

La Revue

“Droit et environnement”

Numéro 10 - Mars 2017



Centre
Michel de l'Hospital
EA 4232

La Revue

Dossier “Droit et environnement”

Actes du colloque de Clermont-Ferrand

16 avril 2014

Textes réunis par

Raphaël MAUREL, ATER en droit public

Numéro 10 - Mars 2017

La Revue (Centre Michel de l'Hospital) ISSN 2273-872X



Sommaire

Les Annonces

Le Dossier :

Droit et environnement – Bilan et perspectives

Actes du colloque du 16 avril 2014

INTRODUCTION,

par Raphaël **MAUREL**

LES POLITIQUES PUBLIQUES LIEES A L'ENVIRONNEMENT : DE LA REGLE A LA PRATIQUE LOCALE, L'EXEMPLE DES PNR,

par Roger **GARDES**

LA DIMENSION ENVIRONNEMENTALE DE L'ENTREPRISE. REGARDS SUR LA RSE,

par Nicolas **GRAS** et Michaël **VILLEMONT**

CATASTROPHES ECOLOGIQUES ET RETOUR D'EXPERIENCE :

QUELLES EVOLUTIONS, QUELLES REVOLUTIONS POUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT,

par Séverine **NADAUD**

LA DEFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL, AU CARREFOUR DES APPROCHES ECOCENTRIQUE ET ANTHROPOCENTRIQUE,

par Valère **NDIOR**

LA DEFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE,

par Julien **BETAÏLLE**

L'ENVIRONNEMENT SPATIAL,

par Laurence **RAVILLON** †

L'Etude :

ETHIQUE, CONFORMITE ET GOUVERNANCE. LES NOUVEAUX ENJEUX ET DEFIS DES ENTREPRISES AU MAROC

Le Commentaire :

LA SANCTION JUDICIAIRE DU REFUS ABUSIF D'UNE CANDIDATURE A UN PLAN DE DEPARTS VOLONTAIRES - A propos de CA Versailles, 1^{er} mars 2016, n° 14/03317

Table des matières

La Revue

“Droit et environnement”

Numéro 10 - Mars 2017

Mentions légales

La Revue (Centre Michel de l'Hospital)
ISSN 2273-872X

éditeur

Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232
Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
41 boulevard F. Mitterrand
CS 20054
63002 CLERMONT-FERRAND Cedex 1
recherche.cmh@udamail.fr

directeur de la publication

Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Directeur du Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232

réalisation

Audrey VITALIEN-CHARBONNEL, Secrétaire du Centre Michel de l'Hospital

comité de rédaction

Marie-Elisabeth BAUDOIN, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université Clermont Auvergne
Anne-Blandine CAIRE, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne
Frédéric CHARILLON, Professeur de science politique à l'Université Clermont Auvergne
Allison FIORENTINO, Maître de conférences HDR en droit privé et en sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne
Anne JACQUEMET-GAUCHE, Professeur de droit public à l'Université Clermont Auvergne
Nicolas LAURENT-BONNE, Professeur d'histoire du droit et des institutions à l'Université Clermont Auvergne
Vincent MAZEAUD, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne

parution

n° 10, mars 2017

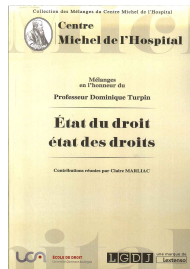
Les Annonces

Dernières publications

<http://cmh.u-clermont1.fr/publication/1/all/0>

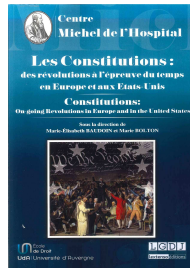
Etat du droit, état des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin. Contributions réunies par Claire MARLIAC

Editions du Centre Michel de l'Hospital, Collection des Mélanges, N°1, 2017, 859 p.



Les Constitutions : des révolutions à l'épreuve du temps en Europe et aux Etats-Unis / Constitutions: On-going Revolutions in Europe and in the United States. Actes bilingues du colloque de Clermont-Ferrand des 30-31 mai 2013, sous la direction de Marie-Elisabeth BAUDOIN et Marie BOLTON

Editions du Centre Michel de l'Hospital, N° 12, 2017, 470 p.



Manifestations scientifiques

<http://cmh.u-clermont1.fr/event>

- journée d'étude **Le divorce sans juge**, 4 avril 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec l'Ordre des avocats du Barreau de Clermont-Ferrand et le Conseil régional des notaires d'Auvergne
- colloque **Le droit de l'asile en situation d'afflux massif : tensions et ambiguïtés**, sous la direction d'Alexis MARIE, Isabelle MOULIER, Caroline LANTERO, 13-14 avril 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- colloque **Le droit de l'aide et de l'action sociales à la croisée des chemins : dynamiques et perspectives**, sous la direction de Florence FABERON, 18 mai 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- colloque **L'étranger, cet inconnu**, par le Puy de la Recherche, 6-8 juin 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- journée d'étude **Les artifices du droit (II) – Les définitions**, sous la direction d'Anne-Blandine CAIRE et Cyrille DOUNOT, 7 juin 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- colloque **L'influence du néo-libéralisme sur la conception de l'Etat aujourd'hui**, sous la direction de Marie-Elisabeth BAUDOIN, 9 juin 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec Comitatus Gentium France-Russie
- table-ronde **Responsabilité et référés**, sous la direction d'Anne JACQUEMET-GAUCHE, 16 juin 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- journée d'étude **Valorisation d'une source historique originale : la numérisation des factums de la cour d'appel de Riom**, avec la BCU Droit Economie Management, 20 juin 2017, Maison des Sciences de l'Homme de Clermont-Ferrand

Le Dossier

Droit et environnement – Bilan et perspectives

Actes du colloque du 16 avril 2014

Textes réunis par Raphaël MAUREL

Introduction,

Raphaël MAUREL,
ATER en droit public, Université Clermont Auvergne

Les politiques publiques liées à l'environnement : de la règle à la pratique locale, l'exemple des PNR,

Roger GARDES,
Ancien Président du Parc Naturel Régional des Volcans d'Auvergne (2004-2016), Vice-Président chargé des réseaux Parc, Maire de Saint-Genès-Champanelle, Vice-Président de Clermont Auvergne Métropole en charge de l'Urbanisme, Espaces naturels, Cours d'eau, Tourisme et Partenariats institutionnels

La dimension environnementale de l'entreprise. Regards sur la RSE,

Nicolas GRAS, docteur en droit privé, Université d'Auvergne, chercheur associé au CMH (EA 4232)
Michaël VILLEMONT, Avocat au Barreau de Bourges

Catastrophes écologiques et retour d'expérience : quelles évolutions, quelles révolutions pour le droit de l'environnement,

Séverine NADAUD,
Maître de conférences en droit privé, Université de Limoges, OMIJ-CRIDEAU (EA 3177)

La définition de l'environnement en droit international, au carrefour des approches écocentrique et anthropocentrique,

Valère NDIOR,
Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole, membre de l'Institut de recherche en droit international, européen et comparé (IRDEIC)

La définition de l'environnement en droit de l'union européenne,

Julien BETAÏLLE,
Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole, Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC EA 1919), Associé au Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU)

L'environnement spatial,

Laurence RAVILLON †
Professeur de droit privé, Université de Bourgogne, Doyen de la Faculté de droit et de science politique de Dijon, Directrice du CREDIMI (Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, UMR 6295)

INTRODUCTION

*Raphaël MAUREL,
ATER en droit public, Université Clermont Auvergne,
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

Les articles qui suivent sont issus d'un colloque tenu à Clermont-Ferrand en avril 2014. Son thème, « Droit et environnement : bilan et perspectives » avait été choisi par son comité d'organisation¹ désigné à cet effet par l'ACDD – Association clermontoise des doctorants en droit – pour son caractère évolutif. Cette branche relativement récente de droit est en effet en perpétuelle évolution, s'adaptant et se modelant sans cesse sous la pression d'acteurs investis pour sa protection. L'environnement, en lui-même et sous toutes ses acceptions (environnement naturel, atmosphérique, social, numérique...), irrigue pour sa part l'ensemble des matières juridiques, s'infiltrant depuis les années 1960 dans les ordres juridiques nationaux et internationaux par l'entremise de portes variées.

Objet d'une attention indéniable des pouvoirs publics nationaux et internationaux, il est également au centre des préoccupations des entreprises qui doivent tenir compte des enjeux environnementaux dans la poursuite de leurs activités, se heurtant parfois à la complexité d'un, voire de plusieurs corpus normatif(s) hétérogène(s). Alors que la protection de notre environnement commun figure parmi les objectifs fixés par la Déclaration du Millénaire du 8 septembre 2000, que les États se lancent dans des courses effrénées à l'énergie (renforcement récent des prétentions russes, canadiennes et américaines en Arctique, où sommeilleraient sous les glaces en fonte 22% des réserves mondiales en hydrocarbures), que l'eau potable devient un enjeu mondial, que de nouveaux États partent à la conquête de l'environnement extra-atmosphérique, que les sociétés sont soumises à des obligations écologiques accrues ou encore que des contestations relatives aux taxes destinées à préserver l'environnement s'élèvent, les juristes doivent rester saisis de la question des rapports entre droit et environnement, afin de mieux les conceptualiser, mieux les expliciter, mieux les communiquer et mieux les faire appliquer.

Ainsi ce colloque organisé par l'ACDD à Clermont-Ferrand avait-t-il pour double ambition de faire un point clair sur l'actualité des relations entre droit et environnement, et d'en dégager quelques perspectives. Cette entreprise, menée par quatre doctorants, s'inscrivait alors dans une volonté d'interdisciplinarité se déclinant selon deux axes.

Le premier était celui de la recherche d'un éventuel fonds commun parmi les différents procédés de prise en compte de l'environnement par le droit, qui ne peut se concevoir que dans le cadre d'une démarche de définition rigoureuse de cet « environnement » dans et par plusieurs branches représentatives du droit interne et international, au regard de leurs derniers développements respectifs. Celle-ci s'inscrit dans la perspective de la mise en évidence, soit d'une convergence des conceptions, soit, à l'inverse, de particularismes sectoriels rendant difficile voire impossible toute systématisation autour de la notion juridique d'environnement.

Le second était celui de la mise en lumière, sur la base de ces constats, des solutions retenues – ou à retenir dans une démarche prospective – par le droit pour répondre aux problématiques, parfois nouvelles, liées à l'environnement.

¹ Alors composé, outre l'auteur de l'introduction, d'Audrey Oudoul (docteur en droit privé), Matthieu Thébaud et Olivier Lavail.

Trois ans après le colloque, il est frappant de constater l’actualité des contributions, qui n’ont subi que des retouches et actualisations mineures entre-temps. À l’heure de la COP22 et bientôt de la COP23 qui aura lieu à Bonn en 2017, l’intégration des préoccupations environnementalistes dans les politiques gouvernementales françaises ne fait plus de doute ; ainsi s’inquiète-t-on notamment de « la montée des eaux [qui] sera vraisemblablement la cause principale de l’aggravation de l’aléa de submersion et pourra avoir des effets majeurs sur l’érosion côtière dans les prochaines décennies »². Les contextes politiques, notamment outre-Atlantique, font pourtant craindre une résurgence d’un « climato-scepticisme » en contradiction, au moins en apparence, avec l’intégration tentaculaire des considérations environnementales dans les pratiques, décisions et politiques des administrations publiques et internationales et même des entreprises privées.

Six contributions, sur les treize communications présentées lors du colloque, sont ici publiées dans *La Revue* du Centre Michel de l’Hospital, dont le comité d’organisation remercie son directeur, M. le Professeur Jean-Baptiste Perrier. Elles sont le reflet de cette journée placée sous le signe de l’interdisciplinarité.

Les efforts de recherches d’une définition de l’environnement en droit de l’Union européenne (J. Bétaille) et droit international économique (V. Ndior) montrent sans ambiguïté qu’il n’en existe pas dans ces domaines mais, dans les deux cas, que l’environnement constitue un *objet* de droit international aussi bien que de droit interne – l’on excusera à l’auteur de ces lignes, internationaliste, le prisme tendant à considérer que le droit de l’Union européenne relève de l’ensemble « droit international ».

Les contributions relatives à la prise en compte de l’environnement dans les entreprises *via* la RSE (N. Gras et M. Villemont) et les politiques publiques locales *via* les Parcs naturels régionaux (R. Gardes) délivrent un précieux éclairage issu de la pratique. Leurs démonstrations de la difficile réparation du dommage environnemental par l’entreprise et de la difficile – mais possible – articulation entre ambitions nationales et mise en place sur le terrain local ne se limitent pas à des conclusions défaitistes : de réelles propositions, juridiques et politiques, sont mises en avant par les auteurs, dans une démarche constructive et prospective. C’est la même démarche qui anime S. Nadaud lorsqu’elle présente, après avoir exposé notamment les avantages du retour d’expérience, une liste de propositions tendant à améliorer les dispositifs juridiques de suivi des conséquences des catastrophes écologiques.

Une dernière contribution sur l’environnement spatial a été présentée dans le but d’élargir le débat. L’ACDD tient, par cette publication intervenant un mois après la disparition brutale de son auteur, à rendre un sincère hommage à Mme le Professeur Laurence Ravillon, qui avait d’emblée accepté, avec enthousiasme et une grande générosité, l’invitation lancée par les doctorants de l’association.

Il s’avère que l’encadrement juridique des risques issus de l’activité spatiale (gestion des déchets spatiaux en orbite ou après leur retombée sur Terre) présente à la fois les mêmes particularités que celui des risques environnementaux purement terrestres et des spécificités propres – à commencer par la prolifération de mesures techniques en l’absence de traité universel sur la question. Une présentation sur l’environnement *numérique* avait, dans le même sens, également été prononcée lors du colloque, concluant à des similitudes notables avec la notion d’environnement naturel, au nombre desquelles l’impertinence croissante de la classique distinction entre le droit public et le droit privé, pour appréhender et développer les phénomènes normatifs régissant ces domaines.

L’environnement constitue un objet juridique unique, que les présentes contributions ont permis de mieux identifier de manière interdisciplinaire – et donc enrichissante : le but du colloque a, en ce sens, été atteint.

² Proposition de loi portant adaptation des territoires littoraux au changement climatique, déposée le 13 juillet 2016 à la Présidence de l’Assemblée nationale, n° 3959.

LES POLITIQUES PUBLIQUES LIEES A L'ENVIRONNEMENT : DE LA REGLE A LA PRATIQUE LOCALE, L'EXEMPLE DES PNR

Roger **GARDES**³,

Ancien Président du Parc Naturel Régional des Volcans d'Auvergne (2004-2016)

Vice-Président chargé des réseaux Parc, Maire de Saint-Genès-Champanelle

*Vice-Président de Clermont Auvergne Métropole en charge de l'Urbanisme, Espaces naturels,
Cours d'eau, Tourisme et Partenariats institutionnels*

Les politiques publiques de l'environnement se concentrent généralement autour de deux objectifs essentiels :

- La préservation et la gestion durable des ressources naturelles
- La gestion préventive et curative des risques et nuisances sur l'environnement

Les Parcs naturels régionaux, à l'œuvre depuis 47 ans pour certains d'entre eux et tels que définis aux articles L. 333-1 et R. 333-1 du *Code de l'environnement*, ont pour objet la protection d'un territoire à l'équilibre fragile, d'un patrimoine riche et menacé. Ils concourent à la politique de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de développement économique, social, d'éducation et de formation du public.

Plus récemment (loi Grenelle 2), a été soulignée leur vocation à constituer des territoires d'expérimentation locale pour l'innovation au service du développement durable des territoires ruraux. Au travers de cette définition, on voit bien que l'action des PNR peut se situer en trame des différentes politiques publiques de l'environnement, même si le premier champ de compétences relatif aux ressources naturelles ressort bien plus de leur logique et de leurs pratiques.

D'initiative régionale mais de consécration nationale, les syndicats mixtes supports des PNR sont aujourd'hui considérés comme des relais importants de l'Etat pour la déclinaison locale des politiques publiques de l'environnement et en particulier les politiques de la nature en préventif et même en curatif. Leurs actions reflètent donc, en principe, les intentions nationales adaptées aux enjeux locaux en la matière.

Quoi qu'il en soit, leur capacité d'intervention est conditionnée par un caractère réglementaire limité et inégal (I) qui rend d'autant plus nécessaire l'action collective ainsi qu'une autre approche de la gouvernance environnementale (II).

I. DES INTERVENTIONS CARACTERISEES PAR :

A. Un caractère réglementaire limité pour la charte

1. Principes généraux

L'outil programmatique d'intervention des PNR et de leurs partenaires sur un territoire classé pour aujourd'hui 12 ans est la charte. Il s'agit d'un document cadre qui détermine les orientations de protection, de mise en valeur et de développement, ainsi que les mesures permettant leur mise en œuvre. Elle détermine les dominantes et principes fondamentaux de protection des structures paysagères sur le territoire du Parc et elle est désormais assortie d'un plan de financement.

³ Cette publication a été actualisée pour la dernière fois mi-2016.

Etablie sur la base d'un inventaire du patrimoine et des enjeux en présence, contrairement à la charte d'un Parc national qui a valeur réglementaire et suscite donc des obligations juridiques pour les tiers, la charte des PNR, acte *sui generis*, est une sorte de contrat volontaire entre des parties qui s'engagent, non opposable aux tiers (CE, 15/11/2006, syndicat mixte du PNR de la montagne de Reims).

La création des PNR ne doit donc entraîner ni servitude, ni atteinte directe au droit des individus.

Par ailleurs, la charte d'un Parc naturel régional peut comporter des règles de fond mais pas de procédure (CE 8 février 2012, Union des industries de carrières et matériaux de construction de Rhône-Alpes, charte du PNR des Bauges).

En l'occurrence, le conseil d'Etat juge que la charte d'un Parc naturel régional (PNR) ne saurait imposer par elle-même des obligations directement opposables aux tiers, ni subordonner les demandes d'autorisations d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) à des obligations de procédure autres que celles prévues par la loi.

De cette nature juridique particulière résulte le fait que les mesures de protection de l'environnement applicables dans un PNR sont les mêmes que sur le reste du territoire hors zone jouissant d'un régime réglementaire propre (RNN par exemple).

De fait, pour que la protection de l'environnement puisse avoir du sens à partir de l'approche PNR sur des espaces souvent vastes et à densité de population très variable, il n'y a d'autre solution que de mobiliser et d'animer à bon escient les outils réglementaires d'aménagement de l'espace ou de gestion des ressources existants (SAGE, chartes forestières, documents d'urbanisme...)

2. Analyse thématique

La jurisprudence récente permet d'actualiser la portée juridique réelle des chartes de PNR sur des points précis.

Dans certains cas particuliers dont notre Syndicat mixte de Parc a fait les frais, le juge administratif considère que les chartes des PNR sont des actes d'orientation qui ont une valeur réglementaire, ce qui permet notamment de reconnaître leur illégalité dans le cadre d'un recours par voie de l'exception (CE, 29 avril 2009, Commune de Manzat).

En matière d'urbanisme, depuis 1994, les chartes de PNR doivent contenir des orientations et des mesures parfois précises, qui s'imposent aux documents d'urbanisme dans un rapport de compatibilité sans régir directement les utilisations du sol (CE 28/09/2011 commune de La Chapelle en Serval vs Société IF Promotion).

Malheureusement depuis l'adoption de la loi ALUR en mars 2014, les chartes de PNR se voient dépossédées de l'opposabilité directe aux documents d'urbanisme type PLU en présence de SCoT, car lorsqu'il en existe un sur tout ou partie du territoire d'un Parc, le SCoT doit reprendre les dispositions des chartes de PNR applicables au PLU de chaque commune. Ceci n'est pas le meilleur moyen de favoriser les interventions des PNR en matière de densification des zones urbanisées ou de limitation de l'urbanisation des terres agricoles. En outre, au sein des PNR, nous nous demandons dans quelles conditions exploitables cette intégration va pouvoir s'opérer.

La charte s'impose également sur le même principe de compatibilité aux règlements locaux de publicité depuis la loi Grenelle 2 (art L. 581-14 du CE).

Des incertitudes demeurent quant à la portée normative des dispositions de la charte relatives à la déclinaison de l'article 1 de la loi Lalonde du 3 janvier 1991 sur la circulation des véhicules en espaces naturels. Cet article indique en effet que la charte doit comporter des dispositions établissant les règles de circulation des véhicules à moteur sur les voies et chemins du Parc (L.362-1, al 2 CE), mais les maires peuvent néanmoins décliner directement leurs pouvoirs de police en la matière (CE 12/12/1977 Association les Crapahuteurs de La Colombière).

Cet exemple met les PNR dans une situation embarrassante. En effet, pour atteindre les objectifs fixés par l'Etat et le CNPN sur ce sujet délicat localement, ils sont condamnés soit à se substituer aux pouvoirs de police de nombreux maires, ce qui n'est pas très responsabilisant pour ces derniers en faisant le travail de rédaction, de prise d'arrêtés, de panneauage et de surveillance à la place des communes ou à engager des moyens de conviction et d'accompagnement largement supérieurs aux moyens qu'ils peuvent consacrer à ce seul sujet surtout sur un territoire de 400 000 ha comme le Parc des volcans qui compte 8 000 km de chemins dont 2 000 déjà pourvus d'arrêtés à actualiser et 500 km nouveaux susceptibles de faire l'objet d'un arrêté y réglementant la circulation.

À cet égard dans ses arrêts récents « Union des amis du PNR du Gâtinais français du 5 juillet 2012 » et « FNE vs Etat au sujet de la charte du PNR des Ballons des Vosges du 20/12/2013), le Conseil d'Etat relativise un peu les exigences nationales à l'égard des PNR en considérant qu'il revient bien aux maires de réglementer et que la charte n'édicte que des orientations générales sur ce sujet, lesquelles peuvent être concentrées sur des secteurs prioritaires (noyaux de biodiversité par exemple). Il ne retient pas les clauses de revoyure récente imposées aux dernières chartes de PNR révisées et leur imposant sous trois ans de pouvoir démontrer la capacité du Parc à obtenir l'engagement des communes et un nombre d'arrêtés adoptés à fournir dans un délai réduit.

B. Un caractère réglementaire inégal sur les autres modalités

1. Des missions ambitieuses

D'abord institués par voie réglementaire (décret du 1^{er} mars 1967), les Parcs sont des instruments d'aménagement durable des territoires mais aussi des institutions en charge de la protection et de l'animation éclairées de zones rurales à forte densité patrimoniale. Ces éléments de précisions sur les rôles et fonctions des PNR ont été renforcés par l'article 29 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences ainsi que par la loi Paysage du 8 janvier 1993.

Pour les PNR de montagne comme celui des volcans d'Auvergne dont 99% de la superficie est classée en zone montagne, le législateur a indiqué qu'ils constituent un instrument exemplaire au service de la protection de l'équilibre biologique et de la préservation des sites et paysages (art 94 loi du 9 janvier 1985 et art L. 333-2 du *Code de l'environnement*).

Au-delà de la charte, les interventions des PNR reposent majoritairement sur le conseil exprimé dans des avis simples et rarement conformes.

2. Servies par des démarches à caractère consultatif ou optionnel

Dans la sphère de l'urbanisme et de l'aménagement de l'espace et depuis la loi du 14 avril 2006, de nombreux documents de planification et de gestion sont soumis à l'avis préalable des syndicats mixtes de PNR. Ces avis s'inspirent nécessairement des orientations contenues dans les chartes, ce qui oblige à un effort de précision et de lisibilité en cas de contentieux impliquant ces documents. A été établie une

liste de 14 documents soumis à cet avis obligatoire du syndicat mixte et accompagnés du rapport environnemental (Art R.333-15 du *Code de l'environnement*). Parmi ceux-ci figurent les documents relatifs à l'éolien, aux carrières, à l'accès à la nature, aux sports de nature, à la gestion de l'eau, à la chasse, à la gestion de la faune sauvage, au tourisme et à la mise en valeur de la mer (art L. 333-1-V, al. 2 du *Code de l'environnement*). A l'exception des avis concernant les documents d'urbanisme, ces avis sont seulement consultatifs même si les services instructeurs de l'Etat et de ses établissements publics s'en inspirent souvent fortement.

Les syndicats mixtes de PNR sont souvent mobilisés pour l'élaboration des SCoT, PLU, PLUi en tant que personnes publiques associées (art L. 121-4 cu). Certains d'entre eux qui ont également le statut de pays peuvent porter directement des SCoT s'ils ont opté pour la compétence urbanisme. C'est le cas pour le Gâtinais français, le Haut-Jura, la forêt d'Orient, la Narbonnaise en Méditerranée.

Depuis la loi du 2 février 1995 (art 41), les PNR peuvent se substituer aux conseils généraux pour exercer à leur place leur droit de préemption au sein des ENS (espaces naturels sensibles). Ce droit de préemption peut aussi s'exercer dans les réserves naturelles nationales dont la gestion serait confiée par l'Etat à un syndicat mixte de PNR. C'est le cas pour le Parc des volcans qui gère pour le compte de l'Etat 4 des 5 RNN auvergnates.

Enfin, l'article 37 de la loi du 2 février 1995 complétant l'article L. 2213-17 du CGCT autorisait les syndicats mixtes de PNR à recruter des gardes-champêtres.

Ne souhaitant pas se substituer aux pouvoirs de police des maires et désireux de bien cibler leurs interventions, très peu de PNR (5 sur 48) se sont saisis de cette possibilité, mais ceux qui l'ont fait ont choisi de la traiter différemment en recrutant et en formant des gardes-nature dont les métiers ont évolué de la surveillance-sensibilisation vers la restauration de milieux et le contrôle pouvant aller jusqu'à la verbalisation grâce à un commissionnement faune/flore et circulation des véhicules motorisés de loisirs. L'activité de contrôle ressortant de la police de la nature s'effectuait souvent en duo avec des services assermentés des établissements publics de l'Etat (ONF, ONCFS, ONEMA...). Malheureusement l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 relative à l'organisation de la police de la nature a privé nos agents de leur commissionnement à la date du 1^{er} juillet 2013, ce qui nous handicape fortement dans nos activités de surveillance où la coercition régulée apparaît comme de plus en plus nécessaire, notamment sur la question des véhicules motorisés de loisirs. Nous espérons récupérer ce commissionnement avec l'adoption de la loi biodiversité. Dans le cas contraire, nous serons très en retrait sur cette politique considérant qu'on ne nous accorde pas un crédit suffisant pour l'animer correctement.

II. DES INTERVENTIONS QUI RENDENT NECESSAIRES :

A. L'action collective

1. Principe général

Les interventions des PNR sont extrêmement variées et correspondent à une déclinaison calquée sur les enjeux locaux de leurs cinq missions fondamentales définies au plan national. Les chartes récentes sont, en outre, depuis 2008, labellisées quasi-automatiquement Agenda 21 local en fin de procédure de révision ou de création si tout s'est déroulé normalement.

On y retrouve généralement des actions relatives à la gestion écologique et concertée de l'espace, la conservation et la mise en valeur du patrimoine, le maintien et la création d'activités adaptées, le tourisme et les activités de découverte de pleine nature, l'information et la pédagogie de terrain.

On l'a vu précédemment, la charte est à la fois un pacte entre parties consentantes et une démarche de progrès collective proposée par voie d'orientation à l'ensemble des acteurs du territoire publics ou privés. Elle contient des engagements qui vont conduire à la mise en œuvre des objectifs principaux du projet de territoire (circulaire du 15 juillet 2008 relative au classement et renouvellement de classement des PNR). De plus, l'article L. 333-1-V du *Code de l'environnement* précise que l'Etat et les collectivités locales signataires appliquent la charte et assurent en conséquence la cohérence de leurs actions. Le syndicat mixte de PNR en assure l'animation à titre principal mais non exclusif.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat considère que les chartes n'étant pas opposables aux tiers ne sont pas soumises à évaluation environnementale (CE 20/12/2013 FNE vs Etat, charte du PNR Ballons des Vosges) en application directe de la directive 2001/42/CE, sans tenir compte de l'opposabilité aux documents d'urbanisme et des effets indirects envers les tiers par ce biais. De fait, les chartes de PNR ne seraient finalement pas soumises aux dispositions du décret du 2 mai 2012 relatifs à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement.

Les enjeux de l'efficacité de l'action collective se concentrent donc sur l'articulation entre les compétences juridiques obligatoires portées avec les moyens afférents par les collectivités partenaires du syndicat mixte de PNR et les missions transversales assumées par ce dernier sous le haut patronage de l'Etat.

2. Vision locale

La confrontation des regards officiels des uns et des autres en début de révision sur le rôle du syndicat mixte et le contenu de la future charte pour le PNRVA donne une idée du travail de médiation qui a été nécessaire pour aboutir à un dénominateur commun sur lequel chacun ait envie de s'engager et s'investir.

Pour la région Auvergne, les PNR sont le seul outil disponible de développement et d'aménagement dont la clé d'entrée est environnementale, ce qui les rend d'autant plus légitimes dans un échiquier institutionnel en constante évolution. Avec une clé d'entrée environnementale, leur principale mission s'organise bien autour de la préservation et de la gestion des patrimoines naturels, paysagers et culturels mais ils peuvent s'associer aux pays et EPCI pour conduire des projets de développement économique tournés vers l'excellence environnementale et sociale. Il y a donc un équilibre subtil à trouver dans les binômes PNR/pays.

En ce qui concerne l'Etat, le champ de la future charte doit s'organiser autour de la concertation et d'une démarche pragmatique et pédagogique servant le développement durable. Le Parc demeure un outil territorialisé de portage et de relais des stratégies nationales et européennes relevant du domaine de l'environnement : maintien de la biodiversité, des ressources naturelles et du caractère des paysages, réduction des nuisances et des pollutions, prise en compte des risques naturels. Ils doivent contribuer à des démarches innovantes et prospectives. Le projet de développement qu'ils portent doit démontrer une stratégie forte de conservation et de la biodiversité et de respect du territoire au sens large.

Côté Conseil général du Puy-de-Dôme, les PNR sont considérés comme des creusets du développement durable. Ils doivent donc intervenir en protégeant les richesses patrimoniales de leurs territoires face aux enjeux et risques identifiés, plus particulièrement dans le domaine de l'environnement. Ils doivent également accompagner les habitants et les différents acteurs de la société dans ces mutations. Enfin, ils doivent prodiguer au tissu économique un accompagnement permettant à ce dernier de s'adapter et de se maintenir face à ses mutations. Ce positionnement passe par la réponse à trois enjeux :

- refonder l'identité du Parc en le faisant évoluer de la conservation vers le développement, afin d'aboutir à une meilleure perception des habitants,
- répondre à la pression urbaine du nord du Parc, proche de l'agglomération clermontoise
- favoriser l'accueil de nouvelles populations sur les autres secteurs du Parc.

S'agissant du Conseil général du Cantal, celui-ci insiste sur le rôle d'accompagnement que le syndicat mixte du Parc doit avoir en direction des maîtres d'ouvrage locaux pour les aider dans la conception de leurs projets. Il l'incite donc à user du principe de subsidiarité. Il doit s'attacher au faire-faire plutôt qu'au faire, en gardant en tête son objectif de protection et de valorisation du patrimoine.

B. La détermination d'une autre gouvernance environnementale

La synthèse de ces différentes visions fait apparaître quelques conditions nécessaires pour que les syndicats mixtes de PNR puissent jouer un rôle efficace et reconnu en matière d'animateurs de politiques publiques environnementales.

1. Règles à respecter

Même si le principal souci des lois de décentralisation n'a pas été de répartir les compétences environnementales entre les différentes collectivités en dehors de la protection et gestion d'espaces naturels (ENS/RNR) et de la réalisation d'inventaires pour les régions, il semble nécessaire que chaque rang de collectivité tienne sa place dans la mise en place d'outils de gestion et de sensibilisation même si, sur les espaces PNR, ceux-ci peuvent assurer un rôle de coordination et de médiation.

À cet égard, la compétence « eaux et milieux aquatiques » qui pourrait devenir obligatoire pour les EPCI dans la prochaine loi biodiversité dont l'examen devrait commencer fin juin au Parlement, nous paraît essentielle pour susciter des maîtrises d'ouvrage locales plus ambitieuses et performantes et doper celles qui existent notamment autour du portage des contrats de rivière. Certes les maires sont toujours détenteurs de pouvoirs importants en matière de police de la nature mais ils s'en saisissent peu et cherchent souvent un détenteur de substitution (on l'a vu avec la circulation des véhicules motorisés de loisirs). De fait le transfert de ces pouvoirs ainsi que de ceux liés à l'urbanisme vers les EPCI paraît tout à fait pertinent car permettant de prendre un peu de recul par rapport aux pressions locales et de réfléchir à l'échelle de territoires plus vastes.

Les politiques publiques environnementales ne peuvent se concentrer exclusivement, ni même très majoritairement sur des politiques de conservation contraignantes et frustrantes.

Les éléments à protéger doivent être présentés et vécus avant toute chose comme des ressources (à valoriser par une exploitation adaptée) à caractère patrimonial (ce qui justifie leur protection responsable partagée par tous). Ces politiques doivent donc travailler à un rapprochement et à une compatibilité avec le volet économique du développement durable.

Il s'agit du pain quotidien des chartes de PNR, mais cette nécessité dépasse largement leur cadre. Il est impératif que les partenaires institutionnels des syndicats mixtes de PNR respectent les engagements souscrits lors des révisions ou créations de chartes récentes, afin d'atteindre correctement les objectifs assignés.

Les politiques publiques environnementales doivent valoriser sociologiquement ces ressources et en favoriser l'accessibilité par la diffusion de la connaissance, même dans une optique purement contemplative tant auprès des utilisateurs permanents que temporaires. Elles doivent approfondir la question des aménités environnementales en tant qu'élément d'attractivité territoriale, de façon à ce que l'ensemble des acteurs se les approprient et se sentent concernés par leur pérennisation. Ce qui permettra de jouer davantage sur l'action positive que sur la contrainte ou la coercition.

La question du contrôle de ces politiques et des sanctions même pédagogiques aux contrevenants ne doit être ni négligée, ni évacuée au prétexte d'une faiblesse accrue des moyens dédiés, car il existe de nombreux cas où la crédibilité d'une politique environnementale a encore besoin de cet accompagnement sur des espaces ordinaires (circulation motorisée, réglementation urbanisme, police de l'eau). De ce point de vue, il semble que cette compétence doive demeurer dans les fonctions régaliennes de l'Etat et de ses établissements publics en connexion étroite avec les magistrats du Parquet. Or aujourd'hui, cette responsabilité repose de plus en plus sur des relais comme les PNR qui n'en ont ni les moyens, ni la légitimité sur le terrain.

Une répartition plus équitable et adaptée de la fiscalité environnementale enfin pourrait contribuer à susciter des vocations réalistes et à assainir l'ambiance dans ce champ controversé où les candidats au portage ne se bousculent pas.

2. La gestion des espaces naturels en question

La future loi biodiversité contient à priori les bases d'une expérimentation voulue par le gouvernement pour simplifier la gestion des espaces naturels protégés.

Cet exemple est intéressant car aujourd'hui il peut concerner l'ensemble des partenaires intervenant sur ce pan des politiques publiques environnementales (communes et EPCI avec les ENS d'intérêt local, départements avec les ENS, régions avec les RNR, les SRCE, Etat avec les sites classés ou inscrits, les Grands sites de France, la démarche SCAP, les RNN, les PN, les APPB, ZNIEFF..., Europe avec les ZSC et ZPS N2000...). Le Parc des volcans est très intéressé par cette expérimentation car 60% de son territoire fait l'objet d'un régime d'inventaire ou de protection à ce titre et qu'il gère, pour le compte d'autrui, des sites classés, des RNN, des ENS, des APPB, bientôt des RNR, qu'il est très engagé dans la démarche SRCE et qu'il va contribuer à nourrir très prochainement la stratégie SCAP régionale comme il s'y est engagé dans sa charte.

De surcroît, ses interventions s'effectuent souvent sur des sites qui font l'objet de régimes réglementaires différents sur des périmètres en superposition comme un site classé qui contient une OGS, un APPB et des zones Natura 2000 et qui candidate à une inscription au patrimoine mondial de l'UNESCO dans la catégorie des sites naturels ou encore une RNN qui a succédé à des sites classés et contient, en son sein un ENS géré également par le PNR.

Matignon serait partisan d'une simplification drastique des modalités de gestion de ces espaces tant dans les outils que pour ceux qui les utilisent. Le ministère de l'écologie, quant à lui, constate que les « différents outils de protection de ces espaces sont jugés pertinents et complémentaires mais qu'il existe un manque de lisibilité, et tout particulièrement un défaut de mutualisation et de synergie dans la gestion de ces espaces, en cas de superposition de divers espaces protégés sur un même territoire ».

Afin de remédier à cette situation, trois niveaux de simplification de la gestion de ces espaces superposés sont proposés à l'expérimentation :

Un document unique qui reprendrait les orientations, engagements, mesures de protection de ces espaces, qu'ils proviennent du *Code de l'environnement* ou des actes de classements ou plans de gestion de ces espaces. Les conditions d'opposabilité de ces documents seront définies par ordonnance. Nous avons déjà, chaque fois que nous l'avons pu, intégré dans les documents de gestion les plus récents, les dispositions préexistantes dans les autres.

Un rassemblement des différentes instances consultatives propres à chaque espace naturel impliqué dans l'expérimentation « afin d'instaurer une instance consultative de type sociétal et une instance consultative et scientifique et technique communes, le cas échéant en lieu et place des instances existantes ». C'est ce à quoi nous nous employons actuellement pour nos 4 RNN en les regroupant par zone naturelle cohérente (Cézallier/Sancy).

La détermination d'un gestionnaire unique de ces espaces rassemblés. C'est déjà, de fait, notre cas sur plusieurs sites mais sans forcément la reconnaissance, ni la légitimité qui vont avec.

L'expérimentation devrait durer quatre ans maximum et repose sur le volontariat.

Nous envisageons de nous porter volontaires considérant que si nous n'avons pas vocation à gérer tous les espaces naturels protégés de notre territoire classé, nous pouvons apporter une vraie plus-value sur des sites emblématiques en recoupement où il y a de gros enjeux de conciliation d'usages et de fréquentation importante, car en plus de notre expertise technique nous offrons une vraie plate-forme de médiation, de régulation et de concertation à l'ensemble des acteurs intervenant sur ces sites, dépassant ainsi largement les objectifs de conservation purs.

CONCLUSION

Concernant les politiques publiques environnementales, notre expérience de PNR nous amène à préciser qu'aucun élément de déperdition ne doit intervenir dans leur transfert entre leur conception à l'échelon national et leur déclinaison locale. Pour réaliser un exercice d'équilibriste permanent entre les ambitions d'inspiration nationales affichées dans nos chartes et la capacité d'appropriation des territoires de déploiement, nous plaidons pour une vision pragmatique, complète et motivante où le rôle de chaque acteur est clairement exposé et assuré dans un climat de concertation et de responsabilisation.

Les politiques publiques de l'environnement nous semblent compatibles aussi bien avec des compétences juridiques obligatoires qu'avec des missions transversales mais ceux qui les animent, quels que soient leurs statuts, doivent être pourvus des moyens adéquats réglementaires et financiers pour exercer sereinement le rôle qui leur est dévolu et d'une légitimité incontestable.

Enfin, ces politiques doivent laisser une vraie place à l'action citoyenne individuelle et collective afin de changer durablement les comportements et les postures, ce qui signifie qu'elles doivent s'ancrer dans une philosophie de développement durable qui interconnecte l'environnement avec le social et l'économique *via* une gouvernance totalement repensée.

LA DIMENSION ENVIRONNEMENTALE DE L'ENTREPRISE. REGARDS SUR LA RSE⁴

Nicolas **GRAS**,

*Docteur en droit privé, Université d'Auvergne,
chercheur associé au Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

Michaël **VILLEMONT**,

Avocat au Barreau de Bourges

Le XXI^e siècle est celui de la normalisation et de la responsabilisation des entreprises. L'entreprise ne peut aujourd'hui exercer son activité sans intégrer la dimension environnementale tant dans son mode de fonctionnement qu'au travers des produits et services qu'elle commercialise. La responsabilité sociale des entreprises dite RSE⁵ (Responsabilité Sociétale des Entreprises) est un concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes⁶, sur une base volontaire⁷. Une démarche RSE s'appuie donc sur 3 piliers : environnemental, social et économique. Seule la dimension environnementale retiendra ici l'attention, laissant ainsi à d'autres occurrences l'exposé de ses enjeux sociaux et économiques. L'environnement est entendu par l'article L. 110-1 al. 1 comme « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». La RSE est le fruit d'une prise de conscience collective encadrée par des dispositions législatives et réglementaires affinant ce dispositif au fil des ans. Le développement de mouvements sociaux a alors fait apparaître de nouveaux enjeux socio-politiques prônant le passage d'une économie linéaire classique consistant à « extraire – fabriquer – jeter » vers une économie circulaire qui, dans sa conception et son intention même, est régénératrice. Les flux de matières doivent être conçus pour être réutilisés, en conservant leur qualité sans nuire à la biosphère. A partir des années 1960, l'environnement commence à pénétrer l'espace politique mais reste sujet à controverse⁸, pour ne véritablement prendre son essor qu'à partir des années 2000. La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques⁹ a tout d'abord exigé des seules sociétés cotées qu'elles communiquent des informations¹⁰ dans leur rapport annuel relativement aux mesures prises pour tenir compte des impacts sociaux et environnementaux de leurs activités¹¹, laissant ainsi aux autres sociétés le choix de sa mise en place.

