

# LES VÉRITABLES LACUNES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

**A**border le sujet des lacunes du droit de l'environnement conduit bien davantage à réfléchir sur son efficience que sur son contenu. La question majeure est en effet celle de l'effectivité du droit existant, comme celle de son autorité par rapport aux autres droits, plus que de la nécessité de recourir à de nouvelles règles de droit. 123

Si l'on regarde le corpus, en y intégrant les textes que la France devrait avoir depuis longtemps transcrits du droit communautaire, mais qui sont – au moins de manière implicite – déjà dans notre droit, force est de constater que le droit de l'environnement est probablement un des domaines dans lesquels les textes se sont le plus développés au cours des trente dernières années (en 1995, Michel Barnier décomptait 130 lois et plus de 800 décrets touchant au droit de l'environnement et, en 1990, Alexandre Charles Kiss comptait, sur le même sujet, 35 000 textes sur la planète, et pas moins de 300 conventions internationales).

Qu'il s'agisse des éléments naturels, de la lutte contre les pollutions et les nuisances, de la gestion des risques, des activités dangereuses et aujourd'hui du climat, les textes se sont multipliés.

Et pourtant, le droit de l'environnement reste un droit largement inefficace, non pas par défaut de règles, mais plutôt par mauvais vouloir systématique de les appliquer et par une forme d'organisation plus ou moins volontaire de leur inefficience : les débats autour de la Charte de l'environnement et l'autorité très relative que lui reconnaissent les tribunaux en sont la preuve.

Ce constat peut être observé tant au niveau national que, plus sévèrement encore, au niveau international.

## AU NIVEAU NATIONAL

*Faiblesses du droit*

Sur le plan national, les faiblesses se manifestent dans des domaines extérieurs au droit de l'environnement *stricto sensu*, mais elles ont incontestablement une incidence sur l'efficacité de son application. Dans le droit de l'environnement lui-même, les faiblesses se manifestent dans les procédures de prises de décisions, les règles de responsabilité et les sanctions.

124 Tout d'abord, dans la mesure où le droit de l'environnement entre en conflit direct avec les intérêts économiques d'un certain nombre d'entreprises et de lobbies, tous les systèmes susceptibles d'entraver l'application de la loi et de permettre le développement d'échappatoires en tout genre sont mis en œuvre.

Les pressions économiques et financières, voire politiques, exercées sur le gouvernement français pour qu'il ne transpose pas les directives communautaires sont un des exemples les plus probants de ces pratiques à la limite du droit.

Qu'il s'agisse des marins-pêcheurs qui ont obtenu que les textes de 1976 sur les filets dérivants ne soient jamais transcrits, à telle enseigne que la France a été la première à être doublement condamnée en 2004, après deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), à des sanctions financières et à une astreinte; des agriculteurs qui ont obtenu que les textes sur les nitrates et autres pesticides n'entrent pas en vigueur; des industriels du déchet qui sont parvenus à ce que les textes sur l'incinération soient transcrits et appliqués avec un retard de dix ans, alors même que l'impact sanitaire est indéniable. Les exemples sont multiples et, lorsque les textes sont transcrits, ils le sont généralement *a minima*, de telle sorte que bien souvent la CJCE condamne encore la France, comme cela a été le cas, par exemple, pour la directive Seveso ou pour la transcription en droit interne de la première directive de 1990 sur les OGM (en attendant la seconde).

Mais le monde économique et financier n'est pas le seul à faire pression pour que ne soient pas appliquées ou mal appliquées les dispositions de droit communautaire lorsqu'elles visent à favoriser l'environnement ou encore le droit des administrés.

Ainsi, si la France a ratifié la convention internationale d'Aarhus, rédigée sous l'égide des Nations unies – ce qu'elle ne pouvait guère éviter dans la mesure où cette convention a été ratifiée au niveau com-

munautaire et est donc devenue un instrument de droit communautaire –, l'insuffisance dans l'application des règles reste patente: la France dispose aujourd'hui d'un des systèmes d'accès à l'information les plus restreints d'Europe, les exceptions au droit à l'information étant multiples et, surtout, trop souvent soumises au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Par exemple, la France s'est découverte une vocation de meilleur défenseur du secret industriel des promoteurs d'OGM, allant jusqu'à se battre pour obtenir une modification de l'article 25 de la directive communautaire 2001-18, qui exclut l'application du secret industriel lorsqu'il s'agit d'études concernant la santé ou l'environnement.

