹ Le dernier paru est European Environment Agency, *State of nature in the EU – Results from reporting under the nature directives 2013-2018*, EEA Report, n° 10/2020.

⁸⁰ P. Mouterde, « Plus de la moitié des oiseaux sauvages en mauvais état de conservation dans l'UE », *Le Monde*, 20 octobre 2020.

⁸¹ European Environment Agency, *State of nature in the EU – Results from reporting under the nature directives 2013-2018*, *op.cit.*, p. 14.

réductrice au regard de la solidarité écologique⁸² qui existe entre les différentes composantes des agroécosystèmes.

On touche peut-être là à certaines des limites des indicateurs scientifiques de performance, *a fortiori* en lien avec la biodiversité. D'abord, la « sacralisation du chiffre » fait « ressortir une différence de traitement des problématiques environnementales. Elle peut s'expliquer en partie par la plus grande disponibilité de données concernant les enjeux d'atténuation aux changements climatiques, qui reposent sur une unité de mesure consensuelle : la tonne équivalente de CO₂ (englobant les émissions des autres gaz à effet de serre). (...) Avec un potentiel promotionnel et fédérateur important, le « coût carbone » a le champ libre pour s'imposer comme leitmotiv de la protection de l'environnement, au risque de reléguer au second plan d'autres enjeux environnementaux »⁸³, notamment la biodiversité. Appliquée à notre matière, la « gouvernance par les nombres » disséquée par Alain Supiot⁸⁴ s'incarnerait ainsi dans une « tendance à opter pour une vision simplifiée et simpliste de l'environnement faisant parfois fi de la complexité écologique »⁸⁵.

Ensuite, et plus généralement, les indicateurs scientifiques de performance sont le plus souvent fournis comme des données brutes, détachées de leur contexte social, culturel, mais aussi politique et juridique⁸⁶. Ils ne font que constater un résultat (le bon ou mauvais état de l'environnement), « sans évaluer le processus juridique qui conduit à ce résultat et a pu être plus ou moins bien respecté »⁸⁷. Ils rendent ainsi difficile la tentative, pour les juristes, d'isoler la contribution du droit à l'(in)efficacité d'une politique publique par rapport à ses impacts sur l'environnement. D'où l'idée qu'ont eu Michel Prieur et Christophe Bastin de développer la construction d'indicateurs juridiques⁸⁸, méthode à laquelle nous proposons d'avoir recours pour évaluer la performance des politiques agricoles en matière de préservation de la biodiversité.

⁸² Le principe de solidarité écologique est inscrit à l'article L. 110-1 II 6° du code de l'environnement depuis la loi « Biodiversité » du 8 août 2016.

⁸³ Ch. Ballandras-Rozet et R. Dufal, « Chiffre(s), finances publiques et protection de l'environnement », *RFFP* n° 155, sept. 2021, p. 155.

⁸⁴ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

⁸⁵ Ch. Ballandras-Rozet et R. Dufal, « Chiffre(s), finances publiques et protection de l'environnement », *loc.cit.*

⁸⁶ M. Prieur et C. Bastin (en collab. avec M. A. Mekouar), *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement. Des indicateurs juridiques au service du développement durable*, *op.cit.*, p. 41.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.*

L'utilité principale des indicateurs juridiques est de permettre d'évaluer le processus d'application du droit, autrement dit son effectivité. L'objectif est de mesurer une « batterie de facteurs qui contribuent à l'effectivité de la règle juridique dans un domaine précis et conduisent à atteindre un résultat : la diminution de la pollution »⁸⁹ ou la préservation de la biodiversité. Il ne s'agit pas de remplacer les indicateurs scientifiques, mais de les compléter et de les combiner avec les indicateurs juridiques car l'effectivité, qui est la « mesure juridique de l'application du droit, est une condition nécessaire mais non suffisante de l'efficacité »⁹⁰. Aussi s'agit-il de « permettre ultérieurement d'agrèger les résultats des indicateurs juridiques avec les indicateurs scientifiques pour pouvoir évaluer l'efficacité des politiques d'environnement, c'est-à-dire l'adéquation entre les objectifs poursuivis et les résultats atteints »⁹¹. Encore faudrait-il procéder à un choix judicieux d'indicateurs juridiques.

B) Le chaînon manquant des indicateurs juridiques

De façon générale, les indicateurs juridiques proposés par Michel Prieur et Christophe Bastin rendent compte de six critères de mise en œuvre de la règle de droit : « – indicateurs existentiels : le droit existe-t-il ? quelles sont ses sources ? – indicateurs d'applicabilité : légalité et textes de mise en œuvre ; – indicateurs institutionnels : l'administration compétente, les corps de contrôle de l'environnement et les moyens financiers ; – indicateurs substantiels concernant le contenu du droit appliqué ; – indicateurs procéduraux et de contrôle citoyen et juridictionnel permettant l'exercice des droits ; – indicateurs non juridiques qui conditionnent plus ou moins l'application effective du droit »⁹².

