

Les angles morts de la doctrine juridique environnementaliste

Gilles J. Martin

DANS **REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT 2020/1 Volume 45**, PAGES 67 À 80
ÉDITIONS **JLE**

ISSN 0397-0299

ISBN 9782756206042

Date de mise en ligne : 11/06/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2020-1-page-67?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour JLE.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.



LES ANGLES MORTS DE LA DOCTRINE JURIDIQUE ENVIRONNEMENTALISTE

Gilles J. MARTIN

Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur
GREDEG, CNRS

Résumé Ces angles morts désignent les hypothèses dans lesquelles la doctrine juridique délaisse certaines questions qui paraissent inaccessibles à son champ de vision et qui, de ce fait, ne sont pas traitées. L'objectif est donc de faire l'inventaire, évidemment incomplet et subjectif, des questions orphelines pour tenter de convaincre que nous faisons fausse route en les ignorant. Il repose sur une triple observation. La première conduit à constater la bouderie persistante que manifeste la doctrine environmentaliste dominante à l'égard des questions environnementales liées à l'entreprise et, au-delà, au système économique et financier ; la deuxième vise à souligner combien la doctrine majoritaire a tendance à se focaliser sur les principes en délaissant volontiers de mener une réflexion et de développer des analyses sur les instruments ; la dernière, enfin, tentera d'identifier les territoires que la doctrine n'explore que trop timidement ou pas du tout, comme par exemple la relation entre intelligence artificielle et droit de l'environnement.

Mots clefs : Doctrine juridique environmentaliste, questions orphelines, système économique et financier, outils et instruments *versus* principes, domaines délaissés.

Summary *Blind spots in environmental legal doctrine.* These blind spots refer to hypotheses in which the legal doctrine abandons certain issues that seem inaccessible to its vision and which, as a result, are not covered. The objective is therefore to make an inventory, obviously incomplete and subjective, of orphan issues to convince us that we are on the wrong track by ignoring them. It is based on a three-fold observation. The first confirms the persistent disregard shown by the dominant environmentalist doctrine for environmental issues related to the enterprise and, beyond that, to the economic and financial system; the second aims to underline the extent to which the mainstream doctrine tends to focus on principles, neglecting reflection and analyses on instruments; the last, finally, will attempt to identify the territories that the doctrine explores only too timidly or not at all, such as the relationship between artificial intelligence and environmental law, for example.

Keywords: Environmentalist legal doctrine, Orphan issues, Economic and financial system, Tools and instruments *versus* principles, Neglected areas.

Selon Diderot, l'angle mort est « l'angle rentrant [d'une fortification] qui n'est point flanqué ou défendu »¹. Aujourd'hui l'expression désigne la zone inaccessible au champ de vision d'un conducteur de véhicule qui occulte une partie de son environnement. Appliquée à la doctrine juridique, elle désignera les hypothèses dans lesquelles celle-ci délaisse certaines questions qui paraissent inaccessibles à son champ de vision et qui, de ce fait, ne sont pas traitées. La doctrine juridique environnementaliste n'échappe pas aux angles morts.

Encore faut-il immédiatement préciser l'objet de ce propos iconoclaste et multiplier les avertissements de précaution. Tous les combats juridiques en faveur d'une meilleure protection de l'environnement doivent être soutenus. L'objet du présent article n'est donc pas de distinguer entre ceux qui mériteraient d'être menés et ceux qui pourraient être délaissés. Il est seulement de souligner – pour le regretter – que la doctrine environnementaliste dominante, en se focalisant presque exclusivement sur certains thèmes, contribue à en masquer d'autres, pourtant au moins aussi importants, mais qui sont, de ce fait, trop souvent ignorés ou négligés.

Pas une semaine sans que soient publiés une tribune ou un appel, sans que soit organisé un colloque ou écrit un article sur les droits de la nature et la reconnaissance de sa « personnalité », ou bien sur la nécessité de multiplier les références à l'environnement et à sa protection dans les textes constitutionnels ou dans de grandes déclarations ou pactes internationaux, ou encore sur les contentieux climatiques ou la nécessité de créer une juridiction spécialisée et sur quelques autres rares sujets, dont on peut dire qu'ils constituent le *main stream* de la doctrine juridique environnementaliste. Ces études, ces appels, ces plaidoyers, ces analyses sont tous intéressants, souvent stimulants ; ils font naître des débats et méritent évidemment attention.

Mais comment expliquer, et plus encore comment justifier, la discrétion de la doctrine environnementaliste sur la plupart des sujets qui nourrissent à longueur de colonnes les rubriques « environnement » de la presse générale. Que l'on songe à la loi PACTE, à la comptabilité environnementale, aux apports potentiels et aux dangers de l'intelligence artificielle dans notre domaine, aux limites de l'ordre public général en matière de protection de l'environnement, et même à la fiscalité environnementale, alors que les débats politiques et citoyens font rage sur certains de ces points ? Si nous évoquons la discrétion plutôt que le silence, c'est pour rendre grâce aux rares auteurs qui, néanmoins, se risquent à publier sur ces questions, mais dont les écrits, exceptionnels, ne parviennent pas à dominer le bruit de fond dominant.