⁴ Cette publication a été actualisée pour la dernière fois mi-2016.

⁵ Il s'agit de « la contribution des entreprises aux enjeux du développement durable ». À partir de 2010, le Ministère français de l'Écologie, de l'Énergie et du Développement Durable emploie le terme de responsabilité "sociétale", jugé plus large et plus pertinent que "responsabilité sociale". Elle est définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et à leurs relations avec leurs parties prenantes », Livre vert, 2001.

⁶ Parmi ces acteurs peuvent être distingués : les parties prenantes directes - actionnaires, salariés, fournisseurs, clients ; les parties prenantes indirectes – administrations, collectivités locales, groupes d'intérêt, vecteurs d'opinion, société civile.

⁷ L. Nurit-Pontier, « L'inscription statutaire, vecteur juridique de la RSE ? », *Rev. soc.*, juin 2013, n° 6, p. 323.

⁸ B. Kalaora et Ch. Vlassopoulos, *Pour une sociologie de l'environnement : environnement, société et politique*, Champ Vallon, 2011, spéc. p. 149.

⁹ Article L. 225-102-1 du *Code de commerce* issu de l'article 116-I, alinéa 4 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi « NRE »).

¹⁰ M. Supiot et P. Birotheau, « AGOA 2014, SA dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé », *JCP E*, 20 avril 2014, n° 8, 1084.

¹¹ 1 - Consommation de ressources en eau, en matières premières et énergie, utilisation des sols, émissions dans l'air de gaz à effet de serre. Emissions dans l'eau et le sol de substances toxiques, de métaux toxiques, de substances radioactives, cancérigènes, mutagènes... 2 – Des mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables 3 – Les démarches et dépenses engagées par l'entreprise pour prévenir les risques environnementaux et répondre aux dommages éventuels. Provisions et garanties pour risques, indemnités et actions diverses en cas d'accident environnemental 4 – L'impact de la politique en matière d'environnement sur les filiales à l'étranger. Les entreprises font appel à des cabinets d'audit.

Nombre d'entreprises ayant pourtant d'importants impacts sociaux et environnementaux restaient alors en dehors du champ d'application de la loi, en particulier les grandes sociétés non cotées, privées comme publiques. Mis en place le 6 juillet 2007, le Grenelle de l'environnement a réuni pour la première fois l'Etat et l'ensemble des parties prenantes dans l'objectif de définir une « feuille de route » en faveur de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable. Les entreprises générant une plus-value économique nécessaire au développement du territoire national, n'en demeurant pas moins extrêmement impactantes sur l'environnement, l'idée prégnante du respect de l'environnement ne pouvait s'absoudre des considérations industrielles ou commerciales. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement¹², dite « Grenelle II », a donc étendu ces obligations d'information extra-financière aux sociétés anonymes, en commandite par actions non cotées, aux sociétés coopératives, d'assurance mutuelles, aux mutuelles d'assurances ainsi qu'aux établissements de crédit¹³, dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils¹⁴ fixés par décret en Conseil d'Etat. Non lié à la nature de l'activité exploitée¹⁵, mais à la forme juridique retenue et aux modalités de financement de l'activité, le dispositif RSE doit à cet égard être compris à travers la volonté du législateur de procéder à son extension progressive pour, à terme, toucher les sociétés quels que soient leur forme juridique et leur poids dans le paysage économique. En effet, cette première distinction entre sociétés cotées et non cotées n'a d'autre fonction que d'instaurer un régime graduel visant dans un premier temps les grandes sociétés, plus à même de supporter le coût financier généré par les obligations de divulgation des informations sociales et environnementales. Dernier texte en date, l'arrêté du 13 mai 2013 détermine les modalités selon lesquelles l'organisme tiers indépendant (OTI) accomplit sa mission de vérification des données extra-financières¹⁶. Rare pays au monde où la publication d'informations environnementales dans le rapport annuel est rendu obligatoire pour les entités identifiées, la France continue de perfectionner son système de *reporting* environnemental¹⁷ faisant figure de nation pionnière en la matière. En effet, seul le Danemark en Europe a fait de la responsabilité sociétale des entreprises un objet de réglementation. Ce système de prévention des risques environnementaux par l'entreprise se conjugue avec l'émergence du concept de responsabilité

¹² Article 225 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II » : JO 13 juillet 2010, ainsi que le décret d'application de la loi « Grenelle II » n° 2012-557 du 24 avril 2012 : JO 26 avril 2012, relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale, sociétale et environnementale ; l'article 225 fut également amendé par la loi Warsmann IV du 22 mars 2012, n° 2012-387 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives et modifiée à compter de l'exercice 2012, l'article L. 225-102-1 du *Code de commerce* tel qu'il résultait de l'article 116 de la loi NRE. V. également décret n° 2011-687 du 17 juin 2011 : JO 19 juin 2011 relatif au rapport sur la situation en matière de développement durable dans les collectivités territoriales.

¹³ Sont ainsi comprises les entreprises d'investissement et les compagnies financières quelle que soit leur forme juridique, art. L. 511-35 du *C. mon. et fin.* ; M. Supiot et P. Birotheau, « AGOA 2014, SA dont aucun titre financier n'est admis aux négociations sur un marché réglementé », *JCP E*, 27 mars 2014, n° 1, 1158. Sont donc exclues les sociétés par actions simplifiées (SAS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés civiles immobilières (SCI), les groupements d'intérêts économiques (GIE), les associations et fondations, malgré la réticence d'une partie de la doctrine : S. Sabathier, « Droit des affaires et développement », *RLDA*, 2010, n° 52.

¹⁴ À cet égard, les sociétés dont les titres sont admis sur un système multilatéral de négociation organisé (c'est-à-dire Alternext) sont tenues de publier de telles informations dès lors qu'elles dépassent les seuils fixés par le décret susmentionné. 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Art. R. 225-104 *Ccom.*

¹⁵ G. J. Martin, Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »), *Rev. soc.*, février 2011, n° 2, p. 75 ; Fr-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 25 avril 2013, n° 25, 1246, spéc. § 6.

¹⁶ S. Tisseyre, « Arrêté du 13 mai 2013 déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission », *Chro. Éthique de l'entreprise*, *LPA*, 19 août 2014, n° 165, p. 6.

¹⁷ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite « Grenelle I » ; Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement ; article 32 de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière ; article 12 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, dite loi « Warsmann IV » ; l'arrêté du 13 mai 2013 déterminant les modalités selon lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission ; Les travaux de la CNCC ; Le rapport « Responsabilité et performance des organisations » daté du 13 juin 2013 ; Le lancement de la Plateforme RSE le 17 juin 2013 ; Récentement adopté en séance plénière, le 15 avril 2014, la directive sur la publication d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes.

environnementale¹⁸ et l'adoption de normes ou de référentiels de Systèmes de management environnemental¹⁹ (SME). Les mesures alors prises par les entreprises pour respecter les processus de certification, la constitution de provisions et garanties pour risques, ainsi que les conséquences sur l'organisation de leur activité pour assurer leurs obligations de communication génèrent toutefois des coûts importants. Plus de 80% des entreprises de plus de 500 salariés s'impliquent dans la RSE. En revanche, seulement 23% des entreprises de moins de 500 salariés la respectent²⁰. Appréhendé par les pouvoirs publics comme un levier de stratégie de développement, il convient de s'interroger sur les réelles retombées d'un tel investissement environnemental. L'environnement doit-il, en définitive, être perçu comme une contrainte ou comme une opportunité pour l'entreprise ? Sans prétention à l'exhaustivité, une première évaluation de ce dispositif doit être dressée afin de mesurer, dans sa vision contemporaine, les impacts de développement auxquels il expose les entreprises (I). L'instauration d'un dialogue social constructif, propre à incorporer une politique extra-financière aux stratégies et modèles d'affaires se révélant complexe à organiser, la prise en compte de l'aspect environnemental gagnerait en l'insertion dans le *Code civil* d'un devoir environnemental destiné à pénétrer toute relation contractuelle (II).

I. VISION CONTEMPORAINE DE LA RSE

Malgré le peu de recul dont on dispose sur le dispositif de reportage exigé dans le cadre de la responsabilité environnementale des entreprises, le manque de motivation et d'implication des entreprises est une première difficulté à surmonter. Si l'instauration d'une culture citoyenne tournée vers la protection de l'environnement peine encore à s'installer, d'autres facteurs peuvent également être identifiés. La lourdeur du dispositif, tant dans l'imprécision des informations requises que dans ses modalités de mise en œuvre, représente un investissement conséquent, occultant de prime abord toutes formes d'avantages. L'identification des enjeux et intérêts d'un tel dispositif (A) doit dès lors permettre de proposer des optimisations structurelles propres à une généralisation croissante de son application (B).

¹⁸ *La responsabilité environnementale - Prévention, imputation, réparation*, ouvr. coll. dir. de C. Cans, Préf. G. Viney, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009 ; V. également, I. Doussan, « Le droit de la responsabilité civile français à l'épreuve de la responsabilité environnementale instaurée par la directive du 21 avril 2004 », *LPA*, 25 août 2005, p. 3 ; O. Fuchs, « Le régime de prévention et de réparation des atteintes environnementales issu de la loi du 1^{er} août 2008 », *AJDA*, 2008. 2109 ; G. J. Martin, « La réparation des atteintes à l'environnement », in *Les limites à la réparation*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, pp. 359 et s. ; « La responsabilité environnementale », in *L'efficacité du droit de l'environnement*, ouvr. coll. dir. d'O. Boskovic, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, spéc. pp. 9 et s.

¹⁹ C. Dondon, « Protection de l'environnement : normes et réglementation pour un management environnemental », *LPA*, 17 février 1995, n° 21, p. 17 ; Y. Razafindratandra, « Pour l'adhésion volontaire à un système de management environnemental », *Dr. envir.*, septembre 1996, n° 41, p. 19 ; P. de Backer, « Certification environnementale et concurrence internationale », *Dr. envir.*, septembre 1996, n° 41, p. 17 ; S. de Oliveira Leite, « Environnement : les nouvelles responsabilités des entreprises », *Option finance*, 22 octobre 2001, n° 661, p. 35 ; B. Le Bars, « La gouvernance environnementale », *Envir.*, juin 2009, n° 6, p. 46 ; Fr-G. Trébulle, « Management environnemental », *Dr. soc.*, décembre 2012, n° 12, p. 14 ; Parmi eux les référentiels d'engagement et de management : Les dix principes du Pacte Mondial des Nations Unies (ou « United Nations Global Compact »), la norme internationale ISO 26000, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Les référentiels de reporting : les lignes directrices de la GRI (« *Global Reporting Initiative – Sustainability Reporting Guidelines* »), les indicateurs clé de performance pour les enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance de l'EFFAS (*The European Federation of Financial Analysts Societies*), des guides édictés par des agences publiques (le guide SD 2100 AFNOR, les normes AA1000, SA8000...) des tableaux de bord proposés par des laboratoires de recherche, par des fédérations professionnelles (Académie des sciences comptables 2007, cahier technique de la DFCG 2010...) par des agences de notations sociales, par des cabinets de conseil proposant des principes de construction, une structure-type et des protocoles de calcul des indicateurs de développement durable.

²⁰ Site du Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, 18 juin 2013 [http://www.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=article&id_article=33054].

A. Enjeux et intérêts du diagnostic environnemental

Le gaspillage et l'épuisement des ressources naturelles, la fin du pétrole annoncé, l'accumulation des déchets, la pollution de l'air, des eaux, des sols, des océans, la gravité des pollutions diffuses et globales... Les problèmes environnementaux et plus particulièrement ceux générés par les entreprises sont désormais bien identifiés et connus de tous.

Les entreprises à l'origine de dérives écologiques²¹, quelle que soit leur taille, se doivent de faire face à la pression des consommateurs intoxiqués, aux associations écologiques, aux collectivités locales, à certains fonds de placement et actionnaires mais également à un durcissement continu des dispositions légales et réglementaires en la matière. Afin d'anticiper l'exigence des futures réglementations et ne pas accumuler un retard tant en terme d'investissement financier que de répercussions commerciales et concurrentielles, les sociétés doivent dès à présent prendre conscience de l'influence encore sous-jacente de la RSE. Trop de sociétés et particulièrement de PME entrent dans la RSE sous la contrainte de devoir s'inscrire dans les politiques d'achats responsables menées par les grandes entreprises dont elles sont les partenaires.

Le premier obstacle réside dans l'investissement massif des sociétés dans des procédés de protection de l'environnement pour une rentabilité évaluée seulement à moyen terme. Le coût que représente pour une entreprise la mise en place du dispositif RSE et le contrôle²² effectué par l'OTI ne peuvent être négligés, tant aux regards de la disparité et donc de la complexité des vérifications faites par les organismes de contrôle que de l'investissement en capital matériel et humain. En effet, le manque de ressources humaines et financières pour mener à bien une telle démarche reste un frein actuel à toute politique environnementale. Il nécessite une mobilisation de personnel en charge de l'élaboration et du pilotage du reporting extra-financier dont la tâche n'apparaît plus, pour un temps, directement liée à la recherche de gains immédiats. L'essor de la RSE est indissociable de la gouvernance des entreprises²³. Elles doivent ainsi mettre en place une structure de gouvernance orientée vers le pilotage de la création de valeurs pour les partenaires de l'entreprise. L'établissement de comités stratégiques dotés de personnels formés à cette fin est indispensable pour une mise en place efficiente des procédures de contrôle interne et d'audit organisationnel. Afin d'encourager les grandes entreprises comme les PME à adopter un tel dispositif, il convient donc davantage de mettre l'accent sur les sources d'opportunités qui peuvent en résulter.

²¹ Les bombes atomiques lâchées sur Nagasaki et Hiroshima les 6 et 9 août 1945 ; pollution au mercure de la chaîne alimentaire des pêcheurs Minata (Japon) 1956 ; 1970 Love Canal dans l'État de New York (USA) ; 1971 Darvaza au Turkménistan ; 1984 La catastrophe de Bhopal ; 1986 l'accident nucléaire de Tchernobyl ; 1989 la marée noire provoquée par le naufrage du pétrolier Exxon Valdez ; Le vortex du déchets (Pacific nord) et le delta du Niger (Nigéria) ; 1999 Érika ; 2002 marée noire provoquée par la coque fissurée du pétrolier Prestige ; 2006 déchets toxiques déversés dans la ville d'Abidjan et Côte d'Ivoire, affaire dite Probo Koala ; 2010 marée noire provoquée par l'explosion d'une plateforme pétrolière en Louisiane Deepwater Horizon dans le Golfe du Mexique ; 2011 accident nucléaire de Fukushima.

²² Bien que l'Institut pour la RSE prévoit que le coût annuel lié au respect de ces règles devrait considérablement baisser au bout de 3 ans, car la démarche sera intégrée par les entreprises et le marché des organismes de contrôle se sera structuré à des prix compétitifs, il n'en demeure pas moins une entrave supplémentaire pour toute volonté désireuse de s'inscrire dans une démarche environnementale.

²³ C. Malecki, « Pour que gouvernance d'entreprise écologique rime avec éthique », *D.*, 3 juillet 2008, n° 26, p. 1774 ; A. Decressac, « Le conseil d'administration et l'actif humain de l'entreprise », *Dr. soc.*, décembre 2010, n° 12, p. 5 ; I. Desbarats et G. Jozettes, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique », *Cah. dr. entr.*, mai 2012, n° 3, p. 25 ; J-Ph. Dom, « La gouvernance d'entreprises : technique d'anticipation des risques », *Dr. soc.*, août 2012, n° 8-9, p. 8 ; Fr-G. Trébulle, « Entreprise et développement durable », *art. préc.* ; Fr-G. Trébulle, « Gouvernance », *Envir.*, avril 2013, n° 4, p. 29 ; V. Thomas, « La RSE dans le droit des sociétés », *RLDA*, juillet 2013, n° 84, p. 95 ; P. Abadie, « L'entreprise et les stratégies d'anticipation du risque environnemental », *RLDA*, mars 2014, n° 91, p. 91 ; G. Goffaux-Callebaut, « La réponse du droit des sociétés », *RLDA*, avril 2014, n° 92, p. 95 ; Ce comité *ad hoc* peut en outre prendre l'appellation de : « comité de responsabilité sociale », « comité de l'éthique et du mécénat », « comité HSE – développement durable », « comité de gouvernance et de responsabilité sociale d'entreprise », « comité stratégique recherche, innovation et développement durable ».

Les enjeux de la RSE sont de disposer d'un outil permettant de coordonner l'ensemble des initiatives environnementales dans une démarche globale et transversale. La démarche RSE doit alors être appréhendée comme un levier d'efficacité économique permis par la réalisation d'une politique de gestion des risques²⁴ et de lissage des coûts d'investissement²⁵. Elle entraîne ainsi la constitution d'une chaîne de développement suscitant des opportunités tant commerciales qu'économiques afin d'atteindre une « verte rentabilité », durable et viable.

Ces efforts peuvent intervenir à tous les niveaux de l'activité de l'entreprise, de la fourniture en matières premières à l'optimisation des emballages, leur recyclage, jusqu'au traitement des déchets produits. A travers une meilleure gestion de l'impact environnemental, la RSE permet ainsi aux entreprises de valoriser leur image, entraînant ainsi une succession de conséquences positives :

L'impact en termes d'image de marque permet à l'entreprise de développer une meilleure communication externe et d'induire à terme une baisse des coûts marketing et de relations publiques. Elle renforce ainsi son attractivité envers de nouveaux clients attirés par la qualité des produits et services proposés et facilite son accès à de nouveaux marchés. Elle engendre aussi une meilleure relation avec les collectivités environnantes et une plus grande valeur pour les actionnaires. Malgré la réticence de ces derniers²⁶ qui s'inscrivent pour la plupart dans une recherche de valeur financière immédiate, l'émergence de scandales financiers et écologiques les ont rendus plus prudents dans le placement de leur argent et sur les répercussions de sa rentabilité. La fidélisation des actionnaires, notamment par la rationalisation de la manière de leur fournir des informations sur les performances environnementales de l'entreprise permet ainsi d'augmenter la valeur immatérielle de l'entreprise et d'accroître par conséquent la valeur de ses parts sur les marchés financiers. Il en résulte également un accès plus facile aux capitaux puisque de nombreuses banques et institutions financières intègrent désormais des critères RSE dans les conditions d'évaluation d'accès au financement²⁷.

Plus lente à mettre en œuvre mais plus pérenne, la recherche d'une rentabilité prenant en considération la dimension environnementale associée à une production maîtrisée une politique de gestion des risques et de préservation de la valeur de ses actifs. La généralisation du dispositif RSE peine encore à convaincre et à pénétrer les mœurs dans le monde des affaires. Des améliorations destinées, dans une vision prospective, à adapter les exigences de reporting pour tendre vers plus d'efficacité peuvent être proposées.

²⁴ P-A. Gailly, « Propos liminaires », *LPA*, 29 juin 2012, n° 130, p. 5 ; M-P. Blin-Francomme, « Responsabilité civile de l'actionnaire de contrôle et passif environnementale », *AP et ingénierie sociétale*, janvier 2013, n° 127, p. 15.

²⁵ E. Scaramozzino et V. Godfrin, « Le recours à l'EMAS dans le reporting environnemental du Grenelle II : une nécessité dans l'évolution de la politique environnementale européenne », *Journal des soc.*, septembre 2012, n° 90, p. 38.

²⁶ Fr. Fatoux, « La responsabilité sociétale des entreprises : facteur de développement de l'investissement socialement responsable », *Rev. éco. fin.*, septembre 2006, n° 85, p. 41 ; J-J. Pluchart, « Responsabilité sociale et environnementale et gouvernance des entreprises », *Cah. de rech. PRISM-Sorbonne* CR 12-24 ; C. Malecki, « L'investissement socialement responsable : un « must have » de la RSE », *Journal des soc.*, octobre 2009, n° 69, p. 41.

²⁷ J. Osdoba, « La fonction développement durable se structure au sein des banques », *Rev. banque*, janvier 2012, n°744, p. 66 ; Fr-G. Trébulle, « La prise en compte de la RSE par les banques », *Rev. dr. banc. et fin.*, septembre 2013, n° 5, p. 80 ; M-P. Blin-Francomme, « Informations extra-financières : la reddition sociétale progresse encore en maturité », *RLDA*, juin 2014, n° 94, p. 65.

B. Les optimisations structurelles

La recherche d'une performance globale au sein des entreprises nécessite une implication plus prononcée de toutes les parties prenantes. Fruit de la volonté de seize organisations représentatives des employeurs, des salariés et de la société civile, la création d'une plateforme de concertation dédiée à la RSE se révélait nécessaire à la coordination de la politique environnementale voulue par la Commission européenne²⁸. Installée par le Premier Ministre Monsieur J-M. Ayrault le 17 juin 2013 auprès du Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP), elle doit permettre aux acteurs concernés de débattre des enjeux d'un tel dispositif et de les faire participer dans le cadre de groupes de travail thématiques²⁹. La présence en son sein d'une multitude de parties prenantes permet une confrontation des difficultés rencontrées à tout niveau du processus et se révèle indispensable à une concertation méliorative tournée vers la transition écologique. La plateforme se veut ainsi être un intermédiaire privilégié entre toutes les catégories d'acteurs concernés et les pouvoirs publics. Toutefois, cette multiplication des débats et son positionnement interministériel engendrent une lenteur inévitable des concertations. On retrouve encore à travers cet outil d'information et d'autodiagnostic la volonté du législateur de favoriser une implication et une prise de conscience autonome permettant dans un second temps un affinement progressif des indicateurs, au gré des préoccupations naissantes. Déjà organisé par niveaux de performances économique, sociale, sociétale et environnementale, la présentation des indicateurs extra-financiers gagnerait encore à être précisée³⁰ et segmentée, non pas selon la dimension des sociétés visées, mais en fonction du secteur d'activité dont elles relèvent. Un classement des différentes branches d'activité par niveau de dangerosité tant économique, sociale qu'environnementale pourrait ainsi être établi. Une prise en compte de la nature de l'activité exploitée en corrélation directe avec la nature des informations à fournir permettrait de renforcer en profondeur la précision des indicateurs d'évaluation retenus. Il s'agirait dès lors de présenter ces indicateurs à travers un tableau à doubles entrées organisé par secteur d'activité, permettant à chaque société de s'enquérir des informations à fournir dans son rapport de gestion, et assurer ainsi la pérennisation de ses moyens d'évaluation et de gestion des risques.

Cette quête d'harmonisation se décline par conséquent sur la mission assignée aux organismes tiers indépendants (OTI). Outre la relativité du contrôle exercé, l'hétérogénéité des indicateurs offre, à ces

²⁸ Cette dernière appelant les États Membres à se doter « d'un plan ou liste d'actions prioritaires visant à promouvoir la RSE dans le contexte de la mise en œuvre de la stratégie Europe 2020 ». P. Mattera, « La commission européenne lance un débat public », *Rev. dr. de l'UE*, juin 2010, n°2, p. 355 ; « Future politique de cohésion 2014-2020 : derniers développements », *RLCT*, janvier 2012, n° 75, p. 59 ; N. De Sadeleer, « La Gouvernance économique européenne : Leviathan ou colosse aux pieds d'argile ? » *Europe*, avril 2012, n° 4, p. 4.

²⁹ 48 organisations reprenant toutes les catégories d'acteurs concernés : entreprises, partenaires sociaux, associations de consommateurs et de protection de l'environnement, réseaux multi-acteurs impliqués dans la RSE... divisées en 5 pôles se répartissent à travers 4 groupes de travail dédiés respectivement à « la compétitivité et les PME », « le reporting, l'ISR et la gouvernance », « l'international et les chaînes de fournisseurs » et d'un comité de rédaction.

³⁰ Plusieurs précisions ont été apportées par le Décret du 24 avril 2012 d'application de la loi Grenelle II qui recense désormais 14 informations environnementales réparties dans 5 grandes thématiques. S'il apporte des précisions par la fixation de données quantifiables et vérifiables, il comporte encore des informations dont la satisfaction se révèle plus promotionnelle qu'objective. Seul le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement pour les sociétés admises à négociation sur un marché réglementé peuvent être parfaitement vérifiables. L'indication de la consommation en eau, en matières premières, en rejet de gaz à effet de serre et plus généralement relatives à l'utilisation durable des ressources doit être présentée à travers des données chiffrées permettant cette fois leur vérification et comparaison d'une année à l'autre. Enfin, si le changement climatique et la biodiversité deviennent des préoccupations comprises dans le dispositif, elles ne sont reprises que sous l'angle des « adaptations » envisagées et « des mesures prises ». G. J. Martin, Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »), *art. préc. spéc.* p. 82 : « le rapportage environnemental et social ne modifiera sensiblement les comportements que lorsqu'il ne sera plus suspect, sinon de travestir la réalité, du moins de l'habiller de quelques atours embellisseurs ».

derniers, une latitude trop importante dans leur démarche de vérification et d'évaluation³¹, et entretient ainsi certains soupçons liés à leur impartialité. Bien que faisant l'objet d'une accréditation³², ils doivent être en mesure de démontrer leur indépendance au sens de l'article L. 822-11 du *Code de commerce*. Ainsi, l'option actuellement pressentie reste de confier cette mission aux commissaires aux comptes³³, en pleine connaissance des inconvénients déjà identifiés. Les conflits d'intérêts³⁴ liés à la participation de ces derniers à des réseaux pluridisciplinaires ayant un intérêt économique commun sont les plus courants. Ils ne peuvent dès lors accepter une mission qui les placerait dans une situation d'auto-révision, les conduisant à se prononcer ou à porter une appréciation sur des éléments résultant de prestations qu'ils ont eux-mêmes antérieurement fournies. L'existence d'intérêts financiers auprès de l'entité contrôlée, ou l'assurance de conserver l'émetteur ou l'investisseur comme client ne sont qu'un aperçu des hypothèses de partialité existantes. Or, des questionnements similaires peuvent se poser lorsque l'OTI est une agence de notation extra-financière. D'autres professionnels peuvent également solliciter la certification en tant qu'OTI donnant lieu à la création de structures spécialisées nouvelles ou au contraire à l'extension de compétence de professions existantes, tels que les avocats. Dans son Rapport développement durable 2012 « un ordre responsable et durable³⁵ », le Barreau de Paris a ainsi engagé une réflexion afin d'intégrer au *Code de déontologie* les principes de la responsabilité sociétale. A côté des conseils et assistance aux clients s'ajouteront une compétence d'évaluation de conformité aux normes régissant la RSE. Contrairement à la position de certains observateurs, il n'est pas évident que la multiplication des auditeurs spécialisés engendre une multiplication des risques. En effet, les principaux risques ne naissent pas tant des conflits d'intérêts que du manque d'homogénéité des indicateurs à leur disposition. Contrairement à l'analyse financière classique qui répond à des normes comptables unifiées, l'analyse extra-financière manque de cohérence. De plus, les OTI adoptent des méthodes d'analyse et des échelles de notation distinctes, pondérant parfois avec une grande différence les critères retenus. Le défaut de standards de *reporting* normalisés entraîne ainsi une confrontation d'informations qui ne sont pas comparables.

³¹ Les sociétés peuvent cependant justifier de l'absence ou de l'impossibilité de faire apparaître certaines informations. Ainsi le rapport de gestion doit indiquer « parmi les informations mentionnées à l'article R. 225-105-1, celles qui, eu égard à la nature des activités ou à l'organisation de la société, ne peuvent être produites ou ne paraissent pas pertinentes, en fournissant toutes explications utiles » : Art. 1^{er} du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale ; D. Barlow, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 14 juin 2012 p. 1502 ; *JCP E*, 27 septembre 2012, 1570 chron. J-L. Navarro ; *RLDA*, septembre 2012, n° 74, p. 87 obs. S. Sabathier ; *Rev. soc.*, novembre 2012, n° 11, p. 607, note B. François ; M. Kohler, « Les dispositions de la loi Grenelle II et son décret d'application : de nouvelles obligations pour les sociétés non cotées en matière de publication d'informations environnementales, sociales et sociétales », *Dr. envir.*, janvier 2013, n° 208, p. 29 ; Fr-G. Trébulle, « Contractualiser la responsabilité sociale », *Envir.*, mars 2013, n° 3, p. 1.

³² Accrédité par le Comité français d'accréditation (COFRAC), ou par un organisme signataire de l'accord européen multilatéral pris dans le cadre de la coordination européenne des organismes d'accréditation (EA), l'OTI ne doit plus se contenter d'attester de la présence de toutes les informations requises par la loi mais doit désormais justifier de la véracité de ses contrôles.

³³ Recommandation AMF n° 2013-18 – Rapport de l'AMF du 5 novembre 2013 sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale, *spéc.* p. 40 : en effet, selon le rapport de l'AMF 21% des sociétés ayant fait vérifier leurs informations RSE par un OTI ont choisi de faire appel à leur collègue de commissaires aux comptes et 63% à l'un au moins de leurs commissaires aux comptes - Par ailleurs, 11% des sociétés de l'échantillon ont fait appel à un cabinet d'audit non commissaires aux comptes de la société. Deux sociétés ont fait appel à un vérificateur indépendant hors cabinet d'audit.

³⁴ Art. 6 du *Code de déontologie de la profession de Commissaires aux comptes* modifié par le décret n° 2010-131 du 10 février 2010 dans sa version consolidée au 13 février 2010.

³⁵ CCBE, RSE – la responsabilité sociale des entreprises et le rôle de la profession d'avocat Guide à l'attention des avocats européens consultants d'entreprise, 2005 [www.ccbbeu].

L'harmonisation du dispositif RSE peut alors être recherchée à travers une mutualisation des efforts au niveau européen³⁶. Le CESE prône dans son avis adopté le 26 juin 2013 et intitulé « La RSE : une voie pour la transition économique, sociale et environnementale » la nécessité de disposer d'un cadre européen en matière de *reporting* extra-financier. Instigateur d'une reconnaissance accrue des données environnementales, nul doute que le législateur européen doit favoriser l'insertion d'éléments extra-financiers dans la communication financière des sociétés³⁷. Cette démarche s'avère nécessaire pour renforcer l'implication et la prise de conscience des entreprises, tendant ainsi vers une évaluation de leur performance globale sans reléguer les informations environnementales au second plan. Un autre levier majeur d'évolution réside dans la mise en œuvre d'une véritable fiscalité environnementale, à l'image de ce qui se passe déjà en Europe du nord. Concernant principalement les ressources les plus rares, cette évolution doit se réaliser à niveau de prélèvements constants, par transfert de la fiscalité sur le travail, permettant ainsi de développer de nouvelles activités encore peu rentables économiquement, mais à fort potentiel environnemental. La dimension environnementale doit être analysée de façon à pouvoir comprendre l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'entreprise.

Dès lors, le droit civil pourrait également constituer une source importante d'incitation à travers le recours à la création d'une nouvelle forme d'obligation dans le *Code civil*, dite « obligation environnementale ».

II. UNE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE INTEGREE

Exemptées de sanctions³⁸ pour non-respect de la diffusion de leurs informations environnementales, les entreprises ne sont pas moins responsables des dommages qu'elles provoquent à l'environnement. La reconnaissance, mais principalement la particularité liée à la réparation du préjudice écologique pur, a alors nécessité une adaptation de la responsabilité des acteurs. Dépendante de contraintes liées à la science, au temps et aux conséquences engendrés, la responsabilité environnementale n'en est pas moins indissociable des principes de responsabilité civile classique (A). Cependant la responsabilité contractuelle pourrait également favoriser le respect de l'environnement dans les relations d'affaires par la consécration d'une règle générale de comportement réunissant la diversité des obligations environnementales spéciales³⁹. L'intégration des préoccupations environnementales peut dès lors être réalisée par l'insertion dans le *Code civil* d'un devoir général de respect de l'environnement permettant une « écologisation contractualisée » des entreprises (B).

³⁶ Vote en février 2013 par le Parlement européen de deux rapports en faveur d'une harmonisation européenne des normes de RSE propre à instaurer une concurrence équitable : J-Ph. Dom, « Responsabilité sociale des entreprises : initiatives et instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la RSE », Rapport au Parlement de l'Union européenne, 2012, p. 58 ; Fr-G. Trébulle, « Quel droit pour la RSE ? » in *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, dir. Fr-G. Trébulle et O. Uzan, *Economica*, 2011.

³⁷ Précédemment, le « Paquet entreprises responsables » présenté par la Commission européenne le 25 octobre 2011 contenait une proposition de modification des directives Comptable et Transparence faisant de l'intégration des informations sociales et environnementales une nécessité indispensable (A. Sotiropoulos, « Les obligations d'information des sociétés cotées en droit communautaire », *Bull joly bourse et prod. fin.*, janvier 2012, n° 1, p. 45 ; B. Lecourt, « Une directive simplifiant les règles comptables pour les petites sociétés », *Rev. soc.*, mai 2012, n° 12, p. 321). Le « Paquet entreprises responsables » présenté par la Commission européenne le 25 octobre 2011 illustre parfaitement l'ampleur des enjeux de développement durable pour le droit des sociétés ; B. Lecourt, « Publications d'informations non financières par les sociétés : faut-il un texte européen ? », *Rev. soc.*, novembre 2011, n° 11, p. 652 ; « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne », *RLDA*, janvier 2012, n° 67, p. 10 obs. L. Roglev, J. Beckhard et V. Becker ; Fr-G. Trébulle, « Le paquet "entreprises responsables" », *D.*, 12 janvier 2012, n° 2, p. 144.

³⁸ Une autre forme de contrainte, plus pragmatique, consiste alors à indexer une partie de la rémunération variable des dirigeants mandataires sociaux sur des critères de performance extra-financière. Même si cette pratique reste encore très minoritaire c'est davantage vers ce type d'assujettissement que le législateur doit se tourner. Résolution du Parlement européen du 29 mars 2012 sur un cadre de gouvernance d'entreprise pour les sociétés européennes soutenant § 27 « L'introduction d'éléments de viabilité à long terme dans la rémunération variable des cadres, comme le fait de subordonner une part de leur rémunération variable à la réalisation d'objectifs de responsabilité sociale des entreprises, tels que la santé et la sécurité sur le lieu de travail et la satisfaction des travailleurs à l'égard de leur emploi ». En ce sens : J-M. Clément et Ph. Houillon, Rapp. inf. n° 737 AN, 20 février 2013.

³⁹ M. Boutonnet et L. Neyret, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.*, 26 juin 2014, n° 23, p. 1335.

A. Une responsabilité environnementale non autonome

Si la responsabilité civile reconnaît désormais l'existence du préjudice écologique malgré son caractère objectif, elle n'est, en revanche, pas apte à assurer une réparation effective du dommage en résultant. En effet, peu de difficultés se posent lorsque le préjudice affecte des sujets de droit⁴⁰ puisque la responsabilité civile requiert, dans ses conditions traditionnelles⁴¹, un dommage direct, certain et personnel entre deux personnes, l'auteur et la victime. La victime doit donc prouver non seulement qu'elle a subi personnellement l'atteinte dont elle demande réparation mais également que cette atteinte ait eu sur elle des répercussions corporelles, économiques ou morales⁴². En revanche, le préjudice causé à l'environnement et qualifié de préjudice écologique pur⁴³ est de nature objective car, considéré comme bien commun de la nation, l'environnement ne dispose pas de la personnalité morale⁴⁴. Néanmoins l'adaptation de la responsabilité civile, consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt Érika⁴⁵ du 25 septembre 2012 permet désormais une réparation du préjudice écologique malgré son caractère objectif. La responsabilité civile est un droit de l'action, voire « en action⁴⁶ » opérant le passage de l'existence d'une règle à son effectivité par le biais du contentieux⁴⁷. C'est donc un préjudice distinct du préjudice personnel des sujets de droit, qui est néanmoins réparé sur le fondement de la responsabilité civile. Toutefois, les modalités de la réparation de droit commun s'avèrent inadaptées au préjudice

⁴⁰ Il peut ainsi s'agir de sujets de droit, personnes physique ou morale, associations ou collectivités...

⁴¹ G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^e éd. spéc., p. 423 et s. ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^e éd. spéc., p. 755 et s.

⁴² L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n° 477.

⁴³ Le préjudice écologique fut tout d'abord appréhendé à travers le préjudice moral avant d'être consacré en tant que tel par le jugement du Tribunal de grande instance de Bastia sur les boues rouges de la Montedison : *TGI Bastia*, 3 juillet 1985, non publié. Il est désormais défini comme « résultant d'une atteinte anormale aux éléments et fonctions des écosystèmes ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». V. M. Rémond-Gouilloud, *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989, spéc. pp. 190 et 221 ; puis par celui du Tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire Erika ; M.-J. Littmann-Martin et C. Lambrecht, « La spécificité du dommage écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, *Economica*, 1992, p. 45 ; G. Martin, « Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique « pur » », in *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 115 ; G. Wiederkehr, « Dommage écologique et responsabilité civile », in *Les hommes et l'environnement*, Mélanges A. Kiss, 1998, p. 513 ; G. Viney, « Le préjudice écologique », in *Le préjudice*, Colloque du CREDO *Resp. civ. et ass.*, mai 1998, n° spé. p. 6 ; C. Bellord, « Proposition de loi sur le préjudice économique », *Dr. maritime français*, juin 2013, n° 748, p. 574 ; M.-P. Camproux-Duffrène et D. Guihal, « Préjudice écologique », *Rev. jur. de l'envir.*, septembre 2013, n° 3, p. 457 ; Ph. Brun, *Entretien RLDC*, novembre 2013, n° 109, p. 71.

⁴⁴ G. Viney, « Le préjudice écologique », *Resp. civ. et ass.*, 1^{er} mai 1998, n° 5 bis, p. 6 : « le préjudice écologique doit, selon Mme Viney, s'analyser comme un préjudice collectif portant atteinte au patrimoine commun de l'humanité » ; Fr. Terré, « Propos sur la responsabilité civile », *ADP*, t. 22, 1977, p. 39 ; L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité, Journées Savatier*, PUF, 1998, p. 37 spéc. p. 50 : « Il tend ainsi vers une amplification de la voie du subjectivisme » ; Fr. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 169 : « la reconnaissance d'un droit individuel à un environnement de qualité, droit de l'homme de la troisième génération » ; B. Parance, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.*, 3 novembre 2011, n° 38, p. 2635 : « L'admission des demandes de réparation d'atteintes à l'intérêt collectif présenté par les associations ou les syndicats va en ce sens ».

⁴⁵ Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82938, *Gaz. Pal.*, n° 298-299 p. 8, note B. Parance ; *JCP G*, 19 novembre 2012, n° 47, 1243, note K. Le Couviour ; *D.*, 22 novembre 2012, n° 40, p. 2711, note Ph. Delebecque ; *RLDA*, janvier 2013, n° 78, p. 52, note M.-P. Blin-Franchomme ; *RLDC*, mars 2013, n° 102, p. 19, note M. Bary ; *Rev. jur. de l'envir.*, décembre 2013, n° 4, p. 770 obs. V. Jaworski. La loi du 1^{er} août 2008, les lois Grenelle I et II ont été précurseurs, ainsi que la décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011 : Cass. civ.3^e, 27 janvier 2011, n° 10-40056, *Resp. civ. et ass.* 2011, com 102 obs. G. Courtieu ; V. préc. : T. corr. Paris (11^e ch.) 16 janvier 2008, n° 993489 5010, et CJCE 24 juin 2008, *Affaire C-188-/07*, *AJDA* 2008. 934, note A. Van Lang ; Ph. Billet, « Qualification et disqualification du pétrole échappé de l'Erika et application du principe pollueur-payeur », *Envir.*, novembre 2008, n° 11, p. 41 ; L. Grard, « L'affaire Erika sous l'angle de la « directive déchet ». Le Conseil d'Etat après la Cour de justice et la Cour de cassation », *Rev. de droit des transports*, juin 2009, n° 6, p. 38 ; Ph. Delebecque, « Aspects civils de l'arrêt Erika », *Dr. maritime français*, novembre 2010, n° 719, p. 878 ; G. J. Martin, « Responsabilité civile », *Rev. jur. de l'envir.*, janvier 2011, n° 1, p. 133 ; Ch. Huglo, « Affaire de l'Erika... Encore et au-delà », *Envir.*, juin 2012, n° 6, p. 1 ; A. Montas et G. Roussel, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJDP*, novembre 2012, n° 11, p. 574 ; D. Guihal, « L'Erika suite et fin », *Rev. jur. de l'éco. publique*, décembre 2012, n° 703, p. 28 ; M. Boutonnet, « L'après Erika devant les juges du fond », *JCP G*, 12 mai 2014, n° 19, 557 ; Autres affaires : CA Bordeaux 13 janvier 2006 n° 05-00567 ; TGI Nanterre, 4 octobre 2007, *Envir.* 2008 ét. 2 par M. Boutonnet ; L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.*, 17 janvier 2008, n° 3, chro. 170 ; M. Boutonnet, « Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond (À propos du jugement du TGI de Tours, 24 juillet 2008, n° 1747) », *Envir.*, octobre 2008 ét.11.

