

Article publié : J. Bétaille, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *Revue de droit public*, 2023, p. 350.

L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale

Julien Bétaille

Maître de conférences en droit public

Université Toulouse Capitole (IEJUC)

Membre de l'*Institut universitaire de France*

Résumé

Dans le champ de l'environnement, la tentation épistocratique identifiée par Alexandre Viala est relativement courante. Dans l'histoire de la pensée d'abord, de Hans Jonas à Michel Serres. Mais aussi dans la période contemporaine, peut-être encore plus qu'avant, à mesure que la menace écologique se rapproche. En témoigne une forme de néo-militantisme juridique qui s'enracine autour de l'idée des droits de la nature ou du concept de limites planétaires. La science est parfois instrumentalisée en argument d'autorité.

Néanmoins, si on laisse de côté ce qui n'est, pour le moment, qu'un discours militant parmi d'autres, il reste que, le droit de l'environnement étant consubstantiellement lié aux connaissances scientifiques, son application par le juge, notamment dans le cadre des recours en responsabilité, est nécessairement confrontée à cette tension entre l'être et le devoir-être. L'application du droit par le juge nécessite le recours à la science, mais cela ne veut pas dire pour autant que l'être supplante le devoir-être dans le travail du juge.

L'objet de cet article est ainsi d'appréhender la place de l'argument scientifique dans l'application du droit par le juge (administratif) de la responsabilité environnementale, cela sur la base d'une analyse de nombreuses décisions relatives à la lutte contre les changements climatiques, à la pollution (de l'air et par les algues vertes) et à la protection de la biodiversité (ours, cétacés, grand tétras). La thèse que nous défendons est qu'en matière de responsabilité environnementale, l'hypothèse épistocratique n'est pas vérifiée. En effet, si l'argument scientifique y occupe une place centrale, il n'en reste pas moins auxiliaire.

En premier lieu, la centralité de l'argument scientifique ressort de son omniprésence dans le contentieux de la responsabilité environnementale, tout comme de sa nécessité pour satisfaire les conditions de la responsabilité. Néanmoins on observe que les arguments scientifiques utilisés par le juge sont souvent « de seconde main », c'est-à-dire issus d'expertises publiques ou parapubliques, et non directement de publications scientifiques universitaires, ce qui s'explique probablement par la culture plus administrative qu'universitaire du juge administratif. En second lieu, l'auxiliarité de l'argument scientifique tient au fait qu'il ne prévaut pas sur l'argument juridique. Il ne remplace pas la norme dans l'établissement de la faute ou du préjudice et la causalité juridique demeure, dans bien des cas, assez éloignée de la causalité scientifique.

Dès les premières éditions de son *Précis Dalloz*, Michel Prieur questionnait la place de l'argument scientifique en droit de l'environnement. Il constatait que « le droit de l'environnement est profondément marqué par sa dépendance étroite avec les sciences »¹ et il mettait en garde sur le risque « de voir le droit au service de la technique et le raisonnement juridique se transformer en une boîte à outils »². Depuis, l'aggravation des problèmes environnementaux tels que le déclin de la biodiversité ou les changements climatiques continue de soulever la question de l'influence de l'argument scientifique sur le droit. Les travaux critiques initiés par Alexandre Viala sur l'épistocratie, cet « idéal de gouvernement au sein duquel le pouvoir est confié aux savants »³, contribuent à éclairer cette question sous un jour nouveau.

La philosophie de l'environnement et le champ de l'écologie politique font souvent écho à l'épistocratie. A vrai dire, la tentation épistocratique est y régulière, alors même que paradoxalement le domaine de l'environnement a depuis longtemps été le terrain d'un développement des outils démocratiques⁴. De Hans Jonas avec sa « tyrannie bienveillante »⁵ à Michel Serres qui proposait que la biosphère entre en politique par la voix des professeurs de biologie⁶, nombreux sont les auteurs à avoir cédé à la tentation. Celle-ci connaît depuis quelques années un nouvel épisode plus proche du droit de l'environnement sous la forme d'un militantisme juridique dont l'objet est la promotion des concepts de « droits de la nature » et de « limites planétaires ». C'est ainsi que l'idée d'une « loi biologique » prescriptive à l'égard du droit positif fait son retour sur le devant de la scène : pour certains, « la société ne peut pas, à moins de se suicider, méconnaître ces règles élémentaires de la solidarité, c'est-à-dire la loi biologique. Ce sont ces règles qui devraient déterminer les normes de conduite humaine d'où se construirait le droit »⁷. On assiste ainsi à l'émergence d'une nouvelle forme de jusnaturalisme fondé sur la science, un jusnaturalisme épistocratique. Quant aux « limites planétaires »⁸ mises en évidence, non sans quelques hésitations, par les scientifiques⁹, la même auteure y voit le moyen d'imposer sa propre axiologie, toujours en se drapant de l'autorité de la science. Ainsi explique-t-elle que « la première étape normative vers un Droit de la Terre devrait (...) être de reconnaître les limites planétaires comme des normes auxquelles l'humanité devrait se conformer. Des normes que le corps politique ne puisse pas négocier, qui ne puissent pas faire l'objet d'une adhésion laissée à la discrétion des États et qui ne seraient pas assujetties à une justice aux prises avec le principe de souveraineté nationale. Ces normes sont à définir et à redéfinir

¹ Michel Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 8^{ème} éd., Précis, Dalloz, 2019, n° 7.