La méthode qui a été la nôtre – nous le confessons – est aussi peu scientifique que possible. Elle ne repose pas sur une analyse quantitative et exhaustive des revues juridiques, mais sur le ressenti que l'on peut éprouver en parcourant les principales, ce qui intègre les revues spécialisées, ou bien encore en entrant certains mots clefs

¹ Diderot, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1778.



dans les moteurs de recherche et en découvrant qu'ils ne renvoient à aucune étude *juridique* sur la question. Elle ne prétend pas davantage définir avec précision les contours de la « doctrine environnementaliste », désignant simplement par-là les auteurs connus pour écrire régulièrement dans ce domaine ou publiant dans des revues spécialisées. C'est dire que l'on pourra sans doute objecter point par point que tel article a été publié qui traitait de l'un des thèmes que nous présentons comme « négligé ». Il sera sans doute également relevé qu'il y a quelque injustice à publier le présent article dans la seule *Revue* qui apparaît comme une exception – sinon absolue, au moins relative – au travers que nous dénonçons. C'est, au contraire, pour marquer sa spécificité et donc son absolue nécessité dans le paysage éditorial, que ce choix a été fait. Il demeure que le ressenti dont nous faisons part est suffisamment fort pour être exprimé... Et s'il suscite des réponses et de la controverse, il faut s'en réjouir par avance !

Deux économistes de renom (Andrew Oswald, de l'Université de Warwick, et Nicolas Stern, de la London School of Economics) ont publié en septembre 2019 sur le site Vox, un article encore plus sévère démontrant que la doctrine économique dominante avait « abandonné le monde »². Que les sciences sociales – car le constat ne doit pas être très différent pour la sociologie, par exemple – désertent ce champ d'analyse ou qu'elles consacrent toute leur énergie à traiter en boucle toujours les mêmes sujets, en délaissant les autres – ce qui à certains égards revient au même –, est une mauvaise nouvelle pour ceux qui pensent que ces compétences sont essentielles au progrès de l'action publique comme privée.

Les raisons de cet état de fait mériteraient d'être explorées, mais tel n'est pas l'objet du propos et la tentative de les identifier ferait sans doute naître des polémiques inutiles. L'objectif est donc plutôt de faire l'inventaire, évidemment incomplet et subjectif, des questions orphelines pour tenter de convaincre que nous faisons fausse route en les ignorant. Le « nous » n'est pas ici de majesté, mais signifie au contraire que l'auteur de ces lignes est, comme ses collègues, visé par la remarque qu'il adresse à toute la doctrine.

Cet inventaire reposera sur une triple observation. La première conduit à constater la bouderie persistante que manifeste la doctrine environnementaliste dominante à l'égard des questions environnementales liées à l'entreprise et, au-delà, au système économique et financier (I) ; la deuxième vise à souligner combien la doctrine majoritaire a tendance à se focaliser sur les principes en délaissant volontiers de mener une réflexion et de développer des analyses sur les instruments (II) ; la dernière, enfin, tentera d'identifier les territoires que la doctrine n'explore que trop timidement ou pas du tout (III).

² <https://voxeu.org/article/why-are-economists-letting-down-world-climate-change>.

I. LA BOUDERIE PERSISTANTE DES QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES LIÉES À L'ENTREPRISE ET AUX SYSTÈMES ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

Le constat n'est pas nouveau. Les défenseurs de l'environnement n'aiment guère l'économie en général, le système économique dans lequel nous vivons en particulier, et ils abhorrent la finance et tout ce qui a un lien avec elle. Beaucoup voient même dans les systèmes économique et financier, comme dans le comportement des entreprises, les responsables principaux de la situation dans laquelle nous sommes et prônent le « changement nécessaire de modèle », sans aller beaucoup plus loin, en général, dans les détails de cette proposition. Les juristes environnementalistes épousent plus ou moins consciemment cette position, dont on a du mal à déterminer si elle est de nature strictement idéologique ou plus largement « culturelle ». Quoi qu'il en soit, elle les conduit à ne pas s'intéresser à des questions qui sont au contact des mondes économique et financier, même s'il s'agit de questions touchant au droit et à l'environnement et même pour développer un point de vue critique sur les initiatives prises ici ou là. Il est facile d'en donner quelques illustrations³.

La presse générale, mais aussi les éditeurs de livres techniques, ont multiplié les articles et les propositions d'ouvrages consacrés à la loi PACTE⁴, loi protéiforme traitant d'un très grand nombre de questions. Parmi elles, une au moins auraient pu (dû ?) retenir l'attention des juristes environnementalistes et provoquer, sinon une avalanche, du moins un certain nombre d'articles ou d'événements académiques.

Elle concerne le droit des sociétés et résulte des articles 169 et 176 de la loi. Le premier modifie la définition de la société donnée par le Code civil et restée quasiment inchangée depuis 1804 ; il permet aussi aux entreprises qui le souhaitent de définir dans leurs statuts une « raison d'être »⁵. Le second pose les conditions que doivent remplir celles qui voudraient se structurer en « société à mission ». Pour être un peu plus précis, les textes prévoient, d'abord, que toute société « doit être gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (art. 1833 du Code civil) ; ils disposent, ensuite que « les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans

³ Au titre des exceptions qui confirment la règle, il faut cependant signaler l'ouvrage *Marché et environnement*, regroupant sous la direction scientifique de M.-P. Camproux et J. Sohnle, les Actes du colloque national de la SFDE tenu à Strasbourg en 2012, Bruylant 2014. Il faut également signaler la thèse d'Aurélié Tomadini, *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement - Contribution à l'étude des mécanismes de conciliation*, LGDJ 2016.