⁴⁶ Expression de M. Mekki, « Cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Liber amicorum. Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 744.

⁴⁷ *Ibid.* ; V. M. Boutonnet, « L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile », in *La responsabilité environnementale : Prévention, imputation, réparation*, dir. Ch. Cans, Dalloz, 2009, p. 69, spéc. p. 70.

écologique. En effet, si le juge reste souverain dans le choix d'allouer une réparation en nature ou en argent, cette dernière ne peut aucunement être affectée à un usage déterminé, laissant à la victime le choix de l'utilisation des fonds alloués. Or, lorsque un dommage est causé à l'environnement, l'action en responsabilité est exercée par un tiers, souvent une association, qui peut alors employer les fonds à un usage autre que la remise en état du site endommagé⁴⁸. De même, un préjudice écologique provoque fréquemment des préjudices subjectifs collatéraux et permet au demandeur à l'action d'être indemnisé pour l'ensemble, les juges ayant souvent tendance à confondre ces deux préjudices et à allouer une indemnité unique⁴⁹.

Afin d'assurer une réparation efficace du préjudice écologique, qui ne peut être qu'une réparation en nature, la directive du 24 avril 2004 a alors instauré un régime de police administrative. Cette directive relative à la prévention et à la réparation des dommages environnementaux⁵⁰ et transposée en droit français par la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale⁵¹ LRE contenant le principe du « pollueur-payeur⁵² » établit un cadre de protection et enrichit le droit français d'une nouvelle forme de responsabilité. La responsabilité environnementale se traduit alors par une combinaison des principes de l'action administrative avec les concepts de la responsabilité civile. Il ne s'agit donc en aucun cas d'un régime spécial et autonome de responsabilité, mais seulement accessoire et soumis à l'action préventive des autorités publiques. En vertu de ces dispositions, toute personne physique ou morale, publique ou privée qui exerce ou contrôle à titre professionnel une activité économique lucrative ou non lucrative peut être considérée comme responsable des dommages causés à l'environnement par son activité⁵³. La transposition de la directive enrichit ainsi le droit français de la responsabilité par une incitation des juges à admettre plus largement l'indemnisation du dommage écologique pur, sans jamais traiter des atteintes aux droits individuels. Elle confie à l'autorité administrative⁵⁴ le soin de contraindre l'exploitant

⁴⁸ M. Boutonnet, « Obligation de remise en état », *JCP N*, 30 novembre 2012, n° 48 ; M. Boutonnet et M. Mekki, « Le contrat de bail confronté au droit des déchets », *RDC*, avril 2013, n° 2, p. 651 ; V. également « Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière », *D.*, 30 mai 2013, n° 19, p. 1290.

⁴⁹ M. Bacache, « Quelle réparation pour le préjudice écologique », *Envir.*, mars 2013, n° 3 ét. 10 spéc. § 13, exemple donné de la CA de Paris du 30 mars 2010 rendu dans l'affaire de l'Érika.

⁵⁰ Directive n° 2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE* n° L143 du 30 avril 2004 ; P. Thieffry, « La directive sur la responsabilité environnementale », *LPA*, 21 mai 2004, n° 102, p. 5 ; P. Kromarek et M. Jacquau, « Réflexions autour de la transposition de la directive sur la responsabilité environnementale en droit français », *Envir.* 2004, ét. 18 ; C. Hermon, « La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004 », *AJDA*, 2004, p. 1792 ; A. Karamat, « La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale : défis principaux de la transposition et de la mise en œuvre », in *La responsabilité environnementale : Prévention, imputation, réparation*, dir. Ch. Cans, *Dalloz*, 2009, spéc. p. 207 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *Litec*, 2014, 3^e éd. spéc., p. 539 et s. n° 790 et s.

⁵¹ Loi n° 2208-757 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 et son décret d'application n° 2009-468 du 23 avril 2009 ; B. Hagege-Raduta, « Le Grenelle de l'environnement et la responsabilité environnementale : le défi d'une réforme « durable » », *LPA*, 23 juillet 2008, n° 147, p. 4 ; C. Huglo, « La prévention et la réparation des dommages de l'environnement après la loi du 1^{er} août 2008 », *LPA*, 24 novembre 2008, n° 235, p. 8 ; R. Rajot, « La responsabilité environnementale ou la reconnaissance légale du préjudice écologique », *RCA*, septembre 2008, n° 9, alerte 31 ; R. Rajot, « La responsabilité environnementale ou la reconnaissance légale du préjudice écologique », *RCA*, septembre 2008, n° 9, alerte 31 ; L. « Fonbaustier, Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale, sous la dictée du droit communautaire, à propos de la loi du 1^{er} août 2008 », *JCP E*, 18 septembre 2008. I. 414 ; V. Sousse, « De la responsabilité environnementale », *Envir.*, novembre 2008, n° 11 ét. 12 ; C. Huglo, « Regard du praticien publiciste sur la loi 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale », *Envir.*, novembre 2008, n° 11 ét. 13 ; O. Fuchs, « Le régime de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement issu de la loi du 1^{er} août 2008 », *AJDA*, 10 novembre 2008. 2109 ; F.-G. Trébulle, « La loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et le droit privé », *BDEI*, novembre 2008, n° 18, p. 37.

⁵² A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, Thémis, 2002, 3^e éd. spéc., p. 119 et s. ; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, op. cit. spéc. p. 175 et s.

⁵³ Le responsable engage sa responsabilité, même en l'absence de faute ou négligence, pour les dommages causés à l'environnement par certaines activités professionnelles dont la liste est fixée par le *Code de l'environnement*. Art. 110-1 du *Code de l'environnement* qui précise que les différents éléments naturels constituent le « patrimoine commun de la nation ». La personne jugée responsable s'expose à des sanctions civiles, administratives et pénales.

⁵⁴ S. Carval, « Un intéressant hybride : la « responsabilité environnementale » de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 », *D.*, 25 juin 2009, n° 24, p. 1652. À cette fin, elle peut mobiliser l'expérience de ses services, les pouvoirs qui sont ceux de la puissance publique - injonctions, expropriation, droit de préemption, constitution de servitudes, exécution d'office de travaux - et, surtout, mettre en œuvre des actions à long terme. Les juges, bien qu'ils aient la faculté d'ordonner la remise en état, ne peuvent, en pratique, ni décider des modalités d'actions d'envergure, ni surtout en contrôler le déroulement. Ils ne jouent donc le plus souvent qu'un rôle d'appui, consistant à sanctionner le non-respect des injonctions administratives ou à traiter d'affaires de pollution limitée, pour lesquelles des travaux circonscrits peuvent être ordonnés judiciairement.

de mettre en œuvre des mesures de réparation en nature⁵⁵ ou effectuée elle-même une remise en l'état du site⁵⁶. La réparation prônée par la directive diffère de celle instituée par la responsabilité civile permettant à une victime d'agir en réparation à l'encontre de l'auteur d'un dommage. La réparation en nature est alors fragmentée autour de trois types de mesures hiérarchisées⁵⁷. La réparation primaire visant une restauration du site endommagé et dont l'impossibilité entraîne une réparation complémentaire, consistant alors à créer ou conserver sur un autre site, un niveau de ressources naturelles équivalentes en termes de fonctions écologiques. Enfin, la réparation compensatoire, pouvant aussi intervenir sur un autre site, vise à compenser les pertes subies entre la date du dommage et celle de la réparation primaire ou complémentaire. Dans les hypothèses où une réparation en nature se révélerait impossible à réaliser, la somme allouée serait alors administrée par le Préfet du département ou par la création envisageable de plusieurs fonds spécialisés par secteur d'activité selon la nature de l'atteinte à l'environnement. Ces derniers seraient alors en charge de la réalisation et du suivi des travaux.

Cette distinction nettement établie entre la réparation en argent pour les préjudices personnels dérivés et la réparation en nature pour le préjudice écologique pur ou en argent, mais avec affectation de l'indemnité à la restauration du site, contribue à respecter pleinement le principe d'une réparation intégrale⁵⁸.

B. La contractualisation du devoir environnemental

Désormais établie dans le domaine extracontractuel, la protection de l'environnement par les sociétés gagnerait encore à être renforcée dans les relations contractuelles. L'investissement d'une société dans le dispositif RSE la conduit inévitablement à se préoccuper de l'implication de ses partenaires, fournisseurs et sous-traitants afin de conserver son label ou son adhésion à un référentiel. Outre des clauses environnementales⁵⁹ volontairement insérées par certaines sociétés dans leurs contrats. Un auteur propose la création d'une « obligation d'intégration environnementale⁶⁰ » consistant à intégrer

⁵⁵ Ph. Brun, *op. cit.* spéc. p. 405 et s. n° 602 et s.

⁵⁶ M. Boutonnet, « Obligation de remise en état », *art. préc.*

⁵⁷ Art. L. 162-9 du C. *envir.* issu de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 ; V. également M. Bacache, *art. préc.*, spéc. § 16 ; G. Martin, « Les effets de la responsabilité environnementale : de la réparation primaire à la réparation compensatoire », *Envir.*, 2009 ét. 6.

⁵⁸ Ph. Brun, *op. cit.* spéc. p. 398 et s. n° 592 et s.

⁵⁹ O. Herrnberger, « Vente d'un immeuble ayant supporté une installation classée : La réglementation de la remise en état facteur d'insécurité pour l'acquéreur », *Envir.*, mai 2003, n° 5, p. 8 ; O. Herrnberger, « La prise en compte des données environnementales dans les baux », *Rev. des loyers et des fermages*, février 2005, n° 854, p. 62 ; Fr-G. Trébulle, « Articulation de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement et de la garantie des vices cachés », *Rev. de dr. immo.*, juin 2008, n° 5, p. 256 ; S. Fleury, « Bail vert et nouvelles clauses », *Dr. et Pat.*, janvier 2010, n° 188, p. 18 ; F. Labrousse et A-C. Urbain, « Les garanties de passif environnementales en cas de cession des sites industriels », *Dr. envir.*, mai 2010, n° 178, p. 152 ; L. Bodiguet, « Les clauses environnementales dans les statuts du fermage », *Envir.*, août 2011, n° 8-9, p. 13 ; M. Mekki, « La clause environnementale, une clause au service des grandes causes », *RDC*, juillet 2012, n° 3, p. 932 ; M. Mekki, « Les clauses de non-garantie sous haute surveillance », *JCP N*, 6 novembre 2013, n° 49, p. 28. À titre d'exemple, ce sont ainsi fortement développées les clauses de garantie de passif environnemental ayant pour effet de répartir la charge du coût lié à la découverte d'une pollution : R. François-Poncet et S. Magnaval, « La garantie de passif : quelle protection pour l'acquéreur ? », *Option finance*, 9 juillet 2001, n° 650, p. 23 ; Fr-G. Trébulle, « Passifs environnementaux », *Envir.*, avril 2013, n° 4, p. 30 ; C. Cloché-Dubois et S. Lepichon, « La gestion du passif environnemental : un enjeu significatif », *Option finance*, 10 juin 2014, n° 1273, p. 4.

⁶⁰ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.*, 9 février 2012 n° 6, p. 377 ; M. Boutonnet, « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », *D.*, 22 mars 2012, n° 12, p. 790. D'autres ont cherché à dégager l'existence d'une obligation naturelle face à une personne se reconnaissant tenue par un devoir impérieux de conscience et d'honneur : Cass. civ. 1^{ère} 17 octobre 2012 n° 11-20124, *RTD civ.*, 2012, p. 720 obs. B. Fage ; *D.*, 14 février 2013, p. 391 obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RDC*, 2013, p. 576, note M. Latina ; Considérant ainsi que l'obligation naturelle permet de rechercher la responsabilité de celui qui pourtant n'était pas civilement responsable par l'effet de la loi, cette vision s'inscrit dans la suite logique de l'analyse ayant retenu que la promesse d'exécuter une obligation naturelle a pour effet de la transformer en obligation civile : Cass. civ. 1^{ère} 10 octobre 1995 n° 93-20300, *Bull. civ.* 1995, I, n° 352. D. 1997 p. 120 obs. R. Libchaber ; *D.*, 1997, p. 85, obs. N. Molfessis.

les préoccupations environnementales au droit des contrats⁶¹. En effet, l'absence d'une obligation environnementale en droit des contrats contraste avec la place quantitativement et qualitativement accordée aujourd'hui par le droit positif à de telles préoccupations⁶². On assiste également depuis quelques années à un phénomène de contractualisation du droit de l'environnement permettant aux contrats de jouer leur rôle classique d'instrument de gestion des risques. Toutefois, si la proposition faite par la doctrine permettrait de généraliser la protection de l'environnement dans les relations contractuelles *via* la place qui lui serait accordée dans le *Code civil*, une discussion doctrinale, à l'image de celle relative à la bonne foi, viendra probablement diviser les auteurs, entre les partisans d'une « obligation environnementale » et les défenseurs d'un « devoir environnemental ». En effet, l'obligation a pour objet une prestation économique au bénéfice d'une personne déterminée, le créancier⁶³, alors que le devoir est une règle de conduite générale de la vie en société s'imposant à toute personne. De prime abord, les exigences relatives à l'environnement entrent davantage dans la catégorie des devoirs de comportement. Comme démontré par M. P. Ancel dans son article *Force obligatoire et contenu obligationnel*⁶⁴ du contrat, le contrat comporte non seulement des obligations spécifiques mais aussi des devoirs de comportement qui préexistent au contrat. Le contrat et, particulièrement, sa force obligatoire⁶⁵, ne se résument pas uniquement à l'existence d'obligations porteuses des prestations économiques. Que leur source soit légale ou judiciaire, la nature de ces devoirs est néanmoins contractuelle car ils créent des effets juridiques en s'incarnant dans le lien obligatoire existant entre les parties contractantes. Ils se transforment alors en stipulation contractuelle⁶⁶. Rejoignant les devoirs théorisés par la doctrine, cette « obligation environnementale » prendrait place dans la théorie générale du contrat à côté des devoirs de bonne foi, de loyauté, de collaboration, de cohérence entre autres⁶⁷, propres à tous les contrats et participerait ainsi de la reconnaissance d'un nouvel ordre public, non plus seulement économique et moral mais aussi écologique⁶⁸. Or, si une partie de la doctrine⁶⁹ s'appuie sur cette distinction pour dénier à la responsabilité contractuelle compétence pour sanctionner la violation de ces devoirs, cette différenciation ne doit pas être exagérée. Certes, l'obligation porteuse d'une prestation économique, se distingue du devoir, qui impose une norme de comportement. En revanche, il est artificiel de les opposer en les soumettant à des régimes différents⁷⁰.

⁶¹ V. également proposition de loi Retailleau visant à inscrire la notion de dommage causé à l'environnement dans le *Code civil*, et ajoutant à cet effet au livre III du *Code civil* un titre IV ter intitulé « De la responsabilité du fait des atteintes à l'environnement » : Prop. de loi n° 546 rectifié bis, adoptée par le Sénat en première lecture le 16 mai 2013 et transmise à l'Assemblée Nationale ; Le rapport du groupe « Jégouzo » remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013, rapport du groupe de travail installé par Mme Ch. Taubira.

⁶² Ces obligations fixant des conditions d'exécution respectueuses de l'environnement sont localisables dans des domaines aussi variés que les contrats de locations (diagnostic performance énergétique), les contrats de vente d'immeubles, les contrats de transports, de fourniture, de distribution, de consommation, bref, des contrats tant de droit privé que de droit public et de droit interne ou international.

⁶³ R. Sacco, « À la recherche de l'origine de l'obligation », *APD*, 2000, t. 44, p. 33.

⁶⁴ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD civ.*, décembre 1999, n° 4, p. 771.

⁶⁵ Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *Dalloz*, 2005, n° 157 et s. spéc. p. 167 ; V. également en ce sens C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135. Une nouvelle source du contenu contractuel*, *LGDJ*, 2006, n° 203 et s. Pour cet auteur, ces devoirs ne relèvent pas du contenu obligationnel du contrat, mais, directement de sa force obligatoire.

⁶⁶ Th. Revet, « La clause légale », in *Mélanges M. Cabrillac, Dalloz, Litec*, 1999, p. 277.

⁶⁷ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Paris, *Dalloz*, 2014, n° 3694-1 ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, Thèse Aix-en-Provence, *PUAM*, 1997, p. 48 et s.

⁶⁸ C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : De nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, 20 mars 2003, n° 12, p. 818, E. Naim-Gesbert, « L'anormalité d'un trouble à l'ordre public écologique », *Dr. envir.*, juillet 2004, n° 120, p. 139 ; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, *op. cit.* spéc. p. 68 et s. ; Y. Martinet, *L'ordre public dans le droit de l'environnement*, *Lexbase Hebdo*, 31 mai 2012, n° 487.

⁶⁹ V. notamment Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, *LGDJ*, 2000, n° 138 et s. ; l'article 1134.3 serait selon l'auteur « l'ambassade de la responsabilité délictuelle sur les terres du contrat » ; Ph. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz action* 2000/2001, n° 3021 et 3040 ; G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *LGDJ*, 2008, 3^e éd., n° 168, p. 284 « une norme de comportement relève de la responsabilité délictuelle car l'objet du contrat ne consiste pas à créer des règles de comportement ».

⁷⁰ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *Dalloz*, 2003, p. 99, spéc. p. 104 ; V. également D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'Avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, p. 603.

Élément à part entière du cadre contractuel, le non-respect du devoir environnemental devrait être, au même titre que le contenu obligationnel ou autres normes contractuelles, sanctionné sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Ainsi la violation par un partenaire du devoir environnemental entraînerait la mise en œuvre des sanctions classiques de l'inexécution contractuelle. Or, un rapide tour d'horizon des sanctions applicables conduit à évincer certaines d'entre elles au regard des effets inadaptés qu'elles sont susceptibles d'engendrer sur un domaine aussi particulier que le droit à l'environnement⁷¹. En effet, le préjudice causé de l'environnement reste, comme en matière de responsabilité délictuelle, un préjudice objectif et non personnel, provoquant ainsi les mêmes questionnements en termes de réparation⁷². Or, la réparation se limite en matière contractuelle au seul dommage prévisible et complexifie encore l'évaluation anticipée du dommage, dans la mesure où les conséquences d'un préjudice écologique sont difficilement estimables. Bien que la réparation en nature soit privilégiée par le juge judiciaire, il semble impossible pour un contractant d'imposer à son partenaire une telle réparation dont l'objet dépasse les frontières du contrat et entraverait indubitablement les relations d'affaires établies. Dans ce sens, la résolution du contrat pour non-respect du devoir environnemental pourrait être prononcée selon une tendance persistante de la jurisprudence à se fonder sur l'article 1184 du *Code civil* pour sanctionner les devoirs et autres effets normatifs du contrat. Mais ici encore, cette mesure n'étant favorable ni au débiteur ni au créancier de l'obligation environnementale, il est peu probable qu'elle soit invoquée alors même qu'elle constituerait une sanction dissuasive et efficace. Le respect de l'environnement n'est pas encore une vertu ancrée assez profondément dans la conscience collective. Seul le versement de dommages et intérêts au contractant pour le préjudice personnel qu'il subit peut être envisagé. En effet, le contractant respectueux des exigences environnementales prônées par la RSE et désireux de s'assurer que ses partenaires, fournisseurs ou sous-traitants respectent la démarche qualité mise en place pour l'obtention ou la conservation de son label pourrait alors invoquer l'atteinte portée à la réputation, à l'image de sa société⁷³ et à la qualité de ses produits afin d'obtenir une réparation en argent de son préjudice personnel.

Concernant le préjudice écologique, la cessation de l'illicite⁷⁴ pourrait également constituer un remède influent aux atteintes environnementales. Si certains auteurs⁷⁵ assimilent la cessation de l'illicite à la réparation en nature. M. C. Bloch démontre que cette sanction assure une fonction distincte de celles des sanctions répressives et réparatrices de notre système de responsabilité civile. La cessation de l'illicite s'attaque non pas à l'auteur ni aux conséquences du fait illicite, mais au fait lui-même et le remet ainsi en conformité avec la règle de droit dont il s'écarte. Elle répond alors à un régime juridique propre⁷⁶, distinct de la réparation, et nécessite la caractérisation d'une situation illicite. Toutefois, occultée par les projets

⁷¹ V. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, Thèse Paris I, 2008 ; Du même auteur, « Le droit à l'environnement comme nouveau fondement de la réparation des dommages environnementaux », in *La responsabilité environnementale : Prévention, imputation, réparation*, dir. Ch. Cans, Dalloz, 2009, spéc. p. 57 et s ; M. Prieur, *op. cit.* spéc. p. 74 et s.

⁷² Illustration possible de l'érosion de la frontière entre les deux ordres de responsabilité : Ph. Brun, « La distinction de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », *LPA*, 13 mars 2014, n° 52, p. 36.

⁷³ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* spéc. p. 771 ; Ph. Brun, *op. cit.* spéc. p. 148 et s. n° 222 et s.

⁷⁴ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2014, 10^e éd., n° 2420 et s. qui envisage l'exécution des contrats, la cessation de l'illicite et la réparation dans un chapitre unique intitulé « La satisfaction du créancier » ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 41, p. 55 et s.

⁷⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 1996, 5^e éd., n° 1432 et s. ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, 2005, 9^e éd., n° 717 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^e éd., n° 899 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013, n° 249 et s.

⁷⁶ C. Bloch, *op. cit.* n° 241, p. 262.

de réforme⁷⁷, elle n'est pas davantage prise en considération par la jurisprudence qui continue de tordre les règles classiques de la responsabilité civile. Elle est ainsi systématiquement appréhendée comme une modalité de réparation du préjudice subi.

À l'instar de la responsabilité extracontractuelle, la responsabilité contractuelle est en revanche impuissante à assurer l'effectivité de la réparation du dommage environnemental. Il conviendrait donc pour assurer une réparation efficace du préjudice écologique de s'en remettre aux dispositions de la loi du 1^{er} août 2008. Le recours à une haute autorité administrative transparaît ainsi comme le dispositif le plus apte à combattre les dérives liées au détournement des dommages et intérêts et à assurer la protection de l'environnement contre les dérives d'un productivisme acerbe.

Les intérêts économiques devant se concilier avec les intérêts écologiques, il est légitime de penser que le gouvernement remanié innovera encore en matière de RSE, traçant ainsi en faveur du développement environnemental une voie « Royal ».

⁷⁷ Dans l'*avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, la sanction de la cessation illicite reste sous l'égide de la réparation en nature. « La prévention n'est pas présentée comme l'une des fonctions spécifiques de la responsabilité » (Sous-titre III, 6°). Art. 1369-1 de l'*avant-projet* se contente de rappeler que « lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin de cessation de l'activité dommageable ». Art. 1371 « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. Disposition unique consacrée aux condamnations en nature, l'art. 10-104 des *Principes de droit européen de la responsabilité civile* se contente de préciser : « La réparation en nature peut être demandée par la partie lésée si tant est que cela soit possible et pas trop lourd pour l'autre partie ».

CATASTROPHES ECOLOGIQUES ET RETOUR D'EXPERIENCE : QUELLES EVOLUTIONS, QUELLES REVOLUTIONS POUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Séverine **NADAUD**,

Maître de conférences en droit privé, Université de Limoges,
OMIJ-CRIDEAU (EA 3177)⁷⁸

Si on part de la notion de « catastrophe » telle que définie par la Commission du droit international,⁷⁹ à savoir « une calamité ou une série d'évènements provoquant des pertes massives en vies humaines, de graves souffrances et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur perturbant gravement le fonctionnement de la société », les catastrophes écologiques n'apparaissent dès lors que comme une catégorie de catastrophes parmi d'autres. Ce serait « celles qui proviennent à la suite d'un évènement ou série d'évènements d'origine naturelle ou humaine, ou les deux (catastrophe dite mixte) », et qui « ont pour conséquence une dégradation de l'environnement »⁸⁰ au-delà d'un certain seuil de gravité (pouvant aller jusqu'à l'irréversibilité⁸¹). En cela, la notion de catastrophe est irrémédiablement liée à l'idée de destruction de grande ampleur et à la très grande difficulté à faire face à la situation dans la période post-catastrophe, tant au niveau de la gestion immédiate qu'un peu plus lointaine en temps de l'évènement. Ces critères remplis, pareils évènements revêtiraient *a posteriori* l'appellation de catastrophe écologique.

En la matière, ce que l'on nomme le « retour d'expérience » est essentiel. Cette démarche, empruntée à la gestion des évènements de sécurité civile,⁸² va permettre à la fois de comprendre le passé, le présent en constatant ou reconstituant les faits (déroulement de la catastrophe) et en déterminant les causes (analyse), mais aussi d'améliorer le futur en tirant du passé les conséquences pour l'avenir et en proposant des actions préventives et correctives propres à éviter que le passé ne se reproduise. Cette démarche est logiquement évolutive, de nouvelles catastrophes pouvant se produire et amener à réévaluer sans cesse le dispositif, notamment du point de vue juridique. Si on constate que la notion de retour d'expérience est peu présente au sein du *Code de l'environnement*,⁸³ cette démarche est largement utilisée par le législateur sans qu'il s'y réfère expressément. On la retrouve davantage au détour de plusieurs circulaires, certaines lui étant entièrement consacrée,⁸⁴ ce qui démontre que le retour d'expérience est mis en pratique par les différentes autorités décisionnaires ou en charge de faire appliquer et donc de faire évoluer le droit. Enfin, comme on le soulignera, on peut apercevoir dans le retour d'expérience une sorte de devoir de mémoire, qui se révèle être au cœur de l'obligation

⁷⁸ Cette publication a été actualisée pour la dernière fois mi-2016.

⁷⁹ Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, 61^e session, Genève, 24 juillet 2009, « La protection des personnes en cas de catastrophe », A/CN.4/L.758 ; définition reprise dans le rapport de la Commission du droit international de 2014 [http://legal.un.org/ilc/reports/2014/All_languages/A_69_10_F.pdf].

⁸⁰ J. Bétaille, J.-M. Lavielle et M. Prieur, « Préface », in *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Larcier, 2012, p. 8.

⁸¹ L'irréversibilité étant entendue comme le « processus qui, une fois en route ne peut être inversé », « l'idée que ce qui a été ne sera plus jamais comme avant » : A. Guilbert, « L'irréversibilité et les catastrophes écologiques », in *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Larcier, 2012, pp. 283-284.

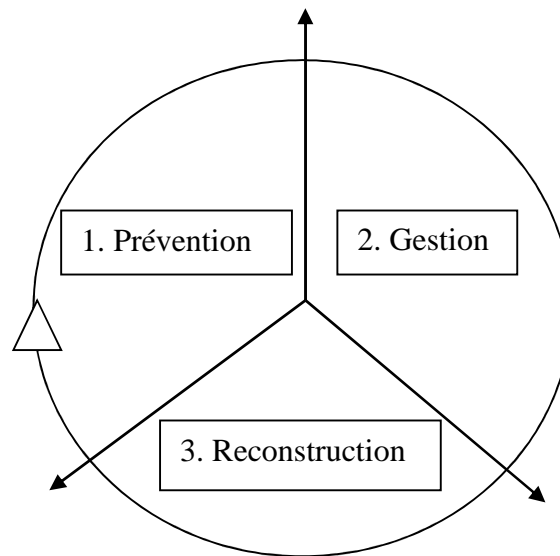
⁸² Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales / Direction de la Sécurité Civile, « *Retour d'expérience : Synthèses des enseignements tirés de la gestion des évènements de sécurité civile en France* », Paris, 2009, 54 p.

⁸³ On ne la retrouve expressément que dans deux dispositions relatives à la prévention des risques naturels, à savoir les articles L 562-2 et D 565-8 du *Code de l'environnement*.

⁸⁴ V. principalement la circulaire du 27 mars 2003 relative à l'organisation et au développement du retour d'expérience (NOR/INT/E/03/00040/C). Pour une application du retour d'expérience aux catastrophes écologiques : Circulaire du 20 février 2012 relative à la gestion des impacts environnementaux et sanitaires d'évènements d'origine technologique en situation post-accidentelle (NOR/DEVP/11/26807/C).

primordiale de protéger les personnes en situation de catastrophe.⁸⁵

Si le droit de l'environnement appréhende la catastrophe écologique dans son ensemble, il s'intéresse aux trois temps communs à toute catastrophe (prévention, gestion, reconstruction), que l'on peut représenter schématiquement comme suit :



Ces différents temps se réitèrent à l'aune de chaque catastrophe, chacune d'entre elles permettant par le retour d'expérience d'enrichir la première phase afin d'éviter que de tels évènements ne se reproduisent à l'avenir et ayant pour finalité d'accroître la résilience de l'environnement et de la société, soit leur capacité à revenir à leur état initial (du moins lorsque cela tient du champ du possible) et à surmonter la situation de crise. Notre droit de l'environnement va donc lui aussi évoluer, se renouveler afin de prendre en compte ce retour d'expérience pour améliorer les dispositions existantes et *a priori* en assurer une plus grande effectivité. Ainsi, seront présentées de façon non exhaustive les évolutions, voire les révolutions constatées en droit de l'environnement du fait de la prise en compte du retour d'expérience à la suite de certaines catastrophes écologiques (I). Le parti a été pris de ne se focaliser que sur les évolutions ou révolutions les plus récentes. En guise de propos conclusifs, une ouverture plus prospective sera faite sur les évolutions ou révolutions à venir (II).

I. QUELLES EVOLUTIONS, VOIRE REVOLUTIONS TEXTUELLES ET JURISPRUDENTIELLES RECENTES EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT ?

Le retour d'expérience suite aux catastrophes écologiques va permettre d'opérer une consolidation des principes généraux du droit de l'environnement (A) ainsi qu'un renforcement des responsabilités (B).

⁸⁵ Cette obligation de protéger est codifiée dans les travaux précités de la Commission du droit international. Sur ce sujet, v. également : SFDI, *La responsabilité de protéger*, Pedone, Paris, 2008 ; N. Hajjami, *La responsabilité de protéger*, coll. De droit international, Bruylant, Bruxelles, 2013.

A. La consolidation des principes généraux du droit de l'environnement

Ces principes généraux, consacrés tant législativement que constitutionnellement, sont nombreux.⁸⁶ Pour illustrer notre propos, ne seront abordés que les principes de prévention (1), d'information et de participation (2) que le retour d'expérience va permettre de consolider.

1. Le principe de prévention

Concernant ce principe d'anticipation, qui permet d'éviter ou de réduire les dommages liés aux risques avérés d'atteinte à l'environnement par la mise en place d'actions correctives dites préventives, on peut tout d'abord analyser les évolutions qui ont eu lieu du fait du retour d'expérience de la catastrophe nucléaire de Fukushima du 11 mars 2011. Ici, il faut bien souligner que c'est l'importance des conséquences de la catastrophe ainsi que sa particularité (puisqu'il s'agit d'une catastrophe dite « mixte » soit d'une catastrophe naturelle suivie d'une catastrophe technologique) qui a conduit à revoir très rapidement et renforcer de façon importante les mesures de sûreté nucléaire.⁸⁷ A l'échelle régionale,⁸⁸ une forte réaction puis mobilisation au niveau de l'Union européenne (UE) a permis la mise en place de plusieurs actions telles que l'obligation de procéder à des « stress tests »⁸⁹ sur des centrales européennes bien ciblées ou le réexamen du cadre européen existant en matière de sûreté des installations nucléaires.⁹⁰ En France, bien que n'ayant pas à envisager les conséquences d'un tsunami ou d'un séisme de très forte magnitude, de nombreux événements naturels (tempête, inondation, submersion marine, séisme de faible ampleur...), cumulés à une cascade d'erreurs humaines, pourraient à l'identique conduire à une catastrophe. **Afin de rassurer l'opinion, les pouvoirs publics** ont donc fait procéder à un audit général des installations nucléaires, au-delà des installations ciblées par l'UE. De même, à la demande de l'Autorité de Sûreté Nucléaire (ASN), ont été réalisées, par les exploitants, des **évaluations complémentaires de sûreté** concernant l'ensemble des installations nucléaires de base (INB), avec priorité aux centrales nucléaires. Cela a ainsi permis une évaluation des marges de sûreté à la lumière des événements qui ont eu lieu à Fukushima, à savoir des phénomènes naturels extrêmes, ces scénarii de catastrophes mixtes ayant été peu envisagés en France jusqu'alors. On peut enfin considérer que Fukushima a permis une accélération de la refonte, en cours, du droit français des INB. En effet, dans la lignée des réflexions autour du périmètre du futur *Code de l'énergie*, on a finalement opté pour une insertion des textes relatifs au nucléaire dans le *Code de l'environnement*. Cette codification à droit

⁸⁶ On les retrouve dans la charte de l'environnement, adossée à la Constitution de 1958, ainsi qu'énumérés à l'article L 110-1 du *Code de l'environnement*.

⁸⁷ Comme il est souligné dans le rapport introductif à la proposition de révision de la directive Euratom sur la sûreté des installations nucléaires, « l'accident survenu en 2011 à la centrale nucléaire de Fukushima Daichi a provoqué d'importants dégâts environnementaux, économiques et sociaux et soulevé des inquiétudes sur les éventuels effets néfastes pour la santé des populations concernées au Japon. Si les facteurs déclenchant ont été un tremblement de terre et un tsunami d'une amplitude considérable, les études des causes de l'accident ont fait apparaître un éventail de facteurs prévisibles qui se sont combinés pour aboutir à un résultat catastrophique. L'analyse de l'accident de Fukushima révèle des problèmes techniques bien réels et récurrents ainsi que des défaillances institutionnelles persistantes analogues à ceux constatés lors des évaluations effectuées à la suite des accidents de Three Miles Island et de Tchernobyl, il y a plusieurs décennies. Ce nouvel accident a encore une fois mis à mal la confiance du public dans la sûreté de l'énergie nucléaire, d'autant plus qu'il est survenu en plein débat sur la possibilité de recourir au nucléaire pour satisfaire la demande énergétique mondiale d'une manière durable ».

⁸⁸ L'Europe a su bien mieux qu'après la catastrophe de Tchernobyl coordonner ses efforts et se remettre en question pour tirer très rapidement des leçons de l'accident que ce soit sur le plan de la prévention, de la limitation des rejets ou de la gestion de crise : M. Turpin, « REX de Fukushima, premières conséquences pour le nucléaire », *Préventique*, mars-avril 2013, p. 59.

⁸⁹ Ces stress tests permettent de réexaminer la sûreté des installations par des tests de résistance. Dans une communication de la Commission européenne en date du jeudi 4 octobre 2012 concernant ces « stress tests », des lacunes ont été notamment mises en lumière pour la France en matière d'évaluation des risques sismique et inondation : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les évaluations globales des risques et de la sûreté (« tests de résistance ») des centrales nucléaires dans l'Union européenne et les activités y afférentes (COM/2012/0571 final).

⁹⁰ Directive n° 2014/87/Euratom du 08/07/14 modifiant la directive 2009/71/Euratom établissant un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire des installations nucléaires (JOUE n° L 219 du 25 juillet 2014).

constant, réalisée par l'ordonnance du 5 janvier 2012,⁹¹ a entraîné des modifications des livres I et IV du *Code de l'environnement*. Enfin, l'arrêté du 7 février 2012 **fixant les règles générales relatives aux installations nucléaires de base** a procédé à l'actualisation, au regard du nouveau cadre législatif, de trois arrêtés interministériels relatifs aux installations nucléaires de base.⁹²

Le principe de prévention a été également renforcé en matière de gestion post-catastrophe des déchets, au travers de la prise en compte depuis 2013 des déchets dits « de situation exceptionnelle » dans les planifications préventives, évolution découlant de la loi Grenelle 2. Le nouveau cadre législatif et réglementaire de la planification des déchets prévoit en effet qu'à compter du 1^{er} janvier 2013 les Plans de prévention et de gestion des déchets dangereux (PPGD-D) et des déchets non dangereux (PPGD-ND) comprennent des mesures permettant d'assurer la gestion des déchets en situations exceptionnelles, notamment celles susceptibles de perturber la collecte et le traitement des déchets. Selon le *Code de l'environnement*, ce nouveau volet doit comprendre un état des lieux avec les enseignements tirés des situations de crise (articles R541-14 et R541-30 du *Code de l'environnement*) ; les mesures permettant d'assurer la gestion des déchets dans des situations exceptionnelles (articles L541-13 et L541-14 du *Code de l'environnement*) et la description de l'organisation à mettre en place pour assurer la gestion de ces déchets, ainsi que l'identification des zones à affecter aux activités de traitement (articles R541-14 et R541-30 du *Code de l'environnement*). Par ces dispositions, le planificateur est désormais incité à identifier des zones ou une liste ouverte de sites de stockages temporaires potentiels pour les déchets en situations exceptionnelles et à anticiper la gestion des flux de déchets et les moyens de traitement. On peut enfin signaler que, se fondant sur le retour d'expérience, la circulaire interministérielle du 20 février 2012 relative à la gestion des impacts environnementaux et sanitaires d'événements d'origine technologique en situation post-catastrophe⁹³ fournit des clefs permettant d'évaluer et de gérer les conséquences environnementales et sanitaires de celles-ci, notamment par le recueil rapide et fiable des données relatives aux conséquences en vue d'une action efficace des services de l'État.

2. Les principes d'information et de participation

Auparavant rassemblés sous le seul principe de participation, les principes d'information et de participation sont désormais bien distincts même s'ils conservent des liens très étroits.⁹⁴ Ils ont tous deux été récemment renforcés, particulièrement dans leur volet préventif, par le retour d'expérience lié aux catastrophes écologiques, mettant en lumière tant la nécessité de reconnaître un droit à pouvoir alerter, informer sur les risques de catastrophe, que de participer davantage aux décisions environnementales afin de développer un rôle actif du public en matière de prévention des catastrophes écologiques.

Sur le premier point, l'article 1^{er} de la loi **du 16 avril 2013 consacre ainsi un nouveau droit d'alerte environnemental proclamant désormais que** « toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement » à condition que « l'information qu'elle rend publique

⁹¹ JORF n° 0005 du 6 janvier 2012, p. 218, texte n° 4.

⁹² Trois arrêtés du 10 août 1984 relatif à la qualité de la conception de la construction et de l'exploitation des installations nucléaires de base ; du 26 novembre 1999 fixant les prescriptions techniques générales relatives aux limites et aux modalités des prélèvements et des rejets soumis à autorisation, effectués par les installations nucléaires de base ; du 31 décembre 1999 fixant la réglementation technique générale destinée à prévenir et limiter les nuisances et les risques externes résultant de l'exploitation des installations nucléaires de base.

⁹³ Circulaire interministérielle du 20 février 2012 relative à la gestion des impacts environnementaux et sanitaires d'événements d'origine technologique en situation post-catastrophe (NOR : DEVP1126807C).

⁹⁴ C'est la loi relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement du 27 décembre 2012 qui a opéré cette séparation à l'article L 110-1 du *Code de l'environnement* (JORF n° 0302 du 28 décembre 2012, p. 20578, texte n° 1).

ou diffusée » soit exempte « de toute imputation diffamatoire ou injurieuse ». ⁹⁵ Ce texte, qui permet l’insertion dans le *Code du travail* de ce droit accordé à tout employé et aux représentants du personnel au Comité d’Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT), garantit une protection à ces lanceurs d’alerte contre toute sanction ou discrimination. ⁹⁶ Le décret du 11 mars 2014 est également venu préciser les modalités de consignation. ⁹⁷ Cette révolution doit permettre de prévenir les catastrophes écologiques industrielles puisqu’il s’agit de risque grave pesant sur l’environnement du fait de produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l’entreprise, mais aussi de renforcer l’obligation d’information de l’employeur, notamment sur les suites données à l’alerte lancée.

Sur le second point, la transposition de la directive européenne Seveso III (directive **relative aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses**) ⁹⁸ par une loi du 16 juillet 2013 ⁹⁹ (volet législatif) et deux décrets du 5 mars 2014 (volet réglementaire) permettra à partir du 1^{er} juin 2015 de se mettre en cohérence avec les exigences découlant de la Convention d’Aarhus. Comme le souligne très justement le rapport de la Sénatrice Mme Herviaux en 2013 relativement au projet de loi, « afin de favoriser l’accès à l’information en matière d’environnement, en vertu de la convention d’Aarhus de 1998 sur l’accès à l’information, la participation du public au processus décisionnel et l’accès à la justice en matière d’environnement, il convient en effet de relever le niveau et d’améliorer la qualité des informations destinées au public. Les personnes susceptibles d’être touchées par un accident majeur doivent disposer d’éléments d’information suffisants sur le comportement correct à adopter en cas d’accident. Ces informations doivent répondre à une exigence de clarté et d’intelligibilité. La directive Seveso III rappelle, dans ses considérants, que la participation effective du public à la prise de décisions est nécessaire pour permettre aux personnes concernées d’exprimer leurs avis et préoccupations, et au décideur d’en tenir compte le cas échéant. Cette participation responsabilise les décideurs, accroît la transparence du processus décisionnel, et contribue à sensibiliser le public aux problèmes d’environnement et à obtenir son adhésion aux décisions prises ». ¹⁰⁰ Ainsi, depuis le décret du 5 mars 2014, ¹⁰¹ le préfet met à la disposition du public, par voie électronique, les informations relatives aux accidents majeurs susceptibles de se produire et aux moyens pour en assurer la prévention. Le futur article R. 515-89 du *Code de l’environnement* disposera que « Sans préjudice des dispositions de l’article L. 124-7, les informations mentionnées à l’article L. 515-34 sont en permanence mises à la disposition du public, par voie électronique, par le préfet avant la mise en service d’une installation ; avant la mise en œuvre des changements notables ; dans un délai aussi court que possible à compter du jour où l’installation entre dans le champ d’application de la présente section, et dans un délai ne pouvant dépasser un mois à compter de la date de disponibilité de cette information ». Outre la consolidation des principes généraux du droit de l’environnement, le retour d’expérience va-t-il à l’identique venir amplifier les responsabilités en matière de catastrophe écologique ?