² Michel Prieur et al., *ibidem*, n° 7. Sur ce sujet, v. Éric Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.

³ Alexandre Viala (dir.), *Demain, l'épistocratie*, 4^{ème} de couverture. Sur la conception d'Alexandre Viala, voir p. 23.

⁴ V. Conseil d'Etat, *La démocratie environnementale*, La documentation française, 2013.

⁵ Hans Jonas, *Le principe responsabilité* (1979), Flammarion, 2013.

⁶ Michel Serres, *Le temps des crises*, Éditions le Pommier, 2009.

⁷ Valérie Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre. Pour en finir avec l'écocide*, Seuil, 2016, p. 267.

⁸ V. Dominique Bourg, « Les limites de la planète », *Esprit*, 2018, p. 169.

⁹ V. José M. Montoya, Ian Donohue et Stuart L. Pimm, « Planetary Boundaries for Biodiversity: Implausible Science, Pernicious Policies », *Trends in Ecology & Evolution*, February 2018, Vol. 33, No. 2, pp. 71-73.

dans le temps par la science, selon ses avancées, mais elles doivent pouvoir s'imposer à tous au nom de la préservation de la sûreté de la planète »¹⁰. La science est ainsi instrumentalisée en argument d'autorité¹¹.

Laisant de côté ce type de discours, il reste que le droit de l'environnement est consubstantiellement lié aux connaissances scientifiques. Comme l'explique Laurent Fonbaustier, « dans leur majorité, les normes de conduite élaborées en droit de l'environnement le sont dans le prolongement de diagnostics d'ordre scientifique. En l'absence de certaines sciences dites "dures", le droit de l'environnement perdrait jusqu'à son objet et sa légitimité »¹². Pour autant, cela n'implique pas automatiquement une confusion. Comme Michel Prieur, l'auteur insiste sur le fait que « la science, pour influente qu'elle puisse être, n'a pas vocation à se substituer mécaniquement à la délibération politique qui caractérise la démocratie, fût-elle environnementale. Renseigner les décideurs sur la dangerosité d'une substance est la mission du scientifique, assumer certains risques relève du champ politique, peuplé de logiques d'arbitrages, de confrontations et de conciliations... de choix à faire : l'être n'est pas le devoir-être »¹³.

Pour autant, il n'est pas surprenant que cette imbrication entre droit et sciences se reflète dans le contentieux de l'environnement, et à plus forte raison dans l'objet qui nous occupe ici : la responsabilité administrative en matière d'environnement. En effet, l'application du droit de l'environnement par le juge, notamment dans le cadre d'actions en responsabilité, est nécessairement confrontée à cette tension entre l'être et le devoir-être.

Dès lors, il s'agit d'examiner la responsabilité environnementale au prisme de l'hypothèse épistocratique. Cela conduit ainsi à se demander si, ou plutôt, dans quelle mesure, le pouvoir du juge est-il « confié aux savants » en matière de responsabilité environnementale. Autrement dit, dans quelle mesure le juge s'en remet-il aux savants ? Peut-on observer une forme de glissement ? L'argumentation juridique recule-t-elle face à l'argumentation scientifique ? *In fine*, le contentieux de la responsabilité environnementale traduit-il une forme de transfert du pouvoir aux savants ?

Pour répondre à ces questions, il s'agit d'examiner la motivation des décisions du juge administratif mais aussi, lorsque c'est possible, l'argumentation des parties, dans quelques domaines clés du contentieux de l'environnement¹⁴. Il s'agit tout d'abord de la lutte contre les changements climatiques : dans l'affaire *Oxfam* de 2021, désignée par les requérantes comme « l'affaire du Siècle », le tribunal administratif de Paris retient la carence fautive de

¹⁰ Valérie Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre. Pour en finir avec l'écoïde*, Seuil, 2016, p. 268.

¹¹ V. Julien Bétaille, « Reconnaître des "droits" à la nature : des enjeux politiques et démocratiques, davantage qu'une question juridique », *Club des juristes*, Blog, 9 septembre 2022 : <https://blog.leclubdesjuristes.com/reconnaitre-des-droits-a-la-nature-des-enjeux-politiques-et-democratiques-davantage-quune-question-juridique-par-julien-betaille/>

¹² Laurent Fonbaustier, *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2018, p. 26.