En s'inspirant de ces critères, on peut proposer quelques pistes à explorer dans une recherche future, pour la définition d'indicateurs juridiques spécifiques à l'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement et/ou du droit rural dans leurs dimensions de préservation de la biodiversité dans les milieux agricoles.

S'agissant de la première famille de critères, celle des indicateurs existentiels, « lorsque l'évaluation concerne un problème ou une question, on recherchera l'existence et la visibilité

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 23.

⁹² *Ibid.*, p. 25 et p. 154 et s.

d'un acte juridique ou d'un instrument politique ou programmatore qui est à l'origine de l'action étudiée »⁹³. Dans notre cas, il pourrait s'agir (selon l'échelle à laquelle on se place) de la stratégie européenne pour la biodiversité, de la stratégie nationale pour la biodiversité et/ou des directives « Habitats » et « Oiseaux » de l'Union européenne et des textes français de transposition qui, tous, fixent des objectifs de préservation de la biodiversité et ont vocation à s'appliquer dans les milieux agricoles.

S'agissant de la mise en œuvre du droit, c'est l'utilisation d'un certain nombre d'outils mis à disposition des acteurs publics et/ou des exploitants agricoles qui pourrait constituer un indicateur juridique pertinent. Par exemple, combien de contrats Natura 2000 ont-ils été signés par les exploitants agricoles dans un site Natura 2000 donné ? Dans l'ensemble des sites Natura 2000 terrestres français ? Quelle proportion et quelle superficie cela représente-t-il par rapport à la totalité du territoire couvert par les sites Natura 2000 ? La même question pourrait être posée à propos des obligations réelles environnementales prévues à l'article L. 132-3 du code de l'environnement. Plus largement, la superficie cultivée en agriculture biologique est aussi un indicateur pertinent pour la préservation de la biodiversité, comme le reconnaît la stratégie européenne pour la biodiversité. Mais cela ne sera pas forcément le cas de tous les labels agricoles ; selon l'Office français de la biodiversité (OFB), la certification HVE (haute valeur environnementale) dans sa version actuelle ne présente aucun bénéfice environnemental dans la grande majorité des cas, y compris en matière d'« infrastructures écologiques » censées être profitables à la biodiversité⁹⁴.

Au-delà des outils contractuels, reposant sur une base volontariste, c'est le recours aux outils de police administrative par les pouvoirs publics dans un but de préservation de la biodiversité des milieux agricoles qui pourrait être regardé comme un indicateur d'effectivité. Ils sont nombreux en droit français, à s'appuyer sur une protection de type réglementaire : réserves naturelles (C. envir., art. L. 332-1), arrêtés de protection de biotopes et d'habitats naturels (C. envir., art. R. 411-15 et R. 411-17-7), ou encore zones prioritaires pour la biodiversité (C. envir., art. L. 411-2 II et R. 411-17-3)... bien que ces dernières, issues de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 et conçues spécifiquement pour protéger la biodiversité des milieux agricoles, n'aient encore jamais été mises en œuvre (ce qui est un indice certain de leur ineffectivité !).

⁹³ *Ibid.*, p. 154.

⁹⁴ S. Foucart et M. Gérard, « La certification agricole « HVE » sous le feu d'une nouvelle critique », *Le Monde*, 27 mai 2021.

Il serait ensuite possible d'agréger ces indicateurs juridiques avec des indicateurs scientifiques, tels que celui de l'indice d'abondance des oiseaux dans les espaces protégés comparé au reste du territoire et en particulier des milieux agricoles. En effet, une étude publiée en septembre 2019 par Réserves naturelles de France et une équipe de scientifiques montre qu'alors que les populations d'oiseaux communs ont baissé en moyenne de 6,6 % sur le territoire métropolitain entre 2004 et 2018, elles augmentent sur la même période de 12,5 % dans les Réserves naturelles⁹⁵. Dans le détail pour les espèces spécialistes des milieux agricoles, la tendance est « stable / en léger déclin dans les Réserves naturelles (-5,7%), ce qui est significativement différent des effectifs nationaux qui sont en forte diminution et affichent une situation très préoccupante (-32,3%) »⁹⁶. Or les activités agricoles figurent bel et bien parmi celles qui sont susceptibles d'être soumises à un régime particulier au sein des réserves naturelles (C. envir., art. L. 332-3). Ainsi, l'emploi de certains produits ou de certaines pratiques agricoles est parfois interdit ou soumis à autorisation du préfet par les actes de classement. Par exemple, « l'emploi d'herbicides, insecticides, fongicides et autres pesticides est interdit dans la réserve » naturelle nationale du Marais d'Yves (Charente-Maritime)⁹⁷. Comme l'indiquent des auteurs, certains actes de classement peuvent être plus prescriptifs en posant eux-mêmes des limites à la production agricole et/ou en donnant compétence au préfet pour régler les activités agricoles par une sorte de « règlement intérieur »⁹⁸. Toujours en Charente-Maritime, le décret de création de la réserve naturelle nationale de la baie de l'Aiguillon dispose ainsi que « les activités agricoles ou pastorales continuent à s'exercer conformément aux usages en vigueur, à savoir le pâturage et la fauche des prés salés. Elles peuvent faire l'objet d'une réglementation particulière par le préfet, après avis du comité consultatif. Les prés salés ne peuvent pas faire l'objet d'endiguement »⁹⁹. Toute la difficulté consistera néanmoins à isoler la contribution de la réglementation des activités agricoles dans certaines réserves naturelles, parmi les facteurs d'amélioration de l'état des populations d'oiseaux spécialistes des milieux agricoles au sein de ces espaces protégés par rapport au reste du territoire national.