Ainsi la France affirme-t-elle au niveau constitutionnel le principe de précaution, ce qui n'exclut en rien un tel comportement.

Sans doute est-ce aussi parce que le domaine de l'environnement, au sens large du terme, est l'un de ceux pour lesquels les pressions sont les plus fortes et les conflits d'intérêts les plus patents. En effet, l'environnement est directement touché par toutes les nouvelles technologies, soit qu'elles concernent directement l'environnement, soit qu'elles aient un impact environnemental et sanitaire potentiellement lourd.

125

Or la gestion des conflits d'intérêts reste, en France, dramatiquement faible, et singulièrement dans le domaine de l'expertise. La très récente loi sur les organismes génétiquement modifiés montre, du reste, la manière dont le législateur lui-même organise le conflit d'intérêts, permettant aux lobbies OGM de tenir le comité des biotechnologies, chargé lui-même d'évaluer les demandes d'autorisation...

Dans un autre domaine, la connaissance en matière environnementale reste dramatiquement faible, à tous les niveaux, par rapport à celle des pays voisins. Par exemple, la formation des magistrats sur les questions environnementales reste très insuffisante, ce qui explique que le droit pénal de l'environnement reste dramatiquement modeste (de l'ordre de 1 % des sanctions annuelles).

Il faut dire également que l'activisme de la chancellerie pour poursuivre les pollutions ne s'est pas particulièrement manifesté au cours des dernières années.

Quant aux magistrats de l'ordre administratif, davantage rompus aux questions environnementales, ils ne disposent, dans leur formation universitaire, d'aucun enseignement spécialisé, notamment au niveau scientifique, alors même que, de plus en plus, une bonne appréciation de la légalité des décisions administratives impliquerait une connaissance minimale dans ces domaines.

Ainsi, bien souvent, les sources d'ineffectivité du droit de l'environnement lui sont extérieures, mais ce constat n'épuise pas le sujet.

Tout d'abord, les procédures de prise de décisions restent, en France, imperméables à une meilleure appréhension des questions environnementales et sanitaires, qui restent très liées à une meilleure participation du public.

Or, en amont des décisions et, en particulier, au niveau des grands choix technologiques, la France reste quasiment étrangère aux conférences de *consensus*, même si, périodiquement, une ou deux conférences qui portent ce nom sont organisées. Elles n'ont, en réalité, de conférences de *consensus* que le nom, et les procédures, très embryonnaires et au cas par cas, n'ont strictement rien à voir avec la pratique danoise de ce type de conférences qui permettent un véritable débat de société sur de grandes questions technologiques qui intéressent tous les citoyens. Du reste, aucune procédure de cet ordre n'a été légalement ou réglementairement créée.

Les procédures de concertation sont nombreuses mais la réalité est que, dans la plus grande partie des cas, la volonté de faire réellement participer le public, pour recueillir ses observations afin de modifier le projet, manque. Dès lors, la procédure reste très formelle, une simple exposition et une réunion publique pouvant tenir lieu de procédure de concertation.

La procédure de débat public, qui a constitué un véritable progrès, dépend encore trop souvent de la volonté du président de la commission particulière quant à la réalité de la participation du public. Ainsi, un exemple récent montre que cette procédure peut parfaitement admettre des réunions publiques organisées sans aucun échange, c'est-à-dire avec une succession de monologues, permettant aux membres des associations de s'exprimer entre 1 heure et 3 heures... du matin.

Le pire réside bien évidemment dans des procédures d'enquêtes publiques totalement désuètes.