¹³ Laurent Fonbaustier, *Ibidem*, p. 24-25

¹⁴ Certains auteurs américains utilisent une méthode systématique, empirique et quantitative : v. Sabrina McCormick et al., « Science in litigation, the third branch of U.S. climate policy », *Science*, 8 septembre 2017, vol. 357, Issue 6355, p. 979.

l'État en matière de réduction des gaz à effet de serre ainsi que l'existence d'un préjudice écologique, même si celui-ci n'est pas indemnisé¹⁵. Il s'agit ensuite de plusieurs affaires de pollution. D'une part, s'agissant de la prolifération des algues vertes sur les côtes bretonnes, la Cour administrative d'appel de Nantes a retenu, dès 2009, la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne et des installations classées, de même que le lien de causalité entre cette carence et le préjudice moral des associations¹⁶. D'autre part, dans une série d'affaires relatives à la pollution de l'air, le juge administratif a depuis 2019 admis la carence de l'État mais a jusqu'à présent refusé le lien de causalité avec les pathologies médicales développées par les requérants¹⁷. Enfin, s'agissant de la protection de la biodiversité, il s'agit d'une part des carences fautives de l'État dans la protection de l'ours dans les Pyrénées¹⁸ et dans celle des cétacés¹⁹ et, d'autre part, des illégalités fautives ayant conduit à la reconnaissance de la responsabilité de l'État concernant la chasse au grand tetras et au lagopède alpin²⁰.

Sur cette base, nous défendons la thèse selon laquelle, en matière de responsabilité administrative environnementale, l'hypothèse d'une forme de dérive épistocratique n'est pas vérifiée. Autrement dit, il est aujourd'hui excessif de considérer que le contentieux de la responsabilité environnementale traduit une forme de transfert du pouvoir aux savants.

A l'évidence, le juge administratif marche toujours sur un fil. Comme l'expliquait récemment le vice-président du Conseil d'État, « le renouveau du contentieux environnemental pose un défi au juge, qui va devoir tout à la fois veiller à ne pas se laisser dépasser par l'expertise scientifique et recueillir toutes les informations nécessaires »²¹. Néanmoins, l'examen du contentieux de la responsabilité administrative en matière d'environnement montre que le juge, s'il est constamment confronté à l'argument scientifique, maintient une forme d'équilibre en le tenant à une juste distance.

Il s'agit ainsi d'examiner, dans un premier temps, la centralité de l'argument scientifique (I), avant de montrer, dans un second temps, son auxiliarité (II). Autrement dit, le devoir-être est en partie dépendant de l'être, mais il n'y a pas d'être sans devoir-être.

¹⁵ TA Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam et a.*, n° 1904967, 1904972, 1904976/4-1 ; *AJDA*, 2021, p. 2228, note J. Bétaille.

¹⁶ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre de l'écologie c. Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 07NT03775 ; *AJDA*, 2010, p. 903, note A. Van Lang.

¹⁷ TA Montreuil, 25 juin 2019, *Mme T.*, n° 1802202 ; EEI, 2019, comm. 41, note M. Moliner-Dubost ; TA Paris, 4 juillet 2019, *Mme N.*, n° 1709333 (voir aussi les deux autres jugements rendus le même jour, n° 1810251 et n° 1814405) ; TA Lille, 9 janvier 2020, *Mme Sandrine Rousseau*, n° 1709919 ; TA Lyon, 26 septembre 2019, *Mme X.*, n° 1800362 ; *Rev. jurisp. ALYODA* 2020, n° 2, note G. Talpin ; CAA Lyon, 29 novembre 2021, n° 19LY04397.

¹⁸ TA Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'ours – ADET*, n° 1501887, n° 1502320 ; *AJDA*, 2018, p. 2344, note J. Bétaille.

¹⁹ TA Paris, 2 juillet 2020, *Association Sea Sheperd France*, n° 1901535.

²⁰ TA Pau, 26 octobre 2017, *Association France Nature Environnement Midi-Pyrénées*, n° 1502311 ; 22 avril 2021, *Association France Nature Environnement Midi-Pyrénées*, n° 1802786 ; TA Toulouse, 1^{er} mars 2022, *Comité écologique Ariégeois*, n° 1803160.

²¹ Bruno Lasserre, Vice-Président du Conseil d'Etat, « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges », Discours prononcé à la Cour de cassation, 21 mai 2021.

I. LA CENTRALITE DE L'ARGUMENT SCIENTIFIQUE : L'ETRE AU SERVICE DU DEVOIR-ETRE

La centralité de l'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale ressort de son omniprésence (A), mais aussi de sa nécessité pour la résolution des litiges environnementaux (B). Il faut cependant noter que le juge s'appuie sur un type particulier d'arguments scientifiques, des arguments « de seconde main » (C).

A. L'omniprésence de l'argument scientifique

L'argument scientifique est aujourd'hui courant dans le contentieux administratif de la responsabilité environnementale. Il est présent dans la plupart des domaines (climat, pollution, biodiversité, etc.) et à tous les niveaux, que ce soit pour établir la faute, le préjudice ou le lien de causalité. L'accès facilité à la connaissance, l'ère du *big data* et de la science « ouverte » conjugués à l'essor du droit à l'information en matière d'environnement ont probablement contribué à favoriser ce phénomène.

S'agissant en premier lieu de l'« affaire du Siècle »²², si l'obligation générale de lutte contre les changements climatiques est déduite au terme d'une interprétation fondée sur les normes juridiques, en particulier le droit de l'Union européenne²³, la quantité importante de données scientifiques fournies par les requérantes permet au juge de constater le manquement à cette obligation et ainsi de retenir la carence fautive de l'État²⁴. Les arguments scientifiques et juridiques restent bien distincts mais il va de soi que les premiers sont ici déterminants sur l'issue de l'affaire.