⁴ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *JORF* n° 0119 du 23 mai 2019.

⁵ Un écho à cette loi française peut être trouvé dans la « déclaration sur la raison d'être des entreprises », lancée par la Business Roundtable en août 2019 aux États-Unis (<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>).



la réalisation de son activité » (art. 1835 du Code civil) ; enfin, la loi énonce (art. L. 210-10 du Code de commerce) qu'une société peut se présenter comme « société à mission » si elle remplit quatre conditions : les statuts doivent faire état d'une « raison d'être », au sens du Code civil ; ils doivent préciser « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité », et prévoir « les modalités de suivi de l'exécution de la mission », notamment par l'institution d'un « comité de mission distinct des organes sociaux » ; enfin, le texte dispose que « l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux (...) fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant », vérification qui donne lieu à la publication d'un rapport.

Si les articles de civilistes et de commercialistes ont été nombreux pour commenter ces dispositions et souvent pour les critiquer, on peine jusqu'à ce jour à trouver des analyses d'environnementalistes. La présente *Revue* semble avoir été la seule à publier un article sur le sujet. Encore était-ce avant le vote définitif de la loi⁶. Depuis que la loi a été édictée, il semble que ces dispositions soient totalement ignorées de la doctrine environnementaliste. Comment est-ce possible, alors que cette innovation législative touche au cœur du droit des sociétés, en ajoutant à la seule référence aux droits des associés, jusqu'ici de mise, une référence à l'intérêt social et en prévoyant expressément la nécessaire prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité poursuivie ? De même, les juristes environnementalistes n'ont-ils rien à dire à propos des sociétés qui décideraient d'inclure dans leurs statuts des « raisons d'être » environnementales ou qui, allant plus loin, choisiraient d'entrer dans le cadre juridique des sociétés à mission ? Que l'on nous entende bien : il ne s'agit pas nécessairement de soutenir que ces textes sont révolutionnaires ; il est même possible de considérer que cette avancée apparente n'est que de la poudre aux yeux ou plus simplement de s'interroger sur les voies et moyens qui permettront aux parties prenantes de faire vivre ces nouvelles dispositions. Mais comment justifier le désintérêt, l'indifférence, alors que ces textes ont suscité des réactions très vives et souvent très hostiles dans certains milieux économiques et dans la doctrine juridique la plus conservatrice ?

Une autre illustration peut aussi être rattachée au fonctionnement des entreprises et tout spécialement à la façon dont la comptabilité rend – ou non – compte de façon loyale et sincère des risques environnementaux portés par celles-ci. Depuis plusieurs années, des spécialistes des sciences de gestion publient des analyses sur ce que pourrait et devrait être une comptabilité prenant réellement en compte les enjeux environnementaux des activités de production et donnant une traduction chiffrée à la nécessaire conservation des patrimoines naturel et humain et pas seulement à celle du patrimoine financier⁷. Il faudra attendre 2018 et la soutenance d'une thèse

⁶ Martin Morales, « La loi PACTE et la prise en compte des considérations sociales et environnementales en droit des sociétés : une réforme en trompe l'œil ? », *RJE* 2019/2 (Volume 44), p. 339-351. Rédigé avant l'adoption définitive de la loi, l'auteur n'a pas pu prendre en compte le dernier état des discussions parlementaires, notamment sur la société à mission.

⁷ C'est le mouvement qui a été identifié sous l'acronyme de CARE. Sur le site consacré à ce mouvement (<http://www.compta-durable.com/comptabilite-environnementale-sociale/modele-care/>), on trouve l'explication suivante : « **La comptabilité en triple capital** telle que

sur le concept comptable de passif environnemental⁸ pour que la question émerge chez les juristes environnementalistes et que des réflexions juridiques, encore très timides, s'engagent sur l'adaptation des concepts du droit comptable aux enjeux de conservation.

Le constat est identique si, délaissant le fonctionnement interne de l'entreprise, on glisse vers les outils financiers, tels que les « obligations vertes » (*green bonds*) et plus généralement les investissements dits « responsables ». La grande majorité des études disponibles émanent de non-juristes. Quelques spécialistes de droit bancaire et financier y consacrent de rares études. Pratiquement rien n'émane de la doctrine juridique environnementaliste, alors que l'évaluation environnementale de ces outils, qui implique une approche juridique fine de ces instruments, éclairée par une conscience des enjeux environnementaux, fait très largement défaut. En revenant d'un mot sur la loi PACTE, quelques dispositions de ce texte concernent les produits financiers et notamment les produits d'épargne, en prévoyant, par exemple, que les produits d'assurance-vie en unités de compte proposés aux épargnants devront, à partir de 2022, comporter obligatoirement au moins une unité de compte correspondant à l'investissement socialement responsable (label ISR), une autre destinée à financer la transition énergétique (label TEEC) et une troisième identifiée comme relevant de la finance solidaire (identifiée par le label Finansol, par exemple). La loi prévoit également que les banques et les compagnies d'assurance devront mieux informer leurs souscripteurs sur la part réelle de leur épargne allouée à la transition écologique ou au secteur solidaire. Il n'a pas été possible d'identifier une seule publication consacrée à ces dispositions par un juriste spécialisé en droit de l'environnement.