Comment peut-on expliquer, à l'ère d'Internet, qu'un dossier d'enquête publique ne puisse même pas être photocopié, *a fortiori* téléchargeable sur Internet, pour permettre au public de préparer ses observations ? Qu'il faille faire la queue dans une mairie pour consulter des dossiers souvent très volumineux, sans disposer du temps nécessaire pour le faire ? Mais aussi que, bien souvent, les commissaires enquêteurs interprètent leur mission comme devant expliquer le projet, voire convaincre les personnes, mais pas du tout recueillir, de manière

objective, leur avis ? En définitive, ces enquêtes publiques trompent les citoyens quant à leur objectif puisqu'il s'agit, en réalité, non pas de recevoir leurs avis pour en tenir compte mais de les informer et de permettre à un commissaire enquêteur, considéré comme tiers au débat, de pouvoir donner un avis, lequel peut être sans aucun rapport avec celui exprimé par le public.

En réalité, la procédure devrait être totalement revue, y compris les conditions d'inscription des commissaires enquêteurs sur les listes ; si certains d'entre eux sont, en effet, particulièrement rodés au mécanisme de l'enquête publique et à ce qu'elle représente, d'autres, souvent fonctionnaires en retraite de directions départementales de l'équipement ou de l'agriculture, gardent une vision très archaïque de cette procédure, qui semble davantage proche de l'enquête *de commodo et incommodo* du début du xx<sup>e</sup> siècle que des grandes enquêtes publiques menées par les Anglo-Saxons.

127

Ainsi, les procédures de prises de décision restent très éloignées de ce que l'on pourrait souhaiter.

Cette situation est d'autant plus regrettable que les dossiers sont de plus en plus complexes et que les analyses des études d'impact, de sûreté et de sécurité, quand il s'agit des installations classées, sont bien évidemment des éléments importants, non pas tant sur un plan procédural que sur les questions de fond, pour apprécier si effectivement le projet a été bien pensé en termes d'environnement. Or qui mieux que le voisinage connaît précisément les particularités propres à une implantation et son historique : c'est donc bien en cela que son avis est particulièrement nécessaire.

On ajoutera à cet égard que les justifications, souvent très légères, voire totalement fantaisistes, des choix tant techniques que géographiques qui sont opérés, sont très rarement sanctionnées par le juge, alors même que la justification du choix retenu devrait être un des éléments de contrôle les plus importants de l'étude d'impact, puisqu'il s'agit précisément là de la justification de l'opération elle-même.

Au-delà, les recommandations de l'Agence européenne de l'environnement quant à la prise en compte de ce que l'on appelle les signaux faibles, s'agissant des risques émergents, sont particulièrement mal appliquées en France.

L'organisation et la faiblesse de la recherche publique associées à la faiblesse globale du mouvement associatif font que les citoyens français sont extrêmement mal armés pour pouvoir faire entendre leur voix dans la prise en considération des risques émergents.

L'exemple de la téléphonie mobile est criant. Malgré les critiques

qui ont été faites, jusqu'à celles formulées par son président, sur l'expertise menée par l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET), le poids des grands opérateurs a été tel que la législation française est l'une des plus laxistes d'Europe. Il a fallu attendre plusieurs années avant que des études, connues dans les pays voisins, puissent l'être en France et soient diffusées auprès du grand public, sans que la législation change pour autant. Cette situation s'est reproduite pour les particules fines du fait du lobby du diesel et, plus généralement, de la pollution atmosphérique dans les villes du fait du lobby automobile.

Or, les drames sanitaires que la France a connus, plus que d'autres pays européens, n'ont conduit à aucune remise en cause des systèmes et, si le principe de précaution est désormais inscrit dans la Constitution, cela ne signifie pas, loin de là, qu'il soit devenu une règle effectivement appliquée.

### *Des responsabilités difficiles à établir*

Le second domaine d'inefficience du droit tient aux questions de responsabilité.

Tout d'abord, il n'existe pas aujourd'hui de délinquance écologique au sens propre du terme. En effet, lorsqu'il y a des infractions dans le domaine de l'environnement, et ce jusqu'à la transcription de la directive très récemment adoptée en deuxième lecture par le Parlement européen sur la responsabilité pénale, il s'agit le plus souvent de simples infractions administratives, c'est-à-dire de la méconnaissance d'autorisations administratives.