⁹⁵ Loi du 16 avril 2013 relative à l’indépendance de l’expertise en matière de santé et d’environnement et à la protection des lanceurs d’alerte (JORF n° 0090 du 17 avril 2013, p. 6465, texte n° 1). Le législateur français devance ainsi la recommandation (2014) du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des lanceurs d’alerte (adoptée par le Comité des Ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198^e réunion des Délégués des Ministres).

⁹⁶ Articles L. 4133-1 et s. du *Code du travail*.

⁹⁷ Décret n° 2014-324 du 11 mars 2014 relatif à l’exercice du droit d’alerte en matière de santé publique et d’environnement dans l’entreprise, JO du 13 mars 2014, texte n° 27 (article D. 4133-1 et s. du *Code du travail*).

⁹⁸ Directive n° 2012/18/UE du 4 juillet 2012, dite Seveso III : JO UE 24 juillet 2012, L 197.

⁹⁹ Loi du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d’adaptation au droit de l’Union européenne dans le domaine du développement durable (JORF n° 0164 du 17 juillet 2013, p. 11890, texte n° 2).

¹⁰⁰ Rapport n° 661 (2012-2013) de Mme Odette HERVIAUX, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 12 juin 2013, à propos du projet de loi portant diverses dispositions d’adaptation au droit de l’Union européenne dans le domaine du développement durable.

¹⁰¹ JORF n° 0054 du 5 mars 2014, p. 4788, texte n° 28.

B. Le renforcement des responsabilités

On pourrait supposer que le retour d'expérience, par les éclairages qu'il apporte sur la catastrophe et sur les fautes de toute personne pouvant en être à l'origine, de façon directe ou indirecte, doit logiquement conduire à renforcer les responsabilités. Pourtant, les victoires jurisprudentielles côtoient malheureusement les revers cuisants, que ce soit en termes de responsabilité de l'Etat, des experts ou encore de l'exploitant.

1. La responsabilité de l'Etat

Il est indéniable qu'il pèse sur l'Etat une obligation de protéger toute personne et son environnement. C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence très fournie de la Cour européenne des droits de l'Homme qui rappelle aux Etats l'obligation d'adopter et appliquer des lois et des politiques portant sur la gestion des catastrophes, de prendre toutes les mesures administratives nécessaires notamment concernant la surveillance des zones à risque, d'informer la population des risques et des dangers, et d'évacuer les populations qui risquent d'être touchées.¹⁰² En cas de manquement à ces obligations positives, l'Etat s'exposerait ainsi à l'engagement de sa responsabilité tant du point de vue international que national.

Au plan international, l'exemple de la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat grec dans la pollution du fleuve Asopos est une belle victoire. En effet, dans une récente affaire *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme c/ Grèce*,¹⁰³ le Comité européen des droits sociaux (CEDS)¹⁰⁴ avait à se prononcer sur une affaire dans laquelle la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) alléguait que la Grèce n'avait pas pris les mesures suffisantes pour supprimer ou atténuer les effets néfastes de la très grave pollution des eaux souterraines et de surface du Fleuve Asopos. Cette importante pollution aux métaux lourds tels que le CR-6 ou chrome exhavalent), existant depuis plusieurs décennies, était due au déversement de rejets industriels non traités du fait d'installations situées à proximité (dont on peut dire qu'elles avaient tendance à prendre le fleuve pour leur poubelle...). Le comité fait ici application de sa jurisprudence *Fondation Marangopoulos* dans laquelle il avait interprété l'article 11 de la CSE (droit à la santé) comme incluant la protection du droit à un environnement sain.¹⁰⁵ Rappelant que « les autorités nationales ne peuvent, à peine de manquer à leurs obligations, s'abstenir (...) d'assurer la mise en œuvre effective des normes environnementales par des mécanismes de contrôle appropriés », le CEDS va encore plus loin en se référant au principe de précaution,¹⁰⁶ l'Etat grec n'ayant pas pris les mesures sanitaires de précaution s'imposant en l'espèce. Compte tenu des déficiences dans la mise en œuvre des règlements et programmes existants concernant la pollution du fleuve Asopos et ses effets nocifs pour la santé, des difficultés rencontrées pour amener les organismes compétents au niveau tant national, régional que local à coordonner leurs interventions administratives en la matière, des lacunes en matière d'aménagement du territoire, de la mauvaise gestion des ressources hydriques et des déchets, des problèmes de contrôle des émissions industrielles, le Comité considère alors que ces manquements

¹⁰² Pour un panorama de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière, nous renvoyons à notre chronique annuelle à la *Revue juridique de l'environnement*, chronique partagée avec le Professeur Jean-Pierre Marguénaud.

¹⁰³ CEDS, déc. bien fondé, 23 janvier 2013, *Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme c/ Grèce* (réclamation n° 72/2011).

¹⁰⁴ Le Comité européen des Droits sociaux (CEDS) a pour mission de juger la conformité du droit et de la pratique des Etats parties à la Charte sociale européenne. Dans le cadre du système de rapports nationaux, il adopte des conclusions et dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, il adopte des décisions.

¹⁰⁵ CEDS, déc. bien fondé, 6 décembre 2006, *Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme c/ Grèce* (Réclamation n° 30/2005).

¹⁰⁶ § 145 « Le Comité considère aussi que, conformément à l'article 11 § 3 de la Charte, le Gouvernement grec doit prendre des mesures appropriées pour empêcher, autant que faire se peut, les activités qui s'avèrent préjudiciables pour la santé humaine (maladies et accidents). Il estime qu'en cas de risque de dommages graves pour la santé humaine, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures appropriées. »

constituent une violation par la Grèce de l'article 11 § 1 et § 3, de la Charte. Cette décision est donc une grande victoire puisque la Charte, et l'interprétation particulièrement remarquable qu'en fait le Comité, permet ainsi de garantir et de rendre justiciable le droit à un environnement sain pour les victimes de catastrophes écologiques.¹⁰⁷

Au plan national, le refus du Conseil de l'Etat d'engager la responsabilité administrative de l'Etat (du fait d'une faute imputable à son service d'inspection des installations classées) dans la catastrophe d'AZF se révèle être, à l'opposé, un échec cinglant. A propos de ce « tsunami urbain »¹⁰⁸, la responsabilité partielle de l'Etat avait pourtant été reconnue dans la décision de la CAA de Bordeaux en date du 24 janvier 2013. La Cour était ici saisie en appel par des victimes de l'accident, indemnisées par ailleurs pour leurs préjudices matériels, mais recherchant la responsabilité de l'Etat pour le préjudice moral et les troubles dans les conditions d'existence qu'elles estimaient avoir également subies. Elle avait ici considéré que l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité par sa défaillance dans l'exécution de ses missions de surveillance et de contrôle de l'entrepôt au sein duquel la détonation s'est produite, lequel n'offrait plus depuis longtemps que des conditions de stockage très dégradées, condamnant l'Etat à indemniser les victimes en conséquence. Or, dans un arrêt en date du 17 décembre 2014, le Conseil d'Etat refuse de conclure à la responsabilité de l'Etat considérant que « le site de l'usine AZF comportait 82 installations classées réparties sur 70 hectares ; que le site était classé dans son ensemble « SEVESO seuil haut » avec servitude d'utilité publique, correspondant au régime le plus exigeant pour la protection de la sécurité publique ; que, compte tenu de ce classement, les services de l'Etat en charge des installations classées ont effectué onze visites d'inspection entre 1995 et 2001 ; qu'il n'est pas contesté que, lors de ces visites, les installations contrôlées étaient celles identifiées comme étant intrinsèquement les plus dangereuses ; que, si le bâtiment 221 n'a pas fait l'objet d'un contrôle spécifique au cours des années ayant précédé l'explosion, aucun élément ne permettait à l'administration d'identifier ce bâtiment comme recelant une particulière dangerosité, dès lors notamment que l'étude de dangers réalisée en 1990 par l'exploitant avait écarté le risque d'explosion des lieux de stockage de nitrate d'ammonium et que l'administration n'avait pas été alertée sur une méconnaissance des prescriptions réglementaires dans cette installation ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'administration aurait commis une carence fautive dans l'exercice des pouvoirs de contrôle qu'elle tenait de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement à l'égard du site AZF, notamment en ce qu'elle n'aurait pas visité le bâtiment 221 au cours des années ayant précédé l'explosion du 21 septembre 2001 et en ce qu'elle n'aurait pas détecté les irrégularités entachant les conditions de stockage du nitrate d'ammonium dans celui-ci ». On ne peut se satisfaire d'une telle irresponsabilité de l'Etat, à laquelle vient s'ajouter la récente irresponsabilité de l'exploitant sur le plan pénal¹⁰⁹...

2. Les autres responsabilités

À titre non exhaustif, les autres responsabilités ici envisagées sont celles tant des experts que de l'exploitant. En ce qui concerne tout d'abord les premiers, il faut tout d'abord souligner la place croissante des experts dans l'évaluation du risque de catastrophes tant technologiques que naturelles. Dès lors, une éventuelle responsabilité des experts, qui auraient sous-estimé le risque de catastrophes, peut-elle être envisagée en pareil cas ? Un jugement du Tribunal pénal italien de l'Aquila, en date du 23 octobre 2012,

¹⁰⁷ S. Nadaud, « Le droit à l'environnement sain dans la jurisprudence du Comité Européen des Droits Sociaux », Communication à l'occasion du colloque « Le droit à l'environnement », Université de Marmara, Istanbul, le 23 septembre 2013.

¹⁰⁸ H. Seillan, *Un tsunami urbain : AZF Toulouse*, éd. Préventique, 2009.

¹⁰⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 janvier 2015, Société Grande Paroisse et autres (pourvoi n° 12-87.059) : la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, qui avait condamné la société *Grande Paroisse*, exploitante de l'usine, ainsi que le chef d'établissement, coupables d'homicides et blessures involontaires et de dégradations involontaires, par explosion. La Cour suprême casse cette décision pour deux motifs : le premier tenant à l'impartialité de l'un des juges, le second tenant à l'insuffisante caractérisation en droit de l'infraction reprochée.

aurait pu apporter des éléments de réponse quant à la possibilité d’engager la responsabilité pénale des experts dans la prévision d’une catastrophe naturelle. Cette affaire concernait le séisme de L’Aquila. En effet, le 6 avril 2009, un tremblement de terre de 6,2 sur l’échelle de Richter a entraîné la destruction de la ville de L’Aquila et de plusieurs villages causant la mort de 308 personnes. Les experts de la Commission italienne sur les risques majeurs (composée de six experts scientifiques spécialisés dans le domaine des tremblements de terre ainsi que du responsable local de la Protection civile) ont été condamnés le 23 octobre 2012 à six ans de prison ferme et à l’interdiction d’exercer tout emploi public pour avoir sous-évalué les risques avant le séisme meurtrier qui avait dévasté cette ville des Abruzzes en 2009. En première instance, le tribunal pénal italien a donc reconnu les experts coupables d’homicide par imprudence pour s’être réunis à L’Aquila six jours avant le séisme du 6 avril 2009 et avoir ainsi affirmé à la presse que l’activité sismique de la zone ne constituait « aucun danger » (alors que près de 400 secousses sismiques avaient été ressenties par les habitants durant les quatre mois précédant la catastrophe). Cette décision avait suscité de nombreuses réactions d’incompréhension de la part de la communauté scientifique. En appel, la Cour d’appel de L’Aquila a ainsi décidé de relaxer les six scientifiques, tout en confirmant la condamnation du responsable de la protection civile, à deux ans de prison pour « *homicide involontaire et négligence* », *sa peine étant toutefois suspendue* par le juge.¹¹⁰ Dans l’attente d’un pourvoi, il semble bien difficile de prédire dans quel sens tranchera la Cour suprême italienne.

Le retour d’expérience permet également de s’apercevoir de la nécessité, en matière de catastrophes technologiques, de renforcer les responsabilités de l’exploitant afin de réparer les dommages environnementaux à travers la reconnaissance de la notion de « préjudice écologique ». En droit interne, l’arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2012,¹¹¹ rendu à propos de la catastrophe de l’Erika, a reconnu certes implicitement cette notion, mais de nombreux juristes appelaient de leurs vœux à une reconnaissance légale, afin de consolider cette assise bien trop fragile. En 2012, une proposition de loi visant à intégrer un nouvel article dans le *Code civil* donnant un fondement juridique renforcé au préjudice écologique et à son indemnisation, prioritairement en nature, avait été déposée. L’exposé des motifs indiquait à juste titre que « la reconnaissance en tant que telle de l’atteinte à l’environnement, indépendamment des dommages matériels et moraux, constitue sans nul doute une véritable révolution juridique. Une révolution attendue et nécessaire, synonyme de dissuasion et de réparation ». Remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013, un rapport, dit rapport Jégouzo, allait également dans ce sens, proposant à son tour d’insérer le préjudice écologique en le définissant comme « une atteinte aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ainsi qu’aux bénéfiques collectifs tirés par l’homme de l’environnement » et de créer ainsi un nouveau régime de réparation du dommage environnemental, préjudice réparable devant « résulter d’une atteinte anormale à l’environnement ».¹¹² Mais pour l’heure, seules les atteintes aux personnes (dommages corporels et dommage moral) et aux biens sont reconnues dans notre *Code civil*... En droit international, une telle réparation du préjudice écologique pourrait également avoir lieu suite à une catastrophe nucléaire, une fois entrés en vigueur les protocoles d’amendement des Conventions de Vienne et de Paris, permettant d’inclure dans le dommage nucléaire « le coût des mesures de restauration d’un environnement dégradé » (au-delà d’un certain seuil), « tout manque à gagner directement en lien avec une utilisation ou une jouissance quelconque de l’environnement » et enfin le « coût des mesures de sauvegarde et toute autre perte ou tout autre

¹¹⁰ V. l’article de presse [<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2014/11/10/97001-20141110FILWWW00276-seisme-de-l-aquila-les-scientifiques-acquittes.php>].

¹¹¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 25 septembre 2012 (pourvoi n° 10-82.938). Pour un commentaire, v. M. Boutonnet, « L’Erika, une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique », *Environnement et développement durable*, 2013, étude 2.

¹¹² Le rapport est consultable à l’adresse suivante [http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf].

Voir aussi : F. Rousseau, « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l’environnement - À propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement*, n° 3, mars 2014, étude 3 ; Ph. Billet, « Préjudice écologique : les principales propositions du rapport Jégouzo », *Focus Environnement*, n° 11, novembre 2013, alerte 187.

dommage causé par de telles mesures ». A ce titre, il convient de noter que la loi **du 7 mars 2014 autorisant l'approbation du protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris**¹¹³, **protocole d'ailleurs né du retour d'expérience de Tchernobyl**,¹¹⁴ **va désormais permettre d'articuler** les deux régimes internationaux de responsabilité civile faisant peser la charge de l'indemnisation sur la personne de l'exploitant en cas d'accident nucléaire (avec une limitation toutefois en termes de montant et de durée, et au-delà, une prise en charge par l'Etat, puis par l'ensemble des Etats signataires de la convention). Mais pour l'heure, là encore, seuls les dommages aux biens et aux personnes ouvrent droit à réparation au titre des conventions internationales...

II. QUELLES EVOLUTIONS OU REVOLUTIONS A VENIR EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT ?

À titre de propos conclusifs, quelles évolutions ou révolutions peut-on anticiper ou envisager pour l'avenir ?

S'il est une catastrophe écologique dont on a insuffisamment parlé en Europe et qui mériterait d'être au cœur d'un retour d'expérience important, c'est celle qui s'est produite au Canada dans la ville de Lac-Mégantic.¹¹⁵ En effet, en matière de catastrophe technologique susceptible de provoquer de graves atteintes à l'environnement, le retour d'expérience se focalise essentiellement sur les installations fixes (telles que les installations nucléaires de base ou les installations Seveso), laissant de côté celui qui pourrait être fait en matière de transport de matières dangereuses, à l'origine de cette récente catastrophe. Le 6 juillet 2013, en pleine nuit, un train sans conducteur (du fait d'un frein mal serré) de 72 wagons-citernes transportant du pétrole brut a déraillé dans le centre-ville de Lac-Mégantic (Québec, Canada). Certains wagons se sont percés et le fioul s'est répandu dans la nature, un incendie s'est déclaré et des explosions se sont produites, causant la mort de 47 personnes. Les conséquences environnementales ont été désastreuses du fait de l'écoulement dans le réseau d'égout mais également dans la rivière Chaudière d'environ 120 000 litres de pétrole brut sur plus de 120 km. Cette catastrophe survenue au Canada a mis en lumière le manque d'évaluation sérieuse des risques liés au transport de matières dangereuses, ou comment une multitude de causes latentes (déréglementation ferroviaire, sous-investissement dans la maintenance du réseau ferré, augmentation croissante du poids des wagons dans un souci de rentabilité...) et de fautes organisationnelles ont provoqué une catastrophe sans précédent ! Un retour d'expérience a eu lieu essentiellement au Canada et aux Etats-Unis, pays particulièrement concernés, puisque depuis juillet 2013, des déraillements de convois similaires y ont eu lieu, sans connaître toutefois les mêmes conséquences dramatiques. Il est dommage que la France et l'Union européenne n'en tirent pas eux aussi des enseignements pour l'avenir.

De façon plus globale, l'importance de la prise en compte du retour d'expérience (et le processus d'amélioration continue qui le sous-tend) en matière de catastrophes écologiques milite sans conteste en faveur de la reconnaissance d'un principe de non régression,¹¹⁶ permettant de bénéficier pour l'avenir de droits acquis à l'amélioration de la protection de l'environnement, telle que prévue par le droit et d'une impossibilité de recul ou de retour en arrière, donc de régression. De la même manière, il semble nécessaire à l'avenir d'améliorer les aspects processuels des catastrophes écologiques car en la matière

¹¹³ JORF n° 0058 du 9 mars 2014, p. 5024, texte n° 4.

¹¹⁴ « En septembre 1986, moins de six mois après Tchernobyl, les experts de l'Agence de l'énergie nucléaire de l'OCDE et ceux de l'AIEA sont parvenus à la conclusion qu'un protocole commun reliant les conventions de Paris et de Vienne seraient la solution la plus efficace et la plus aisée » comme l'indique l'exposé des motifs du **projet de loi autorisant l'approbation du protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris**.

¹¹⁵ P. Lagadec et M.-C. Therrien, « La catastrophe ferroviaire de Lac Mégantic », *Préventique*, n° 130, juillet-août 2013, pp. 66-68.

¹¹⁶ M. Prieur, G. Sozzo, *Le principe de non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

La Revue

“Droit et environnement”

Numéro 10 - Mars 2017

le retour d'expérience est peut être insuffisamment exploité, alors qu'une partie de la doctrine¹¹⁷ milite en faveur de la prise en compte plus importante des spécificités liées à ces procès hors norme (l'exemple du procès pénal relatif à la catastrophe d'AZF étant à ce titre particulièrement parlant...); de développer des systèmes d'assurance environnementale permettant de souscrire toute forme de garantie financière appropriée pour les dommages écologiques issus d'évènements catastrophiques; ou encore, au nom de l'obligation de protéger, d'instaurer un statut protecteur pour les déplacés à la suite de catastrophes.¹¹⁸ Ces pistes sont loin d'être exhaustives. Elles ne cesseront de se multiplier au gré des nouveaux retours d'expérience qui seront menés.

¹¹⁷ C. Liénard, « Vers un droit processuel commun en matière de catastrophes », in *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Larcier, 2012.

¹¹⁸ M. Prieur, J.-P. Marguénaud, G. Monédiaire, J. Bétaille, B. Drobenko, J.-J. Gouguet, J.-M. Lavielle, S. Nadaud et D. Roets, « *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux* », *Revue européenne de droit de l'environnement (REDE)*, n° 4/2008, p. 381 et s.

LA DÉFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL, AU CARREFOUR DES APPROCHES ECOCENTRIQUE ET ANTHROPOCENTRIQUE

Valère **NDIOR**¹¹⁹,

*Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole,
membre de l'Institut de recherche en droit international, européen et comparé (IRDEIC)*

Identifier ou dégager une définition de la notion¹²⁰ d'« environnement » en droit international suppose de faire entrer une réalité physique complexe, préexistante à la constitution de l'ordre juridique international et au droit, dans la sphère de ce dernier afin d'y associer une portée et un régime juridiques¹²¹. Le problème est que la société internationale semble ne pas porter le même regard sur son cadre de vie, que la perspective adoptée soit juridique ou non. En effet, une lecture transversale des instruments du droit international montre qu'*a priori*, aucune définition de l'environnement ne fait consensus parmi les sujets du droit international que sont les États, les organisations internationales et, dans une certaine mesure, les personnes privées¹²².

Il ne faut pas nécessairement s'en émouvoir d'autant que le droit interne français peine déjà, légitimement, à définir l'environnement autrement que par l'énumération de ses éléments ou domaines¹²³. Rappelons ainsi que la loi du 26 octobre 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement, introduit dans le *Code de l'environnement* un article L. 124-2 qui, en guise de définition, évoque : « [les] éléments de l'environnement, notamment l'air, l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, les paysages, les sites naturels, les zones côtières ou marines et la diversité biologique, ainsi que les interactions entre ces éléments »¹²⁴. Il n'est donc pas singulier que les volontés conjuguées, mais souvent dissonantes, des États ne parviennent pas non plus à procéder autrement que par énumération à l'échelle internationale. Or, il n'est pas certain que le droit international puisse s'appuyer de manière durable ou efficace sur un tel procédé. Si l'énumération a l'avantage de garantir la « certitude » de la définition en un temps donné¹²⁵, elle a l'inconvénient de reposer sur des inventaires non exhaustifs, donc susceptibles d'être rendus obsolètes par la découverte de nouveaux écosystèmes¹²⁶ ou même par la mutation de ces derniers. Cette dernière

¹¹⁹ L'auteur remercie Elise Daniel et Edoardo Stoppioni pour leurs précieux retours sur cette contribution. Cette publication a été actualisée pour la dernière fois en janvier 2017.

¹²⁰ Pour distinguer l'environnement en tant que notion des « concepts », « principes » ou « objectifs » environnementaux qui en dérivent, tels que le développement durable ou le principe de précaution. V. en ce sens H. Ruiz Fabri, L. Gradoni, « Ouverture », in H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, SLC, Paris, 2009, pp. 13-23.

¹²¹ V. par ex. la démarche adoptée in N. Belaïdi, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 33. L'auteur souligne justement au sujet des atteintes globales à l'environnement qu'elles « désignent des faits et processus susceptibles d'entraîner par leur existence une création, une modification ou une transmission de droits. La nature de ces faits permet de leur appliquer un régime juridique [...] ».

¹²² « Environnement », in J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 435.

¹²³ V. notamment J. Morand-Deville, *Le droit de l'environnement*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 2010, 128 p.

¹²⁴ Loi n° 2005-1319, *JORF* n° 251 du 27 octobre 2005, p. 16929.

¹²⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, p. 305.

¹²⁶ Selon la définition fournie par Howard T. Odum, docteur en zoologie, en 1953, « [l']écosystème constitue la plus grande unité fonctionnelle en écologie, puisqu'il inclut à la fois les organismes vivants et l'environnement abiotique (c'est-à-dire non vivant), chacun influençant les propriétés de l'autre, et les deux sont nécessaires au maintien de la vie telle qu'elle existe sur Terre » : v. CNRS, « Les écosystèmes », disponible sur le site [http://www.cnrs.fr/cw/dossiers/dosbiodiv/index.php?pid=decouv_chapA&zoom_id=zoom_a1_3]. V. aussi la définition fournie dans l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 : « complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de micro-organismes et de leur environnement non vivant qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle ».

hypothèse est loin d'être insolite : alors que le droit tente généralement de ne pas se faire distancer par les nouvelles technologies, il tend à oublier que la nature fait elle aussi l'objet de « mises à jour » significatives. Les écosystèmes sont altérés, varient au cours des saisons, s'adaptent aux activités humaines ou aux catastrophes naturelles – les secondes sont parfois liées aux premières –, sans que le juriste en ait nécessairement conscience. Il existerait d'ailleurs un nombre potentiellement illimité d'écosystèmes, dont une grande partie n'a pas encore été découverte par les scientifiques. Certains se constituent même de manière temporaire, notamment dans les milieux marins, donnant ainsi lieu à des mutations non envisagées jusque-là par la science¹²⁷. *In fine*, occulter cette mutabilité au profit de l'énumération favorise la multiplication des instruments de protection, donc une différenciation malheureuse de traitement juridique¹²⁸ dénoncée par le Pr. François Terré :

« Chaque situation concrète sur laquelle la règle entend exercer son empire se compose d'une multitude de données qui ne peuvent toutes être prises en compte par lui. Et les cas sont trop diversifiés pour appeler les uns et les autres des traitements différenciés. Par la force des choses, il faut bien alors, pour saisir le réel, savoir pratiquer une économie de moyens à l'aide d'abstractions et de concepts plus ou moins génériques »¹²⁹.

Ainsi, outre l'incertitude que cela crée dans l'identification de l'objet du droit international de l'environnement¹³⁰, l'absence de définition affecte la reconnaissance de son existence, son efficacité, son effectivité¹³¹, voire même, selon certains, son efficience¹³². Elle pourrait par ailleurs entraver la mise en œuvre de mécanismes permettant de prévenir ou de mettre un terme aux atteintes environnementales à l'échelle internationale. Ces atteintes, transfrontières, ne sont d'ailleurs pas rares et ont été l'occasion pour les juridictions internationales, notamment la Cour internationale de Justice, de régler des différends entre États¹³³ sans qu'une définition précise n'ait été révélée à ces occasions¹³⁴.

¹²⁷ V. S. Richer de Forges, S. Samadi (S.), M. Zbinden, « Une multitude de petits écosystèmes dans l'obscurité des profondeurs », *IRD, Sciences au Sud*, 2006, n° 33. On ne peut s'empêcher de mentionner la découverte en 2013 par des scientifiques américains d'un nouvel écosystème marin, « le plastisphère », composé d'organismes bactériens qui se sont développés sur les déchets plastiques rejetés dans l'océan. Ces déchets font désormais office d'habitat pour ces organismes avec lesquels ils sont entrés en symbiose. La question se pose alors de savoir si cette nouvelle niche écologique, opportune selon certains scientifiques, doit être considérée comme une forme de pollution ou plutôt comme une mutation de l'environnement existant... ce qui aurait sans doute un impact sur leur régime juridique. V. E. Zettler, T. Mincer, L. Amaral-Zettler, « Life in the "Plastisphere": Microbial Communities on Plastic Marine Debris », *Environmental Science and Technology*, 2013, vol. 47(13), pp. 7137-7146.

¹²⁸ M. Bettati, *Le droit international de l'environnement*, Ed. Odile Jacob, Paris, 2012, p. 111 : « [...] à la multiplicité croissante des atteintes au milieu naturel, correspond un fractionnement des normes en une multitude génératrice de concurrence et de chevauchements de nature à compliquer la tâche de ceux chargés de les mettre en œuvre ». Sandrine Maljean-Dubois y voit quant à elle une forme de « profusion » mais, dans le même temps, de « vitalité » normatives : S. Maljean-Dubois, « La mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Revue Gouvernance mondiale*, n° 3/2003, 2003, pp. 9-10.

¹²⁹ F. Terré, *Le droit*, Coll. Dominos, Flammarion, 1999, p. 62.

¹³⁰ Le droit international de l'environnement est pourtant bien identifié en tant que discipline, en attestent les ouvrages et manuels qui y sont consacrés. On mentionnera M. Bettati, *Le droit international de l'environnement*, op. cit. ; J.-P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 4^e éd., Pedone, Paris, 2010, 588 p. ; R. Romi, *Droit international et européen de l'environnement*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2013, 320 p., spéc. p. 12. Voir, sur l'existence du droit international de l'environnement en tant que discipline, D. Bodansky, J. Bruneel, E. Hey, « International Environmental Law: Mapping the Field », in D. Bodansky, J. Bruneel, E. Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1-28.

¹³¹ Voir, sur la distinction terminologique entre « efficacité » et « effectivité » en droit de l'environnement, S. Maljean-Dubois, « Bilan de recherche des sections francophone et anglophone. Rapport des directeurs d'études », in S. Maljean-Dubois, L. Rajamani (dir.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement. Implementation of International Environmental Law*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, pp. 30 et s.

¹³² C. Lepage, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *Revue Pouvoirs*, n° 127, novembre 2008, pp. 123-133, *passim*.

¹³³ Sont généralement citées les affaires *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 mai 1996, *CJ Rec.*, 1996, p. 226 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CJ Rec.* 1997, p. 7 ; ou *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CJ Rec.* 2010, p. 14. V. aussi la jurisprudence évoquée *infra*.

¹³⁴ La définition même du contentieux environnemental est controversée. V. T. Stephens, *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 346, renvoyant à R. Bilder, « The Settlement of Disputes in the Field of the International Law of the Environment », *RCADI*, 1975, vol. 144, p. 153, qui définit le contentieux environnemental comme « any disagreement or conflict of views or interests between States relating to the alteration, through human intervention, of natural environmental systems » (nous soulignons).

Il faut toutefois admettre que définir un environnement qui, à l'échelle du droit international, varie d'un écosystème à un autre, ne partage pas les mêmes caractéristiques au sein d'une région identifiée, et se présente par essence comme évolutif, suppose d'identifier de manière aussi générale et englobante que possible un ensemble composite d'éléments naturels. Cela s'avère d'autant plus difficile que cela exige pour le juriste de s'adapter à une réalité scientifique dont la nature fait débat hors du droit. Faut-il par exemple faire correspondre la notion d'environnement à celle de nature, plus objective mais aussi plus mouvante ? A celle de biosphère, à savoir à la « totalité de notre environnement » correspondant, selon le Pr. Jean-Pierre Beurier, à « la petite partie de l'Univers où la vie est possible »¹³⁵ ? Faut-il adhérer à une perspective beaucoup plus large impliquant d'autres approches de l'environnement, souvent trop rapidement écartées, par exemple l'environnement spatial ?¹³⁶ Quelle que soit l'approche retenue, il y a nécessairement controverse sur ce qui entre dans le champ de l'environnement, donc sur sa définition.

Il conviendrait alors, peut-être, pour reprendre les développements du Pr. Jean-Pierre Beurier, d'aller au-delà d'une simple définition et de s'interroger sur la propension de la nature à être saisie comme objet du droit – ici, international –¹³⁷, voire, comme le souligne le Pr. Jacqueline Morand-Deville, de tenter « [...] d'ordonner la nature elle-même dans ce qu'elle a de plus fondamental [...] »¹³⁸. Cela suppose en quelque sorte de « mettre du droit » dans la nature, alternativement d'accorder une place à cette dernière dans l'ordre juridique. La démarche est loin d'être vaine dès lors qu'elle est envisagée de façon transdisciplinaire, comme cela a été le cas à l'occasion du colloque *Droit et environnement* organisé à l'Université d'Auvergne le 16 avril 2014. En effet, tracer les contours de la « notion » d'environnement ne semble pouvoir être fait de manière efficace qu'à condition de croiser les approches disciplinaires¹³⁹. C'est en cela que notre contribution espère enrichir la réflexion grâce à une démarche qui, sans prétendre embrasser tous les domaines et la diversité des approches définitionnelles du droit international général (I), entend en dégager certaines caractéristiques prégnantes en s'appuyant sur l'exemple spécifique d'une de ses branches : le droit international économique. Il faudra en effet constater que le droit international économique, branche du droit international qui se présente pourtant comme la plus rétive à l'inclusion de considérations environnementales dans son droit positif, donc à une définition de l'environnement, est aussi celle qui semble s'y adapter de manière la plus pragmatique. Le droit international économique a ainsi développé des standards environnementaux et des mécanismes de prise en compte, de contrôle et de suivi, qui permettent aux considérations environnementales de s'infiltrer dans son domaine (II).

I. LA DIVERSITE DES METHODES D'IDENTIFICATION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL GENERAL

Avant de s'interroger sur la manière dont le droit international économique s'approprié et définit l'environnement, il convient de relever plus globalement les tendances qui entravent l'élaboration d'une définition unique en droit international général (A). On constatera que des définitions et ébauches de définitions existent bel et bien dans les sources du droit international, qu'elles soient conventionnelles, jurisprudentielles ou doctrinales. Toutefois, celles-ci sont davantage axées sur une conception subjective

¹³⁵ J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, op. cit., p. 17. L'auteur précise (p. 25) qu'il s'agit d'une « couche très mince qui entoure la planète Terre comprenant les basses couches de l'atmosphère, pénétrant à quelques centaines de mètres tout au plus sous la surface de la terre et jusqu'au fond de l'océan ». Ses composantes sont la lithosphère, l'aérosphère et l'hydrosphère.

¹³⁶ V. dans ce volume la contribution de Laurence Ravillon.

¹³⁷ J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, op. cit., pp. 30-33. Encore faut-il considérer qu'« environnement » et « nature » concordent. En effet, le *Dictionnaire Robert* définit l'environnement comme un ensemble objectif de « conditions naturelles (physiques, chimiques, biologiques) [...] dans lesquels les organismes vivants (en particulier l'homme) se développent », tandis que la « nature » est appréhendée de façon plus subjective comme l'« ensemble des choses perçues, visibles, en tant que milieu où vit l'homme » (nous soulignons).

¹³⁸ J. Morand-Deville, *Le droit de l'environnement*, op. cit., p. 5. Nous soulignons.

¹³⁹ J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, op. cit., p. 21.

de l'environnement, perçu comme cadre de vie des êtres humains, que sur une conception objective lui reconnaissant une valeur intrinsèque autonome (B).

A. La variété des préoccupations environnementales comme facteur de dissonances

L'absence de définition consensuelle de l'environnement par le droit international général peut être analysée sous trois angles qui sont loin d'être exclusifs l'un de l'autre et qui méritent d'être évoqués.

Premièrement, il faut rappeler que la question environnementale s'inscrit dans des contextes géographiques variés, au sein desquels elle n'a connu ni le même degré de consécration, ni le même développement juridique. Adopter et entériner une définition unique de l'environnement, sans porter atteinte à la souveraineté des États de la société internationale, supposerait de concilier, voire de réconcilier des positions qui se trouvent souvent aux antipodes les unes des autres. Comme pour faire écho à ces dissonances d'intérêts environnementaux, la terminologie pertinente pour qualifier ces approches oscille, dans la doctrine et dans la pratique, entre « préoccupations », « questions », « considérations » ou « valeurs » environnementales¹⁴⁰, selon que l'environnement est considéré ou non comme un « intérêt essentiel » des États concernés¹⁴¹ et selon qu'il relève, soit de l'ordre juridique de ces derniers, soit simplement d'un élément prioritaire de leur politique interne¹⁴². Les divergences dans la reconnaissance et l'application du principe de précaution entre l'Europe d'une part et le continent nord-américain d'autre part, l'illustrent bien, les États-Unis étant peu disposés à l'intégrer dans leur corpus juridique¹⁴³.

On aurait toutefois tort de penser que ces dissonances, qui tendent à affecter les méthodes de définition de l'environnement, sont uniquement le fait d'une détermination discrétionnaire par l'État de ses priorités environnementales ou de son corpus juridique. La réalité physique d'une région donnée, son écosystème – en somme ses éléments caractéristiques¹⁴⁴ –, apparaissent bien plus déterminants dans l'interprétation du terme « environnement ». Pour schématiser, on ne conçoit pas que, dans une logique opérationnelle, les éléments de définition de l'environnement soient les mêmes pour un traité régional conclu dans un cadre exclusivement sub-saharien que pour un instrument rassemblant plusieurs États dits « du Nord »¹⁴⁵. De même que les éléments de l'environnement varient d'une région à une autre, les modalités de leur protection, inscrites dans un instrument juridique, tendront à s'y adapter¹⁴⁶. Bien que certains éléments de l'environnement, l'atmosphère ou le climat par exemple, soient communs à toutes

¹⁴⁰ V. en ce sens C. Jacquet, « Le recours à la notion de *due diligence* par le juge international en droit de l'environnement », *L'Observateur des Nations Unies*, 2013-1, vol. 34, pp. 176-179.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 177, s'appuyant sur une analyse de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, précitée.

¹⁴² V. Guevremont, « L'exception environnementale : l'exemple du système commercial multilatéral », in H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques...*, *op. cit.*, pp. 152-153. L'auteur souligne à propos de l'office du juge de l'OMC que « la prise en compte "effective" des valeurs environnementales ne peut que reposer sur l'aptitude et la volonté du juge d'adapter son interprétation de l'exception aux préoccupations des Membres du système. [...] la méthode privilégiée par le juge repose essentiellement sur la manifestation d'une grande déférence à l'égard de l'objectif environnemental poursuivi par un État [...] ».

¹⁴³ Pour une présentation de cette « dissension transatlantique », v. G. Dufour, *Les OGM et l'OMC. Analyse des accords SPS, OTC et du GATT*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 63 et s. Pour une présentation des applications jurisprudentielles européennes du principe de précaution, v. P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 170-173. V. aussi, globalement, J. Cazala, *Le principe de précaution en droit international*, LGDJ/Anthemis, Paris, 2006, 502 p.

¹⁴⁴ V. *supra*, note n° 8.

¹⁴⁵ V. en ce sens G. Nakseu Nguefang, *Principe de précaution et responsabilité internationale dans le mouvement transfrontière des OGM*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 257.

¹⁴⁶ Pour une présentation des instruments et règles de protection propres à chacun des « éléments » composant l'environnement – les sols et forêts, l'environnement marin, les eaux continentales, l'atmosphère et le climat –, v. Beurrier (J.-P.), *Droit international de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 191-307. V. aussi L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M.M. Mbengue, *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 2005, 808 p.

les régions et créent une forme d'interdépendance environnementale, le Pr. Jean-Pierre Beurier rappelle que « la méthode qui consiste à réglementer un élément donné ou des écosystèmes particuliers, reste prédominante »¹⁴⁷.

Deuxièmement, du point de vue des sources du droit international, l'environnement est appréhendé par une nébuleuse de conventions internationales multilatérales ou bilatérales, universelles ou régionales, générales ou spécialisées. Comme le souligne d'ailleurs le Pr. Raphaël Romi, « cinq cent traités multilatéraux, pour l'essentiel régionaux, ont été adoptés dans le domaine de l'environnement »¹⁴⁸. Les instruments juridiques se multiplient, se régionalisent¹⁴⁹, prolifèrent, mais, comme le constatent les Pr. Jean Combacau et Serge Sur, « on ne trouve pas en la matière de grande convention générique qui servirait de matrice pour le développement d'instruments supérieurs ou d'une législation dérivée, à l'instar des traités sur l'Antarctique et sur l'espace »¹⁵⁰. Le droit international de l'environnement est présenté comme un droit essentiellement conventionnel et volontariste qui « dépend fondamentalement du consentement des États, exprimé au cas par cas »¹⁵¹.

Une forme de décalage entre réalité(s) environnementale(s) et droit peut d'ailleurs résulter du façonnage casuistique opéré dans les instruments du droit international. Ce décalage s'observe généralement lorsque, dans ces traités, la définition de l'environnement fait l'objet d'une *approche anthropocentrique* marquée, plus attachée à la perception subjective de l'environnement par l'être humain qu'à une identification objective de ce qui le constitue – l'*approche biocentrique ou écocentrique*. Il s'agit plus précisément de déterminer si la protection de l'environnement résulte de sa valeur intrinsèque ou si elle est rendue nécessaire par l'utilité qu'a l'environnement pour les hommes, à des fins de développement¹⁵². Le fait, par exemple, que les éléments composant l'environnement ne soient parfois présentés qu'en tant que *ressources* naturelles – donc comme des éléments naturels ayant une qualité fonctionnelle pour les êtres humains –, de manière notable en droit de l'Organisation mondiale du commerce¹⁵³, en atteste, étant entendu qu'« [i]l n'est pas nécessaire que l'exploitation [des ressources] soit effective, il suffit qu'elle soit possible »¹⁵⁴. Cette « perception » environnementale anthropocentrique peut être débattue car elle aboutit à l'exclusion du champ de la protection environnementale – de la définition – ce que les États n'estiment pas opportun d'intégrer dans les instruments qu'ils négocient. Toutefois, il y a lieu selon certains auteurs de relativiser la critique. Le Pr. Jacqueline Morand-Deville estime notamment que : « La querelle entre les partisans de l'*anthropocentrisme* (seul l'homme – et non la nature – a des droits) et ceux de l'*écocentrisme* (la nature aussi a, en elle-même, des droits) échappe au manichéisme car les droits de la nature et les droits de l'homme sont perçus comme indissociables, et servir la nature, c'est aussi servir l'homme »¹⁵⁵.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 191.