Même si l'on cherche du côté régalien des instruments économiques, en se penchant sur la fiscalité, il est frappant de constater que les débats relatifs à l'institution d'une taxe carbone ne sont animés que par des économistes (sur les vertus ou les limites d'un tel outil) et plus marginalement par des politistes ou des sociologues (sur le thème de l'acceptabilité sociale d'un tel prélèvement). Il est tout aussi remarquable de noter que les revues juridiques en général et les revues spécialisées en droit de l'environnement en particulier n'accordent pratiquement aucune place à ces discussions.

celle proposée par Gray (1994), considère que pour atteindre la **soutenabilité** il convient de **maintenir l'intégralité du capital**, c'est-à-dire tous les capitaux indépendamment, et de ne dépenser que le profit qui en résulte. Les capitaux ne sont donc ici pas substituables, conformément à la version dite « forte » de la soutenabilité (Daly, 1992). Dans la lignée de ces travaux, la **Comptabilité Adaptée au Renouvellement de l'Environnement** (CARE) conçue par J. Richard (2012) à l'Université Paris Dauphine, propose des modalités opérationnelles permettant d'assurer cette conservation : la mise en application du principe d'amortissement à l'ensemble des actifs, qu'ils soient **financiers, naturels, ou humains** ».

8 J. Bardy, *Le concept comptable de passif environnemental, miroir du risque environnemental de l'entreprise*, Thèse, Nice, 2018, à paraître sous l'intitulé *Le passif environnemental de l'entreprise - Contribution à l'avènement d'un droit comptable de l'environnement*, LGDJ, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2020, t.16. Rappelons que cette thèse a été couronnée par le premier prix de thèse de la SFDE 2019.



Il en va de même encore si les yeux se tournent vers les marchés de quotas de gaz à effet de serre, mixte de politique publique et d'instruments de marchés. On apprend par la presse générale que les discussions les plus serrées, à l'occasion de la COP 25 à Madrid, ont porté sur la mise en œuvre de l'article 6 de l'Accord de Paris qui prévoit la mise en place d'un système d'échange de droits d'émission. La même presse, relatant la proposition de « Green New Deal » de la Commission européenne récemment mise en place, relève l'attention portée par sa Présidente à ce « marché du carbone »⁹. Or, un tel système, pour espérer être efficace, implique que soient conçus des mécanismes de régulation, de surveillance et de contrôle très précis, ce qui en principe relève en grande partie du droit et des juristes. Pourtant, ni les revues spécialisées, ni *a fortiori* les revues généralistes, n'ont publié beaucoup d'études sur la question, alors que le devenir de l'Accord de Paris en dépend et que cette question sera sans doute la question majeure de la COP 26.

Restons un instant en Europe. Les spécialistes de droit européen et/ou de droit rural ont-ils consacré suffisamment d'énergie et d'attention aux mécanismes juridiques qui gouvernent la PAC, dont une enquête très fouillée, parue dans le *New-York Times*¹⁰, nous apprend qu'elle serait « un système de subventions délibérément opaque, faussé par la corruption et le conflit d'intérêts, et qui sape complètement les objectifs environnementaux de l'Union » ? Une contre-expertise serait bienvenue !

S'agissant de marchés, d'échanges et de relations internationales, et alors que les dénonciations des accords bilatéraux se multiplient, sans qu'une argumentation juridiquement bien étayée soit développée, il est encore surprenant de ne pas trouver davantage d'études sur la place des préoccupations environnementales dans le droit du commerce international, ou sur les moyens d'introduire, beaucoup plus sérieusement que cela n'a jamais été fait, ces préoccupations dans les rouages d'une Organisation Mondiale du Commerce « en plein désarroi »¹¹. Ceux qui s'intéressent à ces questions auront également du mal à trouver des études, en tout cas en langue française, sur la prise en compte des enjeux environnementaux par l'arbitrage, dans les litiges nés du commerce international.

Les exemples pourraient être multipliés à l'envi et tous interrogent : si l'essentiel des difficultés, voire des impasses, que nous identifions aujourd'hui, trouvent leur origine dans le système économique dominant – opinion que nous partageons volontiers –, c'est là que devrait être principalement porté le fer des études et des analyses, si du moins nous admettons que la part du droit n'est pas négligeable. Les explications de cette « bouderie » à l'égard des questions économiques et financières au sens large, ne tiennent sans doute pas à la seule dimension idéologique ou culturelle évoquée plus haut. Peut-être, faut-il aussi rechercher une explication dans le caractère souvent très technique de ces dispositifs qui obligent à croiser l'approche environnementale et des corpus de connaissances et d'analyses longtemps étran-

⁹ Interview de Ursula Von der Leyen, *Les Échos* des 27 et 28 décembre 2019, p. 4 et 5.

¹⁰ Dont on peut trouver un compte rendu sous la plume de Stéphane Foucart, dans *Le Monde* du 4 janvier 2020, p. 24, dans un article intitulé « Une catastrophe agricole commune ».