⁹⁵ https://www.reserves-naturelles.org/sites/default/files/news/2019_10_cp_effet_reserve_stoc.pdf

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ Art. 7 du décret n° 81-851 du 28 août 1981, *JO* du 15 septembre 1981.

⁹⁸ C. Hermon, I. Doussan et B. Grimonprez, *Production agricole et droit de l'environnement*, Lexis Nexis, 2^{ème} éd., 2020, p. 273-274.

⁹⁹ Art. 11 du décret n° 99-557 du 2 juillet 1999, *JO* du 4 juillet 1999.

Après les indicateurs de la mise en œuvre, viennent naturellement ceux du contrôle de l'application du droit. Il s'agit d'abord du contrôle administratif, et il serait par exemple intéressant de disposer de statistiques sur les contrôles effectués par les inspecteurs de l'environnement vis-à-vis des signataires de contrats Natura 2000 (nombre de contrôles, suites données, nombre de sanctions, etc.). Elles ne seraient sans doute pas très rassurantes : le conseil scientifique de l'OFB, qui milite aussi en faveur de la construction d'indicateurs juridiques et de police, rappelle en s'appuyant sur le Conseil d'analyse économique que « la réglementation en matière de protection de la biodiversité est insuffisamment respectée, notamment du fait d'un manque de moyens et de ressources humaines, des faibles incitations financières, d'objectifs contraignants juridiquement insuffisants, et de manque de contrôles. Un signal de cette défaillance est le très faible taux de sanction du non-respect des règles de police liées à l'environnement. Sans risque de sanctions et sans incitations financières, les comportements et les pratiques générant des atteintes à la biodiversité vont se poursuivre »¹⁰⁰.

Il s'agit ensuite du contrôle citoyen et juridictionnel. Dans cette même note d'avril 2021 prenant position en faveur des indicateurs juridiques, le conseil scientifique de l'OFB considère la mise en cause de la responsabilité de l'État comme un « mécanisme de contrôle de l'effectivité des objectifs qui pourrait s'amplifier »¹⁰¹ en matière de climat, mais aussi de biodiversité.

Un recours actuellement pendant devant la justice administrative pourrait être l'occasion de tester cette hypothèse, spécifiquement en matière agricole. Le 10 janvier 2022, cinq associations dont Notre Affaire à tous, déjà à l'origine de l'« Affaire du siècle » en matière climatique, ont déposé devant le tribunal administratif de Paris un « recours contre l'État français pour manquement à ses obligations de protection de la biodiversité »¹⁰². Comme dans le précédent climatique, il s'agit d'un recours en carence fautive visant à faire reconnaître le préjudice écologique constitué par l'« effondrement de la biodiversité ». Les associations requérantes visent en particulier le système d'homologation des pesticides, qu'elles jugent insuffisamment protecteur des pollinisateurs et de la faune en général. Elles demandent à ce que le juge administratif fasse usage de ses pouvoirs d'injonction afin de contraindre l'État à réformer ce

¹⁰⁰ Conseil scientifique de l'OFB, « L'OFB, demain. S'engager pour la biodiversité : réflexions du conseil scientifique de l'OFB », avril 2021, 25 p., p. 18.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰² <https://notreaffaireatous.org/cp-effondrement-de-la-biodiversite-cinq-ong-deposent-un-recours-contre-letat-pour-demander-justice-pour-le-vivant/>

système. Avec la même issue que dans l’Affaire du siècle, celle d’un « succès théorique » menacé par des « difficultés pratiques »¹⁰³ ?

¹⁰³ J. Bétaille, « Le préjudice écologique à l’épreuve de l’Affaire du siècle : un succès théorique mais des difficultés pratiques », *AJDA* 2021, p. 2228, note sous TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, *Oxfam France, Notre Affaire A Tous, Greenpeace France, Fondation pour la nature et l’homme*. Les difficultés que vise Julien Bétaille concernent moins la reconnaissance de la carence fautive de l’État que la réparation du préjudice écologique. V. aussi H. Belrhali, « Pesticides : qui a (encore) peur du juge administratif ? », *AJDA* 2022, p. 713.