¹⁴⁸ R. Romi, *Droit international et européen de l'environnement*, op. cit., p. 12, renvoyant notamment à R.-J. Dupuy, « L'humanité dans l'imaginaire des nations », *Conférences et essais du Collège de France*, Julliard, 1991, p. 240. Ce dernier qualifiait le phénomène de « buissonnement normatif ». D'autres ouvrages, prenant en compte les traités dont certaines dispositions seulement concernent l'environnement, en dénombrent plus d'un millier : v. A. Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 73.

¹⁴⁹ V. C. Migazzi, F. Paccaud, « La régionalisation du droit international de l'environnement », in S. Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, Coll. Cahiers de droit international, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 71-96, spéc. pp. 73-74.

¹⁵⁰ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, Paris, 2012, p. 499.

¹⁵¹ M. Bettati, *Le droit international de l'environnement*, op. cit., p. 211.

¹⁵² P. Rogers, K. Jalal, J. Boyd, *An Introduction to Sustainable Development*, Earthscan, 2012, p. 185, renvoyant à N. Dower, *An Introduction to Global Citizenship*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2003, pp. xi et xii : « Anthropocentrism: the natural world and non-human life do not have intrinsic value independent of us and are there for human beings to use sustainably. Biocentrism: the natural world or the environment is not simply there for humans; non-human life has an intrinsic independent value of human interests, and therefore humans ought to respect nature ».

¹⁵³ V. V. Tomkiewicz, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC et la question de la protection environnementale », in H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques... op. cit.*, p. 244, et *infra*, II, A). V. aussi A. Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, op. cit., p. 155, soulignant qu'il a aussi pu être fait mention des « shared resources of the Earth » pour désigner l'environnement.

¹⁵⁴ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, op. cit., p. 487.

¹⁵⁵ J. Morand-Deville, *Le droit de l'environnement*, op. cit., p. 5.

Dans le même sens, et pour résorber ce qui a parfois été présenté comme un faux problème, cette « querelle » peut être résolue grâce à des approches dualistes de l’environnement. Ces approches, justement dites « écosystémiques », intègrent à la fois les dimensions objective et subjective de l’environnement, et tendent à favoriser une conciliation entre ce dernier et d’autres domaines qui lui sont normalement antagonistes, notamment l’économie et le commerce. David Grant Lawrence présente cette approche en ces termes :

« The ecosystem [...] is emerging as new, inclusive framework which covers the features subject to protection as well as the human activities taking place within. Accepting this perspective will allow us to establish a system adequate to manage these human activities. That is known as the ecosystem approach. That is one of today’s environments »¹⁵⁶.

Troisièmement, l’existence d’une définition communément admise et juridiquement contraignante de l’environnement supposerait une unicité du champ disciplinaire étudié. Or, contrairement à ce que pourrait laisser penser une conception « onusienne » – réductrice – du droit international public, la matière se présente aujourd’hui comme une discipline fragmentée¹⁵⁷, aussi bien parce qu’elle tend à régionaliser que parce qu’elle se spécialise en branches. Chaque branche du droit international – c’est notamment le cas du droit international économique – adopte une perspective spécifique de l’environnement et des modalités de sa protection¹⁵⁸. Sandrine Maljean-Dubois le souligne d’ailleurs clairement rappelant les « problèmes de cohérence » du droit international en matière environnementale, le « compartimentage institutionnel » qui le caractérise, et le fait que « les espaces conventionnels ne sont [...] pas hiérarchisés »¹⁵⁹.

Il demeure que la méthode retenue par les instruments du droit international pour identifier l’environnement aura des répercussions sur les modalités de sa protection. Comme l’illustreront les prochains développements, celui-ci sera identifié soit comme milieu de l’homme, soit comme réalité physique autonome, selon que la définition s’attache à lier l’environnement à l’être humain, à sa santé et à son développement, ou qu’elle lui accorde une autonomie conceptuelle et juridique¹⁶⁰.

B. Les différentes approches de l’environnement, entre définitions et énumérations

Lorsque l’on tente d’identifier une définition de l’environnement en droit international général, force est de constater que c’est surtout sous l’angle de l’atteinte ou du dommage que celui-ci est appréhendé par les traités internationaux¹⁶¹. Plusieurs conventions internationales en matière de responsabilité civile définissent ou identifient le dommage à l’environnement sans pour autant définir l’environnement

¹⁵⁶ D.G. Lawrence, « Priorities for the Protection and Sustainable Development of the Mediterranean and Black Sea Ecosystems », in A. Postiglione (dir.), *The Protection and Sustainable Development of the Mediterranean-Black Sea Ecosystem. Proceedings of the ICEF International Conference Venice, 24-26 May 2007*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 4. Nous soulignons.

¹⁵⁷ V., pour une approche critique récente, l’ouvrage de A.-C. Martineau, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 612 p.

¹⁵⁸ V. les exemples présentés in A. Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, op. cit., pp. 238 et s. Sont mentionnées les dispositions environnementales contenues dans certains traités en matière de droits de l’homme, notamment la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples du 26 juin 1981 (art. 24.) ou la Convention américaine relative aux droits de l’homme du 17 novembre 1988 (art. 11). La jurisprudence des cours régionales en matière de droits de l’homme s’est également penchée de manière extensive sur la question, qu’il s’agisse de la Cour interaméricaine des droits de l’homme ou de la Cour européenne des droits de l’homme. V. dans ce volume la contribution de Julien Bétaille.

¹⁵⁹ S. Maljean-Dubois, « Bilan de recherche des sections francophone et anglophone. Rapport des directeurs d’études », op. cit., p. 34 ; du même auteur, « Le droit international au défi de la protection de l’environnement : quel bilan, quelles perspectives ? », Site *Les Notes du Pôle*, disponible sur le site [<http://pddtm.hypotheses.org/231>], 26 novembre 2013.

¹⁶⁰ Pour une approche historique éclairante, v. L. Rousselot, « Relation homme-nature : une approche sociologique des facteurs d’efficacité des politiques publiques », *L’Observateur des Nations Unies*, 2013-1, vol. 34, pp. 25-44, spéc. pp. 26-27.

¹⁶¹ S. Nakseu Nguéfang, *Principe de précaution et responsabilité internationale...*, op. cit., p. 268. Pourtant, la définition du dommage à l’environnement est présentée comme « un projet ambitieux, tant la matière est fuyante et complexe ».

lui-même. Pour illustration, la Convention internationale du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, telle que modifiée par le Protocole du 19 novembre 1992, indique à son article 1-6 que le « "[d]ommage par pollution" signifie : a) le préjudice ou le dommage causé à l'extérieur du navire par une contamination survenue à la suite d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures du navire, où que cette fuite ou ce rejet se produise, étant entendu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront ; [...] »¹⁶².

Les approches sont similaires dans d'autres textes relatifs à la responsabilité civile du fait des atteintes environnementales, notamment la Convention internationale du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (art. 1-9, a)) ou la Convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer des substances nocives et potentiellement dangereuses (art. 1-6, c))¹⁶³. Parfois, de manière indirecte, la définition du dommage à l'environnement permet d'identifier l'approche ethnocentrique qui est appliquée à ce dernier. En ce sens, la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance adopte une vision large de l'environnement incluant notamment ses caractéristiques d'agrément et la santé humaine. La Convention précise ainsi à son article 1, a) que la pollution atmosphérique « désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement »¹⁶⁴.

Hors le cas de la définition par le biais du dommage environnemental, certains instruments définissent l'environnement ou identifient ses éléments caractéristiques grâce à la méthode énumérative susmentionnée, prépondérante dans les instruments internationaux. Luiza Rodriguez-Lucas indique ainsi qu'il est courant que les textes procèdent à un inventaire plus ou moins exhaustif des éléments appartenant à l'environnement, comme l'illustre la Convention du Conseil de l'Europe du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (ci-après *Convention de Lugano de 1993*)¹⁶⁵. C'est l'un des rares instruments à définir, de manière certes large, l'environnement en tant que tel, grâce à l'énumération des éléments qui le composent. Ainsi, aux termes de l'article 2, al. 10, l'environnement comprend :

« [...] les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel ; et les aspects caractéristiques du paysage »¹⁶⁶.

¹⁶² Nous soulignons. V. L. Rodriguez-Lucas, « Compensation for Damage to the Environment *Per Se* under International Civil Liability Regimes », in S. Maljean-Dubois, L. Rajamani (dir.), *La mise en œuvre du droit international de l'environnement...*, op. cit., pp. 455-456.

¹⁶³ Sur cette dernière convention, v. C. Wu, « La convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer des substances nocives et potentiellement dangereuses », *Annuaire français de droit international*, 1997, pp. 727-750, spéc. p. 734.

¹⁶⁴ Convention du 13 novembre 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (nous soulignons). Voir, sur ce point, G. Nakseu Nguiefang, *Principe de précaution et responsabilité internationale...*, op. cit., p. 259.

¹⁶⁵ L. Rodriguez-Lucas, « Compensation for Damage to the Environment *Per Se* under International Civil Liability Regimes », op. cit., p. 456.

¹⁶⁶ Une ressource biotique est une ressource « relative au monde du vivant » tandis qu'est considéré comme abiotique un milieu dans lequel « la vie est absente, ou impossible » (*Dictionnaire Robert*).

Toujours selon une approche énumérative, les juridictions internationales d'une part, les sociétés savantes et la doctrine d'autre part, ont eu l'occasion de dégager ou d'identifier plusieurs définitions de l'environnement en s'appuyant sur les critères issus de différentes conventions internationales. On peut, par exemple, mentionner une résolution de l'Institut de Droit international en date du 4 septembre 1997 qui a affirmé à son article premier, dans une définition justement calquée sur celle de la Convention de Lugano de 1993, que « [...] le concept d'"environnement" englobe les ressources naturelles abiotiques et biotiques, notamment l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore ainsi que l'interaction entre ces mêmes facteurs. Il comprend aussi les aspects caractéristiques du paysage »¹⁶⁷.

Dans un sens proche de celui qui vient d'être évoqué, les juridictions internationales se sont essayées à l'exercice de définition à l'occasion de contentieux interétatiques récents qui leur ont été soumis. On note par exemple avec intérêt qu'un tribunal constitué sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage a, dans sa sentence du 24 mai 2005, *Rhin de fer*¹⁶⁸, appréhendé l'environnement comme englobant : « [...] l'air, l'eau, la terre, la faune et la flore, les écosystèmes et les sites naturels, la santé et la sécurité humaine, ainsi que le climat »¹⁶⁹. À l'inverse, la Cour internationale de Justice, l'organe judiciaire principal des Nations Unies, a fait preuve d'une certaine réserve dans la définition de l'environnement, affirmant dans son avis consultatif de 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, qu'il « n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépend la qualité de leur vie et de leur santé, y compris pour les générations à venir »¹⁷⁰. Elle a d'ailleurs repris cette définition dans son arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997¹⁷¹, ce qui a permis aux juges de la Cour de préciser la notion, en soulignant notamment que l'environnement devait être considéré comme « habitat commun de tous les États Membres des Nations Unies »¹⁷². On peut relever que, plutôt que d'énumérer les éléments constitutifs de l'environnement, la Cour en a présenté une vision anthropocentrique dotée d'une dimension « sociale »¹⁷³. En effet, cette définition est élaborée en dégageant l'idée selon laquelle l'environnement est le bien commun de l'humanité, dont la préservation doit être assurée par tous dans l'intérêt des générations futures. Selon le Pr. Alexandre Kiss, cette formulation implique que l'environnement, en tant qu'« intérêt commun de l'humanité [soit] traduit dans des réalités concrètes [...] sans pour autant oublier l'humanité à venir [...] »¹⁷⁴.

On le voit donc, au-delà des approches régionales et universelles, analytiques ou énumératives, les contours de la définition de l'environnement en droit international varient également selon que les auteurs des instruments adhèrent aux conceptions biocentrique ou anthropocentrique de la notion. La seconde est plus répandue dans les instruments et sources du droit international général et elle semble même se renforcer, voire s'institutionnaliser dans la sphère du droit international économique. Loin d'y être inexistante, la question environnementale est bel et bien traitée par cette branche du droit international. Elle est toutefois confrontée aux impératifs de développement et d'efficacité contenus dans les mandats des institutions internationales économiques, lesquels tendent à façonner sa définition

¹⁶⁷ Institut de Droit International, Huitième commission, Résolution du 4 septembre 1997, « L'environnement », Rapporteur : M. Luigi Ferrari Bravo, reproduite in J. Salmon, « La 68^e session de l'Institut de droit international – Strasbourg 1997 », *Annuaire français de droit international*, 1997, pp. 1186-1214, spéc. pp. 1189-1193 et pp. 1201-1202.

¹⁶⁸ Sentence dite « *Rhin de fer* » du tribunal arbitral constitué sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage, Belgique et Pays-Bas, 24 mai 2005, disponible sur le site de la Cour [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1220].

¹⁶⁹ § 58, version française de la sentence disponible sur le site [http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=1027].

¹⁷⁰ CIJ, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *CIJ Rec. 1996*, § 29.

¹⁷¹ CIJ, arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, précité, § 53. Voir, à ce sujet, A. Cassese, *International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 489.

¹⁷² CIJ, arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, précité, opinion dissidente du Vice-président Weeramentry : « The environment, the common habitat of all Member States of the United Nations, cannot be damaged by any one or more members to the detriment of all others ».

¹⁷³ P. Rogers, K. Jalal, J. Boyd, *An Introduction to Sustainable Development*, op. cit., p. 185.

¹⁷⁴ A. Kiss, « La nature, patrimoine commun de l'humanité », in Conseil de l'Europe, *La nature comme patrimoine : de la sensibilisation à l'action*, Actes du colloque de Strasbourg des 3-4 juin 1999, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, p. 5.

de manière plus étroite. Sous cette influence, la définition se fait plus subjective, voire opérationnelle, afin que l'environnement ne soit appréhendé que dans la mesure où, paradoxalement, il ne portera pas une atteinte substantielle aux activités relevant du droit international économique.

II. L'APPROPRIATION DE LA NOTION D'ENVIRONNEMENT PAR LE DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

Le droit international économique recouvre l'ensemble des règles de droit international relatives aux échanges économiques et aux activités commerciales ; l'ensemble des structures, institutions et mécanismes juridiques encadrant les activités économiques sur le plan international, au-delà de l'ordre juridique du seul État. Il renvoie notamment à l'encadrement juridique de nombreuses pratiques et activités économiques et commerciales telles que le commerce international, les investissements internationaux ou la coopération monétaire institutionnelle. On l'associe généralement aux activités de différentes institutions internationales : le Fonds monétaire international, l'Organisation de coopération et de développements économiques, l'Organisation mondiale du commerce et plusieurs institutions financières telles que les banques internationales de développement¹⁷⁵. Bien évidemment, les références à l'environnement, à son objet et à sa protection sont quasi-absentes de l'essentiel des instruments conventionnels ayant créé ces organisations internationales. Elles apparaissent toutefois de manière plus explicite dans les préambules des actes constitutifs de certaines banques multilatérales de développement, par exemple dans celui de l'accord du 4 août 1963 portant création de la Banque africaine de développement :

« Considérant qu'il est nécessaire d'accélérer la mise en valeur des vastes ressources humaines et naturelles de l'Afrique pour stimuler le développement économique et le progrès social de la région [...] ».

De manière plus appuyée, l'acte constitutif de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, conclu le 29 mai 1990, fait une mention de l'enjeu environnemental en son article 2 § 1, vii), reconnaissant qu'il appartient à l'institution de « promouvoir dans le cadre de l'ensemble de ses activités un développement sain et durable du point de vue de l'environnement ». Il ne faut toutefois pas se leurrer sur les vœux pieux qui sont exprimés dans ces préambules car, malgré un certain angélisme textuel, c'est au stade de la mise en œuvre que le bât blesse. En effet, les institutions du droit international économique sont loin d'appliquer les normes environnementales qui ont été développées par les instruments internationaux situés hors de leur propre ordre juridique¹⁷⁶. A l'instar du droit international économique dans son ensemble, ces institutions se sont sciemment enfermées dans deux modèles d'hermétisme juridique qui seront illustrés grâce à des exemples choisis.

Il s'agit dans un premier temps d'un hermétisme à l'égard de règles environnementales qui sont perçues comme des éléments exogènes. Dans cette hypothèse, illustrée par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'organisation ne crée pas de règle substantielle en matière environnementale mais admet que ses États membres puissent exceptionnellement ne pas se conformer à certaines de leurs obligations, en raison de considérations environnementales internes ou internationales qui leur sont propres (A). Il s'agit dans un second temps, d'un hermétisme juridique beaucoup plus prononcé. Dans ce cas de figure – celui des banques internationales de développement, également qualifiées d'institutions financières internationales –, l'organisation internationale développe sa propre conception des modalités de

¹⁷⁵ V. D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2010, pp. 2-6.

¹⁷⁶ Il convient de préciser que la problématique est bien présente également en droit des investissements internationaux bien qu'elle ne puisse pas être traitée ici faute de place. En effet, les traités bilatéraux d'investissement contiennent souvent une clause relative au pouvoir réglementaire de l'État d'accueil en matière environnementale. V. globalement S. Robert-Cuendet, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, 530 p. ; J. E. Vinuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge UP, Cambridge, 2012, 423 p.

protection de l'environnement grâce à des instruments et des mécanismes qu'elle élabore elle-même, en interne, sur le modèle de la *soft law* ou du « standard ». C'est alors une conception restrictive de la notion environnementale qui est mise en œuvre, en vase clos, à l'exclusion de règles plus générales en droit international de l'environnement (B).

A. La prise en compte de la question environnementale en tant qu'élément exogène : le cas de l'Organisation mondiale du commerce

Il convient de s'attarder sur le cas de l'OMC, dont on reconnaît qu'elle ne traite généralement la question environnementale que de manière détournée¹⁷⁷. L'OMC se présente avant tout comme une enceinte internationale de négociation permettant à ses États membres de dégager des règles destinées à encadrer juridiquement leurs échanges commerciaux. L'environnement, loin d'être prioritaire, pourrait même être considéré comme un élément indésirable du système, susceptible d'entraver son bon fonctionnement¹⁷⁸. Cependant, au risque de surprendre, l'ordre juridique de l'OMC contribue d'une certaine manière à esquisser une définition de l'environnement en droit international, essentiellement par le biais de l'objectif de développement durable ou de la notion de ressources naturelles.

On rappellera tout d'abord que le préambule de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce prévoit que l'organisation exercera ses fonctions « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement »¹⁷⁹. Cette formule a le mérite de montrer qu'il ne faut pas céder à la tentation d'assimiler les notions d'environnement et développement durable, bien moins proches qu'on ne pourrait le croire¹⁸⁰. Le développement durable, qui apparaît d'ailleurs comme le fil rouge de la Déclaration de Rio de juin 1992, apparaît davantage comme un objectif que comme un principe « aux contours juridiques précis »¹⁸¹. Il constitue « le prisme au travers duquel le rapprochement [entre la protection de l'environnement et les enjeux économiques] a pu s'opérer »¹⁸² et il vise avant tout à concilier « l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, la pérennité des ressources et la réduction des différences de niveau de vie des populations, au sein d'un principe de gestion intégrée »¹⁸³. En ce sens, et pour reprendre les termes du rapport Brundtland de 1987 qui a posé ses bases, le développement durable prescrit les modalités de mise en adéquation d'activités identifiées – généralement économiques – avec l'environnement, dans un cadre « qui ne compromet[te] pas la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins »¹⁸⁴. Il dépasse donc le simple cadre environnemental, auquel il ne se superpose pas.

¹⁷⁷ C. Lepage, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 130.

¹⁷⁸ A. Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁷⁹ Nous soulignons.

¹⁸⁰ V. pour une analyse dans le cadre du droit international, E. Tourme-Jouannet, *What is a Fair International Society? International Law between Development and Recognition*, Coll. French Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 53-61.

¹⁸¹ L. Krämer, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2011, p. 4. V. la référence au développement durable présente dans les Principes 1, 4, 5, 7, 8, 9, etc., de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, établie à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Sommet de la Terre), 3-14 juin 1992.

¹⁸² C. Verdure, *La conciliation des enjeux économiques et environnementaux en droit de l'Union européenne. Analyse appliquée au secteur des déchets*, LGDJ, Paris, 2013, p. 10.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 15. V. aussi H. Ruiz Fabri, L. Gradoni, « Ouverture », in H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁴ Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 51, cité par C. Verdure, *La conciliation des enjeux économiques et environnementaux en droit de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 10.

Alors que le développement durable est mentionné dans le corpus juridique de l'OMC¹⁸⁵, ce dernier ne contient à première vue pas de règles ayant un lien direct avec l'environnement. Toutefois, s'appuyant sur ce qu'ils qualifient de « téléologie environnementale » mise en œuvre par les organes de l'institution¹⁸⁶, certains auteurs comme Vincent Tomkiewicz relèvent que l'ordre juridique de l'OMC permet une prise en compte d'éléments qui lui sont extérieurs, notamment des conventions internationales dédiées à la matière environnementale. Cette influence d'instruments extérieurs dans l'interprétation du droit de l'Organisation serait notamment permise par une lecture souple des règles de l'OMC et par la pratique du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC (MRD), de sorte que l'Organisation serait finalement dotée, dans une certaine mesure, d'un objectif environnemental¹⁸⁷. Il existerait par conséquent un droit de l'environnement propre à l'Organisation, certes embryonnaire et inféodé au respect des prérogatives des États membres en matière commerciale¹⁸⁸. L'existence de cet objectif environnemental découlerait tant d'une lecture extensive de l'acte constitutif de l'organisation que des actes et déclarations adoptés postérieurement par ses organes¹⁸⁹. Reste à voir si une définition de l'environnement a pu être dégagée dans ce cadre.

Certaines dispositions du corpus juridique de l'OMC contiennent des références à la protection de la faune, de la flore ou de la santé publique. La plus importante de ces règles se trouve sans doute à l'article XX du GATT qui prévoit un certain nombre de cas particuliers dans lesquels les Membres de l'OMC peuvent bénéficier d'exceptions à l'égard des règles de l'Organisation. Les deux cas particuliers qui ont trait à la protection de l'environnement sont les paragraphes b) et g) de l'article XX, en vertu desquels les États membres sont autorisés à adopter des mesures incompatibles avec les disciplines du GATT dès lorsqu'elles apparaissent nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (§ b)), ou lorsqu'elles se rapportent à la conservation des ressources naturelles épuisables (§ g))¹⁹⁰. On note que, dans même le sens, l'article 2.1 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (ci-après *Accord SPS*) prévoit que « [l]es Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont *nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord »¹⁹¹.

¹⁸⁵ OMC, Déclaration ministérielle de Doha 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, § 6.

¹⁸⁶ V. Tomkiewicz, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC... », *op. cit.*, p. 246.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ V. Guevremont, « L'exception environnementale... », *op. cit.*, pp. 140-141 et p. 146. L'auteur estime que l'absence du terme « environnement » dans le texte ne compromet sa prise en compte dans le cadre de l'OMC. En admettant qu'il existe, cet objectif environnemental est loin d'avoir été consacré dès la création de l'Organisation dans la mesure où le texte de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 – ou « GATT de 1947 », depuis remplacé par l'Accord de 1994 – n'y faisait pas explicitement référence.

¹⁸⁹ V. Tomkiewicz, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC... », *op. cit.*, p. 246

¹⁹⁰ Article XX du GATT : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures : [...] b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales [...] ». On déplore parfois que ces dispositions qui sont les seules à traiter explicitement de la question environnementale soient datées. V. en ce sens V. Guevremont, « L'exception environnementale... », *op. cit.*, p. 145 : « l'exception environnementale du système commercial multilatéral continue d'être représentée par deux dispositions élaborées il y a plus d'un demi-siècle [...] les États ayant été incapables de s'entendre sur une nouvelle exception environnementale digne de ce nom ».

¹⁹¹ Nous soulignons. On retrouve des prescriptions quasi similaires dans l'article 712.1 du chapitre 7 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) : « Chacune des Parties pourra, en conformité avec la présente section, adopter, maintenir ou appliquer toute mesure sanitaire ou phytosanitaire nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, sur son territoire, y compris une mesure plus rigoureuse qu'une norme, directive ou recommandation internationale ».

L'article 5 § 2 l'Accord SPS précise que les gouvernements des États membres doivent déterminer le niveau de protection sanitaire qu'ils considèrent adéquat, sur le fondement d'une évaluation des risques encourus dans les domaines écologique et environnemental. Ainsi, les mesures des États membres, prises sur le fondement de leur droit interne, sont tolérées sous réserve, bien évidemment, que la mesure ne relève pas d'un éco-protectionnisme zélé, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas appliquée de façon à constituer « un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent » et qu'elle ne soit pas « une restriction déguisée au commerce international »¹⁹². Pour qu'une mesure environnementale liée au commerce puisse faire l'objet d'une exception au titre des paragraphes b) et g) de l'article XX, un Membre doit établir un lien entre son objectif déclaré en matière de politique environnementale et la mesure en cause, notamment prouver qu'il n'existait pas de mesure plus appropriée de restriction au commerce¹⁹³.

Il convient justement de souligner que l'application de ces exceptions à l'article XX du GATT a permis au MRD d'interpréter la question environnementale afin de lui donner une substance juridique, essentiellement sous l'angle de la notion de « ressources naturelles épuisables ». On doit ainsi mentionner l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹⁹⁴ dans laquelle l'Organe d'appel s'est appuyé aussi bien sur des conventions environnementales extérieures à l'ordre juridique de l'Organisation (Conventions des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, Convention sur la diversité biologique de 1992, etc.) que sur le préambule de l'acte constitutif de l'OMC pour préciser sa portée juridique¹⁹⁵. Il a reconnu à cette occasion que la notion de « ressources naturelles épuisables » était dotée d'un caractère évolutif et qu'elle devait être interprétée à la lumière de la pratique des États :

« Si nous nous plaçons dans la perspective du préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs". Il convient donc de noter que les conventions et déclarations internationales modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques »¹⁹⁶.

On peut toutefois s'interroger sur la pertinence d'un recours, quelque peu instrumental, à la notion de « ressources naturelles épuisables » pour qualifier l'environnement et les règles, parfois conventionnelles, qui y sont associées. L'environnement semble ici perçu uniquement en ce qu'il a d'économiquement utile pour les États membres, donc appréhendé selon une définition opérationnelle¹⁹⁷ particulièrement anthropocentrique et restrictive – certes, dans la lignée de l'objectif de développement durable. C'est d'autant plus vrai à la lecture de la définition des ressources naturelles fournie par l'OMC dans ses travaux. On peut à ce titre mentionner son Rapport sur le Commerce mondial pour l'année 2010 : « Aux fins du présent Rapport, nous définissons les ressources naturelles comme étant les "stocks de matières présentes dans le milieu naturel qui sont à la fois rares et économiquement utiles pour la production ou la consommation, soit à l'état brut, soit après un minimum de transformation". Il faut

¹⁹² Articles 2.3 et 5.5 de l'Accord SPS.

¹⁹³ V. par ex. l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, 5 avril 2001, WT/DS135/AB/R, §§ 169-175.

¹⁹⁴ Organe d'appel, Affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et certains produits à base de crevettes – Rapport de l'Organe d'appel*, WT/DS58/AB/RW, 12 octobre 1998. Ce différend, mettant en balance questions environnementales et enjeux commerciaux, portait sur la question du caractère discriminatoire d'une loi américaine relative aux importations de crevettes pêchées dans certaines conditions techniques. L'article 609 de la Loi générale n° 101-102 adoptée par les États-Unis (« *Sea Turtle Act* ») entravait l'importation sur le territoire américain des crevettes non pêchées grâce un dispositif permettant d'éviter la prise accidentelle des tortues marines. La procédure a été initiée par l'Inde, la Malaisie, le Pakistan, et la Thaïlande, auxquels se sont joints d'autres parties, notamment les Communautés européennes.

¹⁹⁵ A. Kiss, D. Shelton, *Guide to International Environmental Law*, op. cit., pp. 247-248.

¹⁹⁶ Rapport de l'Organe d'Appel, *États-Unis – Crevettes*, précité, § 130. V. aussi V. Tomkiewicz, « L'interprétation téléologique au sein de l'OMC... », op. cit., pp. 255-256.

¹⁹⁷ G. Nakseu Nguefang, *Principe de précaution et responsabilité internationale...*, op. cit., pp. 257 et 259. Constitue une définition opérationnelle de l'environnement une définition visant à tenir compte des objectifs spécifiques de l'instrument concerné et « élaborée pour remplir une fonction de protection de l'environnement propre au déploiement d'une ou de quelques activités bien définies ».

noter, dans cette définition, le qualificatif "économiquement utile". Par exemple, l'eau de mer est une substance naturelle qui recouvre une grande partie de la surface du globe, *mais dont la valeur intrinsèque ou directe pour la consommation ou la production est limitée*. Les marchandises doivent aussi être rares au sens économique pour être considérées comme des ressources naturelles, sinon on pourrait en consommer autant qu'on veut sans que cela ait un coût pour soi ou pour les autres »¹⁹⁸.

Finalement, l'environnement est effectivement identifié par l'OMC mais de manière indirecte – et incomplète ? – dans la mesure où il est réduit à sa dimension mercantile, à sa capacité à être exploité de manière efficiente, sans que soient prises en compte toutes ses caractéristiques. Par ailleurs, cette définition répond à une conception assez biaisée de l'environnement, assimilé à la notion de « développement durable »¹⁹⁹. Elle fait écho dans le même temps à la conception « écosystémique » large de l'environnement retenue par certains auteurs et institutions en droit international général, en tant qu'il engloberait les caractères objectif et anthropocentrique de la notion.

Il n'y a en fin de compte pas tant de distance que cela entre les définitions fournies par le corpus juridique du droit de l'OMC et celles fournies par les instruments du droit international général, le premier étant irrigué par le second. Comme le souligne d'ailleurs le Pr. Jean-Pierre Beurier, la définition de l'environnement en droit international est souvent rattachée à l'être humain, en tant que le premier constitue le milieu du second, de sorte que la protection de l'environnement est associée à celle des activités humaines²⁰⁰. Il est d'autant plus intéressant de relever que la notion de « ressources naturelles » n'apparaît pas que dans les instruments relevant du droit international économique. Peut être mentionné l'exemple de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972, dont le Principe 2 affirme que « [l]es ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune [...] doivent être préservées *dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin* »²⁰¹.

La différence entre droit international économique et droit international général ne réside alors que dans un recours moins prononcé à l'énumération et dans une prise en compte étroite des autres procédés de définition. L'OMC reconnaît l'existence du droit de l'environnement extérieur à son ordre juridique, par l'évocation de la faune et de la flore et par le recours à la notion de « ressources naturelles épuisables ». Toutefois, elle fait primer la libéralisation des échanges sur la protection de l'environnement, ce qui affecte sa définition institutionnelle de ce dernier. Il n'est d'ailleurs pas rare que les institutions relevant du droit international économique s'abstiennent de dégager une définition de l'environnement, préférant interioriser certains éléments de sa protection dans leur propre ordre juridique, par la création de standards et de mécanismes environnementaux.

B. L'institutionnalisation de la question environnementale : le cas des institutions financières internationales

Les institutions financières internationales ont opté pour l'institutionnalisation, voire même l'internalisation de l'enjeu environnemental grâce à la production de standards internes²⁰² et à la création d'organes associés en leur sein. Ces organes, qualifiés de mécanismes indépendants d'inspection, sont

¹⁹⁸ OMC, Rapport sur le Commerce mondial 2010, p. 46, nous soulignons. Il est précisé par ailleurs qu'est « épuisable » une ressource naturelle qui ne s'accroît pas ou ne se renouvelle pas avec le temps.

¹⁹⁹ E. Tourme-Jouannet, *What is a Fair International Society?...*, op. cit., p. 54.

²⁰⁰ J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, op. cit., pp. 26-27.

²⁰¹ Nous soulignons.

²⁰² L. Boisson De Chazournes, « Policy Guidance and Compliance Issues: The World Bank Operational Standards », in D. Shelton (dir.), *Comittment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford Univ. Press, Oxford/New York, 2000, pp. 281-303.

chargés de vérifier leur bonne application et contribuent *in fine* à établir une qualification « institutionnelle » de l’environnement.

Le mécanisme du Panel d’inspection de la Banque mondiale est emblématique de ce type de procédés. Cet organe de contrôle et de suivi a été créé en 1993 en réaction à la médiatisation du scandale dit de *Narmada*, projet visant à construire un barrage et un canal dans le Nord-Ouest de l’Inde²⁰³. Le but de ce projet, financé par la Banque mondiale dans les années 1980, était de détourner l’eau du fleuve Narmada vers un système d’irrigation permettant d’apporter de l’eau aux zones arides de la région du Gujarat. Toutefois, bien que l’objectif affiché ait été de fournir de l’eau potable à quarante millions d’individus et de développer leurs ressources agricoles, on a rapidement découvert qu’il impliquait le déplacement de plus de 100 000 individus et un impact écologique considérable. Ces données étaient bien supérieures aux estimations initiales de la Banque mondiale, qui avait sous-évalué l’impact environnemental de la construction du barrage. Le projet était donc affecté de plusieurs défaillances²⁰⁴.

Le Panel d’inspection de la Banque mondiale a été créé à la suite de cet échec et de nombreuses critiques des États et de la société civile. Il s’agit d’un organe composé d’experts indépendants, dont la mission est de traiter les requêtes d’individus qui considèrent que le financement d’un projet par la Banque a affecté ou risque d’affecter leurs droits ou intérêts, notamment en matière environnementale. Aux termes de la Résolution établissant le Panel d’inspection de la Banque mondiale, cet organe accueille les requêtes de « tout groupe d’au moins deux personnes du pays où est exécuté le projet financé par la Banque, qui considèrent que, par suite d’une violation des règles et procédures de la Banque, leurs droits et intérêts ont été ou risquent d’être lésés de façon directe et substantielle »²⁰⁵.

Les banques multilatérales de développement, à savoir les banques asiatique, africaine, européenne, interaméricaine de développement, ont créé des mécanismes quasi-similaires en leur sein²⁰⁶. Le postulat de départ est des plus intéressants et semble pouvoir garantir la protection de l’environnement grâce à un mécanisme non juridictionnel dont l’issue peut entraîner la suspension ou l’annulation du financement du projet si l’affectation est avérée. Il faut cependant que le dommage allégué résulte d’actions ou omissions de la Banque considérées comme non-conformes à ses propres standards opérationnels, indépendamment de définitions objectives de l’environnement ou du dommage à l’environnement au sens du droit international.

Ces standards se présentent comme des instruments de quelques pages qui exposent les objectifs de l’institution en la matière, conduisent ses relations avec l’Emprunteur, guident le comportement du personnel des banques, fournissent un cadre global de financement des activités et identifient les obligations générales des États emprunteurs ou entités dont les opérations sont financées ou garanties. Outre les standards opérationnels généraux, ce corpus institutionnel comprend de nombreux standards environnementaux qui se déclinent en sous-standards tels que la préservation de la biodiversité, l’évaluation d’impact ou la gestion durable des ressources naturelles – autrement dit, le développement durable²⁰⁷. Dans la mesure où la plupart des actes constitutifs des banques de développement ne

²⁰³ L. Forget, « Le "Panel d’inspection" de la Banque mondiale », *Annuaire français de droit international*, 1996, pp. 645-661.

²⁰⁴ Ces défaillances portaient sur l’évaluation de l’impact de la construction des infrastructures : collecte insuffisante de données, absence de transparence et de consultation avec les populations concernées. Sur cette affaire, v. T. R. Berger, « The World Bank’s Independent Review of India’s Sardar Sarovar Projects », *American University Journal of International Law and Policy*, 1993, vol. 9, n° 1, pp. 33-48.

²⁰⁵ Section II A), § 4 des Résolutions jointes n° 93-10 IBRD / n° 93-6 IDA.

²⁰⁶ Le « Mécanisme indépendant d’inspection et de consultation » pour la Banque interaméricaine ; le « Mécanisme d’Accountability » pour la Banque asiatique ; le « Mécanisme indépendant d’inspection » pour la Banque africaine ; le « Mécanisme de recours contre les projets » pour la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.

²⁰⁷ V. par ex. Banque Européenne Pour La Reconstruction Et Le Développement, *Environmental and Social policy approved by the EBRD Board of Directors*, mai 2008, p. 2 : « This policy covers the environmental and social dimensions of sustainable development [...] ».

contiennent pas de référence explicite à l’environnement ou au développement durable²⁰⁸, il faut en déduire que le mandat des banques s’est adapté à la prise en compte de nouvelles considérations dans le cadre des activités économiques.

Au niveau de la Banque mondiale, on peut citer le *Manuel Opérationnel* qui contient l’ensemble des politiques et procédures mises en œuvre depuis une vingtaine d’années par le Conseil des Administrateurs pour encadrer les activités de l’institution et assurer la viabilité de ses opérations²⁰⁹. En matière environnementale, on mentionnera les politiques opérationnelles PO 4.01, « Evaluation environnementale » ; PO 4.04, « Habitats naturels » ; PO 4.09, « Lutte antiparasitaire » ou PO 4.36, « Forêts ». Il existe également des politiques ou procédures opérationnelles régionales dont la particularité est de voir leur application limitée à un territoire donné, qu’il s’agisse d’un État ou d’une région. Elles définissent les standards propres aux opérations effectuées dans une zone géographique identifiée, en fonction des priorités et spécificités de développement propres à chacune. Par exemple, la Banque africaine s’est dotée en 2009 de Procédures opérationnelles propres au Fonds forestier du bassin du Congo. Elles affirment leur caractère subsidiaire dans le préambule de l’instrument et, loin d’exclure la pertinence des politiques opérationnelles environnementales générales, elles semblent les prendre en compte de manière accrue²¹⁰.

Il faut souligner que le non-respect de ces standards internes n’est pas constitutif d’une violation de règles du droit international, donc insusceptible d’engager la responsabilité internationale de l’organisation internationale, dans la mesure où lesdits standards ne constituent pas des normes du droit international et ne découlent pas non plus de traités environnementaux. Certes, certains standards font des références plus ou moins explicites aux traités généraux relatifs à la protection de l’environnement²¹¹. Ce faisant, ils n’ont pas vocation à identifier un droit environnemental applicable par les mécanismes mais simplement à guider le personnel de la Banque dans l’appréciation de la conformité du comportement de l’Emprunteur.

Concrètement, et sans entrer dans des détails procéduraux abrupts²¹², les mécanismes d’inspection vont vérifier d’une part que la Banque a procédé à une mise en œuvre adéquate de ses standards opérationnels, d’autre part qu’elle a convenablement supervisé la mise en œuvre par l’Emprunteur de ses propres obligations. L’objectif n’est pas de mettre en lumière le comportement fautif de l’Emprunteur mais d’identifier les défaillances éventuelles du personnel de l’institution. Pour exercer leur contrôle, les mécanismes indépendants d’inspection vont donc répondre à plusieurs questions : la Banque avait-elle connaissance de l’affectation environnementale subie par les populations ou du non-respect par l’Emprunteur du contenu des standards opérationnels ? Était-elle en mesure de proposer à l’Emprunteur des solutions alternatives moins néfastes et l’a-t-elle fait ? *Etc.* Si l’inspection menée par les mécanismes d’inspection permet de constater la défaillance du personnel de la banque, le financement de l’opération pourra être suspendu le temps que cette dernière soit rendue conforme aux standards ou sera purement et simplement annulée²¹³.

²⁰⁸ *V. supra.*

²⁰⁹ Le Manuel opérationnel est disponible en ligne sur le site de la Banque mondiale [<http://go.worldbank.org/DZDZ9038D0>].

²¹⁰ Banque Africaine De Développement, « Fonds forestier du bassin du Congo – Procédures opérationnelles adoptées par le Conseil d’administration », 2009, p. 1 : « [...] les règles et procédures applicables aux opérations de la Banque seront généralement appliquées aux opérations du [Fonds forestier du bassin du Congo], sauf indication contraire indiquée dans les Procédures opérationnelles ».

²¹¹ O. Fauchald, « Hardening the Legal Softness of the World Bank through an Inspection Panel? », *Scandinavian Law Studies*, 2013, vol. 58, pp.101-127. L’auteur cite au niveau de la Banque mondiale la Politique opérationnelle 4.01 « Evaluation environnementale », § 3 : « [Environmental Assessment...] also takes into account the [...] obligations of the country, pertaining to project activities, under relevant international environmental treaties and agreements ».

²¹² Sur les procédures gouvernant le Panel d’inspection, v. I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, Oxford/New York, Oxford Univ. Press, 2nd ed., 2000, 510 p.

²¹³ Banque Mondiale, *Manuel de décaissement*, Chapitre 3 « Opérations de décaissement », p. 14, point 3.12.