¹¹ *Les Échos* des 3 et 4 janvier 2020, p. 5.

gers à ces préoccupations. Un dernier facteur joue vraisemblablement un rôle non négligeable : la tradition juridique française reste très attachée aux débats sur les principes et a moins d'appétence pour ceux qui portent sur les instruments. Cela se vérifie aussi en dehors des questions économiques ou financières.

II. LA FOCALISATION SUR LES PRINCIPES ET LA TIMIDITÉ DE LA RÉFLEXION SUR LES INSTRUMENTS

Sur ce point encore, le risque de se faire mal comprendre est grand. Il n'est pas question de soutenir qu'en droit de l'environnement, les principes directeurs n'ont pas d'intérêt, ni que leur promotion au rang de norme constitutionnelle a été sans effet, et pas davantage que l'inscription de ces principes dans un pacte mondial contraignant serait secondaire¹². Tout au plus, peut-on avancer que si l'on met en rapport le nombre d'études qui leur a été consacré et les effets concrets de leur adoption sur le terrain, une certaine déception peut s'exprimer. Mais le propos n'est évidemment pas de dénoncer les études et les combats qui ont été – et qui sont encore – conduits sur ce terrain. Il est plutôt de relever combien, à quelques exceptions près, la doctrine juridique environnementaliste, consacre *comparativement* peu de temps et peu de place aux instruments susceptibles de traduire dans le quotidien juridique des citoyens la prise en compte des enjeux environnementaux.

Une précision encore pour répondre par avance à une objection qui pourrait être faite : la doctrine consacre des pages et des pages de commentaires à tous les textes qui chaque jour viennent compléter – parfois alourdir – le Code de l'environnement ou des codes voisins. Ce travail d'analyse et de présentation du droit positif est nécessaire et doit être poursuivi, mais il ne saurait remplacer des études à vocation plus opérationnelle sur des outils ou des instruments susceptibles de faire entrer la prise en compte de l'environnement dans la vie concrète¹³. Quelques illustrations permettront peut-être d'éclairer le lecteur.

Le droit de l'environnement se développe chaque jour davantage ; les dispositifs visant notamment à protéger la biodiversité ou au moins à ralentir sa dégradation se multiplient, tant en droit international, qu'en droit européen ou interne. Dans le même temps, on constate que les autorités internationales, européennes ou les établissements publics français compétents (OFB), comme les sphères scientifiques intéressées, tentent de mettre en œuvre des outils visant à mesurer l'effet des mesures prises, notamment en définissant des indicateurs scientifiques et

¹² L'auteur qui a œuvré pour l'inscription dans le Code de l'environnement d'un Titre sur les principes généraux (Titre 1^{er} du Livre 1) et participé, même d'un peu loin, aux réflexions sur le projet de Pacte mondial, ne peut être suspecté de promouvoir un tel discours.

¹³ C'est ce qu'exprime Esther Duflou (prix Nobel d'économie 2019) pour les économistes, lorsqu'elle souhaite que ces derniers soient en même temps des scientifiques, des ingénieurs et des plombiers (cf. par ex. « Les économistes doivent se comporter moins comme des physiciens que comme des... plombiers », *Le Monde*, Tribune publiée le 13 décembre 2017).



économiques¹⁴ et en déployant des réseaux de surveillance, par exemple de la biodiversité terrestre¹⁵. Rien de tel chez les juristes, qui s'interrogent régulièrement sur l'effectivité¹⁶ et l'efficacité¹⁷ du droit dans leur domaine, mais qui ne s'intéressent que très peu aux outils susceptibles de *mesurer* ou *d'évaluer* de façon un peu objective cette effectivité. À l'exception très remarquable de l'étude précitée de Michel Prieur, nous n'avons pu identifier aucune autre analyse ou réflexion ayant cet objet dans le champ du droit de l'environnement. Comme l'observe précisément l'auteur : « à l'heure actuelle, les bilans officiels des politiques d'environnement, à travers des rapports et études sur « l'état de l'environnement », ne rendent compte ni de l'existence ni de l'effectivité des textes de droit de l'environnement. En effet, dans ces documents, qu'ils soient nationaux, régionaux ou internationaux, on ne trouve que des indicateurs scientifiques, économiques ou sociaux. Il n'y a mention d'aucun indicateur juridique, pour la bonne raison qu'ils n'existent pas encore »¹⁸.

L'observation peut être la même si l'on tourne le regard vers des questions beaucoup plus précises. Ne retenons que quelques exemples, en commençant par le régime assurantiel des catastrophes naturelles, en poursuivant par la question dite de la « capacité de charge », et en terminant par quelques réflexions de droit processuel ou portant sur la composition de certaines commissions.

S'agissant du régime assurantiel de prise en charge des catastrophes naturelles instauré par la loi du 13 juillet 1982¹⁹, est-il raisonnable que les juristes environnementalistes ne soumettent pas ce régime à un réexamen approfondi à l'heure où se multiplient – et se multiplieront chaque année davantage – les événements violents (inondations, tempêtes, cyclones, ouragans, incendies), en lien avec la crise climatique et susceptibles de mettre à bas le système existant²⁰ ? Autrement posée la question pourrait être formulée ainsi : est-il intellectuellement satisfaisant de disserter sur le principe d'adaptation au dérèglement climatique et de délaisser dans le même temps les questions relatives à la mise à jour indispensable d'un outil qui, parmi beaucoup d'autres, est susceptible de participer à cette adaptation ?