L'atteinte aux milieux *stricto sensu* n'est réprimée que lorsqu'elle porte sur l'eau et sur quelques espèces protégées. Dans tous les autres cas (air, sol, déchets, biodiversité), les dommages causés aux milieux ne font pas l'objet d'incriminations pénales. Ces atteintes concernent seulement, la plupart du temps, le non-respect de formalités administratives que les spécialistes dénomment « délits papiers ». Ainsi, soit il s'agit de dommages causés aux personnes, et c'est le droit pénal général qui s'applique, soit il s'agit de simples infractions administratives, et l'enjeu pénal est extrêmement faible.

Il n'en demeure pas moins que la voie pénale reste largement privilégiée pour tous les domaines qui touchent à l'impact de l'environnement sur la santé humaine, pour la bonne et simple raison qu'il est aujourd'hui quasiment impossible, en utilisant le droit civil, de parvenir à la réparation complète du dommage. En effet, les règles de charge de la preuve et

le coût de l'expertise rendent trop souvent impossible d'envisager d'utiliser la responsabilité civile pour réparer les dommages causés aux personnes et à l'environnement.

De plus, le droit pénal reste très faible en raison de l'extrême insuffisance des moyens alloués au pôle de santé environnement qui a été créé. Même si la création de ce pôle auprès du pôle financier est apparue comme un progrès incontestable, celui-ci a été progressivement privé de tous moyens et doté peu à peu de magistrats inexpérimentés dans ce domaine, de telle sorte que les affaires sont rarement rendues publiques et que, lorsqu'elles le sont, c'est avec un retard considérable. Ainsi, l'affaire du sang contaminé s'est soldée par peu de choses et celle de l'hormone de croissance, qui vient d'être jugée, remonte à près de dix ans. Que dire des affaires liées au nucléaire ou aux incinérateurs qui traduisent la volonté de l'État d'enterrer ces dossiers ? Il en va exactement de même de celles des incinérateurs à Gilly-sur-Isère, ou même à Maincy où le dossier, en instruction depuis cinq ans, n'a donné lieu à pratiquement aucun acte ; et, même lorsque l'on a la chance de tomber sur un magistrat compétent et doté de quelques moyens, les règles de charge de la preuve restent très difficiles à appliquer dans le domaine de la santé et de l'environnement.

129

De même qu'il est impossible d'apporter la preuve qu'un fumeur de cinq paquets par jour est mort d'un cancer du poumon lié à son tabagisme actif, il est *a fortiori* extrêmement difficile de prouver que le contact avec telle ou telle substance cancérigène est bien à l'origine du cancer qui a été développé, surtout lorsqu'il s'agit de substances mutagènes et reprotoxiques. Dès lors les victimes, pourtant fort nombreuses, sont embarquées dans des procédures qui durent des années, et ce sans que les preuves ne puissent jamais être administrées avec certitude.

Si l'on voulait, dans ce domaine, avancer de manière plus sérieuse, il serait indispensable de passer à une responsabilité objective dans un certain nombre de domaines en inversant la charge de la preuve. Enfin, il conviendrait d'ajouter à cet inventaire les faiblesses des sanctions, lorsqu'elles existent, et le difficile accès à la justice pour le monde associatif pour démontrer que les pollueurs sont assez peu menacés.

## SUR LE PLAN INTERNATIONAL

### *Absence d'une organisation mondiale de l'environnement*

Si l'inefficacité en droit interne du droit de l'environnement paraît, pour partie au moins, établie, elle est constante en droit international.

De nombreux accords ont été passés dans le domaine de l'environnement, mais force est de constater que ceux-ci restent peu sanctionnés. Cette faiblesse originelle est d'abord liée à l'absence d'une organisation mondiale de l'environnement.