La mise en œuvre des standards par les panels participe d’une dynamique de résolution pragmatique du différend, davantage tournée vers la recherche d’une solution susceptible de satisfaire toutes les parties prenantes que vers l’application rigoureuse d’une règle juridique. Plus que le prononcé d’une sanction, on se trouve face à un processus dont l’issue recherchée est la mise en conformité, et dont la procédure est initiée par les populations. L’objectif des mécanismes est clairement d’empêcher la poursuite du comportement fautif du personnel de l’institution et de réduire les risques de réitération, non pas de punir la violation de règles contraignantes en matière environnementale. Loin d’appliquer les normes environnementales situées hors de l’ordre juridique de l’organisation, c’est avant tout une conception institutionnelle de l’environnement qui est mise en œuvre par ses organes.

Face à ces illustrations, on constate que l’environnement se présente résolument comme une notion à géométrie variable que les institutions du droit international économique ont choisi de s’approprier pour l’appréhender selon leurs propres critères et standards. Il s’ensuit que le droit international économique n’est pas, d’un point de vue strictement juridique, complètement réfractaire à la prise en compte des considérations environnementales. Les institutions économiques internationales ont d’ailleurs intérêt à opérer cette prise en compte, bien que les enjeux considérés soient éloignés du dispositif de leurs chartes constitutives et, partant, de leurs mandats respectifs. En effet, les enjeux de développement durable et de préservation de l’environnement font partie d’un ensemble systémique – on pourrait presque le qualifier d’« écosystémique » – auquel ces institutions ne sauraient se soustraire sans que les revendications des populations ne deviennent manifestes – les actions de la société civile en ce sens, sont particulièrement visibles²¹⁴. Toutefois, du point de vue de l’articulation des règles, le maintien des flux commerciaux et la réalisation des impératifs économiques apparaissent prioritaires. Pour ne pas compromettre ces priorités, les institutions et acteurs de la discipline contournent les démarches de définition juridique de l’environnement opérées hors de leur enceinte, s’abstiennent d’intégrer outre mesure ces éléments dans leur ordre juridique et, surtout, excluent, pour l’instant, le développement de mécanismes qui pourraient engager leur responsabilité internationale pour des atteintes environnementales.

En conclusion, dans la mesure où les renvois aux instruments environnementaux internationaux ne sont pas absents mais difficilement assumés, on ne peut s’empêcher de penser que le droit international de l’environnement n’irrigue pas tant le droit international économique qu’il ne s’y infiltre, de sorte qu’un ensemble ténu de règles se crée au sein de cette branche. Le phénomène n’est pas isolé, plusieurs autres branches du droit international développant progressivement en leur sein des règles ou dispositifs environnementaux²¹⁵. Ce phénomène de transposition et d’adaptation fait qu’on assiste peut-être à une sectorisation ou à une spécialisation accrue du droit international de l’environnement, lequel serait désormais décliné en sous-branches, avec le risque toutefois que cela nuise davantage à l’intégrité de la notion environnementale.

²¹⁴ M. Pallemmaerts, M. Moreau, « Le rôle des parties prenantes dans la gouvernance internationale de l’environnement », Rapport IDDRI, novembre 2004, 45 p.

²¹⁵ Par ex., en droit international pénal : v. H. Ascensio, « Les infractions en matière de pollution », in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, *Droit international pénal*, 2^e éd., Pedone, Paris, 2012, pp. 391-399.

LA DÉFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Julien **BETAILLE**,

*Maître de conférences en droit public, Université Toulouse 1 Capitole,
Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC EA 1919)
Associé au Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement,
de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU)*

La question de savoir s'il existe une définition de la notion d'environnement en droit de l'Union européenne est à première vue relativement simple. La réponse est immédiatement négative. Néanmoins, dès lors que l'on peut considérer que l'inaction est, en soi, une action, cette absence de définition peut avoir un certain nombre de conséquences.

Sur le plan de la science du droit, *a minima*, la rigueur méthodologique exige la définition de l'objet, ici l'environnement. La définition est en effet « un outil essentiel de clarification du langage »²¹⁶ utile à toute étude scientifique. Cependant, une première difficulté s'impose d'emblée. Il existe de multiples façons de définir un même objet. Il suffit pour s'en convaincre de s'en remettre à la typologie dressée par le Professeur Véronique Champeil-Desplats dans son ouvrage *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Parallèlement, on sait la difficulté qu'a, de longue date²¹⁷, rencontré la doctrine juridique pour définir l'environnement, « notion caméléon » selon la célèbre expression du Professeur Michel Prieur²¹⁸. A chaque méthode employée pour définir un objet, correspond potentiellement une définition de l'environnement.

En premier lieu, par le biais d'une définition dite « par genre et différence », il s'agit de « situer un mot dans un ensemble d'autres mots avec lesquels il est réputé présenter des caractéristiques communes »²¹⁹. Cette méthode est assez répandue dans les manuels de droit interne de l'environnement. Les Professeurs Michel Prieur et Agathe Van Lang exposent, dans leurs manuels respectifs, en quoi l'environnement peut être distingué de notions voisines telles que celles d'« écologie », envisagée en tant que science, ou encore de « nature »²²⁰.

En deuxième lieu, la définition par la fonction « présente l'avantage d'être moins « figeante » que la définition par genre et différence, en revanche, elle peut présenter l'inconvénient d'en rester à un niveau très général de compréhension, voire de conduire à des définitions quasi-circulaires »²²¹. Or, c'est ce type de définition qui est le plus souvent retenu dans les manuels de droit de l'environnement. Par exemple, pour Michel Prieur, l'environnement est « l'ensemble des facteurs qui influent sur le milieu dans lequel l'homme vit »²²² et selon Agathe Van Lang, il est l'« ensemble des éléments, naturels et culturels, dont

²¹⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2014, p. 297. John Langshaw Austin expose qu'en recherchant des définitions, nous ne « considérons pas seulement les mots... mais aussi les réalités dont nous parlons à l'aide des mots. Nous affinons notre connaissance des mots pour affiner notre perception des phénomènes » (J.L. Austin, *A Plea for Excuses*, cité par H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 1961, (trad. Michel van de Kerchove), Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, p. 33).

²¹⁷ Le Professeur Michel Despax, dès 1980, dressait le constat des difficultés de la doctrine pour définir l'environnement. V. M. Despax, *Droit de l'environnement*, Litec, Paris, 1980, p. XI.

²¹⁸ M. Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016, n° 1.

²¹⁹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 301.

²²⁰ M. Despax relève en outre que « le concept d'environnement est plus large que celui de nature » (M. Despax, *Droit de l'environnement*, Litec, Paris, 1980, p. XII).

²²¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 303.

²²² M. Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Précis, Dalloz, Paris, 2016, n° 1.

l'existence et les interactions constituent le cadre de la vie humaine »²²³. C'est aussi de cette façon que la Cour internationale de justice a pu affirmer, dans un avis consultatif du 8 juillet 1996, que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé »²²⁴.

En troisième lieu, une définition dite « conceptuelle » « cherche à donner sens à un mot par un ou plusieurs concepts, et donc par des mots abstraits, dont la compréhension dépend d'une référence implicite à un cadre théorique, philosophique ou idéologique préalable »²²⁵. En ce qui concerne l'environnement, cela peut donner lieu à des définitions plus ou moins anthropocentrées, selon l'approche philosophique retenue²²⁶.

En dernier lieu, une définition dite « par énumération » « consiste à circonscrire une notion générale par l'énoncé de la liste de ses éléments constitutifs »²²⁷. De ce point de vue, il est en général renvoyé à l'article L. 110-1 du *Code de l'environnement*. Ce dernier énonce ainsi que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». Ce type de définition, pragmatique et descriptif, présente néanmoins le risque de ne pas être exhaustif. La notion d'environnement soulève en effet fréquemment des problèmes de frontière, notamment par rapport aux notions d'environnement urbain, de paysage ou encore de patrimoine culturel.

La difficulté qu'il y a à définir l'environnement est ainsi particulièrement grande, tant les possibilités sont nombreuses. Faut-il pour autant y renoncer ? A l'évidence non. La définition de l'objet est d'abord une exigence qui s'impose à l'égard de toute prétention d'appréhension scientifique du droit. Dans une perspective juridique positiviste, la définition de l'objet est une exigence méthodologique²²⁸. De ce point de vue, la définition doit permettre « l'identification satisfaisante d'un objet donné »²²⁹, l'objectif étant, selon Otto Pfersmann, que « tout utilisateur de la langue française vise le même objet »²³⁰. C'est donc un instrument essentiel de compréhension mutuelle pour une communauté scientifique, indispensable au débat doctrinal.

Si l'on quitte le domaine de la science du droit – dans lequel la définition de l'objet est un impératif méthodologique de premier plan – pour s'intéresser au droit lui-même et à sa description, il est possible de défendre, de façon générale, que l'absence de définition de la notion d'environnement ne pose pas de problème insurmontable, le droit ne procède d'ailleurs pas toujours par définition. En particulier, le droit de l'environnement de l'Union européenne n'a pas nécessairement été pensé, à l'avance, dans son ensemble. Il est comme souvent le produit d'une sédimentation historique. Il s'est agi d'abord de répondre aux problèmes les uns après les autres et le besoin de conceptualiser la notion d'environnement ne s'est pas présenté de façon évidente.

²²³ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 4^e éd., Thémis, PUF, Paris, 2016, p. 21.

²²⁴ CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec., CIJ, 1996, I. p. 241.

²²⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 304.

²²⁶ Par exemple, la conception de M. Despax, comme celle de la plupart des auteurs, est anthropocentrée. Ainsi « l'homme a non seulement eu une influence, souvent gravement perturbatrice, sur le milieu naturel au sein duquel il est venu s'insérer, mais il a été par ses activités diverses l'artisan de son propre environnement, ce dont il est impossible de faire abstraction au moment d'aborder l'étude du droit de l'environnement, en tenant compte tout à la fois du « donné naturel » et du « construit » résultat de l'activité humaine » (M. Despax, *Droit de l'environnement*, Litec, 1980, p. XIV).

²²⁷ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 304.

²²⁸ V. X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, p. 26.

²²⁹ O. Pfersmann, in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2016, n° 71. Pour le Professeur X. Magnon, « une définition doit être en adéquation ou, pour le moins, proche de ce qu'il est possible d'observer objectivement. (...) Pour être compréhensible et efficace, une définition doit correspondre le plus possible à la notion intuitive que nous pouvons avoir de l'objet défini » (X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 26).

²³⁰ O. Pfersmann, in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, Paris, 19^e éd., 2016, n° 71.

Au-delà même de montrer que le droit de l’Union européenne ne contient aucune définition claire de la notion l’environnement (I), il s’agit surtout de mettre en lumière les conséquences que peut avoir cette absence de définition dans le champ du droit de l’Union européenne dans son ensemble (II). Celles-ci sont variables selon les domaines envisagés mais restent, dans l’ensemble, relativement faibles.

I. L’ABSENCE DE DEFINITION DE L’ENVIRONNEMENT EN DROIT DE L’UNION EUROPEENNE

Trois types de définitions juridiques peuvent, avec Véronique Champeil-Desplats, être distinguées : tout d’abord, les définitions « formulées dans les textes juridiques eux-mêmes ; ensuite les définitions prétoriennes, à savoir celles formulées par le juge ; enfin les définitions doctrinales, c’est-à-dire celles élaborées à un niveau métadiscursif »²³¹.

A. L’absence de définition dans les textes juridiques

Le droit primaire de l’Union européenne ne comporte tout d’abord aucune définition de l’environnement²³². Néanmoins, selon Ludwig Krämer, il découle des articles 191 et 192 TFUE que l’environnement, je cite, « *includes human beings, natural resources, land use, town and country planning, waste and water. These categories include practically all areas of the environment, in particular fauna and flora, which are part of the natural resources, and climate* »²³³. De plus, « *the inclusion of issues concerning town and country planning underlines that the environment is not limited to natural elements, but also includes the man-made environment* »²³⁴.

Sur le plan du droit dérivé, la situation est ensuite plus complexe. Si Alexandre Kiss et Dinah Shelton²³⁵ remarquent que l’article 2 de la directive du 27 juin 1967 relative aux substances dangereuses²³⁶ définissait l’environnement comme « l’eau, l’air et la terre d’une part, ainsi que les rapports de ces éléments entre eux, et avec tout organisme vivant », cette disposition a depuis lors été abrogée.

Si l’on passe en revue les textes les plus importants du droit dérivé relatifs à l’environnement, il faut remarquer, en premier lieu, que les directives « Oiseaux » de 1979²³⁷ et relative à la protection de l’environnement par le droit pénal de 2008²³⁸ ne comprennent aucune définition de l’environnement, pas plus que de notions voisines de celle d’environnement.

²³¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 300.

²³² L’article 3.3 du traité sur l’Union européenne dispose seulement que l’Union européenne œuvre notamment pour « un niveau élevé de protection et d’amélioration de la qualité de l’environnement ». Cette disposition est ensuite précisée par l’article 191 TFUE.

²³³ L. Krämer, *EU Environmental Law*, Seventh edition, *Sweet & Maxwell*, Londres, 2011, p. 1.

²³⁴ L. Krämer, *ibid.*, p. 1.

²³⁵ V. A. Kiss et D. Shelton, *Traité de droit européen de l’environnement*, Ed. *Frison-Roche*, Paris, 1995, p. 4.

²³⁶ Directive 67/548/CEE du 27 juin 1967 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l’emballage et l’étiquetage des substances dangereuses.

²³⁷ Directive codifiée par la Directive 2009/147/CE du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages.

²³⁸ Directive n° 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l’environnement par le droit pénal.

En deuxième lieu, certaines directives comprennent en revanche, indirectement, des éléments de définition de l'environnement. Par exemple, les éléments de l'environnement peuvent être déduits de la directive de 1985 sur les études d'impact environnemental²³⁹. Dès lors qu'elle impose d'évaluer les effets d'un projet sur « l'environnement », on peut déduire des obligations d'évaluation prévues à son article 3 que l'environnement comprend nécessairement, pêle-mêle : la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat, le paysage, les biens matériels et le patrimoine culturel²⁴⁰. Cela conduit ainsi à une définition par énumération. Le même raisonnement peut par ailleurs être appliqué avec l'article 5 de la directive de 2001 sur l'évaluation des incidences de certains plans et programmes²⁴¹, lequel impose un « rapport sur les incidences environnementales » dont le contenu est prévu à l'annexe 1 de la directive. La notion d'environnement s'enrichit alors de la santé humaine et du patrimoine architectural et archéologique²⁴².

Le même raisonnement peut en outre être appliqué aux directives de 2003 sur l'accès du public à l'information environnementale²⁴³ et de 2004 sur la responsabilité environnementale²⁴⁴. La première donne une définition de ce qu'est une information « environnementale », laquelle fait notamment référence aux OGM ou aux déchets radioactifs²⁴⁵. La seconde prévoit une définition du « dommage environnemental », laquelle est cependant assez étroite²⁴⁶.

²³⁹ Directive codifiée par la Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

²⁴⁰ L'article 3 prévoit en effet que « l'évaluation des incidences sur l'environnement identifie, décrit et évalue de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier et conformément aux articles 4 à 12, les incidences directes et indirectes d'un projet sur les facteurs suivants: a) l'homme, la faune et la flore; b) le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage; c) les biens matériels et le patrimoine culturel; d) l'interaction entre les facteurs visés aux points a), b) et c) ».

²⁴¹ Directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

²⁴² Le point f. de l'annexe 1 de cette directive prévoit l'obligation d'évaluer « les effets notables probables sur l'environnement, y compris sur des thèmes comme la diversité biologique, la population, la santé humaine, la faune, la flore, les sols, les eaux, l'air, les facteurs climatiques, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris le patrimoine architectural et archéologique, les paysages et les interactions entre ces facteurs ».

²⁴³ Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

²⁴⁴ Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Cela est aussi le cas de la directive 2002/49/CE du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, dont l'article 3 définit le « bruit dans l'environnement » comme « le son extérieur non désiré ou nuisible résultant d'activités humaines ».

²⁴⁵ L'article 2 de cette directive définit l'« information environnementale » comme « toute information disponible sous forme écrite, visuelle, sonore, électronique ou toute autre forme matérielle, concernant : a) l'état des éléments de l'environnement, tels que l'air et l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, les paysages et les sites naturels, y compris les biotopes humides, les zones côtières et marines, la diversité biologique et ses composantes, y compris les organismes génétiquement modifiés, ainsi que l'interaction entre ces éléments ; b) des facteurs, tels que les substances, l'énergie, le bruit, les rayonnements ou les déchets, y compris les déchets radioactifs, les émissions, les déversements et autres rejets dans l'environnement, qui ont ou sont susceptibles d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement visés au point a) ; c) les mesures (y compris les mesures administratives), telles que les politiques, les dispositions législatives, les plans, les programmes, les accords environnementaux et les activités ayant ou susceptibles d'avoir des incidences sur les éléments et les facteurs visés aux points a) et b), ainsi que les mesures ou activités destinées à protéger ces éléments ; d) les rapports sur l'application de la législation environnementale ; e) les analyses coût-avantages et autres analyses et hypothèses économiques utilisées dans le cadre des mesures et activités visées au point c), et f) l'état de la santé humaine, la sécurité, y compris, le cas échéant, la contamination de la chaîne alimentaire, et les conditions de vie des personnes, les sites culturels et les constructions, pour autant qu'ils soient ou puissent être altérés par l'état des éléments de l'environnement visés au point a), ou, par l'intermédiaire de ces éléments, par l'un des facteurs, mesures ou activités visés aux points b) et c) ».

²⁴⁶ L'article 2 de cette directive définit le dommage environnemental comme : « a) les dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, à savoir tout dommage qui affecte gravement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable de tels habitats ou espèces; l'importance des effets de ces dommages s'évalue par rapport à l'état initial, en tenant compte des critères qui figurent à l'annexe I. (...) « b) les dommages affectant les eaux, à savoir tout dommage qui affecte gravement : i) l'Etat écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées, tels qu'ils sont définis dans la directive 2000/60/CE, à l'exception des incidences négatives auxquelles s'applique l'article 4, paragraphe 7, de ladite directive ; ou ii) l'Etat écologique des eaux marines concernées, tel qu'il est défini dans la directive 2008/56/CE, dans la mesure où les aspects particuliers liés à l'Etat écologique du milieu marin ne sont pas déjà couverts par la directive 2000/60/CE ; » c) les dommages affectant les sols, à savoir toute contamination des sols qui engendre un risque d'incidence négative grave sur la santé humaine du fait de l'introduction directe ou indirecte en surface ou dans le sol de substances, préparations, organismes ou micro-organismes ; ».

En dernier lieu, de nombreuses directives procèdent à la définition de termes qui gravitent autour de celui d'environnement, sans pour autant en être synonyme. Cela est le cas, notamment, des notions d'eau, de pollution²⁴⁷, de déchet²⁴⁸, d'OGM²⁴⁹ ou encore d'habitats naturels²⁵⁰.

Enfin, certains textes de *soft law* émis par le Conseil européen ont ébauchés une définition de l'environnement. Le Professeur Ludwig Krämer met ainsi en avant la déclaration du Conseil européen du 26 juin 1990 au terme de laquelle l'« environnement naturel » constitue « le système de maintien de la vie sur notre planète »²⁵¹. En outre, selon cette même déclaration, l'action de la Communauté « doit avoir pour objectif de garantir aux citoyens le droit à un environnement propre et sain, particulièrement en ce qui concerne la qualité de l'air, les rivières, les lacs, les eaux côtières et marines, la qualité des aliments et des eaux potables, la protection contre le bruit, la protection contre la contamination du sol, l'érosion du sol et la désertification, les habitats, la flore et la faune, le paysage et d'autres éléments du patrimoine naturel, l'agrément et la qualité des zones résidentielles »²⁵².

En dehors de cette déclaration, qui ne constitue pas, en tout état de cause, une norme juridique positive, aucun texte de droit de l'Union européenne ne semble donner une définition, directe et générale, de la notion d'environnement. Pour autant, la situation n'est guère plus satisfaisante du côté du juge et de la doctrine.

B. L'absence de définition prétorienne ou doctrinale

À notre connaissance, la Cour de justice de l'Union européenne n'a jamais été conduite à définir directement la notion d'environnement, du moins pas sous la forme d'un *obiter dictum* susceptible d'être considéré comme une définition prétorienne.

La situation sur le plan doctrinal est elle aussi assez décevante. Alors que certains manuels de droit de l'environnement de l'Union européenne ne comprennent tout simplement aucune tentative de définition de l'environnement²⁵³, d'autres se limitent principalement à prendre appui sur les dictionnaires classiques de la langue française ou anglaise²⁵⁴.

En revanche, Ludwig Krämer est probablement l'auteur qui a effectué le plus important effort doctrinal. Ce dernier affirme ainsi que « *the term "environment" is full embracing and includes economic, social and aesthetic aspects, the preservation of natural and archeological heritage, and the man-made as well as the natural environment* »²⁵⁵. Il observe également que, sur un plan géographique, l'environnement ne se

²⁴⁷ La directive n° 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau définit les différents types d'eaux. Mais surtout, elle donne une définition de la « pollution ». Ainsi, une pollution est « l'introduction directe ou indirecte, par suite de l'activité humaine, de substances ou de chaleur dans l'air, l'eau ou le sol, susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité des écosystèmes aquatiques ou des écosystèmes terrestres dépendant directement des écosystèmes aquatiques, qui entraînent des détériorations aux biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou à d'autres utilisations légitimes de ce dernier » (art. 2, 33). Néanmoins, la directive n° 91/676/CEE du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles donne une définition plus restreinte de la pollution, centrée sur « le rejet de composés azotés de sources agricoles dans le milieu aquatique ». La directive 2008/1/CE du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution prévoit en revanche une définition équivalente à celle de directive cadre sur l'eau, de même que la directive 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles.

²⁴⁸ V. la directive 2008/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets.

²⁴⁹ V. la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement.

²⁵⁰ V. la directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

²⁵¹ Conclusions des sessions du Conseil européen (1975-1990), Dublin, 25 et 26 juin 1990, annexe II, p. 385.

²⁵² *Ibid.*, p. 389.

²⁵³ Par exemple P. Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2^e éd., Manuels, Bruylant, Bruxelles, 2011.

²⁵⁴ A. Kiss et D. Shelton, *Traité de droit européen de l'environnement*, Ed. Frison-Roche, Paris, 1995, p. 3.

²⁵⁵ L. Krämer, *EU Environmental Law*, Seventh edition, Sweet & Maxwell, 2011, p. 2.

limite pas au territoire européen. L'Union européenne adopte également des règles environnementales qui ont pour objectif la protection de l'environnement à l'échelle globale²⁵⁶. En guise de conclusion, il considère que « *the definition of "environment" is, as regards its content and its geographical extension, very wide and includes human beings, fauna and flora, soil, water, air, climate, landscape, material assets, and natural heritage. (Par conséquent), Environmental law is the totality of the legal measures which try to prevent, protect and improve parts or all of the environment* »²⁵⁷. On en reste néanmoins à une simple définition par énumération.

In fine, le constat de l'absence de définition de l'environnement en droit de l'Union européenne peut être clairement établi. Si cela ne constitue pas un problème en soi, cette situation a néanmoins des conséquences juridiques en droit de l'Union européenne.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE DÉFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Contrairement à ce que l'on pourrait attendre, les conséquences de l'absence de définition de la notion d'environnement sont faibles en ce qui concerne le droit de l'environnement lui-même (A). En revanche, elles peuvent être plus importantes dans d'autres domaines du droit de l'Union européenne (B).

A. Des conséquences faibles en droit de l'environnement de l'Union européenne

Le droit de l'environnement de l'Union européenne ne fait pas directement appel à la notion d'environnement. L'environnement constitue une catégorie générique permettant de regrouper sous cette bannière un ensemble de textes visant à la protection de l'environnement, mais ces mêmes textes ne font pas de l'environnement une catégorie juridique impliquant des conséquences elles-mêmes juridiques. Par exemple, la notion d'environnement n'est pas utilisée pour définir le champ d'application géographique de règles juridiques. En revanche, les différents textes sectoriels font appel à des notions gravitant autour de celle d'environnement qui, elles, sont définies par les directives et impliquent des conséquences juridiques.

Il reste néanmoins un intérêt, plus doctrinal que juridique, à la définition de la notion d'environnement. Celle-ci permet en effet de borner le champ d'étude du droit de l'environnement de l'Union européenne, à l'instar de la méthode employée par Ludwig Krämer²⁵⁸.

Les conséquences sur un plan strictement juridique sont donc faibles. Néanmoins, dès lors que l'on s'intéresse aux autres domaines du droit matériel de l'Union européenne, la situation prend un tour différent.

B. Des conséquences potentielles pour l'application du principe d'intégration en droit de l'Union européenne

L'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énonce que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ». Un principe dit

²⁵⁶ L. Krämer, *ibid.*, p. 3.

²⁵⁷ L. Krämer, *ibid.*, pp. 3-4.

²⁵⁸ L. Krämer, *EU Environmental Law*, *op. cit.*

d'intégration est ainsi clairement énoncé. La Cour de justice a par ailleurs eu l'occasion d'affirmer que la protection de l'environnement est un objectif « transversal et fondamental »²⁵⁹. En application de ce principe, le droit économique de l'Union européenne est appelé, sous diverses formes, à prendre en compte la protection de l'environnement. Dès lors, la notion d'environnement est susceptible d'être sollicitée au stade de l'application des règles du droit économique.

En premier lieu, l'article 67, paragraphe 2, de la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics prévoit la possibilité de tenir compte des critères dits « environnementaux » afin de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse²⁶⁰. La question de savoir si tel ou tel critère constitue un critère ayant un objectif environnemental est ainsi susceptible de se poser. Par exemple, dans une décision du 17 septembre 2002, sous l'empire des anciennes directives relatives aux marchés publics, la Cour de justice a eu l'occasion de juger que des « critères ayant trait au niveau des émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore des autobus » sont des critères environnementaux²⁶¹.

En second lieu, les articles 34 et 35 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoient, en application du principe de libre circulation des marchandises, l'interdiction des restrictions quantitatives. Sont ainsi prohibées les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (MEERC), lesquelles sont définies par la Cour comme « toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire »²⁶².

Néanmoins, cette interdiction est accompagnée de plusieurs dérogations. Les unes sont prévues à l'article 36 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁶³. Les autres résultent de la jurisprudence de la Cour de justice, laquelle a considéré, dès 1979, que des exigences impératives d'intérêt général pouvaient justifier certaines MEERC²⁶⁴. Or, c'est de façon tout à fait prétorienne que la Cour fait figurer, parmi ces exigences, la protection de l'environnement, notamment depuis la célèbre décision de 1985 Association de défense des brûleurs d'huiles usagées²⁶⁵. Louis Dubouis et Claude Blumann considèrent à cet égard que l'environnement constitue « la plus emblématique des exigences impératives d'intérêt général »²⁶⁶, notamment parce qu'elle était absente du droit primaire.

Il résulte de cette situation que la Cour est amenée, au fil de sa jurisprudence, à examiner si telle ou telle mesure poursuit un objectif de protection de l'environnement. Pour autant, comme en matière de marchés publics, la Cour n'a pas défini ce qu'il fallait entendre par environnement. La démarche est purement casuistique.

²⁵⁹ CJCE, 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/05.

²⁶⁰ Ainsi, « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné » (article 67.2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics). La même disposition est prévue à l'article 82, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

²⁶¹ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, C-513/99.

²⁶² CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, rec., p. 837.

²⁶³ Article 36 TFUE : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

²⁶⁴ Affaire des *Cassis de Dijon* : CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, rec., p. 649.

²⁶⁵ V. CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, aff. 240/83, rec., p. 531 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-463/01 et *Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz*, C-309/02 ; CJCE, 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, rec. I-9871 ; CJUE, 15 avril 2010, *Lars Sandström*, C-433/05.

²⁶⁶ L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 7^e éd., Montchrestien, 2015, p. 376.

C'est ainsi que des règles européennes sur les déchets²⁶⁷, l'interdiction pour les poids lourds de circuler sur un tronçon d'autoroute²⁶⁸, un système de consignation et de reprise individuelle d'emballages²⁶⁹, l'interdiction de l'utilisation de véhicules nautiques à moteur, en dehors des couloirs désignés²⁷⁰ ou encore une mesure de limitation des émissions sonores des aéronefs²⁷¹, ont été considérés comme relevant de la protection de l'environnement.

Par conséquent, contrairement à ce qui a lieu en droit de l'environnement, une définition de la notion d'environnement, et donc aussi son absence, est susceptible d'avoir des conséquences juridiques en droit économique de l'Union européenne. Faute de définition, c'est le juge qui décide, au cas par cas, si tel ou tel élément relève de la notion d'environnement.

En guise de conclusion, cette situation interroge justement la place de l'interprétation du juge relativement à la définition de la notion d'environnement. L'absence, ou au contraire, la présence d'une définition textuelle relève de perspectives différentes. L'absence de définition peut d'abord « provenir d'une volonté délibérée de laisser aux destinataires des textes et autorités qui les mettront en œuvre une marge d'appréciation en fonction des contextes nationaux ou locaux d'application »²⁷². Comme l'explique Charles Eisenmann, en l'absence de définition dans les textes, « c'est le juge qui (...) fixe lui-même le contenu de la règle qu'il va appliquer : c'est lui qui pose et applique les définitions, c'est lui qui confère aux mots leur sens, aux concepts leur définition »²⁷³. Au contraire, la présence de définitions dans les textes a une finalité prescriptive²⁷⁴, il s'agit de « déterminer comment les mots doivent être compris et utilisés »²⁷⁵. L'objectif de telles définitions est également de réduire le pouvoir d'interprétation du juge.

Ainsi, selon les cas, le pouvoir de décision se déplace du « pouvoir législatif » au « pouvoir judiciaire ». Cela a évidemment d'importantes conséquences démocratiques, notamment en termes de séparation des pouvoirs. Alors que la fonction du juge est exclusivement de trancher le litige qui lui est soumis, celui-ci peut se trouver en position de définir des notions qui peuvent avoir d'importantes conséquences juridiques.

Par conséquent, sur un plan strictement démocratique, il est possible de déplorer que le « législateur » européen n'ait pas pris le soin de définir la notion d'environnement, tout comme l'on peut, dans un autre sens, se réjouir que le juge n'ait pas procédé à une telle définition.

²⁶⁷ CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, aff. 240/83, rec., p. 531.

²⁶⁸ CJCE, 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, rec. I-9871 : « En l'espèce, il est constant que le règlement litigieux a été adopté dans le but de garantir la qualité de l'air ambiant dans la zone concernée et est donc justifié par des motifs liés à la protection de l'environnement » (§ 71).

²⁶⁹ CJCE, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-463/01 et *Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz*, C-309/02.

²⁷⁰ CJUE, 15 avril 2010, *Lars Sandström*, C-433/05.

²⁷¹ CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon*, C-389/96, Rec. p. I-4473.

²⁷² V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 311.

²⁷³ C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1966, p. 27.

²⁷⁴ Selon G. Cornu, « en elle-même, la définition légale est une règle de droit ; elle constitue une norme juridique, un énoncé de droit positif » (G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés au doyen Jean Vincent*, Dalloz, 1981, n° 21). « L'article de définition établit une proposition de base qui commande nécessairement l'application des autres dispositions relatives à ce qui est défini ». Les définitions terminologiques ont ainsi « une valeur pré-interprétative » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, p. 297).

²⁷⁵ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 299.

L'ENVIRONNEMENT SPATIAL

Laurence **RAVILLON** †

Professeuse de droit privé, Université de Bourgogne

Doyen de la Faculté de droit et de science politique de Dijon

Directrice du CREDIMI (Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, UMR 6295)

Depuis le début de la conquête spatiale, l'envoi d'engins dans l'espace a provoqué la production de débris (satellites en fin de vie, étages supérieurs de lanceurs, boulons...), qui sont estimés, sur les lancements effectués depuis 1957, à 13 000 (pour les objets supérieurs à 10 cm), 200 000 (pour les objets entre 1 et 10 cm) et 35 000 000 (pour les objets entre 0,1 et 1 cm)²⁷⁶ et bien plus pour les débris plus petits²⁷⁷, sans compter plus de 200 étages supérieurs de fusées en orbite, dont la durée de vie est supérieure à 20 ans.

Dans un article relatif aux enjeux d'un développement durable des activités spatiales, M. Brachet illustre l'encombrement de l'espace par quelques chiffres parlants²⁷⁸ : 4 841 lancements de 1957 à 2011 ; environ 1 300 satellites opérationnels (dont 414 en orbite géostationnaire) ; 240 explosions ou dislocations en orbite ; plus de 1 600 objets suivis et catalogués par le SSN (*Space Surveillance Network*) américain (21,5% de satellites, 12% d'étages supérieurs de lanceurs, 8% d'objets divers, 58,5% de fragments).

Certes, l'espace est vaste, mais le nombre de plus en plus important d'objets et de débris justifie une prise de conscience de la croissance de l'occurrence des collisions et la mise en place de mesures destinées à préserver l'avenir des activités spatiales, d'autant que ces débris ont une durée de vie qui oscille entre six mois (pour la Station spatiale internationale à 400 km), 200 ans (à 800 km), voire des millions d'années (en orbite géostationnaire). Les problèmes sont susceptibles de s'accroître avec l'envoi de cubesats. La NASA a d'ailleurs fait des projections aux croissances exponentielles.

L'arrêté du 31 mai 2011 relatif à la réglementation technique en application du décret n° 2009-643 du 9 juin 2009 relatif à l'application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales²⁷⁹ définit ainsi le débris spatial : « tout objet spatial non fonctionnel, d'origine humaine, y compris des fragments et des éléments de celui-ci, en orbite terrestre ou rentrant dans l'atmosphère terrestre »²⁸⁰. Cela vise donc l'ensemble des objets artificiels non-fonctionnels d'origine humaine (charges utiles non-opérationnelles c'est-à-dire en fin de vie utile ou ayant cessé de fonctionner de manière prématurée ; étages supérieurs de fusées ; débris liés à la mission : ressorts provenant de l'éjection de la charge utile, caches obturant les lentilles optiques ; débris causés par des explosions...) ainsi que leurs fragments et éléments, en orbite terrestre ou réentrant dans l'atmosphère terrestre, sans compter les objets perdus par les astronautes pendant les sorties extravéhiculaires (outil, couverture d'isolation...).

²⁷⁶ Estimations du CNES. Cette publication a été actualisée pour la dernière fois mi-2016.

²⁷⁷ 170 millions selon l'ESA, *Cleaning Space*, 2013.

²⁷⁸ « Les enjeux d'un développement durable des activités spatiales », *Revue de géoéconomie*, 2012/2, n° 61, p. 96.

²⁷⁹ *JORF*, n° 0126, 31 mai 2011, p. 9415.

²⁸⁰ Article 1.

Les risques engendrés par ces débris peuvent se manifester :

- en orbite. Ce sont par exemple des risques de collisions²⁸¹, d'explosions, de détachement d'écailles, ou de perforations d'équipements. Ils sont alors accrus par la vitesse orbitale des débris, même minuscules. Ces dernières années ont été marquées par des accidents²⁸² ou par des destructions volontaires²⁸³. Dans ces deux cas, on remarque l'auto-alimentation des débris spatiaux ;
- ou au sol en cas de retombée sur terre. Dans ce cas, les rentrées sont guidées mais il arrive que certaines ne soient pas contrôlées²⁸⁴. Le risque au sol est relatif dès lors que 70% de la surface de la Terre est composée d'océans, et plus faible que celui lié à la rentrée de météorites, mais par le passé, certains objets ne se sont pas complètement consumés lors de leur rentrée²⁸⁵.

Un certain nombre de mesures techniques (II) s'accompagnent d'une réflexion plus globale menée dans un cadre national et international (I), les débris spatiaux étant susceptibles de poser des problèmes d'interférences, et de causer des dommages aux biens et aux personnes en orbite et au sol, ainsi que des dommages à l'environnement, avec les conséquences économiques qui y sont attachées.

I. L'ENCADREMENT JURIDIQUE ETATIQUE

Le caractère ambivalent du satellite est marqué. En effet, il est utilisé pour assurer la surveillance du respect d'obligations environnementales (au sol), contribuant alors au développement durable, en observant par exemple la déforestation, et à la gestion des catastrophes majeures sur Terre. Cette gestion intervient notamment dans le cadre de la Charte Espace et catastrophes majeures²⁸⁶. Toutefois, dans le même temps, le satellite peut menacer l'environnement terrestre – chaque lancement ayant des répercussions sur l'environnement terrestre – et spatial – en raison du développement des débris spatiaux et des déchets sur les corps célestes.

²⁸¹ Anon, « Accidental Collisions of Cataloged Satellites Identified », *The Orbital Debris Quarterly News*, Avril 2005, p. 1, [<http://www.orbitaldebris.jsc.nasa.gov>] – L.J. Smith, « Collisions in Space : Perspective on the Law Applicable to Damage arising from Space Objects », *Proceedings IISL*, 2013, pp. 230-242.

²⁸² En 1996, le satellite militaire français Cerise est entré en collision avec un fragment de l'étage supérieur d'Ariane lancé 10 ans plus tôt ; en février 2009, un satellite américain Iridium et un satellite russe hors service (Cosmos 2251) sont entrés en collision (M. Meija-Keiser, « Collision Course 2009 : Iridium-Cosmos », *Proceedings IISL*, 2009, pp. 274-284), entraînant la destruction des deux satellites et générant 1000 à 2000 débris. En avril 2013, c'est un satellite de l'agence spatiale équatorienne qui a heurté les débris d'une fusée russe. – S. Aoki, « The Standard of Due Diligence in Operating a Space Object », *Proceedings IISL*, 2013, pp. 392-405. – A. Kerrest, « Actualités du droit de l'espace : la responsabilité des Etats du fait de la destruction de satellites dans l'espace », *AFDI*, 2009, pp. 615-626.

²⁸³ En janvier 2007, un satellite de météorologie en fin de vie a été détruit par un missile balistique chinois, générant plus de 3000 fragments, Anon, « Chinese Anti-Satellite Test Creates Most Severe Orbital Debris Cloud in History », *The Orbital Debris Quarterly*, Avril 2007, p. 2, [<http://www.orbitaldebris.jsc.nasa.gov>] – « Fengyun-C Debris Cloud Remains Hazardous », *Orbital Debris Quarterly News*, vol. 18, n° 1, January 2014, pp. 2-3. – M. Brachet remarque que cette destruction « a surpris le monde entier, d'autant qu'au même moment la Chine appuyait sans réserve les efforts internationaux aux Nations Unies pour limiter la création de débris spatiaux ! Certes, la démonstration des capacités balistiques chinoises était faite, mais la Chine a surtout réussi ce jour-là une belle démonstration d'irresponsabilité et de manque de transparence », « La sécurité des activités spatiales », 2010, p. 8, [http://www.cesa.air.defense.gouv.fr/article.php3?id_article=601]. En 2008, les américains ont détruit un de leur satellite de reconnaissance, afin d'étudier la dispersion des fragments : les débris se sont consumés dans l'atmosphère. En août 2014, la Chine a de nouveau été accusée par les Etats-Unis d'avoir lancé un missile anti-satellite.

²⁸⁴ Ex. : en 2012, rentrée non contrôlée dans l'océan indien en janvier, dans le Pacifique en juillet, et pour un étage d'Ariane 4 lancé en 1997, dont un morceau de 42 kg, identifié donc suivi, est retombé au Brésil. En avril 2014, c'est en République démocratique du Congo que le 3^e étage du lanceur Ariane 4 lancé en 1999 est retombé.

²⁸⁵ V. le site *CORDS (Center for Orbital and Reentry Debris Studies)*, donnant des exemples d'objets retombés sur terre : un réservoir d'hélium haute pression d'Ariane V lancé en 1985 tombé en Ouganda en 2002 ; une boule métallique de plusieurs kilos tombée en Namibie en 2011, outre la retombée de débris du satellite russe Cosmos 954, porteur de sources d'énergie nucléaire, sur le sol canadien à la fin des années 1970, provoquant des dommages à l'environnement.

²⁸⁶ [<http://www.disasterchart.org>]. Cette Charte permet le déclenchement de prises de vues satellitaires après un tsunami, une éruption volcanique... afin d'aider à la mise en place des opérations de secours.

A. Au niveau international

Ces préoccupations environnementales ont pendant longtemps été assez largement ignorées par les textes de droit international qui encadrent les activités spatiales, alors même qu'en cas de dommages en orbite et au sol, l'Etat de lancement est susceptible de voir sa responsabilité engagée une fois résolu le problème d'une causalité complexe et alors même que les risques de recours sont réels. Les seules exceptions à ce silence résident dans l'article IX du Traité sur l'espace de 1967, négocié dans un cadre onusien, qui prévoit que les Etats parties au Traité procéderont à l'exploration des corps célestes « de manière à éviter les effets préjudiciables de leur contamination ainsi que les modifications nocives du milieu terrestre résultant de l'introduction de substances extra-terrestres (...) », et dans l'article 7 du Traité sur la Lune, en vertu duquel « [l]orsqu'ils explorent et utilisent la Lune, les Etats parties prennent des mesures pour éviter de perturber l'équilibre existant au milieu en lui faisant subir des transformations nocives, en le contaminant dangereusement par l'apport de matière étrangère ou d'une autre façon. Les Etats parties prennent aussi des mesures pour éviter toute dégradation du milieu terrestre par l'apport de matière extra-terrestre ou d'une autre façon ».