¹⁴ Cf. M. Prieur, *Les indicateurs juridiques, outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, Institut de la francophonie pour le développement durable, 2018, spéc. p. 33 et s.

¹⁵ L'Unité mixte de Service PatriNat, au sein de l'OFB encadre le projet de mise en place d'un Réseau de surveillance de la biodiversité terrestre qui est en cours de développement et qui devrait déboucher en 2023 au plus tard sur un schéma directeur.

¹⁶ Julien Bétaïlle, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Limoges, 2012.

¹⁷ *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, sous la dir. d'Olivera Boscovic, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010.

¹⁸ C'est nous qui soulignons.

¹⁹ Loi n° 82-600, relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, *JORF* du 14 juillet 1982, p. 2237.

²⁰ Cf. « Le coût effrayant des catastrophes climatiques », *Les Echos* des 27 et 28 décembre 2019, p. 6.

Dans un tout autre domaine, la presse générale, les reportages télévisés, les études de géographes et/ou d'économistes mettent l'accent depuis quelques années sur « la capacité de charge » des sites classés ou des espaces protégés. Ce terme, défini à l'origine par les biologistes ou les agronomes pastoralistes, désignait le nombre (maximum ou optimum selon les définitions) d'animaux qu'un territoire donné peut tolérer sans que la ressource végétale ou le sol ne subissent de dégradation irréversible. Aujourd'hui, il désigne surtout le nombre de visiteurs qu'un milieu naturel ou un site naturel ou culturel peuvent supporter sans dégradations irréversibles et sans perdre leur « caractère ». C'est en 2019 seulement – et parce que la « commande » en a été faite par un espace naturel particulièrement concerné – qu'une première étude juridique a été réalisée sur un aspect de la question, celui des pouvoirs du maire d'une commune d'interdire ou de réglementer l'accès à un site naturel ou à un site classé pour des motifs tenant à la protection de l'environnement et des sites²¹. Malgré l'importance pratique²² et les enjeux théoriques attachés à cette question²³, il est remarquable qu'aucune étude n'ait été réalisée plus tôt sur le sujet. Le sujet des « droits d'accès »²⁴, lui aussi très lié à la question de l'hyper fréquentation et de la capacité de charge, était également en jachère jusqu'à la publication très récente d'une étude qui constitue la première réflexion d'importance²⁵ sur un point qui est abondamment traité depuis longtemps dans les revues étrangères et particulièrement dans les revues anglosaxonnes.

Pour compléter le tableau des angles morts de la doctrine environnementaliste sur les outils et les instruments de mise en œuvre du droit de l'environnement, sans prétendre – et de très loin ! – à l'exhaustivité, il est encore possible d'évoquer les questions de procédure ou plus précisément encore de droit processuel. On sait combien les conditions procédurales d'exercice d'un droit sont souvent aussi importantes que le droit lui-même. Pourtant, s'il n'est pas de semaine sans que soit abordée – en général en termes abusivement simplificateurs – la question de la

²¹ Simon Jolivet, « La prévention de l'hyper fréquentation des espaces naturels par la police administrative : étude de droit positif et prospectif », *Scientific Reports of Port-Cros national Park* 2019, p. 155-173.

²² L'étude de Simon Jolivet a servi de document préparatoire au dépôt d'une proposition de loi, d'ores et déjà adoptée par le Sénat, et qui sera prochainement soumise à l'Assemblée nationale. Sans aller aussi loin que ce que préconisait l'auteur, la proposition de loi modifie l'article L. 2213-4 pour permettre aux maires, indépendamment de l'usage de quelque véhicule que ce soit, d'interdire ou de réglementer l'accès à une partie de la commune si « cet accès est de nature à compromettre soit la tranquillité publique, soit la qualité de l'air, soit la protection des espèces animales ou végétales, soit la protection des espaces naturels, des paysages ou des sites ou leur mise en valeur à des fins esthétiques, écologiques, agricoles, forestières ou touristiques ».

²³ Il s'agissait de s'interroger sur la question de savoir pourquoi au XX^{ème} siècle la protection de l'environnement ne fait toujours pas partie des « piliers » de l'ordre public général, à côté de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques.

²⁴ Ou, en d'autres termes, la question de l'éventuel paiement d'une redevance pour pouvoir accéder à certains sites ou espaces naturels protégés.

²⁵ S. Jolivet, « Des droits d'entrée dans les espaces naturels protégés : la fin d'un impensé ? », *RFFP*, novembre 2019, n° 148, p. 171.



création de juridictions spécialisées en matière d'environnement, les études et publications portant sur les aspects processuels de l'action en justice sont rarissimes.

