

Formation

Droit de l'environnement : retour sur la construction d'une spécialité



Par

Yvon Martinet

Avocat à la Cour
Ancien Vice-Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre
Président d'honneur du CDAE

D'une sous-branche du droit public à un droit structurant tous les projets bas-carbone dans le monde, le droit de l'environnement a vécu une évolution très significative dans les quatre dernières décennies. Les co-responsables de cette évolution sont le juge et les avocats. De leur « combinaison » et interactions est né un droit central pour les projets de résilience énergétique et d'adaptation au changement climatique sur notre planète : un droit de l'environnement puissant, utile, européanisé puis internationalisé et économiquement efficace est ainsi applicable.

- 1 L. n° 76-663 du 19 juill. 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.
- 2 Décr. n° 77-1133 du 21 sept. 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 relative aux ICPE.
- 3 CE 21 déc. 2007, n° 280195, Lebon ; AJDA 2008, 6 ; RFDA 2008, 541, concl. M. Guyomar.
- 4 CE 12 nov. 2007, n° 295347, 5^e Vicat SA, Lebon ; AJDA 2007, 2174 ; CE 14 oct. 2011, n° 323257, 5^e OCREAL, Lebon ; AJDA 2012, 275, note M.-B. Lahorgue ; *ibid.* 2011, 1985.
- 5 Crim. 25 sept. 2012, n° 10-82.938, FP-P+B+R+I, AJDA 2013, 667, étude C. Huglo ; D. 2012, 2711, et les obs., note P. Delebecque ; *ibid.* 2557, obs. F. G. Trébulle ; *ibid.* 2673, point de vue L. Neyret ; *ibid.* 2675, chron. V. Ravit et O. Sutterlin ; *ibid.* 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; Just. & cass. 2017, 14, intervention D. Guérin ; *ibid.* 14, intervention D. Guérin ; AJ pénal 2012, 574, note A. Montas et G. Roussel ; AJCT 2012, 620, obs. M. Moliner-Dubost ; Rev. sociétés 2013, 110, note J.-H. Robert ; RSC 2013, 363, obs. J.-H. Robert ; *ibid.* 447, chron. M. Massé ; RTD civ. 2013, 119, obs. P. Jourdain.
- 6 Com. 19 avr. 2005, n° 05-10.094, D. 2005, 1225, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2005, 897, note D. Robine et J. Marotte ; RTD com. 2005, 541, obs. C. Champaud et D. Danet ; Soc. 7 juill. 2009, n° 07-45.584.
- 7 C. civ., art. 1246 s., issus de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Au premier jour, il y a le juge. Il faut dire les juges en réalité. La création prétorienne du droit de l'environnement est une réalité mais elle a emprunté en même temps ou successivement au juge administratif, juge naturel des installations classées pour la protection de l'environnement, et au juge judiciaire, juge de la responsabilité environnementale et du préjudice écologique notamment.

La loi de 1976 sur les installations classées pour la protection de l'environnement¹ et son décret de 1977² ont suscité ainsi un contentieux administratif significatif dans les vingt ans qui ont suivi sa promulgation autour duquel le droit de l'environnement s'est progressivement construit en branche autonome du droit public.

De multiples exemples de droit processuel ou de fond peuvent être donnés. Sur le plan processuel, citons-en un très emblématique : le recours gracieux en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement ne suspend pas le délai du recours contentieux³ : il faut être environnementaliste à l'époque pour connaître cette différence et ne pas exposer sa responsabilité civile professionnelle.

Au fond, 95 % des annulations d'arrêtés préfectoraux d'autorisation d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) sont basées sur l'insuffisance d'étude d'impact dans laquelle le juge, substituant sa vision et analyse à celle de l'administration, va créer à partir de rien un droit protecteur de l'environnement sans artifices, slogans ou postures écologistes⁴.

Le Conseil d'État, protecteur de l'environnement et garant des engagements de l'État dans ce domaine, a créé ce droit autonome et si particulier des installations classées pour la protection de l'environnement.