Certes, le Programme des Nations unies pour l'environnement existe, mais ce n'est qu'un programme, c'est-à-dire, en langage onusien, la plus modeste des institutions, à laquelle ont été systématiquement refusés tous les sujets importants, comme la biodiversité ou le changement climatique. Or ce programme, doté de très peu de moyens (160 millions de dollars), n'est en définitive qu'une des institutions chargées des questions environnementales, les organes de la convention sur le climat étant chargés des questions climatiques et la question de la biodiversité ayant été traitée par le *millenium assessment* au niveau de l'ONU elle-même. On pourrait ajouter la commission sur le développement durable au rang des institutions qui s'occupent d'environnement au sens large du terme, mais également pour partie l'Organisation mondiale de la santé ou la FAO.

Cependant, ces nombreuses organisations souffrent toutes, qu'elles soient organisations ou programmes, d'un défaut majeur: celui de ne pas être dotées, comme l'Organisation mondiale du commerce, d'un instrument de règlement des différends et des moyens de sanctionner les infractions commises aux conventions conclues. Dès lors, au niveau international, l'environnement reste un parent très pauvre puisqu'en définitive les manquements aux traités conclus ne sont quasiment pas sanctionnés.

Plus grave encore, l'OMC, qui, de plus en plus, est appelée à se prononcer sur des litiges opposant la libéralisation des échanges à la protection de la santé et de l'environnement, a largement tendance à privilégier les premières sur les secondes, arguant de ce qu'elle n'est pas chargée de sanctionner la protection de l'environnement ou celle de la santé. Dans ces conditions, les Accords multilatéraux de l'environnement (AME) ne sont même pas garantis dans leur applicabilité lorsqu'ils entrent en conflit avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce.

Tout cela explique la très grande fragilité du droit de l'environnement international. Sans organisation puissante, sans moyens de sanctionner les accords conclus et sans juridictions, le droit de l'environnement international est, en réalité, embryonnaire.

À ceci s'ajoute le fait que lorsque des conventions sont établies pour permettre une indemnisation objective des victimes, elles constituent, en réalité, des systèmes de réparation *a minima* des dommages.



Deux exemples peuvent en être donnés.

Le premier concerne la responsabilité civile dans le domaine nucléaire. La convention sur la responsabilité civile dans le domaine du nucléaire prévoit un système d'indemnisation à trois niveaux, le troisième niveau étant la garantie offerte par les États parties à la convention. Mais ce système, s'il permet une indemnisation des victimes sans qu'aucune faute n'ait à être recherchée contre l'exploitant à l'origine de l'accident, est une convention qui limite très sérieusement le montant des dommages, ceux-ci étant plafonnés.

Quant à la convention sur la responsabilité civile du fait des pollutions maritimes issues des hydrocarbures, c'est un outil mis en place à la demande des pétroliers et destiné à éviter que la responsabilité de ces derniers puisse jamais être mise en cause. En effet, le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), chargé d'indemniser les victimes jusqu'à un plafond déterminé, avait pour corollaire l'absence de capacité de mettre en cause la responsabilité des affréteurs, c'est-à-dire des pétroliers. Le système est simple, celui de la responsabilité objective du propriétaire du bateau qui lui-même, moyennant une somme modique, constitue un fonds de garantie permettant de limiter sa propre responsabilité, sauf faute intentionnelle.

131

Ce système, qui organise en réalité l'irresponsabilité d'un acteur principal de la chaîne, l'affréteur, voire le propriétaire, a eu des conséquences désastreuses en terme de pollution maritime.

Peut-être est-ce cette considération qui a conduit la CJCE, dans l'arrêt *Commune de Mesquer* du 24 juin 2008, à reconnaître que la législation déchets était applicable aux pollutions de mers par hydrocarbure, à considérer que le vendeur affréteur pouvait être responsable du nettoyage et, en conséquence, devait financièrement l'assumer pour autant qu'il ait eu une part dans l'accident lui-même ? Il s'agit là d'une grande révolution dans la mesure où la Cour de justice a ainsi fait prévaloir le principe pollueur payeur sur toute autre considération.

### *Quelles perspectives ?*

Dans ces conditions, quelles perspectives faut-il favoriser ? Tout d'abord, au niveau international, une juridiction de l'environnement pourrait être chargée de deux missions :

- sanctionner les manquements des États et des industriels au respect des accords multilatéraux sur l'environnement ;

– poursuivre la délinquance écologique quand elle devient criminelle comme dans le cas d’Abidjan, par exemple<sup>1</sup>.