Ainsi, par exemple, depuis 2016, l'article 1248 du Code civil dispose que « [L]'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement ». On s'est interrogé sur cette formulation, mais aucune publication, à notre connaissance, n'a spécifiquement porté sur l'énoncé qui ouvre cette disposition et qui, pour la première fois dans notre droit, évoque la qualité à agir de « toute personne », alors que cette référence à la qualité n'avait de sens jusqu'ici qu'appliquée à des groupements agissant pour défendre un intérêt collectif. La formulation de l'article 1348 a-t-elle ouvert la voie à une *actio popularis* à la française ?²⁶ Quelles sont les conditions et les limites de cette action ? Pourrait-on admettre, par exemple, qu'une société commerciale exploitant une ICPE a qualité pour agir en demande de réparation du préjudice écologique contre l'exploitant précédent qui lui a cédé le site ?

Dans un domaine bien différent de ce qui précède, il est surprenant que les spécialistes de droit administratif et de procédure administrative ne se soient pas longtemps interrogés jusqu'ici sur la composition de certaines commissions, comme la commission chargée d'établir la liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur, pour se demander si cette composition est conforme aux principes juridiques les mieux établis, alors même que les professionnels s'en inquiètent²⁷. En élargissant un peu le propos, on peut encore s'étonner que le débat sur l'institution d'une autorité publique indépendante environnementale, lancé par Julien Bétaille dans sa thèse²⁸, ne donne pas lieu à davantage de publications, de conférences²⁹, voire de colloques³⁰.

²⁶ On trouvera cependant un écho de cette interrogation in Eve Truilhé-Marengo, Mathilde Hautereau-Boutonnet, *Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement* [Rapport de recherche], Mission de recherche Droit et Justice, 2019, halshs-02143713, p. 55 et s.

²⁷ Cf. le n° 92 à paraître de la revue *L'Enquête publique* de la Compagnie nationale des commissaires-enquêteurs (CNCE), qui conclut ainsi son étude : « Si le contentieux concernant le fonctionnement des commissions d'aptitude n'est pas abondant, la CNCE s'engage néanmoins à demander au législateur d'en réviser sa composition pour en garantir son impartialité, cette commission administrative ne devant pas se transformer en tribunal, permettant de radier des listes, sous un prétexte quelconque, des commissaires enquêteurs qui auraient déplu, et qui étaient considérés par le tribunal administratif comme compétents ».

²⁸ Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse, Limoges, 2012.

²⁹ Cf. cependant la conférence de J. Bétaille lui-même, donnée dans le cadre du Centre de droit économique et du développement, le 12 janvier 2018.

³⁰ Le thème avait été à peine esquissé lors du colloque de la SFDE de 2012, à Strasbourg ; cf. *Marché et environnement*, sous la dir. de M.-P. Camproux et J. Sohnle, Bruylant 2014,

En un mot comme en cent, les outils et instruments de mise en œuvre concrète du droit de l'environnement mériteraient sans doute autant d'attention que des sujets récurrents qui occupent, souvent en bénéficiant d'une sorte d'effet de mode, le devant de la scène doctrinale.

Les angles morts de la doctrine juridique environnementaliste peuvent enfin masquer parfois des sujets, des domaines, des territoires qui sont, soit au cœur de problématiques environnementales, mais « annexés » par d'autres disciplines, soit perçus comme trop éloignés de ces problématiques pour que les juristes de droit de l'environnement s'y intéressent, alors pourtant que leur regard serait indispensable.

III. LES TERRITOIRES NÉGLIGÉS PAR LA DOCTRINE JURIDIQUE ENVIRONNEMENTALISTE

La première illustration que nous retiendrons est sans doute celle qui pourra nous valoir le plus grand nombre d'objections scandalisées ! Assumons-le. L'océan nous paraît être à la fois au cœur des enjeux environnementaux contemporains, que l'on raisonne en termes de climat ou de biodiversité³¹, et l'un des territoires les plus négligés par la doctrine juridique environnementaliste. Signalons sans tarder davantage l'excellent dossier consacré par la présente *Revue* à cette problématique en 2019³², à partir de l'événement essentiel que constitue la négociation dans le cadre des Nations unies d'un Traité international sur l'océan au-delà des juridictions nationales, c'est-à-dire notamment sur la haute mer, négociations dont l'aboutissement est programmé pour le printemps 2020 et dont l'objectif est l'adoption d'un « instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction

spéc. sous la plume de H. Delzangles, « Les autorités de régulation indépendantes de marché et la prise en compte de l'environnement : l'exemple de l'énergie » (p. 449 et s.) et par nous-même, G.J. Martin, « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? » (p. 463 et s.).

³¹ Peter Thompson, Président de la 71^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations unies écrit : « Recouvrant trois quarts de la surface de la Terre et représentant 97 % de l'eau de la planète, les océans ont des répercussions sur le climat mondial, absorbent environ 30 % du dioxyde de carbone produit par les activités humaines et constituent le principal tampon contre les effets du réchauffement de la planète qui ne cessent de s'aggraver. Plus de 50 % de l'oxygène que nous respirons vient des océans. Abritant près de 200 000 espèces recensées, et on estime à plusieurs millions leur nombre actuel, les océans sont un immense réservoir de la biodiversité. Des milliards de personnes en dépendent pour assurer leurs moyens de subsistance, leur sécurité alimentaire et leur identité culturelle » (<https://www.un.org/fr/chronicle/article/la-conference-sur-les-océans-un-potentiel-de-transformation>).