Il est également frappant de constater, dans cette affaire et de manière générale dans les contentieux climatiques, qu'au-delà du prétoire, l'argumentation juridico-scientifique est devenue un véritable instrument de communication. De manière indirecte, cela a pu exercer une forme de pression externe sur le juge administratif. En effet, cette affaire a été très largement médiatisée par les associations et a reçu l'appui d'une pétition comptant plus de deux millions de signatures. De façon tout à fait inhabituelle, l'argumentation des requérantes a été rendue publique sur leur site internet²⁵ et a même fait l'objet d'un commentaire dans une revue juridique avant que le tribunal ne statue²⁶. L'État défendeur n'est d'ailleurs pas resté en retrait de cette bataille de communication. Dans l'affaire *Grande Synthe*, le ministère de l'environnement a rendu publique la « réponse du Gouvernement au Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure engagée en 2019 par la commune de Grande-

²² TA Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam et a.*, n° 1904967, 1904972, 1904976/4-1 ; *AJDA*, 2021, p. 2228, note J. Bétaille.

²³ V. Julien Bétaille, « Climate litigation in France, a reflection of trends in environmental litigation », *Environmental Law Network International Review*, Vol. 22, 2022, p. 63.

²⁴ Paragraphe 30 du jugement du 3 février 2021.

²⁵ V. « Argumentaire du mémoire complémentaire », <https://laffairedu siecle.net/argumentaire-memoire-complementaire/>

²⁶ V. Christel Cournil, « "L'affaire du siècle" devant le juge administratif », *AJDA*, 2019, p. 437.

Synthe »²⁷. Le gouvernement a ainsi été à son tour contraint d'afficher une forme de rationalité scientifique.

En second lieu, l'argument scientifique est également particulièrement présent le domaine de la protection de la biodiversité. Dans l'affaire des cétacés tout d'abord²⁸, la requérante a fourni au juge d'importantes données naturalistes sur les échouages de dauphins (en moyenne 900 par an sur la côte atlantique, en augmentation forte depuis 2016). Cela lui a permis de mettre en évidence l'insuffisance du système de contrôle des captures accidentelles de cétacés²⁹, ce qui a conduit le juge à retenir la carence de l'État du fait de son retard dans la mise en place du système de surveillance des captures accidentelles³⁰.

Ensuite, concernant l'affaire du maintien de la population d'ours brun dans les Pyrénées³¹, les données scientifiques sont absolument essentielles à la démonstration de la carence de l'État. Dans ses conclusions, le rapporteur public s'appuie sur une évaluation demandée par le ministère de l'environnement au Muséum national d'histoire naturelle³² et il l'utilise pour établir le risque démographique et le risque génétique (consanguinité) qui affectent la population d'ours brun dans les Pyrénées.

S'agissant enfin du contentieux du grand tétras, l'argumentation associative est largement fondée sur des données scientifiques relatives à la conservation de l'espèce, notamment dans la dernière affaire jugée par le tribunal administratif de Toulouse le 1^{er} mars 2022³³ où l'association produit l'évolution des effectifs des deux espèces concernées (grand tétras et lagopède alpin), l'évolution de leur taux de reproduction ainsi qu'une quantification des oiseaux illégalement détruits du fait des arrêtés préfectoraux antérieurement annulés sur le fondement de la directive Oiseaux.

In fine, l'omniprésence de l'argument scientifique n'est pas le simple fait du hasard. Le droit de l'environnement implique nécessairement, pour son application, le recours à l'argument scientifique.

B. La nécessité de l'argument scientifique

La centralité de l'argument scientifique résulte, par-delà son instrumentalisation ponctuelle, de sa nécessité pour satisfaire les conditions de la responsabilité pour faute. Longtemps peu prise au sérieux par le juge administratif³⁴, la nature a en quelque sorte besoin d'être saisie,

²⁷ Réponse du Gouvernement au Conseil d'Etat dans le cadre de la procédure engagée en 2019 par la commune de Grande-Synthe, Mai 2022 : <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/resume-rep-gouv-gs.pdf>

²⁸ TA Paris, 2 juillet 2020, *Association Sea Sheperd France*, n° 1901535.

²⁹ Paragraphes 11-15 du jugement du 2 juillet 2020.

³⁰ Paragraphe 21 du jugement du 2 juillet 2020.

³¹ TA Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'ours – ADET*, n° 1501887, n° 1502320 ; *AJDA*, 2018, p. 2344, note J. Bétaïlle.

³² Conclusions du rapporteur public Alain Daguerre de Hureaux, inédit.

³³ TA Toulouse, 1^{er} mars 2022, *Comité écologique Ariégeois*, n° 1803160.

³⁴ V. Francis Caballero, « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, 1984, p. 3.

décrite, modélisée par la science. Celle-ci permet à la nature d'exister dans le cadre du procès.