La situation évolue cependant de manière nette en particulier depuis le début des années 2000 et l'adoption de Principes, les *Debris Mitigation Guidelines*²⁸⁷, par l'IADC (*Inter Agency Space Debris Coordination Committee*), un forum intergouvernemental regroupant 11 agences spatiales nationales.

Ces Principes, certes informels et non-contraignants, ont eu une portée considérable. Ils ont d'ailleurs été avalisés par le Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (COPUOS)²⁸⁸, inspirant les textes nationaux.

Les *Space Debris Mitigation Guidelines* du COPUOS 2010 prennent la forme de Lignes directrices :

- Ligne directrice 1 : limiter la production de débris en matière de conception des biens spatiaux
- Ligne directrice 2 : diminuer les débris pendant les phases opérationnelles
- Ligne directrice 3 : limiter la probabilité de collision accidentelle en orbite
- Ligne directrice 4 : éviter la destruction intentionnelle et les autres activités dommageables
- Ligne directrice 5 : minimiser les éventuels accidents post-mission résultant de l'énergie stockée et donc passiver les objets spatiaux après la vidange de leurs réservoirs
- Ligne directrice 6 : limiter la présence de satellites et étages de lanceur en orbite basse après la fin de la mission
- Ligne directrice 7 : limiter les interférences en orbite géostationnaire après la fin de la mission

La notion de viabilité à long terme des activités spatiales, qui émerge depuis quelque temps, fait référence, essentiellement, notamment dans les travaux du COPUOS (*UN COPUOS Working Group on Space Sustainability*), à la protection de l'environnement spatial, obtenue grâce à la limitation de la production de débris spatiaux, débris qui pourraient affecter le développement des activités spatiales, en accroissant les risques de collisions et les risques d'interférences.

Ces mesures portent essentiellement sur la passivation des objets spatiaux après vidange des réservoirs « afin d'éviter tout risque d'explosion engendrant des nouveaux débris ; la désorbitation ou précipitation dans l'atmosphère terrestre des satellites en fin de vie ou laissés sur une orbite où leur durée de vie sera limitée à 25 ans au maximum (à partir de la fin de la mission) (...) ; l'élimination des débris par leur réorbitation sur des orbites “cimetières” (...) ; la construction d'objets spatiaux plus résistants »²⁸⁹.

²⁸⁷ [<http://www.iadc-online.org>].

²⁸⁸ Résolution AGNU n° 62/217 du 8 janvier 2008.

²⁸⁹ P. Delville, « Les débris spatiaux », *RFD aérien et spatial*, 2013, n° 2, p. 128.

La portée juridique faible des instruments adoptés, qui prennent la forme de lignes directrices ou de recommandations, explique parfois certaines décisions insuffisamment énergiques²⁹⁰.

B. Au niveau national

Les textes internationaux même non contraignants ont connu des applications nationales assez nombreuses de sorte que, désormais, le développement de nouvelles activités spatiales est examiné sous l'angle du droit de l'environnement. Ainsi, à propos du développement du tourisme spatial et des vols suborbitaux habités, le *Department of Transportation's Office of Commercial Space Transportation*²⁹¹ a remarqué qu'une large augmentation du nombre de lancements aurait des conséquences sur la température, et a préparé une typologie des changements de climats (*unavoidable adverse impacts*)²⁹². Ce même *Department*, qui réglemente les lancements du secteur privé, accorde les licences des satellites privés et se préoccupe du respect des textes de droit interne relevant du droit de l'environnement. De même, la *Federal Communications Commission* (FCC), quand elle accorde une licence, exige la description des mesures qui seront prises par le titulaire de la licence pour réduire les débris²⁹³. Cela vaut pour les satellites de télécommunications²⁹⁴, et le même type de mesures est mentionné par le *Department of Commerce* et la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA) pour les licences accordées en matière de téléobservation de la terre²⁹⁵. La NASA s'était d'ailleurs doté de textes à ce propos dès le milieu des années 1990²⁹⁶, dont les objectifs étaient, entre autres, de limiter la génération des débris spatiaux associés aux opérations spatiales se déroulant dans des conditions normales, de limiter la probabilité d'impacts avec d'autres objets en orbite, ainsi que les conséquences d'impacts avec les débris orbitaux ou les météorites.

En France, ces préoccupations sont celles du CNES. Elles sont abordées dans certains textes de droit interne, comme la loi française du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales (LOS), qui impose des exigences techniques afin de réduire les risques. Ainsi, la LOS prévoit que « [I]es autorisations délivrées en application de la présente loi, peuvent être assorties de prescriptions édictées dans l'intérêt de la sécurité des personnes et des biens et de la protection de la santé publique et de l'environnement, notamment en vue de limiter les risques liés aux débris spatiaux »²⁹⁷.

L'arrêté du 31 mars 2011 relatif à la réglementation technique en application du décret n° 2009-643 du 9 juin 2009 relatif aux autorisations délivrées en application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales aborde ce problème des débris spatiaux à plusieurs reprises, dans des articles marqués, contrairement aux textes internationaux, par leur précision.

Son article 7 intitulé « Etude des dangers » prévoit ainsi que « [l']opérateur de lancement réalise (...) une étude exposant les dangers que peut présenter l'opération spatiale envisagée (...). L'opérateur de lancement doit à ce titre ... évaluer les effets sur la santé publique et l'environnement dans les cas

²⁹⁰ Concernant le satellite Envisat de l'ESA, v. M. Meija-Kaiser, « ESA's Choice of Futures : Envisat Removal or First Liability Case », *Proceedings IISL*, 2013, pp. 597-609.

²⁹¹ J. Krois, « Onwards and Upwards: Space Tourism's Climate Costs and Solutions », *Columbia Journal of Environmental Law*, 2011, pp. 39-47.

²⁹² U.S. Government – Orbital Debris Mitigation Standard Practices.

²⁹³ Par exemple, SES et Intelsat envoient les satellites en fin de vie à plus de 300 km au-delà de l'orbite géostationnaire.

²⁹⁴ FCC, In the Matter of Mitigation of Orbital Debris, FCC 04-130, June 21, 2004.

²⁹⁵ Department of Commerce, NOAA, Federal Register/ vol. 71, n° 79 /Rules and Regulations, Licensing of Private Land Remote-Sensing Space Systems, Final Rule, April 25, 2006.

²⁹⁶ Ex. : NASA Technical Standard, NASA-STD-8719.14A, Process for Limiting Orbital Debris ; NASA Procedural Requirement : 8715. 6 NASA Requirements for Limiting Orbital Debris. – Handbook for Orbital Debris, NASA-Handbook 8719.14.

²⁹⁷ Article 5.

accidentels. Cette étude doit traiter des événements suivants (...) :

- dommages liés à la retombée d'éléments prévus de se détacher du lanceur ;
- dommages liés à la rentrée contrôlée ou non contrôlée des éléments du lanceur placés sur une orbite terrestre ;
- dommages liés à la défaillance du véhicule de lancement ;
- collision avec les objets spatiaux habités dont les paramètres orbitaux sont connus avec précision et disponibles ;
- dommages liés à l'explosion d'un étage en orbite ;
- collision avec un corps céleste ».

La probabilité des événements redoutés doit être précisée de même que les mesures de réduction de ces risques, dans un plan de maîtrise des risques.

Son article 8, relatif à l'« Etude d'impact », dispose que « [l]'opérateur de lancement réalise (...) l'étude d'impact sur l'environnement de l'opération envisagée », laquelle doit traiter, notamment, de la génération de débris spatiaux dans un contexte de fonctionnement nominal du lanceur.

La fourniture de plans, par l'opérateur de lancement, prolifère, conformément à l'article 9 : plan de prévention des dommages environnementaux ; plan de limitation des débris spatiaux ; plan de prévention des risques induits par la retombée de l'objet spatial ou de ses fragments ; plan de prévention des risques de collision ; le cas échéant plan de sûreté nucléaire, et plan de protection planétaire.

Les articles 21 et suivants, de même que l'article 40, portent sur la limitation des débris spatiaux et sur la prévention des risques de collision.

Il a pu être remarqué que « [c]ette réglementation très technique en matière de limitation des débris spatiaux en orbite est uniquement préventive. Elle fixe un ensemble de prescriptions, sous contrôle du CNES, plus ou moins respectées par les opérateurs. Elle apparaît salubre pour limiter l'impact des débris sur l'environnement spatial, mais elle génère néanmoins une augmentation des coûts pour les opérateurs. Cet arrêté semblerait plus légitime si des dispositifs étaient adoptés à l'échelon international de manière à placer l'ensemble des opérateurs spatiaux à travers le monde sur un pied d'égalité. Il ne faudrait pas que des “guides de bonnes pratiques” pénalisent notre industrie spatiale.... »²⁹⁸.

On perçoit donc une préoccupation commune dans ces textes, mais aussi une dispersion et un éparpillement des règles, qui ne sont pas toujours identiques²⁹⁹ et qui peuvent souffrir, en tout pour les règles internationales, de leur absence d'impérativité³⁰⁰.

²⁹⁸ P. Delville, *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁹ H.R. Hertzfeld, « A Roadmap for a Sustainable Space Law Regime », *Proceedings IISL*, 2013, p. 311 : la FCC exige des opérateurs qu'ils conservent suffisamment de carburant pour envoyer le satellite sur une orbite cimetière, tandis que la NOAA exige que les opérateurs présentent un programme de fin de vie du satellite qui satisfasse le Secrétariat du Commerce.

³⁰⁰ L. Bressack, « Addressing the Problem of Orbital Pollution : Defining a Standard of Care to Hold Polluters Accountable », *The George Washington International Law Review*, 2011, vol. 43, pp. 741-780. – R.P. Merges, G.H. Reynolds, « Rules of the Road for Space ? : Satellite Collisions and the Inadequacy of Current Space Law », *Environmental Law Reporter*, January 2010, vol. 40, n° 1, p. 10009.

II. LA TRADUCTION DE LA PRISE EN CONSIDERATION DE L'ENVIRONNEMENT SPATIAL AU SEIN DE LA FILIERE INDUSTRIELLE SPATIALE

Cette traduction s'opère par le biais de mesures techniques (A), ayant des incidences juridiques³⁰¹ car prises en compte dans les contrats de la filière spatiale (B) :

A. Des mesures techniques...

Certaines mesures sont donc prises en application des textes mentionnés ci-dessus, contraignants ou non :

- en amont, elles prennent la forme d'une protection afin de renforcer le satellite pour qu'il résiste au choc (blindages spécifiques, multi-couches, en kevlar ou nextel, installés autour de l'élément à protéger, efficaces pour les débris inférieurs à 1 cm), d'une conception particulière du satellite, installant les éléments fragiles à l'intérieur du satellite ou sur des faces moins exposées, ou encore d'une réduction du nombre de débris provoqués par les missions. Tout cela a bien sûr un coût. En termes de prévention, on va également éviter de générer de nouveaux débris grâce à la passivation des étages supérieurs et des satellites, c'est-à-dire qu'on va éliminer toute l'énergie stockée³⁰². On va également désorbiter ou ré-orbiter des satellites pour protéger certaines zones (dites zones d'intérêt, essentielles pour les activités spatiales : orbites basses, moyennes, géostationnaire). Par exemple, les satellites en orbite géostationnaire en fin de vie sont envoyés sur une orbite cimetièrre, à plusieurs centaines de kilomètres (le 1^{er} transfert a été effectué en 1977, et plus de 300 satellites ont ainsi été envoyés au-delà de l'orbite géostationnaire) ;
- en aval, suivi, évitement, élimination et information sont les maîtres mots.

Le suivi des débris spatiaux de taille supérieure intervient grâce à des moyens au sol, radars et télescopes, qui permettent de calculer leur trajectoire et d'évaluer les risques de collisions et de rentrée dans l'atmosphère. L'orbitographie permet ce suivi et ces alertes, mais les observations sont parcellaires, et les limites techniques importantes sans compter les satellites militaires et l'indisponibilité de certaines informations.

Les américains, par le biais de l'USSPACECOM (*United States Space Command*³⁰³), assurent ce suivi et mettent à disposition, *via* un site web de la NASA, le catalogue d'objets. Les russes disposent également d'un système de suivi, qui ne fait pas l'objet d'une diffusion. La France, quant à elle, dispose du système militaire GRAVES, radar de détection développé par l'ONERA et mis en œuvre par le Commandement de la défense aérienne et des opérations aériennes, pour suivre des objets en orbite basse. Le 28 février 2013, la Commission européenne a fait une proposition pour la mise en place d'un système européen de surveillance de l'espace et de suivi des objets en orbite (SST), développé dans le cadre de l'Agence spatiale européenne.

Concernant les manœuvres d'évitement, elles sont effectuées en respectant des lignes directrices, par exemple celles de la FCC, laquelle, lorsqu'elle accorde une licence relative à un satellite de télécommunications, exige des opérateurs qu'ils décrivent leur « *post-mission disposal plans* », dont la quantité de fuel réservée pour une telle manœuvre. Des satellites sont ainsi manœuvrés pour éviter une

³⁰¹ M.K. Force, « Legal Implications of Debris Removal », *Proceedings IISI*, 2013, pp. 727-755.

³⁰² On vidange les réservoirs, on baisse la pression des réservoirs, on décharge les batteries...

³⁰³ [<http://fas.org/spp/military/program/nssrm/initiatives/usspace.htm>].

collision avec un débris catalogué, de même que la Station spatiale internationale³⁰⁴. Ces manœuvres supposent qu'on ait encore accès au satellite, ce qui n'est plus le cas si on en perd le contrôle et ce n'est pas le cas pour certains satellites comme les cubesats, qui sont des nanosatellites sans moyens de propulsion.

L'élimination vise des projets plus ou moins avancés, de récupération par un remorqueur spatial ; de destruction des objets par laser (NASA), de désorbitation à l'aide d'un câble magnétique, de harpons, de la mise en place d'un voile de freinage se déployant sur le satellite en fin de vie pour accélérer sa redescente dans l'atmosphère (ESA), ou de la capture des petits débris spatiaux par des boules d'aérogel. L'imagination des scientifiques est au pouvoir. Dans tous les cas, des prouesses techniques s'imposent.

Toutes ces mesures supposent une information, ce qui explique le développement du partage de données, comme le *Space Situational Awareness*³⁰⁵ de l'ESA³⁰⁶. Il convient également de citer l'étude REVUS (*Reducing the Vulnerability of Space Systems*³⁰⁷) de la Commission européenne fondée sur la probabilité de dommages en orbite, l'amélioration de la robustesse du satellite, la modélisation de la population des débris, les essais en laboratoires (avec des canons à projectiles), et l'analyse d'éléments critiques à bord du satellite (réservoirs, tuyaux, câbles électriques pour l'alimentation du satellite, boîtes électroniques).

À ces mesures techniques de prévention et de dépollution s'ajoute une sensibilisation des acteurs, par les assureurs notamment.

B. ...présentes dans les contrats de la filière spatiale

A priori, les contrats industriels de la filière spatiale (contrats de construction, de lancement et d'exploitation de satellites) sont muets quant aux clauses relatives au développement durable et à la viabilité des activités spatiales. Ils comportent en effet de nombreuses clauses relatives à l'attribution et à la gestion des risques, qui sont d'ailleurs le cœur de ces contrats le plus souvent internationaux, mais la notion de protection de l'environnement spatial y est rarement abordée.

Toutefois, il ne faut pas s'arrêter à cette première impression de mise à l'écart de la protection de l'environnement spatial. En effet, ces préoccupations liées à la viabilité à long terme des activités spatiales sont en réalité très présentes au stade contractuel, mais plutôt en amont des contrats commerciaux, de construction, de lancement et d'exploitation, grâce à la mise en place d'un certain nombre de normes en matière environnementale, et à leur mise en œuvre dans les contrats de sous-traitance notamment. Le secteur spatial est très exigeant en termes de qualité des matériaux, afin d'assurer la sécurité et la fiabilité. Tous les fabricants d'équipements, de sous-systèmes, tous les sous-traitants des grands donneurs d'ordre doivent ainsi démontrer la qualité et la performance des pièces et équipements produits, vérifier la conformité de ces pièces et équipements, identifier l'origine d'éventuelles défaillances et proposer des solutions adaptées, s'assurer de la fiabilité et la pérennité des équipements en service.

³⁰⁴ « Large Space Object Population near the International Space Station », *Orbital Debris Quarterly News*, vol. 18, n° 1, January 2014, pp. 1-2 : pendant 15 ans d'exploitation, il a fallu mener 16 manœuvres afin d'éviter les collisions. La population de débris entourant la SSI, susceptibles de provoquer des dommages s'élève à plus de 800.

³⁰⁵ S. Mosteshar, « Space Situational Awareness : Need, Solutions and some Consequences », *ZLW*, 2013, n° 4, pp. 719-727.

³⁰⁶ [http://www.esa.int/Our_Activities/Operations/Space_Situational_Awareness].

³⁰⁷ [<http://www.revus-project.eu>].

Ces préoccupations environnementales sont prises en considération dans un certain nombre de documents tels que ceux émis par les institutions nationales et internationales du secteur spatial, au premier rang desquelles on peut citer le CNES et l'Agence spatiale européenne dans leurs relations avec l'industrie spatiale.

Ainsi, dans un document consacré au développement durable (*Sustainable Development*, 2009-2010 Report), l'ESA insiste sur les contraintes réglementaires et sur le respect, par exemple, du Règlement sur l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et la restriction de substances chimiques (REACH) parfois utilisées pour la fabrication des satellites, ou emportées à bord des satellites.

L'accent est également mis sur le respect de la directive relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses (RoHS) et sur l'importance de la protection de l'environnement sur les sites de lancement, par exemple, sur le site du Centre spatial guyanais (CSG), classé Seveso 2 pour le niveau de risque. La norme ISO 14001 est appliquée sur le site du CSG : cette application fait l'objet d'une clause particulière dans les contrats passés par le CNES/CSG avec les industriels de la base de lancement.

L'Agence spatiale européenne a également émis le souhait d'adopter peu à peu une politique d'achats responsables (*responsible purchasing policy*) en intégrant dans les cahiers des charges (*statement of work*) des clauses prenant en compte la dimension environnementale et/ou sociale.

Concernant le CNES, le Cahier des clauses administratives particulières des marchés prévoit, dans son article XVII (Management pour la maîtrise environnementale des activités déléguées), que :
« Le titulaire prend toutes les mesures utiles lui permettant de maîtriser les éléments susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à garantir la sécurité et la santé des personnes ainsi que la préservation du voisinage.

Outre les dispositions et exigences légales réglementaires visées à l'article 7 du CCAG applicable au marché, le CNES demande au titulaire de prendre les mesures de préservation de l'environnement figurant dans le contrat. Le titulaire s'engage à en respecter les termes.

Sur demande expresse du CNES le titulaire doit être en mesure, en cours d'exécution du marché et pendant toute la période de garantie des prestations livrées et/ou effectuées, d'apporter la preuve que ces prestations satisfont aux exigences environnementales fixées dans le marché (...) ».

Concernant le travail réalisé au sol, un grand nombre de textes imposent le respect de normes qui, pour certaines, sont liées à la viabilité à long terme des activités spatiales. Ces normes sont européennes (EN 9100 : norme européenne en matière d'assurance-qualité dans le secteur aéronautique et spatial) ou internationales (ISO 9001:2008 – système de management de la qualité – ; ISO 24113:2011 – Systèmes spatiaux – Exigences de mitigation des débris spatiaux ; ISO 27875:2010 – Systèmes spatiaux – Gestion du risque de la rentrée pour les étapes orbitales des véhicules spatiaux non habités et des lanceurs spatiaux ; ISO 16158:2013 : Systèmes spatiaux – Evitement des collisions avec les objets en orbite ; ISO 16290:2013 : Systèmes spatiaux – Définition des niveaux de maturité de la technologie (NMT) et de leurs critères d'évaluation).

Les normes ISO concernent les systèmes spatiaux, leur développement et leur mise en œuvre et les systèmes de transfert des informations et données spatiales (sous-comité 14). Elles couvrent le cycle de vie complet d'un projet spatial c'est-à-dire la conception, les essais, la mise en œuvre, le lancement, l'exploitation, le démantèlement, et les aspects liés à l'interopérabilité satellite/système-sol. Cette certification va permettre à certaines entreprises de réaliser des sous-systèmes du système spatial,

faisant de ces dernières des partenaires du donneur d'ordres, partenaires devant respecter les finalités de protection de l'environnement. Elle joue un rôle essentiel pour le management des risques.

Certains organismes ont d'ailleurs pour objectif d'harmoniser la spécification des produits, le développement, l'évaluation, la qualification et la fourniture de composants spatiaux électriques, électroniques, électromécaniques : tel est le cas de l'*European Space Components Coordination* de l'ESA, qui a élaboré une Charte de coordination des composants spatiaux européens³⁰⁸. Le CNES a également établi un référentiel normatif, afin d'établir les spécifications des projets dont le CNES assure la maîtrise d'ouvrage ou la maîtrise d'œuvre. Ce référentiel permet une meilleure maîtrise des risques, la préparation des contrats, la diffusion des meilleures pratiques et la prise en compte des principes de sécurité et de sauvegarde.

Ainsi, les exigences en termes d'assurance-qualité vont par exemple entraîner l'interdiction de l'usage de certains matériaux comme le mercure, les substances radioactives, le zinc et le cadmium. Tout produit non conforme pourra faire l'objet d'un rapport d'incident et éventuellement d'un avis de rejet. Tout changement dans la conception, la fabrication, la formulation par rapport aux propriétés, l'assemblage, l'emballage... doit être signalé. Les notions de propreté, de traçabilité et d'alerte sont également essentielles. On prévoit ainsi parfois que « [I]es risques de pollution chimique ou du fait de particules provenant de pièces, des matériaux ou des procédés utilisés doivent être identifiés et réduits en fonction des exigences d'approvisionnement, le cas échéant ».

Dans les contrats d'assurances, une clause intitulée *Certification* est parfois stipulée. Selon elle :

« *Prior to Attachment of Risk, the Insured shall certify in writing to Insurers that:*

the Spacecraft, Launch Vehicle and all associated equipment used have passed all qualification and acceptance tests, including flight readiness review, and fully meet the requirements of the Contract or a written waiver has been issued and a summary of such waiver has been provided to Insurers;

(...)

any anomaly(ies)/failure(s) or deviation(s) in performance identified or reported have been fully investigated by the Insured and/or Launch Vehicle Sub-Contractor in accordance with the applicable quality procedures (...) »³⁰⁹.

De même, des efforts sont entrepris pour que l'objet soit construit afin de générer le moins de fragments possible pendant sa rentrée. Tel est le cas des lanceurs. Le contrat peut permettre le développement des études d'impact sur l'environnement et de manière générale le développement de l'éco-conception.

La protection de l'environnement prend parfois la forme de clauses des contrats, imposées par le client, prévoyant le respect par le fabricant de satellites des lois nationales sur l'environnement s'imposant à leurs clients : réduction des gaz à effet de serre, recyclage, etc.

Les contrats d'exploitation de satellites prévoient, quant à eux, des clauses dites de *Retirement of Satellite*. On peut en outre lire, dans certains contrats, que « *Safety, reliability and Quality assurance includes the integration of all Safety and Mission Assurance Activities (safety, reliability, maintainability, and quality) into mission operations to ensure the mitigation of risk* », et que « *The contractor shall protect the environment by ensuring that all work performed and equipment used on-site (...) to fulfill the requirements of this contract are in compliance with all Federal, State, and Local regulations and public laws, and the following NASA JSC directives (...). The Contractor shall provide data on affirmative*

³⁰⁸ [<https://spacecomponents.org/specification/docprocedures>].

³⁰⁹ C. Wells, « Les spécificités des contrats d'assurances d'objets spatiaux », in *Gestion et partage des risques dans les projets spatiaux*, sous la dir. de L. Ravillon, Paris, Pedone, 2008, p. 64.

procurement, waste reduction activity, energy efficient product procurement, and ozone depleting substances (...) ».

Sur tous ces points, les industriels ont accès à un Guide de bonnes pratiques de construction et de suivi des opérations (donc de l'exploitation), qui n'est pas public.

Certains contrats ont également pour objet même la protection de l'environnement spatial : on peut ainsi mentionner les *Space Debris Tracking Contracts*³¹⁰.

CONCLUSION

C'est au stade de la conception des engins spatiaux, de la sécurité par la conception, que la durabilité des activités spatiales est surtout envisagée contractuellement. On vise alors plus l'environnement des activités spatiales au sol. Concernant l'environnement orbital, sa mention fait son apparition, dans les *terms and conditions* de certains fabricants de satellites, ou dans certaines annexes techniques, qui font référence à l'obligation pour le fabricant de se conformer aux règles élaborées par l'*Inter-Agency Debris Coordination Committee*. Le respect des bonnes pratiques élaborées par l'IADC est donc stipulé dans les contrats, faute de texte international traitant directement ou indirectement des débris spatiaux et de l'environnement spatial.

L'environnement spatial est hostile et dangereux. L'homme qui veut y développer des activités doit dans le même temps s'en protéger et le protéger.

³¹⁰ V. par exemple un contrat signé avec l'*US Air Force*.

L'Étude

Ethique, conformité et gouvernance. Les nouveaux enjeux et défis des entreprises au Maroc

Hassan **ASSAKTI**,

Professeur à l'Université Ibn Zohr Agadir

Kamal **LAGTATI**,

Professeur à l'Université Ibn Zohr Agadir

Dans un monde qui a sacrifié certaines valeurs fondamentales sur l'autel du profit, de l'argent et de la puissance économique, la responsabilité morale des entreprises, constitue plus que jamais un devoir. La question de l'éthique³¹¹ des affaires est revenue au premier plan remettant à l'ordre du jour les questions du respect de l'environnement, du respect des droits de l'homme et de l'encouragement de la transparence.

Ce regain d'intérêt pour l'éthique a été causé aussi par les crises répétitives qu'a connu le monde économique. Suite aux dégâts dont la raison était principalement l'absence de morale³¹² dans les affaires (dérégulation des marchés, multiplication des scandales financiers, écologiques et sociaux) le monde a donc pris conscience de la nécessité de s'autoréguler, de moraliser le capitalisme et le rendre plus éthique. Cette prise de conscience de l'importance des questions éthiques s'est accentuée et s'est faite plus sentir après la crise sévère de l'année 2008. Cette crise a d'abord été qualifiée de crise de facilité et d'irresponsabilité avant d'être ensuite qualifiée de crise de l'impatience. Il ne fait aucun doute qu'une économie saine nécessite de la patience, des risques calculés et une vision à long terme.

L'égoïsme et le manque d'honnêteté, selon l'expression du prix Nobel de l'économie Friedrich Hayek, ont conduit à une décadence dans le milieu d'affaires. Un appât du gain, une spéculation déconnectée de la réalité, une indifférence à autrui, une rémunération injustifiée de dirigeants, une corruption banalisée et même justifiée. Tous ces éléments reflètent l'absence de repères éthiques et moraux dans l'économie à la fois financière et réelle.

³¹¹ Le mot éthique vient étymologiquement du grec «*ethiqué*» qui signifie mœurs. Son sens est donc identique à celui de « morale » qui provient du latin «*mores*» signifiant également mœurs. Mais, à l'usage, le sens du terme a évolué. Les dictionnaires Larousse et Robert adoptent une acception commune de l'éthique qu'ils définissent comme « la science de la morale », c'est à dire les principes et la logique par lesquels se forment les systèmes d'interdits et les jugements de valeur concernant le bien ou le mal.

³¹² Malgré le lien qui existe entre éthique et morale une distinction doit être faite entre les deux notions : si l'éthique est interrogation, la morale est prescription. La morale commande, l'éthique recommande. Guidée par les croyances et les convictions, la morale peut contenir un potentiel de conflit entre des acteurs aux profils culturels différenciés, voire antagonistes, et oriente les choix entre le bien et le mal. Par contre l'éthique prône, à partir de valeurs notoires, une quête de la meilleure conduite à adopter dans un contexte particulier. Ce faisant, elle questionne les raisons dernières de nos tendances morales, leur origine et leurs fondements, tout en véhiculant de nouvelles valeurs, V. en ce sens Métayer, 2002.

L'ensemble des spécialistes et les acteurs du monde économique sont aujourd'hui unanimes sur le fait qu'il faut réagir afin de donner plus de morale au capitalisme. Toutefois, les démarches actuelles de moralisation du marché capitaliste, ne sont malheureusement pas à la hauteur de l'enjeu. Aucune démarche éthique ne peut avoir lieu sans une démarche claire de l'homme pour la fonder. Ceci implique des réformes de structures et une prise de conscience conduisant à une conversion des comportements. Pour reprendre l'expression d'un économiste « On doit assister à une éthique de conviction : l'adoption d'un comportement éthique doit être volontaire et non imposée ». Les discours sur l'éthique ne doivent pas se contenter d'être un refrain creux ni un discours musclé, mais doivent représenter un outil d'analyse et de transformation du monde.

L'un des domaines qui a été le plus visé par les discours éthiques ces dernières années est certainement le domaine des finances. Les crises répétitives récentes ont montré que seule une finance fondée sur des principes moraux était plus forte et plus durable. Les faits ont révélé qu'un contrôle n'était pas suffisant. Il faut que tous les acteurs, quels qu'ils soient, agissent non seulement en respectant la loi, mais en écoutant ce que dit leur conscience. Une conscience qui doit être nourrie par des valeurs et une morale. Face à cette finance conventionnelle qui a montré ses limites, se sont développées d'autres types de finances plus respectueuses de droits humains et de principes moraux. C'est le cas de la finance éthique (constituée par l'investissement socialement responsable, la finance solidaire et la micro finance) et de la finance islamique³¹³. Née dans les années 1960 la finance islamique a connu ces dernières années un essor remarquable³¹⁴. Un certain nombre de pays qui étaient, jusqu'à une époque récente, très réticents à l'accueil de ce type de finance se sont récemment mobilisés pour l'intégrer dans leur système financier. C'est le cas du Maroc qui a adopté tout un arsenal juridique³¹⁵ afin de permettre à la finance islamique de se développer et de cohabiter avec un système bancaire traditionnel déjà en place.

Justifiée au nom des valeurs de l'entreprise, la préoccupation éthique ne se limite pas uniquement au monde de la finance mais s'étend également à tous les aspects de l'activité de l'entreprise quel que soit son objet et le secteur dans lequel elle opère. C'est ainsi que dans le cadre de ses relations avec l'ensemble de ses parties prenantes aussi bien internes (associés, salariés) qu'externes (clients, fournisseurs, citoyens, associations fournisseurs, citoyens, associations, Etat, concurrents, partenaires...) de nombreux agissements et comportements sont remis en question pour tendre vers une finalité éthique marquée par la confiance, la coopération, la solidarité et le respect mutuel.

Un autre secteur non moins important et qui est concerné directement par les problématiques éthiques est le secteur numérique. En effet, l'éthique évolue aussi du fait de la naissance de nouvelles technologies et du développement de nouveaux moyens de communication. La diffusion d'internet soulève un certain nombre de questions éthiques relatives à des thèmes comme la protection de la vie privée, la sécurité et la confidentialité des informations, les droits d'auteur et la loi sur la propriété intellectuelle, les sites incitant à la haine, la diffusion de rumeurs et la diffamation sous couvert d'informations, et bien d'autres encore.

³¹³ Les percepts de l'Islam rejoignent largement les thématiques d'éthique, de développement durable et de responsabilité sociale. D'après le grand penseur Al-Ghazali « la loi islamique vise à promouvoir le bien-être de tous les hommes, bien être qui repose sur la sauvegarde de leur foi, de leur être, de leur intellect, de leur postérité et de leur richesse ».

³¹⁴ G. Parleani, "Regards pragmatiques sur la finance islamique", *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2012, dossier 12. V. aussi N. Mathey, "La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire", *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2012, dossier 13 ; W. Ben Hamida, "La finance islamique, l'autre finance", *Journal de droit international*, n° 1, janvier 2010, biblio 4.

³¹⁵ Loi n° 103-12 du 5 mars 2015 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés ; Loi n° 119-12 du 13 mars 2013 modifiant et complétant la loi n° 33-06 relative à la titrisation des créances ; Loi n° 05-14 du 22 août 2014 relative à la titrisation des actifs.

Pour veiller au respect des questions éthiques au sein de l'entreprise, mais aussi de manière générale, le droit ne pouvait pas rester à l'écart. Ainsi, le droit des affaires prend en compte l'éthique par l'intermédiaire de la notion d'abus. Il y a abus de droit chaque fois que l'exercice d'un droit subjectif reconnu, que l'accomplissement d'une prérogative inhérente à ce droit, que l'acte découlant de ce droit, que l'usage que le titulaire en fait ou que la conduite manifestée dans l'exercice de ce droit présente un caractère malveillant, excessif ou abusif.

C'est ainsi qu'en droit de la concurrence est sanctionné l'abus de position dominante. En droit de la consommation une clause sera réputée abusive si elle crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. En droit des sociétés, les abus de majorité, de minorité ou les abus de biens sociaux sont sanctionnés. En droit des contrats la notion d'abus permettra de sanctionner un usage abusif d'un droit (rupture abusive de pourparlers, rupture de CDI...etc.).

En matière contractuelle, l'éthique renferme l'ensemble des devoirs ou « obligations » auxquels sont tenues les parties. En droit civil marocain les règles d'éthique dans une relation contractuelle relèvent essentiellement des préceptes religieux issus de l'islam³¹⁶. Toutefois il ne s'agit pas de la seule source. L'éthique trouve son fondement également dans les normes du droit naturel³¹⁷ et dans d'autres religions comme le christianisme³¹⁸.

L'éthique va jouer un rôle face à un contrat qui est fondé sur un mécanisme destiné à satisfaire l'intérêt de chacun. En effet, la recherche d'une telle satisfaction peut aller jusqu'à nier l'autre partie au contrat. L'éthique exprimée par certains comportements tels que la loyauté, la bonne foi, la patience et la solidarité, va limiter cette logique égoïste du contrat³¹⁹. Ainsi et pour reprendre l'expression du Doyen Ripert « la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif »³²⁰. En droit marocain, la bonne foi est prévue par les articles 230 et 231 du Droit des Obligations et contrats (DOC). C'est une notion d'inspiration morale³²¹, dont on a établi qu'elle se fondait sur l'idée d'altruisme³²².

Toutefois l'éthique ne vise nullement de supprimer le déséquilibre des prestations réciproques car cela constitue l'essence même du contrat. En effet, l'objectif n'étant pas d'éradiquer l'inégalité mais de l'organiser de telle manière à éviter les excès et que la relation contractuelle ne soit pas vécue comme une injustice par la partie faible au contrat³²³. L'inégalité qui n'est pas interdite (légitimée car génératrice

³¹⁶ Versets coraniques et hadiths du prophète : Le premier verset de la *sourate al maïdah* avance la règle impérative suivante : “Ô les croyants! Remplissez fidèlement vos engagements”. D'autres versets (*Sourate* 61 versets 2-3) du coran viennent confirmer la même règle : “Ô vous qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une grande abomination pour Allah que de dire ce que vous ne faites ». L'islam assortit même la violation des engagements par des sanctions très sévères (*Sourate* 17 verset 34). Certains *hadiths* du prophète viennent confirmer la nécessité du respect des engagements pris (« Les signes distinctifs de l'hypocrite sont au nombre de trois : lorsqu'il parle, il ment ; lorsqu'il promet, il viole sa promesse et lorsqu'on lui confie un dépôt, il est déloyal », *hadith* rapporté par Bukhari et Muslim »).

³¹⁷ Les partisans du droit naturel par exemple pensent que les lois naturelles sont nettement supérieures à toutes les lois positives et qu'elles doivent s'imposer à la société.

³¹⁸ Surtout durant le moyen âge, époque de l'histoire dominée par les idées de Saint Thomas D'Aquin. Selon ce dernier, la loi éternelle est située au sommet de toutes les normes car issue de la sagesse divine et par conséquent elle ne peut être que juste. Le respect des engagements et le respect de la parole donnée sont des règles relevant de l'ordre normatif divin et par conséquent, ce sont des règles absolument naturelles. L'homme doit s'insérer dans l'ordre de l'Univers voulu par Dieu ; il doit développer toutes ses capacités et possibilités naturelles sous la conduite de la raison pour découvrir les règles de bonne conduite.

³¹⁹ V. en ce sens Christophe Jamin, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ., 2001 ; Denis Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?", in *Mélanges en hommage à François Terre*, Paris, Dalloz, 1999.

³²⁰ G. Ripert, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, 4^e éd., 1949, p.157

³²¹ Elle doit être entendue à ce niveau comme une règle de comportement. Elle dicte, en effet, une conduite conforme à la conscience ; la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui.

³²² Z. Qadri-Torjman : « l'art. 230 du DOC marocain », RMDÉD, n° 7, 1984, p. 111.

³²³ Abdelhaq EL HATTAB, la protection de la partie faible dans la relation contractuelle en droit marocain, article publié le 21 juin 2010 dans la Revue de Doctrine et de Droit, consultable sur le site [www.majalah.new.ma].

de profit) doit être cantonnée dans des limites au-delà desquelles elle devient injuste. Le critère éthique doit aussi favoriser et garantir la confiance entre les parties.

En matière commerciale et des sociétés, le législateur marocain en promulguant un *Code de commerce*³²⁴ et des lois sur les sociétés commerciales³²⁵, a pu fixer les contours des activités économiques et commerciales et clarifier les prérogatives des organes de gestion et les droits et obligations qui incombent aux membres. Ces lois ont mis l'accent surtout sur la notion de responsabilité qui se répète maintes fois à l'occasion du rôle du gérant ou gérants directoires, conseil de surveillance, administrateurs, associés, actionnaires majoritaires ou minoritaires, commissaires aux comptes. Les lois sur les sociétés commerciales ont été modifiées à plusieurs reprises afin d'améliorer la gouvernance³²⁶ des sociétés et leur gestion. En effet le Maroc a pris conscience très tôt, comme la plupart des pays³²⁷, que la décision d'investissement notamment au niveau des investisseurs étrangers reste toujours soumise à une préoccupation majeure : l'état de la gouvernance dans une économie³²⁸.

C'est ainsi que la dernière réforme de la loi marocaine sur les sociétés anonymes³²⁹ a modifié les règles de gestion de ce type de sociétés lorsqu'elles sont à structure bicéphale (Conseil de surveillance et directoire). Le statut de vice-président est devenu facultatif³³⁰. L'ancienne disposition qui rendait obligatoire cette nomination avait pour conséquence d'alourdir le fonctionnement du Conseil de surveillance et de créer une confusion de responsabilité entre le président et le vice-président.

Toujours dans un objectif d'amélioration de la gouvernance des sociétés anonymes, les pouvoirs du directoire ont été renforcés puisqu'il est permis désormais au directoire de convoquer l'Assemblée générale³³¹.

Le Maroc a également adopté des codes de bonne conduite³³² afin renforcer la gouvernance au sein des sociétés. Le *Code Marocain de Bonnes Pratiques de Gouvernance d'Entreprises*³³³ et son annexe le *Code Marocain de Bonnes pratiques des entreprises et établissements publics*³³⁴ sont fondés sur certains

³²⁴ Loi n° 15.95 formant *Code de commerce*, promulguée par le dahir n° 1.96.83 du 1^{er} août 1996, publiée au bulletin officiel n° 4418 du 3 octobre 1996.

³²⁵ Loi n° 17.95 promulguée par le dahir n° 1.96.124 du 3 août 1996, publiée au Bulletin officiel n° 4222 du 7 octobre 1996 (modifiée par la loi 20.05) et la loi n° 5.96 promulguée par le dahir n° 1.97.49 du 3 février 1997, publiée au bulletin officiel n° 4478 du 1^{er} mai 1997 (modifiée par la loi 24.10).

³²⁶ La gouvernance d'entreprise regroupe « l'ensemble des relations entre les dirigeants de l'entreprise et son organe de gouvernance avec les actionnaires d'une part et les autres parties prenantes d'autre part et ce dans l'objectif de création de valeur pour l'entreprise ». V. OCDE, principes de gouvernance d'entreprise, 2004.

³²⁷ Pour la France v. A. Boughanmi et B. Deffains, "Droit, gouvernance d'entreprise et structure des systèmes financiers, une analyse économétrique du cas français", *Finance, contrôle, stratégie*, v. 9, n° 4, déc. 2006, pp. 33-66 ; R. Blazy, A. Boughanmi et J.-D. Guiguou, "Approche juridique de la gouvernance d'entreprise : Application au cas de la France", publication du Centre de Recherche et Finance, *Faculté Luxembourg* ; Ch. Pochet, "Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise, quelle leçon l'Europe peut-elle tirer de l'expérience américaine ?", *RIDE*, 2006, pp. 308-309.