Il conviendrait encore d’ouvrir aux grandes ONG le droit de saisir ces juridictions, et alors le droit pénal de l’environnement deviendrait effectif. L’idéal serait à la fois de disposer d’une Organisation des Nations unies de l’environnement (ONUEN) et d’un tribunal pénal international de l’environnement. Il serait alors nécessaire que des sanctions puissent exister au niveau international, ce qui entraînerait de profonds progrès.

132 En second lieu, les conditions dans lesquelles les pays membres appliquent le droit communautaire de l’environnement devraient être revues de telle sorte que les sanctions puissent intervenir beaucoup plus rapidement et beaucoup plus facilement. À cet égard, la possibilité pour le monde associatif de saisir la Cour de justice devrait être envisagée.

Au niveau interne, comme l’envisage le projet de loi Grenelle, il serait indispensable de changer profondément les règles de la gouvernance environnementale en France, en généralisant la reconnaissance d’une obligation d’informer, avec notamment un statut de protection des lanceurs d’alerte et la création d’un délit de rétention d’informations pour les questions mettant en danger la vie humaine.

L’expertise devrait être profondément remaniée de telle sorte que les conflits d’intérêts soient gérés et que l’on puisse mettre en place une procédure d’expertise contradictoire, pluraliste et pluridisciplinaire. De la même manière, il faudrait revoir les règles de la responsabilité afin que l’accès à la justice soit facilité, notamment par la mise en place de *class actions* et par l’évolution d’un certain nombre de règles de responsabilité, à commencer par la responsabilité des sociétés mères pour leurs filiales. Enfin, il serait indispensable, en matière de responsabilité, d’appliquer le plus souvent possible, voire dans tous les cas, les règles de droit commun et de généraliser le principe pollueur payeur.

En ce qui concerne le fond du droit, il serait plus que nécessaire que la France change radicalement sa manière d’appliquer le droit communautaire pour s’imprégner de sa logique et non pour le combattre dans le domaine de l’environnement.

Cela implique qu’une bonne gestion des questions environnementales pour l’équilibre global de la société et pour un développement

---

1. Abidjan: 6 000 personnes intoxiquées et 6 tuées par l’émanation de produits toxiques rejetées dans une décharge publique par un navire étranger, en août 2006.

économique responsable soit convenablement prise en compte. À cet égard, le développement d'une finance responsable, comme l'investissement socialement responsable (ISR) et la surface de référence énergétique (SRE), doit bien évidemment être mis en place.

Beaucoup de choses se jouent aujourd'hui sur la manière dont une société et plus précisément ses élites considèrent à un moment donné l'importance des questions environnementalo-sanitaires.

Compte tenu du poids désormais majeur que ces questions occupent en termes de développement économique et en termes de bien-être social, il est plus que temps que le droit de l'environnement devienne un droit efficient au plan national comme international.

133

---

#### R É S U M É

---

*Les lacunes du droit de l'environnement tiennent moins à l'insuffisance des textes qu'à leur inefficience. Celle-ci résulte tant de leur inapplication que de leur source d'une faiblesse relative par rapport à d'autres branches du droit. Au niveau national, la multiplication des textes, source de pouvoir discrétionnaire et parfois arbitraire, l'inadaptation des procédures juridictionnelles au droit de l'environnement, les règles de charge de la preuve qui rendent la situation des victimes profondément inégalitaire et injuste, l'ambiguïté du rôle des pouvoirs publics font de ce droit un droit qui reste mineur dans ses branches pénale et civile, peu efficient dans sa branche administrative. Le droit de la responsabilité qui devrait être l'outil le plus efficace reste englué, sans incrimination pénale, avec de nombreux régimes dérogatoires du droit commun. Au niveau international, l'absence de gouvernance mondiale et de sanction juridictionnelle aux Accords multilatéraux de l'environnement rend ce droit encore très virtuel.*