Concernant en premier lieu l'établissement de la faute, celle-ci est en général prédéterminée par une norme juridique empreinte de notions scientifiques, que ce soit dans le cas de l'illégalité fautive ou dans le cas de la carence fautive qui suppose au préalable la démonstration d'une obligation à la charge de l'État. L'affaire de l'ours dans les Pyrénées est assez symptomatique de ce point de vue. La mise en évidence de la carence supposait de démontrer que la population d'ours n'avait pas été rétablie dans un « état de conservation favorable »³⁵, tel que l'exige l'article 2 de la directive Habitats. Or, ce sont les données scientifiques sur les risques démographique et génétique affectant la population d'ours qui ont permis de conclure au manquement de l'État quant à cette obligation de résultat européenne et, ce faisant, de conclure à la carence fautive³⁶. Il en va de même dans « l'affaire du Siècle » où la confrontation des données fournies par le Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (CITEPA) à l'obligation de résultat issue du droit de l'Union européenne a permis au tribunal de conclure à la carence de l'État.

S'agissant ensuite de la preuve du préjudice, le recours à l'argument scientifique est là aussi nécessaire. Il en va ainsi en matière de pollution de l'air où des certificats médicaux permettent d'attester de la pathologie médicale dont souffrent les requérants. En ce qui concerne le préjudice écologique, c'est entre autres l'absence de données permettant de le quantifier qui a fait défaut aux requérantes dans l'affaire *Oxfam*, même si le tribunal a reconnu la réparabilité théorique de ce type de préjudice³⁷.

Enfin, la causalité scientifique peut être extrêmement utile à l'établissement de la causalité juridique. C'est d'ailleurs l'argument scientifique qui s'avère insuffisant lorsque le juge se montre exigeant de ce point de vue. Dans chacune des affaires relatives à la pollution de l'air³⁸, les requérants se heurtent à la preuve du lien de causalité. Les certificats médicaux produits ne suffisent pas à établir le lien entre leur pathologie et la faute de l'État³⁹. Dans l'affaire des algues vertes, c'est un raisonnement contrefactuel, typique des analyses statistiques contrôlées, qui permet au juge d'accepter un lien de causalité entre la carence

³⁵ Sur ce concept scientifico-juridique, v. Yaffa Epstein, José Vicente Lopez-Bao et Guillaume Chapron « A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe », *Conservation letters*, Vol. 9, Issue 2, March/April 2016, p. 81.

³⁶ Le rapporteur public a intégralement été suivi par le tribunal : le paragraphe 5 du jugement rappelle les données scientifiques sur la population d'ours dans les Pyrénées ; le paragraphe 6 s'appuie sur des données du Muséum national d'histoire naturelle et fait mention des risques démographique et génétique affectant la population d'ours.

³⁷ V. Julien Bétaille, « Le préjudice écologique à l'épreuve de l'"affaire du siècle" : un succès théorique mais des difficultés pratiques », *AJDA*, 2021, p. 2228.

³⁸ TA Montreuil, 25 juin 2019, *Mme T.*, n° 1802202 ; EEI, 2019, comm. 41, note M. Moliner-Dubost ; TA Paris, 4 juillet 2019, *Mme N.*, n° 1709333 (voir aussi les deux autres jugements rendus le même jour, n° 1810251 et n° 1814405) ; TA Lille, 9 janvier 2020, *Mme Sandrine Rousseau*, n° 1709919 ; TA Lyon, 26 septembre 2019, *Mme X.*, n° 1800362 ; *Rev. jurisp. ALYODA* 2020, n° 2, note G. Talpin.

³⁹ Néanmoins, dans l'affaire Lyonnaise, la Cour administrative d'appel ordonne une expertise au titre de l'article R. 621-1 du code de justice administrative (CAA Lyon, 29 novembre 2021, n° 19LY04397).

fautive et le préjudice moral des associations⁴⁰, même en l'absence d'une quelconque analyse quantitative.

L'argument scientifique constitue ainsi une pierre angulaire du contentieux de la responsabilité environnementale. Néanmoins, il n'est peut-être pas anodin de noter que les arguments scientifiques utilisés par le juge sont en générale de seconde main.

C. Des arguments de seconde main

Dans le cadre de l'affaire *Oxfam*, le tribunal opère en effet de nombreuses références aux données de divers organes d'expertise, du Haut conseil pour le climat (HCC) au Groupe intergouvernemental d'experts sur le climat (GIEC) en passant par le Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (CITEPA) et quelques autres⁴¹. Les exemples pourraient être multipliés dans la mesure où, dans chaque affaire examinée, il est fait référence aux travaux d'organes d'expertise⁴².

Il est ici frappant de constater que, dans la plupart des cas, les juges ne font pas référence à des articles parus dans de grandes revues scientifiques comme *Science* ou *Nature*. Il s'agit en général de rapports d'évaluation réalisés par des organes d'expertise publics ou para-publics, souvent à la demande l'administration. Cela n'est au fond pas très surprenant. Ce type d'expertise a une visée opérationnelle. Les controverses et incertitudes scientifiques y sont parfois atténuées et il correspond sans doute mieux à la culture « administrative » du juge administratif que la recherche purement universitaire.