³² « L'Océan au-delà des juridictions nationales : la dernière frontière ? », *RJE* 2019/2, p. 231 à 306.



nationale »³³. Cela peut-il faire oublier la grande discrétion de la quasi-totalité des revues juridiques observée jusque-là et qui semble être redevenue la règle depuis cette publication ? Malgré l'adoption de la « Constitution de la mer » en 1982³⁴, tournant majeur – mais qui apparaît aujourd'hui comme n'ayant pas réussi à prévenir la catastrophe annoncée –, les revues de droit maritime, comme les ouvrages consacrés à cette branche du droit n'accordent qu'une place limitée aux enjeux environnementaux, alors qu'ils devraient être au centre de toutes les préoccupations. Pareillement, les revues ou traités de droit international « général » privilégient bien souvent d'autres thèmes et paraissent comparativement très en retrait sur la protection des océans, comme si la doctrine ne parvenait pas à s'avouer que, dans ce domaine au moins, les principes traditionnels du droit international et du droit de la mer doivent céder devant l'urgence des questions environnementales.

Il est un autre territoire dont personne en revanche ne contestera qu'il est négligé et même ignoré : c'est celui de l'intelligence artificielle. Si l'effet de mode conduit à multiplier *ad nauseam* les écrits sur l'intelligence artificielle, le moins que l'on puisse écrire est qu'il n'a pas gagné les juristes environnementalistes ! Aucun travail n'a, à notre connaissance, été publié au croisement du droit de l'environnement et de l'intelligence artificielle. Et pourtant... n'y a-t-il aucune relation possible entre la collecte de millions de données, leur modélisation par des algorithmes et, par exemple, la mise en œuvre des principes d'information et de participation dans les années qui viennent ? Quelles précautions éthiques et juridiques doivent être prises pour que ces progrès technologiques ne fassent pas régresser ces principes, mais au contraire contribuent à en améliorer l'effectivité et l'efficacité ?

Dans un tout autre domaine, les scientifiques observent que, dans un certain nombre de secteurs, les sciences sont passées d'une logique déterministe (telle cause produit tel effet) à une logique probabiliste ; à ce propos, un jeune chercheur évoquait récemment dans son mémoire de M2 les algorithmes qui permettraient d'affiner les probabilités et d'ouvrir la voie à des régimes de responsabilité ou de réparation du dommage écologique prenant en compte une relation simplement

33 Résolution A/RES/72/249 de l'Assemblée générale des Nations unies du 24 décembre 2017.

34 Que le site de l'ONU (www.un.org) présente ainsi : « La Convention sur le droit de la mer – ou « Constitution de la mer » comme on l'appelle souvent – a été saluée comme l'un des instruments juridiques les plus importants du XX^e siècle. Son champ d'application est vaste et couvre l'ensemble de l'espace marin et de ses utilisations, y compris la navigation et le survol, l'exploration et l'exploitation des ressources, la conservation des ressources biologiques, la protection et la préservation du milieu marin et la recherche scientifique marine ». Pourtant, ce merveilleux instrument juridique n'a pas réussi à prévenir la situation que le président de la 71^{ème} Assemblée générale des Nations unies décrit en ces termes en 2019 : « Les preuves scientifiques sont là. Qu'il s'agisse de la destruction des habitats, de la perte de la biodiversité, de la surpêche et de l'effondrement des stocks de poissons, de la pollution marine ou de l'acidification et du réchauffement des océans causés par le changement climatique, les défis auxquels nous sommes confrontés sont à la fois complexes et immenses » (article précité *supra* note 29).

probable de causalité³⁵. Cette piste mériterait à l'évidence d'être explorée, car elle est d'actualité³⁶.

Enfin, si tout ce qui relève de la *blockchain* et de la programmation informatique n'induit pas automatiquement de l'intelligence artificielle, rien n'interdit d'imaginer qu'un recours à ces outils à propos de la séquence Éviter/Réduire/Compenser puisse rendre plus facilement contrôlable, dans l'avenir, le respect de l'obligation de pérennité de la compensation³⁷, que le législateur a posée dans la loi, sans se préoccuper des moyens de la garantir.

Faut-il conclure ? Sans doute pas, tant l'inventaire des angles morts de la doctrine juridique environnementaliste mériterait d'être complété. Sans doute pas non plus car nous entendons l'objection majeure – et légitime ! – qui nous sera faite : pourquoi perdre du temps et de l'énergie à identifier les angles morts plutôt qu'à les étudier ? Peut-être faut-il alors simplement exprimer, en forme de défense, un double vœu : d'abord, celui que cet inventaire, même incomplet, incite les jeunes chercheurs à sortir des voies balisées des effets de modes doctrinaux pour s'aventurer sur les chemins plus difficiles, mais aussi plus pittoresques, des sujets délaissés, négligés ou ignorés ; ensuite, le vœu que le monde de l'édition et le monde académique accueillent ces « découvreurs » comme ils le méritent.

³⁵ Gabriel Stettler, *Incertitude scientifique et causalité en responsabilité civile environnementale*, Mémoire M2, Paris II Panthéon Sorbonne, 2018.

³⁶ Sur ce thème et sur l'approche probabiliste qui gagne dans le contentieux climatique, v. Judith Rochfeld, *Justice pour le climat ! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019.

³⁷ Art. L. 163-1, I, al. 2 : Les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes.