³²⁸ A. Kabadi, "Réforme de droit de l'entreprise au Maroc et bonne gouvernance", in *Actes du colloque Droit et gestion d'entreprise*, textes réunis par P. Celier, 18-19 mai 2007, éd. *Bouregreg* ; R. Belkahia, Président de la Commission Éthique et bonne Gouvernance, « La Gouvernance d'entreprise, levier de croissance » in Colloque du 9 mars 2004 organisé par la faculté de Droit de Casablanca avec collaboration du CIPE et de la CGEM. De manière générale v. « De la gouvernance à la performance », Regard lettre d'information du cabinet Grant Thornton Maroc.

³²⁹ Dahir n° 1-15-106 du 12 chaoual 1436 (29 juillet 2015) portant promulgation de la loi n° 78-12 modifiant et complétant la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonyme publiée au Bulletin Officiel marocain n° 6432 en date du 21 janvier 2016. V. C. Albaric, Nouvelle loi relative aux sociétés anonymes au Maroc Loi n° 78-12 modifiant et complétant la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes au Maroc, *La lettre des Réseaux*, 8 mars 2016, consulté au site [<http://www.lettredesreseaux.com>].

³³⁰ Article 90 de la loi 78-12, *op. cit.*

³³¹ Article 116 de la loi 78-12, *op. cit.*

³³² Le Maroc est l'un des pays les plus avancés de la zone MENA sur le volet Gouvernance. Il a été l'un des premiers pays de la région à élaborer des codes de bonne gouvernance. Il est cité en exemple par les instances internationales (La Banque mondiale ; le PNUD, l'OICV, l'OCDE).

³³³ Lancé depuis 2007 par la Commission nationale de la gouvernance d'entreprise (CNGE) qui a fédéré l'ensemble des acteurs clés de la Gouvernance d'entreprise dans le pays (BAM ; CDVM ; Bourse de Casablanca ; GPBM ; CJD ; Ordre des experts comptables ; ANPME ; FCMI ; Ministère de la justice ; Ministère de l'économie et des Finances ; Ministère de la modernisation des Secteurs publics) et a bénéficié de l'assistance de Global Corporate Governance Forum (SFI-OCDE). Le *Code* a été publié en 2008. La commission a aussi élaboré et lancé les annexes spécifiques aux petites et moyennes entreprises (PME) et aux établissements de crédit respectivement en 2008 et en 2010.

³³⁴ Lancé le 21 mars 2012 respectivement par le Ministère des affaires générales et de la gouvernance.

principes de bonne gestion et de transparence et sur les normes éthiques susceptibles de faire progresser la performance, la compétitivité et la croissance des entreprises et améliorer leur image auprès des investisseurs et autres parties prenantes (employés ; clients ; créanciers ; administrations).

Un comportement éthique ne se limite pas à adopter des gestes moraux mais aussi à se conformer aux règles juridiques. La non-conformité aux normes réglementaires mais aussi aux valeurs morales engendre des risques pour l'entreprise. Or, la grande prolifération des textes juridiques et l'internationalisation croissante de l'économie et des activités des entreprises augmentent considérablement le risque de non-conformité aux règles. Ce risque n'est que la conséquence de l'ignorance de l'existence même des normes juridiques. Devant cet état de fait, force est de constater que les différents types de risques auxquels l'entreprise peut être exposée sont très variés et multiples³³⁵.

Le risque de non-conformité peut d'abord être juridique. Il résulte de la conjonction d'une norme juridique et d'un événement (changement de la norme, transgression de la norme ou agression par la norme)³³⁶. Un certain degré d'incertitude devant frapper la norme ou l'événement pour faire naître un risque juridique. En plus de s'affirmer comme source d'avantage concurrentiel, la gestion du risque juridique permet d'éviter des pertes car la non-conformité expose l'entreprise à des sanctions judiciaires administratives ou disciplinaires (amendes, dommages et intérêts et sanctions diverses)³³⁷. La non-conformité peut même être vecteur d'une crise économique mondiale. C'est le cas de la faillite en 2008 de la banque américaine « Lehman Brothers » à la suite de la crise des « subprimes ». Début 2010, un rapport de la justice américaine avait révélé que la banque masquait son endettement dans des bilans comptables erronés. Suite à ces scandales, le gouvernement américain a pris un certain nombre de mesures pour lutter contre les excès dans le monde des affaires.

Cette multiplication des textes et des sanctions depuis quelques années montre à quel point la conformité devient une nécessité car elle a un rôle de contrepoids face aux commerciaux et dirigeants qui, sous la pression des résultats, ne prêtent pas toujours attention à la réglementation. (Protection des données à caractère personnel, corruption et atteinte à la concurrence, blanchiment d'argent...etc.).

Le risque juridique est souvent accompagné d'un autre risque générateur de dommages pour l'entreprise à savoir le risque de réputation : la confiance qu'a le public ou la clientèle en l'entreprise peut être endommagée, voire dans le cas le plus extrême, perdue. Ce risque constitue une menace encore plus grave pour les établissements bancaires en raison de la nature même de l'activité qui présuppose le maintien de la confiance des déposants, des créanciers et du marché en général. Les entreprises doivent, cependant, se garder de la tentation du politiquement correct. Il ne suffit pas de montrer (avec des messages publicitaires par exemple) que les activités de l'entreprise sont conformes aux règles, ce que certains auteurs appellent une conformité de façade, encore faut-il le prouver concrètement. La découverte du manque de crédibilité peut s'avérer lourde de conséquences pour une entreprise. Enfin, Il faut signaler l'un des phénomènes consistant à la non-application voulue de la norme juridique. Certains dirigeants et managers décident délibérément de ne pas appliquer la norme juridique. Ils se focalisent sur l'avantage et le profit tirés de cette non-application. Un tel calcul, qui est fondé sur le court terme, s'avère généralement préjudiciable pour l'entreprise sur le long terme.

³³⁵ Le Comité de Bâle a énuméré par exemple les risques que peut courir un établissement dans le cadre d'une activité bancaire. Il s'agit des « risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière, d'atteinte à la réputation, du fait de l'absence de respect des dispositions législatives et réglementaires, des normes et usages professionnels et déontologiques, propres aux activités des banques ».

³³⁶ Ch. Collard, C. Delhay, H-B. Loosdregt et Ch. Roquilly, *Risque juridique et conformité: Manager la compliance*, éd. Lamy, 2011.

³³⁷ Ainsi, par exemple, en 2013 UBS France a été condamnée à une amende de 10 millions d'euros pour laxisme dans le contrôle de pratiques commerciales susceptibles de relever du blanchiment de fraude fiscale. Plus récemment, la société Apple a été condamnée en décembre 2015 à verser la somme de 318 millions d'euros au fisc italien.

Dans une telle conjoncture où l'anticipation du risque est devenue un enjeu crucial, la "compliance" joue un rôle de plus en plus stratégique. Elle joue un rôle de prévention dans la mesure où elle permet de prévenir les risques. D'origine anglo-saxonne et traduite par le mot conformité, la compliance signifie, selon la définition du « Cercle de la compliance », « *L'ensemble des processus qui permettent d'assurer le respect des normes applicables à l'entreprise par l'ensemble de ses salariés et dirigeants, mais aussi des valeurs et d'un esprit éthique insufflé par les dirigeants* »³³⁸.

De cette définition il ressort très clairement que la compliance ne se limite pas aux normes et réglementations. En effet, la renvoyer uniquement à la soumission à la loi serait une vision trop réductrice. L'entreprise est aussi concernée par des systèmes de normes et valeurs morales et éthiques, les codes de bonne conduite ou plus généralement le « *soft law* »³³⁹. Ce dernier se caractérise par une approche offrant plus de flexibilité contrairement à la norme juridique qui a un caractère autoritaire. Le « *soft law* » s'inscrit dans une logique de persuasion plutôt que de dissuasion. Un modèle de conformité choisie remplace un modèle de conformité subie. (Engagements environnementaux en faveur du développement durable, Respect des droits de l'homme...etc.)³⁴⁰.

Cette nouvelle approche de management des risques, sous leurs différentes formes, est encore très rare. Dans la pratique des affaires, sa mise en œuvre, est souvent une réaction ou une réplique suite à un événement, plus qu'une démarche de prévention et d'anticipation. Pourtant, d'aucun ne peut nier que seule dans l'anticipation, loin de la pression du fait ou de l'acte, la démarche est davantage maîtrisée et moins coûteuse.

Toutefois, il ne faut pas négliger le risque qu'une trop grande complexité du cadre réglementaire, ou une trop forte ambiguïté de la portée d'un code de bonne conduite, peuvent être perçues par les entreprises comme un obstacle à leur engagement dans un processus de conformité. De même, les entreprises ayant une forte tendance à contourner la réglementation, un dispositif de « *soft law* » dont le contrôle ne serait pas efficace, risque de s'avérer totalement illusoire.

L'une des solutions pourrait être de récompenser les entreprises qui ont fait preuve de conformité car considérées comme bons élèves. Ceci constituera une mesure incitative pour les autres. Il faut sanctionner, en revanche, les entreprises qui ne se sont pas conformées. Cette solution séduit de plus en plus dans le milieu des affaires car elle fait coexister un système coercitif avec un système coopératif. Le mode coercitif ne peut prédominer en permanence : il crée un climat de suspicion et de défiance. Le mode coopératif ne peut, cependant, être un déclencheur de conformité qu'à la condition que les entreprises persistant dans la non-conformité soient sanctionnées, et ce de manière suffisamment sévère, de telle sorte qu'il en découle une forte incitation à la coopération. Une Commission Nationale de Moralisation de la Vie Publique a été créée. Elle regroupe les représentants des entreprises, de la société civile et de diverses administrations ainsi que des personnalités *intuitu personæ* (des personnes choisies selon leur savoir-faire, compétence, fonction).

³³⁸ V. le site [<http://www.cercladelacompliance.com>], rubrique : publications.

³³⁹ Il est défini comme « le processus normatif qui encadre les relations entre acteurs sans pour autant faire appel à la contrainte juridique assimilée, bien souvent encore dans l'opinion à la sanction judiciaire », G. Abi-Saab, « Éloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68, p. 60.

³⁴⁰ John J. Kirton and Michael J. Trebilcock, « Introduction : Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance » in John J. Kirton and Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Burlington, Ashgate, 2004, pp. 3-29, p. 11.

De nos jours, il ne fait aucun doute que les entreprises, petites, moyennes ou grandes, sont de plus en plus conscientes que leur implication dans une démarche de conformité peut améliorer leurs performances. Certes une simple soumission à la règle de droit ne peut entraîner de surperformance, mais la non-conformité durable génère très vraisemblablement une sous-performance tout autant durable.

Au Maroc différentes initiatives ont déjà été menées par les pouvoirs publics et par les organisations professionnelles pour favoriser la mise en conformité sociale des entreprises marocaines³⁴¹. Ainsi par exemple en matière sociale depuis l'entrée en vigueur du *Code du travail* en 2004 a été mis en place un plan national de mise en conformité sociale (PAN), un label Fibre Citoyenne, un plan national d'amélioration des conditions de travail (PNACT) et un système de certification selon la norme marocaine NM 00.5.601 relative à la mise en conformité sociale ou encore le label RSE de la Confédération générale des entreprises du Maroc (CGEM).

Toujours dans un objectif de mise des entreprises en conformité avec les règles et de moraliser la vie des affaires, le Maroc a adopté des mesures pour lutter contre le fléau de corruption qui pénalise l'entreprise³⁴² et l'Etat³⁴³. La corruption étant en soi le symptôme d'un problème de gouvernance fondamental. Plusieurs études ont montré que dans les pays où la corruption est élevée, la gouvernance est médiocre³⁴⁴. C'est ainsi que le Maroc a créé une Commission Nationale de Moralisation de la Vie Publique³⁴⁵. Elle regroupe les représentants des entreprises, de la société civile et de diverses administrations ainsi que des personnalités *intuitu personæ* (des personnes choisies selon leur savoir-faire, compétence, fonction). Elle a pour mission de promouvoir et de faire connaître toute action de l'Etat en faveur de la moralisation de la vie publique et la lutte contre la corruption.

Pour conclure on peut signaler que des progrès considérables qui ont été accomplis ces dernières années par le Maroc dans la mise en place des instruments juridiques et institutionnels de la politique de la moralisation ne sont qu'au début de leur chemin, qui est encore long et dur. Mais une chose est sûre les intervenants dans la vie publique ou privée ont pris conscience que l'amélioration du cadre juridique, réglementaire et même éthique est plus qu'indispensable pour adapter les outils au développement économique et gagner les défis actuels et futurs de la politique de promotion des entreprises marocaines.

³⁴¹ A. El Hattab, la politique promotionnelle des entreprises au Maroc les défis actuels et futurs, article publié le 28 juillet 2012, consultable sur le site de la Revue de Doctrine et de Droit [www.majalah.new.ma].

³⁴² Perte de notoriété et de réputation et sanctions judiciaires.

³⁴³ Ralentissement de la croissance économique, la baisse des recettes publiques et l'aggravation des charges de l'Etat. Lorsque la corruption se traduit par l'évasion fiscale ou par la jouissance d'une exemption d'impôt indue, elle entraîne une perte de recettes pour l'Etat, en réduisant la collecte d'impôt ou en élevant le montant des dépenses publiques.

³⁴⁴ A. Shah & M. Schacter, "Combating Corruption : Look Before You Leap", *Finance & Development*, December, 2004, p. 40.

³⁴⁵ Cette commission a été créée en 1999 à l'issue d'un séminaire organisé par le gouvernement marocain en partenariat avec la Banque mondiale.

Le Commentaire

La sanction judiciaire du refus abusif d'une candidature à un plan de départs volontaires

A propos de CA Versailles, 1^{er} mars 2016,
n° 14/03317

Allison **FIorentino**,

*Maître de conférences en droit privé, Université Clermont Auvergne,
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

Jean-Julien **PERRIN**,

*Maître de conférences associé en droit privé, Université Clermont Auvergne,
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232),
Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand*

Les vertus d'un plan de départs volontaires (PVD) sont reconnues et motivent le choix des entreprises qui décident d'y recourir. Il s'agit souvent de procéder à une réduction des effectifs en espérant éviter les dangers du licenciement économique collectif tout en ménageant le contexte social. En 2016 de grands groupes comme VEOLIA, LAGARDERE, SFR mais aussi de nombreuses autres entités comme l'usine HARIBO à Uzès ou encore CATERPILLAR à Grenoble ont annoncé la mise en place de PDV.

Il faut néanmoins reconnaître que cette voie n'est pas exempte de pièges et de risques de contentieux³⁴⁶. Le PDV a cette particularité d'avoir un régime juridique presque exclusivement défini par la jurisprudence.

Les praticiens mettent régulièrement en garde les entreprises contre des litiges qui peuvent naître dans ce contexte et qui trouvent leur origine dans les refus opposés à certains candidats.

Si l'annonce d'un PDV est vécue différemment par les salariés, certains voient ainsi dans le départ volontaire une opportunité qu'il faut saisir, leur permettant de quitter l'entreprise dans des conditions financières satisfaisantes. Ce départ constitue, dans ce cas, un tremplin qui les mènera vers une reconversion professionnelle envisagée depuis quelque temps déjà.

Pour profiter, de ce qui représente alors une aubaine, encore faut-il être éligible au PDV, c'est-à-dire remplir les critères d'accès qu'il renferme parmi lesquels figure souvent l'autorisation de l'entreprise qui peut, par ailleurs, prendre diverses formes. Dans le cas contraire, la déception va fréquemment faire naître un contentieux opposant le salarié, contraint de rester, à son employeur.

L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 1^{er} mars 2016 est une illustration de cet étonnant contentieux qui consiste, pour le salarié, à saisir le Conseil de prud'hommes le 27 juillet 2010 d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail au motif que son employeur n'avait pas donné de suites

³⁴⁶ Voir récemment : Cass. soc., 19 mai 2016, n° 15-12.137, 15-11.047 ; note N. Dedessus-Le-Moustier, *JCP G*, 2016, Jurisp. 662 ; note J. Grange, *JCP S*, 2016, n° 30, p. 32 ; note P. Pacotte, R. Leroy, *JSL*, 2016, n° 413, p. 19.

favorables à ses deux demandes de départ volontaire en date du 12 juin 2009 et du 9 juillet 2009. L'entreprise n'aurait, de la sorte, pas souhaité se séparer de son salarié, alors même qu'elle procéderait finalement à son licenciement pour insuffisance professionnelle le 6 août 2010.

Visiblement la société a particulièrement mal géré la rupture du contrat de travail de ce salarié qui voulait quitter la société, ce qui, au vu du licenciement intervenu, ne semblait finalement pas être en opposition avec ce que souhaitait l'employeur.

Le salarié demandait, à titre principal, de prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur et, à titre subsidiaire, de juger le licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'insuffisance professionnelle invoquée par l'employeur n'étant, selon le demandeur, pas justifiée et les dispositions de la convention collective spécifique de la banque n'ayant pas été respectées³⁴⁷.

Les arguments présentés par les parties étaient assez classiques. Le salarié prétendait qu'il remplissait toutes les conditions d'accès au PDV et que l'entreprise avait fait preuve d'une particulière mauvaise foi dans la mise en œuvre du plan, notamment en ajoutant une condition en cours d'exécution, ce que l'employeur contestait, légitimant ainsi sa position.

Le Conseil de prud'hommes a débouté le salarié de l'intégralité de ses demandes, sans qu'il soit possible d'en connaître les motifs, aucune référence n'apparaissant dans l'arrêt de la Cour d'appel.

La juridiction du second degré devait ainsi se prononcer sur la légitimité du refus opposé par l'employeur au salarié et déterminer si la société avait, de la sorte, commis des manquements suffisamment graves pour justifier une résiliation du contrat de travail à ses torts exclusifs.

Le juge versaillais a décidé de réformer la décision de première instance en partant d'une analyse fouillée de l'ensemble des faits et pièces portés à sa connaissance. Conformément à une jurisprudence bien établie, la juridiction d'appel a d'abord statué sur la demande de résiliation judiciaire. En prononçant la résiliation, elle n'a ainsi pas eu à apprécier les moyens soulevés sur le bien-fondé du licenciement qui était intervenu postérieurement à la saisine du Conseil de prud'hommes.

L'argumentation du demandeur a été retenue par la Cour d'appel qui estime, d'une part, que les conditions d'acceptation par l'employeur des départs volontaires étaient particulièrement opaques, et que, d'autre part, « *le refus de l'employeur à la demande du salarié ne ressort pas de conditions objectives initialement fixées et révèle de la part de l'employeur un comportement contraire à une exécution de bonne foi des relations contractuelles* ». La juridiction retient donc un comportement exclusif de la bonne foi duquel découlent les manquements graves de l'employeur propres à justifier une résiliation judiciaire du contrat de travail à ses torts exclusifs.

Ce faisant, la Cour d'appel de Versailles applique une analyse conforme à la jurisprudence laquelle opère un contrôle consciencieux du refus opposé à un salarié qui souhaite bénéficier d'un plan de départ (I). En revanche la résiliation judiciaire et sa motivation apparaissent, sous certains aspects, plus originales (II).

³⁴⁷ L'article 26 Convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 prévoit une obligation spécifique à la charge de l'employeur en cas d'insuffisance professionnelle invoquée par ce dernier : « *Avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions.* ».

I. LE CONTROLE DU JUGE SUR LE REFUS D'ACCES AU PDV OPPOSE A UN SALARIE

En adoptant un plan de départ volontaire, l'employeur s'oblige à en respecter les termes et se crée donc des obligations à l'égard des salariés éligibles. Dans ce type de contentieux, le juge doit d'abord se prononcer sur la question de l'éligibilité du salarié au plan(A) avant de statuer sur la légitimité du refus avancé par l'entreprise, cette possibilité étant strictement encadrée et examinée (B).

A. Les critères d'éligibilité au cœur des débats

Le succès d'un PDV est une question d'endurance. La rédaction du plan de départ volontaire constitue une première phase cruciale. Puisque l'employeur s'engage, ouvrant la voie à d'éventuelles sanctions en cas de non-respect de ses obligations, il doit porter une attention particulière au contenu du plan et notamment aux critères d'éligibilité. De longue date les auteurs commentant la jurisprudence observent la nécessité d'être rigoureux dans la rédaction des conditions d'éligibilité.³⁴⁸ Une fois cette étape sécurisée, il faut encore faire montre de rectitude dans la mise en œuvre de ce plan.

En l'espèce, la juridiction a procédé à une analyse précise des éléments versés aux débats pour tenter de comprendre l'attitude de l'employeur et surtout pour se prononcer sur l'argument principal des parties : les conditions d'accès au plan étaient-elles remplies par le demandeur ?

Il en ressort que la société n'a pas été convaincante dans les explications fournies se contentant d'indiquer que le salarié ne remplissait pas les critères d'éligibilité et qu'aucune modification des conditions n'était intervenue, au contraire de ce que soutenait le salarié.

Si tel avait été le cas, la démonstration n'aurait sans doute pas été ardue.

Les incohérences et la légèreté de la société expliquent la position du juge d'appel qui rappelle les éléments suivants.

La société avait conclu, avec les organisations syndicales, le 30 avril 2009, un protocole d'accord relatif aux départs volontaires qui comportait quatre conditions cumulatives pour pouvoir bénéficier du plan de départ³⁴⁹.

La Cour d'appel ajoute qu'une autre condition a été instaurée, de fait, et donc en dehors des conditions originellement prévues « *en raison du succès des demandes de bénéficiaires du plan de départ volontaire* ». Pour être éligibles, les postes devaient faire partie des postes qui allaient être supprimés.

Le salarié reprochait à l'employeur l'adjonction de cette condition qui ne faisait pas partie des critères retenus et négociés avec les organisations syndicales initialement.

Étonnement la Cour d'appel prend quand même le soin d'établir que le salarié remplissait ce nouveau critère. Pourtant, à défaut d'avoir été initialement arrêté le nouveau critère est inopposable au salarié. C'est ce qu'avait rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 11 octobre 2005³⁵⁰ en validant la position de la Cour d'appel qui avait considéré que le motif tenant à l'expérience du salarié n'était pas suffisant pour justifier un refus d'accès au plan, cette condition n'étant pas prévue dans le plan.

De même, l'analyse au terme de laquelle est considérée comme nouvelle la condition visant à ne rendre éligible que les postes qui allaient être supprimés est un peu surprenante dans la mesure où l'une des

³⁴⁸ V. par exemple : François Velot, « Illustration de la manière dont peuvent être interprétées les conditions d'éligibilité au départ volontaire », *SSL*, 2001, n° 1040, p. 10.

³⁴⁹ 1. Un départ permettant la réduction directe ou indirecte des licenciements contraints ; 2. La justification d'un motif autorisant un départ volontaire anticipé ; 3. Un avis conforme de la Commission de suivi du PSE ; 4. Une absence de veto de la Direction au regard de l'intérêt et de la bonne marche de l'entreprise.

³⁵⁰ Cass. soc. 11 oct. 2005, n° 03-44.985.

quatre conditions d'accès prévues initialement visait bien « *Un départ permettant la réduction directe ou indirecte des licenciements contraints* ».

In fine, le juge considère clairement que le salarié remplissait toutes les conditions d'éligibilité tout en soulignant que les « *faits montrent bien une opacité certaine sur les conditions des personnes acceptées au départ volontaire* » après l'analyse d'autres cas de salariés dont le départ avait été accepté. Il est ainsi rappelé que les critères doivent exclure tout arbitraire et être objectifs.

Après avoir fait tomber les arguments de l'employeur qui soutenait que le demandeur ne remplissait pas les conditions d'accès au plan, il restait logiquement à statuer sur la légitimité du refus opposé par l'entreprise.

B. Un refus devant reposer sur des éléments objectifs et vérifiables

Ne disposant nullement d'un pouvoir discrétionnaire dans l'acceptation des demandes de salariés postulant à un PDV, l'employeur doit pouvoir justifier son refus par des éléments objectifs et vérifiables. Rappelons, en outre, que la Cour de cassation a reconnu la faculté au salarié de saisir le juge des référés afin qu'il ordonne, sous astreinte, à l'employeur de faire droit à la demande de départ d'un salarié dont la candidature a été écartée à tort³⁵¹.

En l'espèce, les négligences et le manque de sérieux dont a fait preuve la société dans l'exécution du plan ont clairement constitué le point de départ du litige et fonderont la condamnation prononcée par la Cour d'appel.

La motivation révèle l'agacement de la juridiction qui pointe l'incohérence de l'employeur lequel, dans un premier temps, ne donne pas suite à la demande de départ d'un salarié qui remplit pourtant tous les critères, pour ensuite n'apporter aucune réponse à la deuxième demande présentée par ce dernier et finalement mettre en œuvre une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle.

La conduite du plan par l'entreprise est bien mise en cause par la Cour d'appel qui relève, entre autres, qu'aucun procès-verbal de délibération ni relevé de décisions des réunions de la commission chargée de donner un avis sur la requête des salariés n'est produit. Elle note également argumentation lacunaire de la défenderesse lui reprochant encore de ne pas s'expliquer sur un certain nombre de faits.

En réalité l'entreprise échoue face à une exigence commune à tous les contentieux, la faculté de démontrer qu'elle a agi légitimement, dans le cadre juridique applicable.

Comme le rappelle un auteur³⁵² « *entre droit au départ et possibilité de départ, seule la faculté de refuser que se sera octroyée l'employeur fera la différence* ». La jurisprudence récente renouvelle ses exigences en la matière.

L'entreprise ne peut refuser l'accès au plan que pour une raison tenant aux conditions du plan.

Un arrêt du 12 janvier 2016³⁵³ réaffirme l'existence d'un droit au départ créé au profit du salarié qui remplit tous les critères énoncés³⁵⁴. L'employeur doit donc être attentif à la rédaction du droit au refus qu'il se conçoit et, par la suite, ne pas en faire un exercice abusif³⁵⁵. Au-delà d'être explicitement prévues par le plan les conditions du refus doivent également reposer sur des éléments objectifs et vérifiables.

En l'espèce, la société avait bien pris soin d'inclure, parmi les quatre conditions permettant le départ

³⁵¹ Cass. soc 28 oct. 2015, n°14-15.682.

³⁵² V. *supra*, F. Velot, « Illustration de la manière dont peuvent être interprétées les conditions d'éligibilité au départ volontaire », *op. cit.*

³⁵³ Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 13-27776.

³⁵⁴ J. Icard « *Le plan de départs volontaires est une offre ferme et précise quoique conditionnelle* », *Les Cahiers Sociaux*, 2016, n° 282, p. 81.

³⁵⁵ V. par exemple : Cass. soc. 31 mai 2006, n° 04-44.085.

volontaire du salarié, une réserve lui laissant, en théorie, une maîtrise des départs : « l'absence de veto de la Direction au regard de l'intérêt et de la bonne marche de l'entreprise ».

Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel remarque que l'entreprise ne conteste pas n'avoir jamais émis de veto à la demande présentée par le salarié, seul critère du plan qui pouvait rendre son positionnement licite. Elle semblait ainsi bien démunie pour tenter de convaincre du bien-fondé de son refus et encore davantage de l'absence de réponse apportée à la seconde demande que le salarié avait adressée.

II. LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL, UNE JUSTE SANCTION DE LA MAUVAISE FOI

Si l'attitude fautive de l'employeur semble établie, le juge devait disposer d'un fondement adéquat pour le sanctionner. En l'espèce, le protéiforme devoir de bonne foi justifie la solution prétorienne (A). Constatant un manquement avéré à ce devoir, le juge accueille la demande du salarié en résiliation judiciaire (B).

A. Un manquement avéré au devoir de bonne foi

Désormais inscrit à l'article L. 1222-1 du *Code du travail*, le tentaculaire devoir de bonne foi s'est révélé un fondement très utile pour le juge lorsqu'il souhaitait sanctionner certains comportements déloyaux de l'employeur sans disposer d'une base textuelle pour cela. Des jurisprudences bien acquises aujourd'hui ont trouvé leur origine dans ce devoir civiliste. Il en va ainsi des arrêts relatifs à la mise en œuvre de la clause de mobilité³⁵⁶. Il faut également souligner que le législateur a rendu hommage à cette créativité prétorienne en légalisant certaines obligations « découvertes » par le juge sur le fondement de l'obligation de bonne foi. L'un des exemples les plus pertinents étant le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois³⁵⁷, devoir lourd de sens lorsque l'employeur envisage un licenciement pour motif économique.

Toutefois, même si cette obligation est un précieux support pour le juge désireux de condamner un employeur déloyal, il ne faut pas occulter une règle, en théorie importante, selon laquelle : « la mauvaise foi ne se présume pas »³⁵⁸. Il appartient au salarié d'établir cette mauvaise foi qui ne pouvait uniquement résulter de soupçons.

Les faits d'espèce mettaient-ils en lumière un tel manquement ? La Cour d'appel de Versailles répond par l'affirmative et sa décision prend en réalité tout son sens lorsqu'elle est comparée avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation d'un accord collectif. Les magistrats du quai de l'Horloge font preuve de sévérité envers l'employeur en exigeant une preuve de l'exécution de bonne foi de l'accord collectif. Un exemple est fourni par l'arrêt du 7 mai 2008³⁵⁹ relatif à une convention de travail à temps partiel. Le préambule de ce texte disposait qu'il avait pour objet : « de développer une politique de l'emploi à temps partiel permettant de répondre aux besoins économiques mais aussi (...) de donner à chaque fois que cela est possible et à chacun la maîtrise de son temps de travail ».

³⁵⁶ Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-43.071, *JCP G*, II, 10202, obs. D. Jacotot; *RDC*, 2009, n° 1, p. 175, note C. Rade.

³⁵⁷ Cass. soc., 25 févr. 1992, n° 89-41.634.

³⁵⁸ L'un des exemples les plus actuels est relatif au licenciement du salarié qui dénonce des faits de harcèlement inexistant. Un tel licenciement n'est possible que dans la mesure où l'employeur peut établir la mauvaise foi du salarié laquelle ne peut uniquement résulter du fait que l'acte dénoncé n'existe pas. Cass. civ.1^{re} 28 sept. 2016, n° 15-21.823, *JSL*, 2016, n° 419, p. 4, obs. A. Bonnet; *Lexbase ed. soc.*, 2016, n° 672, obs. C. Rade.

³⁵⁹ Cass. soc. 7 mai 2008, n° 06-43.989, *Dr.ouvr.*, 2008, p. 572, note N. Bizot; *JCP S*, 2008, n° 37, p. 33, note F. Dumont; *Lexbase ed. soc.* 2008, n° 308, note S. Tournaux; *JSL*, 2008, n° 236, p. 13, note J. E. Tourreil.

Le juge social a reproché à la Cour d’appel d’avoir débouté une salariée de sa demande en dommages et intérêts au motif que l’employeur avait respecté les stipulations conventionnelles de répartition du temps de travail en intégrant les souhaits de la salariée dans l’organisation de son emploi du temps et en lui communiquant à l’avance ses horaires de travail. Pourtant cela demeure insuffisant pour la Cour de cassation qui relève que les juges du fond n’ont pas recherché si « la salariée, conformément à l’accord, avait pu dans toute la mesure du possible maîtriser ses horaires de travail » et par conséquent ils ne pouvaient conclure à la mise en œuvre de bonne foi de l’accord. Se fondant sur la lettre même du préambule, la Cour impose un examen *in concreto* et approfondi de la mise en œuvre de l’accord avant de pouvoir donner quitus à l’employeur.

En l’espèce c’est à cette analyse approfondie que se livre la Cour d’appel de Versailles. Les juges vérifient si l’employeur a loyalement exécuté l’accord et les circonstances de fait laissent supposer une réponse négative. Trop de doutes planaient sur les véritables motifs de la rupture du contrat et les raisons pour lesquelles le salarié s’était vu écarté de l’application de l’accord. Dès lors, les magistrats ne pouvaient que conclure à l’absence de bonne foi.

Toutefois, si la faute de l’employeur semble établie, cela n’implique pas nécessairement le droit acquis à une résiliation judiciaire.

B. La résiliation judiciaire accordée : conséquence d’une rupture imputable à l’employeur

Le mécanisme civiliste de la résiliation judiciaire est l’issue de secours que le *Code civil* offre au salarié qui ne souhaite pas terminer sa relation de travail par une démission ou une prise d’acte. Prisonnier d’un contrat dont il veut obtenir la rupture, le salarié peut en appeler au Conseil de prud’hommes pour solliciter de lui une décision qui mettra un terme à cet engagement.

Afin d’accueillir une telle demande, le juge prud’homal, saisi d’une action en résiliation judiciaire, doit avoir été convaincu que les manquements de l’employeur sont d’une gravité suffisante pour empêcher la poursuite de la relation de travail. Cette formulation résulte de plusieurs arrêts rendus en 2014, dans lesquels la Cour de cassation a fermement repris en main sa jurisprudence sur les faits générateurs d’une rupture du contrat à l’initiative du salarié et imputable à l’employeur³⁶⁰.

En l’espèce, la tentative d’éviction injustifiée de l’employeur pouvait elle se voir qualifier « d’obstacle à la poursuite des relations de travail » alors que le salarié souhaitait partir de l’entreprise ? La réponse est délicate mais il nous semble que la logique prétorienne issue des arrêts de 2014 est de décourager les demandes fantaisistes de salariés qui arguaient peut-être trop aisément d’un manquement quelconque de l’employeur pour solliciter la rupture du contrat de travail.

En l’espèce l’attitude déloyale de l’employeur qui privait le salarié d’une opportunité financière pour un motif obscur nous semble suffisamment critiquable pour fonder la décision du juge versaillais.

A ce problème initial se joignait une autre question relative à l’articulation entre les demandes de résiliation judiciaire et les autres modes de rupture.

Lorsqu’une demande de résiliation judiciaire est antérieure au licenciement, le juge prud’homal examinera en premier la requête du salarié alors même que le contrat est déjà rompu³⁶¹. Si le demandeur n’a pas convaincu le juge de l’existence « d’une faute grave » de l’employeur, il sera débouté et les magistrats se prononceront ensuite sur la validité du licenciement. Dans l’hypothèse inverse, si le salarié

³⁶⁰ Cass. soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634 ; Cass. soc. 12 juin 2014, n° 12-29.063 ; Cass. soc., 21 oct. 2014, n° 13-19786 ; *JCP S*, 2014, n° 28, p. 25, note F. Dumont ; *Dr. soc.*, 2014, p. 821, note J. Mouly ; *RDT*, 2014, p. 559, note M. Vericel.

³⁶¹ Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 05-43.591, *JCP S*, 2006, n° 25, p. 32, note J.Y. Frouin.

a pu établir que sa demande de résiliation était justifiée, elle produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et le motif de la rupture invoqué par l'employeur ne sera pas examiné.

En l'espèce, le salarié a introduit une demande résiliation judiciaire le 27 juillet 2010 et le même jour, il s'est vu convoqué à un entretien préalable en vue d'un licenciement qui lui fut notifié le 6 août 2010. La Cour d'appel de Versailles, conformément à la solution prétorienne précédemment exposée, a accueilli la demande de résiliation judiciaire et lui a fait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette décision nous semble fondée dans la mesure où l'employeur a manqué de loyauté dans l'exécution du protocole d'accord relatif aux départs volontaires.

Les conséquences pécuniaires pour l'employeur sont importantes. La Cour d'appel a décidé que le salarié pouvait prétendre à ce titre à une indemnité conventionnelle de licenciement, une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu'une indemnité de départ volontaire. Celle-ci était prévue par l'accord d'entreprise au bénéfice exclusif des salariés bénéficiaires du plan de départ volontaire. Le juge décida que le requérant pouvait y prétendre en raison de la perte de chance de bénéficier du plan imputable à l'employeur et parce que cette somme avait un objet différent des indemnités de licenciement et pouvait se cumuler avec ces dernières.

CONCLUSION

Respectant l'orthodoxie jurisprudentielle, la Cour d'appel de Versailles sanctionne la déloyauté de l'employeur en accueillant la demande en résiliation judiciaire. D'aucuns pourraient souligner que la solution aurait probablement été identique, voire plus grave pour l'employeur, si le juge versaillais s'était penché sur le motif de licenciement. D'une part, il semble que l'incompétence hâtivement évoquée par l'employeur ne soit étayée par aucun élément objectif.

D'autre part, le juge fait preuve d'une grande sévérité lorsque l'employeur licencie un salarié en réponse à l'introduction par ce dernier d'une action en justice. Une telle mesure de rétorsion a récemment été jugée nulle car attentatoire à une liberté fondamentale.³⁶² Or la concomitance entre la date de saisine du juge par le salarié et le début de la procédure de licenciement est pour le moins troublante et aurait peut-être amené le juge à conclure à la nullité du licenciement.

³⁶² Cass. soc., 3 fév. 2016, n° 14-18.600, *JCP S*, 2016, n° 15, p. 38, note A. Bugada; *RDT*, 2016, p. 433, note L. Enjolras.



Table des matières

Les Annonces

Le Dossier

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION ,..... | 6 |
| <i>par Raphaël MAUREL</i> | |
| LES POLITIQUES PUBLIQUES LIEES A L'ENVIRONNEMENT : | |
| DE LA REGLE A LA PRATIQUE LOCALE, L'EXEMPLE DES PNR ,..... | 8 |
| <i>par Roger GARDES</i> | |
| <i>I. Des interventions caractérisées par :</i> | 7 |
| A. Un caractère réglementaire limité pour la charte | |
| B. Un caractère réglementaire inégal sur les autres modalités | |
| <i>II. Des interventions qui rendent nécessaires :</i> | 10 |
| A. L'action collective | |
| B. La détermination d'une autre gouvernance environnementale | |
| LA DIMENSION ENVIRONNEMENTALE DE L'ENTREPRISE. | |
| REGARDS SUR LA RSE , | 16 |
| <i>par Nicolas GRAS et Michaël VILLEMONT</i> | |
| <i>I. Vision contemporaine de la RSE</i> | 17 |
| A. Enjeux et intérêts du diagnostic environnemental | |
| B. Les optimisations structurelles | |
| <i>II. Une protection environnementale intégrée</i> | 21 |
| A. Une responsabilité environnementale non autonome | |
| B. La contractualisation du devoir environnemental | |
| CATASTROPHES ECOLOGIQUES ET RETOUR D'EXPERIENCE : QUELLES EVOLUTIONS, | |
| QUELLES REVOLUTIONS POUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT , | 30 |
| <i>par Séverine NADAUD</i> | |
| <i>I. Quelles évolutions, voire révolutions textuelles et jurisprudentielles récentes</i> | |
| <i>en droit de l'environnement ?</i> | 29 |
| A. La consolidation des principes généraux du droit de l'environnement | |
| B. Le renforcement des responsabilités | |
| <i>II. Quelles évolutions ou révolutions à venir en droit de l'environnement ?</i> | 35 |

La Revue

“Droit et environnement”

Numéro 10 - Mars 2017

LA DEFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL, AU CARREFOUR DES APPROCHES ECOCENTRIQUE ET ANTHROPOCENTRIQUE, 40

par Valère **NDIOR**

- I. La diversité des méthodes d'identification de l'environnement en droit international général 39
 - A. La variété des préoccupations environnementales comme facteur de dissonances
 - B. Les différentes approches de l'environnement, entre définitions et énumérations
- II. L'appropriation de la notion d'environnement par le droit international économique 44
 - A. La prise en compte de la question environnementale en tant qu'élément exogène :
le cas de l'Organisation mondiale du commerce
 - B. L'institutionnalisation de la question environnementale :
le cas des institutions financières internationales

LA DEFINITION DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPEENNE, 56

par Julien **BETAÏLLE**

- I. L'absence de définition de l'environnement en droit de l'Union européenne 54
 - A. L'absence de définition dans les textes juridiques
 - B. L'absence de définition prétorienne ou doctrinale
- II. Les conséquences de l'absence de définition de l'environnement en droit de l'Union européenne... 56
 - A. Des conséquences faibles en droit de l'environnement de l'Union européenne
 - B. Des conséquences potentielles pour l'application du principe d'intégration
en droit de l'Union européenne

L'ENVIRONNEMENT SPATIAL, 64

par Laurence **RAVILLON †**

- I. L'encadrement juridique étatique 61
 - A. Au niveau international
 - B. Au niveau national
- II. La traduction de la prise en considération de l'environnement spatial
au sein de la filière industrielle spatiale 64
 - A. Des mesures techniques...
 - B. ...présentes dans les contrats de la filière spatiale

L'Etude

ETHIQUE, CONFORMITE ET GOUVERNANCE. LES NOUVEAUX ENJEUX ET DEFIS DES ENTREPRISES AU MAROC, 74

par Hassan **ASSAKTI** et Kamal **LAGTATI**

Le Commentaire

LA SANCTION JUDICIAIRE DU REFUS ABUSIF D'UNE CANDIDATURE A UN PLAN DE DEPARTS VOLONTAIRES, 81

par Allison **FIorentino** et Jean-Julien **PERRIN**

- I. Le contrôle du juge sur le refus d'accès au PDV opposé à un salarié 77
 - A. Les critères d'éligibilité au cœur des débats
 - B. Un refus devant reposer sur des éléments objectifs et vérifiables
- II. La résiliation judiciaire du contrat de travail, une juste sanction de la mauvaise foi 79
 - A. Un manquement avéré au devoir de bonne foi
 - B. La résiliation judiciaire accordée : conséquence d'une rupture imputable à l'employeur