In fine, l'ensemble de ces éléments conduit à constater la centralité de l'argument scientifique, du moins d'un certain type d'argument scientifique, dans le contentieux de la responsabilité environnementale. Pour autant, cela suffit-il à confirmer l'hypothèse épistocratique ? Ce n'est pas aussi évident. En effet, l'omniprésence de l'argument scientifique n'implique pas nécessairement une forme de transfert du pouvoir aux savants. Au contraire, il est possible de soutenir que l'argument scientifique n'occupe finalement qu'une place auxiliaire dans le contentieux de la responsabilité environnementale.

⁴⁰ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre de l'écologie c. Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 07NT03775 ; *AJDA*, 2010, p. 903, note A. Van Lang.

⁴¹ Les travaux d'expertise suivants sont cités dans le jugement du tribunal administratif de Paris du 3 février 2021 : Groupe intergouvernemental d'experts sur le climat (paragraphe 16), Institut du développement durable et des relations internationales (paragraphe 24), Eurostat (paragraphe 27), Haut Conseil pour le climat (paragraphe 30), Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (paragraphe 30).

⁴² Dans l'affaire des cétacés, il s'agit des données de l'Inventaire national du patrimoine naturel (INPN) et de celles de l'observatoire Pelagis. Dans l'affaire des algues vertes, il s'agit de plusieurs études de l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER). Dans l'affaire de l'ours, le tribunal prend appui sur une expertise du Muséum national d'histoire naturelle (MNHN). Dans les affaires relatives à la pollution de l'air, les données des associations parapubliques de mesure de la qualité de l'air (par ex. AIRPARIF) sont largement utilisées.

II. L'AUXILIARITE DE L'ARGUMENT SCIENTIFIQUE : PAS D'ETRE SANS DEVOIR-ETRE

L'argument scientifique, aussi important soit-il, demeure auxiliaire. Il est celui « qui aide, qui apporte son concours direct ou indirect, d'une manière temporaire ou permanente »⁴³, mais il n'est pas celui qui commande. Autrement dit, l'argument scientifique apporte un concours précieux au procès mais il reste au service de l'opération de concrétisation juridique à laquelle se livre le juge. Cette auxiliarité peut ainsi être constatée s'agissant des trois conditions de la responsabilité, que ce soit au niveau de l'établissement de la faute (A), de la réparation du préjudice (B) ou de la preuve du lien de causalité (C).

A. L'auxiliarité de l'argument scientifique dans l'établissement de la faute

La norme juridique demeure le référent principal lorsqu'il s'agit d'établir la faute. Cela est évident dans l'hypothèse d'une illégalité fautive, par exemple dans les affaires relatives au grand tétras. L'annulation antérieure d'une longue série d'arrêtés préfectoraux en raison de leur contrariété à la directive Oiseaux permet au juge de la responsabilité d'admettre facilement la faute de l'administration, sans examiner sa dimension factuelle.

L'auxiliarité est également marquée dans le cadre de la carence fautive. Dans l'affaire de l'ours, le juge ne peut admettre la carence que s'il a préalablement admis l'existence d'une obligation à la charge de l'État. Ici, même si la notion d'« état de conservation favorable » renvoie à des considérations scientifiques, c'est le fait qu'il s'agisse d'une obligation de résultat au titre du droit de l'Union européenne qui est déterminant⁴⁴. Une espèce peut être décrite scientifiquement comme étant au bord de l'extinction, cela n'a aucun effet devant le juge si l'État n'a pas une obligation juridique à l'égard de cette espèce. De ce point de vue, l'être n'est rien sans le devoir-être. L'argument scientifique est auxiliaire.

Il en va de même s'agissant de « l'affaire du Siècle ». C'est l'existence d'une obligation de résultat en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre qui y est déterminante⁴⁵, peu importe l'accumulation des rapports scientifiques. Le rejet de certaines prétentions des requérantes dans cette affaire l'illustre. En effet, si le juge reconnaît la carence fautive s'agissant du non-respect de son obligation de réduction des émissions, il laisse de côté les arguments épistocratiques. La lecture des écritures montre la volonté des associations de placer leur argumentation sous l'égide de la science. Leur « mémoire complémentaire » s'ouvre par 12 pages d'argumentation scientifique fondée, entre autres, sur les travaux du GIEC, insistant au passage sur la légitimité de cet organe⁴⁶. En tant que

⁴³ Centre national de ressources textuelles et lexicales : www.cnrtl.fr/.

⁴⁴ V. Julien Bétaille, « L'ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre de la directive Habitats », *AJDA*, 2018, p. 2346.

⁴⁵ V. Julien Bétaille, « Climate litigation in France, a reflection of trends in environmental litigation », *Environmental Law Network International Review*, Vol. 22, 2022, p. 63.

⁴⁶ La première phrase de l'argumentaire commence par évoquer le dernier rapport du GIEC. Cela donne l'impression d'une action juridique « au nom » de la science. Le mémoire commence ainsi par un résumé des principaux apports des travaux du GIEC. On compte ainsi 12 pages d'argumentation scientifique en ouverture du mémoire (pp. 4-16). Puis viennent les « arguments juridiques » (p. 17). Il ne s'agit pas ici de démontrer la violation de l'obligation générale

tel, cela n'a rien de critiquable. Il en va autrement lorsque ces travaux font l'objet d'un usage prescriptif. Or, un tel usage est assez manifeste à la page 57 du mémoire. Ces dernières défendent que les objectifs climatiques de la France, tels qu'ils figurent dans les textes⁴⁷, sont insuffisants puisque, selon les scientifiques, ces objectifs de réduction des gaz à effet de serre ne permettent pas d'atteindre une limitation du réchauffement climatique à 1,5° C. Or, cet objectif de 1,5° C, s'il est au cœur de l'article 2 de l'accord de Paris de 2015, ne constitue pas une obligation juridique pour l'État puisque, dans le cadre de l'article 4 de cet accord, les contributions des États en termes de réduction de gaz à effet de serre sont librement déterminées par eux⁴⁸. C'est d'ailleurs ce qui fait l'originalité de l'accord de Paris par rapport au défunt protocole de Kyoto. Dès lors, en demandant au juge de reconnaître la carence de l'État sur la base d'une obligation fondée sur la science mais dont le fondement juridique n'est pas établi, les associations en appelle d'une certaine manière à l'activisme judiciaire, invitant le juge à aller au-delà du droit positif pour appliquer une forme de « prescription » scientifique.

Néanmoins, le tribunal administratif ne suit pas les requérantes sur ce terrain : l'invitation à l'activisme est discrètement refusée par le tribunal puisqu'au moment d'apprécier la faute, l'action de l'État n'est examinée qu'« au regard des objectifs qu'il s'est fixés », confirmant ainsi l'auxiliarité de l'argument scientifique. Pas d'être sans devoir-être.

B. L'auxiliarité de l'argument scientifique dans la réparation du préjudice

L'établissement du préjudice devant le juge relève en grande partie d'une question de fait dont la matérialité est souvent appréhendée scientifiquement. Pour autant, encore faut-il que le juge admette la réparabilité du dommage en question, que le dommage corresponde à un préjudice.

Or, jusqu'à une période très récente, en matière d'environnement, le dommage ne correspondait à aucun préjudice. L'atteinte à l'environnement pouvait toujours être scientifiquement incontestable, le juge administratif se refusait à réparer le dommage à l'environnement en tant que tel. Ce dommage n'étant pas personnel, il ne constituait le préjudice d'aucune personne juridique. La position du juge administratif était bien établie⁴⁹. Il a ainsi fallu une longue maturation du droit⁵⁰ pour qu'à l'occasion de l'affaire *Oxfam*, le juge administratif accepte pour la première fois la réparabilité du préjudice écologique.

de lutte contre les changements climatiques (v. p. 54 et s.), mais de placer les juges dans la perspective des travaux du GIEC.

⁴⁷ Article L. 100-4 du code de l'énergie.

⁴⁸ Le paragraphe 2 de l'article 4 de l'accord de Paris prévoit que « chaque partie communique et actualise les contributions déterminées au niveau national successives qu'elle prévoit de réaliser ».

⁴⁹ CE, 12 juillet 1969, *Ville de Saint-Quentin et a.*, rec., p. 383.

⁵⁰ Cette évolution a été initiée en France par l'affaire *Erika* qui a conduit la Cour de cassation à reconnaître le préjudice écologique (Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938 ; *RTD Civ*, 2013, p. 119, note P. Jourdain). Ce dernier disposait depuis 2005 d'un véritable fondement constitutionnel avec l'article 4 de la Charte de l'environnement selon lequel « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement » (v. CC, 5 février 2021, n° 2020-881 QPC ; *AJDA*, 2021, p. 926, note F. Savonitto). Ces circonstances ont amené le législateur à inscrire

Ainsi, alors que le dommage écologique constitue depuis longtemps une réalité scientifique, cela n'a pas suffi à imposer sa réparation. Celle-ci a émané de l'autorité, et non de la connaissance. C'est l'argumentation juridique qui a été déterminante pour la réparation du préjudice écologique, l'argument scientifique demeurant nécessaire mais auxiliaire. Pas d'être sans devoir-être.

C. L'auxiliarité de l'argument scientifique dans la preuve du lien de causalité

L'existence d'une différence entre causalité scientifique et causalité juridique est bien connue⁵¹. Il est fréquent que le juge n'hésite pas à s'affranchir de la rigueur de la causalité scientifique pour admettre une causalité juridique, et *vice versa*.

Cela est en particulier frappant dans « l'affaire du Siècle ». Alors que la preuve d'un lien de causalité direct entre la carence de l'État et le préjudice climatique pouvait apparaître comme une « difficulté majeure »⁵², le juge s'en affranchi finalement en suivant l'argumentation des requérantes⁵³. Il considère en effet que le fait que l'État ait reconnu « sa capacité à agir effectivement sur (les changements climatiques) pour en limiter les causes et en atténuer les conséquences néfastes » suffit à admettre un lien de causalité⁵⁴, ce qui n'a plus grand-chose à voir avec un raisonnement scientifique rigoureux⁵⁵.

Dans l'affaire des algues vertes, le caractère diffus de la pollution et les difficultés scientifiques qui s'en suivent n'ont pas constitué un obstacle pour la reconnaissance du lien de causalité entre la carence de l'État et les différents préjudices invoqués : le préjudice moral des associations en 2009⁵⁶ et la mort d'un cheval en 2014⁵⁷. Dans l'affaire des cétacés, c'est seulement une corrélation spatiale entre les activités de pêche et les zones de présence et de mortalité des cétacés qui permet d'établir le lien de causalité entre la carence dans

le préjudice écologique aux articles 1246 et suivants du code civil en 2016 (article 4 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages).

⁵¹ V. entre autres François Lafforgue, « L'établissement du lien de causalité en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique », *EEL*, 2018, dossier 31, n° 15.

⁵² V. Agathe Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État », *RFDA*, 2019, p. 652.

⁵³ Le « mémoire complémentaire » comprend très peu d'arguments scientifiques sur le lien de causalité. Il rappelle simplement que les changements climatiques ont une cause anthropique et que les États ne sont donnés des objectifs de réduction des gaz à effet de serre pour lutter contre ces changements. Ce faisant, l'État a reconnu implicitement l'impact des émissions de gaz à effet de serre sur le climat et celui des politiques publiques sur le volume des gaz à effet de serre.

⁵⁴ V. les paragraphes 21 et 30 du jugement.

⁵⁵ L'évaluation scientifique de l'impact des normes juridiques sur le climat en est d'ailleurs à ses balbutiements (v. le chapitre 13 du rapport du groupe de travail III du GIEC (AR6 report), *Mitigation of Climate Change*, 4 avril 2022 : https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_Chapter_13.pdf).

⁵⁶ CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *Ministre de l'écologie c. Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 07NT03775 ; *AJDA*, 2010, p. 903, note A. Van Lang.

⁵⁷ CAA Nantes, 21 juillet 2014, n° 12NT02416 : « la cause la plus vraisemblable de la mort de cet animal est une congestion pulmonaire et qu'une telle congestion, intense, aiguë et généralisée, évoque de manière probable un phénomène d'intoxication par inhalation d'un gaz toxique ».

l'encadrement des activités de pêche et la mortalité des cétacés. Le juge s'affranchi ainsi des limites de la science et des critères qui permettent d'affirmer une causalité scientifique⁵⁸.

Cette autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique ressort également *a contrario* des affaires sur la pollution de l'air. Le juge retient ici une conception de la causalité qui condamne par avance la possibilité d'obtenir réparation. Même les meilleures études médicales ne pourraient pas satisfaire l'exigence du juge administratif. En effet, celui-ci refuse de raisonner dans un cadre probabiliste : il rejette la preuve de la causalité sur le fondement d'associations statistiques entre le facteur de risque, c'est-à-dire la pollution de l'air, et les pathologies développées⁵⁹. En médecine, les études randomisées constituent le « gold standard » pour affirmer un lien de causalité, davantage que les études de cohortes exposées à des biais de confusion. Le problème est cependant qu'en l'espèce, il n'est tout simplement pas possible de réaliser ce type d'étude randomisée s'agissant de la pollution de l'air, tout comme cela n'était pas possible s'agissant du lien entre le tabac et le cancer du poumon, notamment pour des raisons éthiques car cela impliquerait de soumettre un échantillon de la population à un risque avéré. En l'espèce, seul le recours à un raisonnement probabiliste permettrait d'admettre la causalité. L'explication toxicologique, étiologique ou physiopathologique est alors remplacée par la mise en évidence d'une association statistique, sous réserve que ce type d'analyse soit robuste et permette de répondre aux critères de Bradford Hill. Par exemple, ce type de raisonnement a permis de lutter contre le scorbut en utilisant de la vitamine C alors qu'il a fallu près de 200 ans pour connaître précisément l'étiologie de cette maladie qui frappait les marins. Cette exigence du juge administratif, toujours suspecte d'être motivée par la protection des deniers publics face à des préjudices potentiellement très importants, semble en l'occurrence problématique dans la mesure où, en l'état des connaissances scientifiques, il ne semble pas possible de la satisfaire, les connaissances en physiopathologie et en toxicologie n'étant pas encore suffisantes. Pour autant, elle témoigne avec éclat de l'autonomie de la causalité juridique par rapport à la causalité scientifique. Ainsi, l'argument scientifique demeure auxiliaire. Pas d'être sans devoir-être.

In fine, en matière de responsabilité administrative environnementale, l'hypothèse d'une forme de dérive épistocratique n'est pas vérifiée. Si l'argument scientifique constitue un élément central, le juge conserve l'autonomie du droit et évite ainsi une forme de transfert du pouvoir aux savants.

⁵⁸ V. par exemple, en médecine, les critères posés par Sir Austin Bradford Hill pour distinguer une simple association statistique d'une causalité (Austin Bradford Hill, « The Environment and Disease: Association or Causation? », *Proc R Soc Med.* 1965 May; 58(5): 295–300.)

⁵⁹ V. Antoine Le Dyllo, « Lutte contre la pollution atmosphérique : la carence fautive de l'État reconnue par des jugements en demi-teinte », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 21 août 2019, n° 48.