Le juge judiciaire, de son côté, avec les grandes affaires emblématiques (Erika⁵, Metaleurop⁶ ...) a, là encore, dans les mêmes décennies, créé un droit de la responsabilité civile autonome, de plein droit et faisant progressivement tomber le voile *corporate* entre les relations mère/fille (la fin de la « *corporate veil* »).

Plus récemment, le préjudice écologique, création prétorienne, a inspiré le législateur et fait évoluer le code civil⁷ sur un aspect fondamental permettant la protection de l'environnement et des milieux.

Au premier jour donc de la construction de la spécialité du droit de l'environnement, il y a le juge mais qui dit « juge » dit nécessairement « avocats ».

Le droit de l'environnement, droit historiquement d'origine jurisprudentielle, est donc un droit de praticiens avocats, qui ont ensemble ou séparément, en s'opposant ou en se concertant, créé ce droit autonome, ni droit public, ni droit privé, mais un droit mixte, un droit du « en même temps » qui a permis de dépasser les clivages traditionnels entre les publicistes et les privatistes, et de caractériser l'obsolescence de la distinction (devenue purement académique et datée) entre le droit public et le droit privé.

La construction de ce droit d'avocats et de juges, je suis très heureux d'y avoir participé à ma manière, notamment en rendant tangible l'éclatement des barrières anciennes par une pratique continue en droit pénal de l'environnement.

En effet, souvent, les environnementalistes s'appuyaient sur des pénalistes traditionnels pour « faire équipe » lorsque le dossier venait à l'instruction ou à l'audience sur citation directe du parquet et/ou des parties civiles.

Dans ma pratique, je n'ai pas souhaité cette séparation par goût et choix de pratique professionnelle. J'en suis heureux car il y a un dialogue constant avec les magistrats du parquet ou du siège pour « dédramatiser » ou faire mieux comprendre les enjeux environnementaux et permettre l'utilisation adaptée du droit pénal aux situations à juger, sans excès ou emportements inutiles.

Le recours à la transaction pénale environnementale⁸, comme mode alternatif aux poursuites, est ainsi pratiqué par les environnementalistes depuis plus de vingt ans. De ce point de vue aussi, le droit de l'environnement a été pionnier, bien avant que ne soit évoquée la « CJIP. verte »⁹. Oui, la nouvelle justice environnementale que notre nouveau ministre de la Justice, pénaliste de renom, a la charge de mettre en place, sera plus sévère mais elle restera négociable. C'est cette souplesse, issue de son origine jurisprudentielle, qui caractérise notre droit de l'environnement : une spécialité qui incarne tellement bien cette expression de sagesse « entre le blanc et le gris ». Les avocats environnementalistes le savent et le pratiquent dans cette confiance avec le juge

qui demeure, malgré l'éloignement constaté en général depuis quelques décennies entre la magistrature et le barreau.

Nous avons cette chance de construire avec les juges du parquet et/ou du siège un droit pénal de l'environnement autonome et même, par certains aspects, un droit pénal spécial procédural qui évince les règles traditionnelles de la procédure pénale de droit commun. C'est le cas en matière de preuve des infractions, en matière de conduite des investigations et des enquêtes préliminaires, même en matière de prescription. Le droit des nullités du droit pénal de l'environnement est ainsi l'un des plus sophistiqués et pertinents qui soit car, en environnement, plus qu'ailleurs encore, la forme protège le fond et la procédure doit être véritablement impeccable¹⁰.

Du côté administratif, la biodiversité et la jurisprudence du Conseil d'État en matière de « raisons impératives d'intérêt public majeur »¹¹ constituent une « nouvelle frontière » pour tous les projets (petits ou grands) qui doivent être déployés sur notre territoire : la construction actuelle prétorienne du droit de la biodiversité est à l'image de ce qui se fait en droit des installations classées pour la protection de l'environnement ou des sites et sols pollués quelques décennies auparavant.

Aussi, la construction de la spécialité du droit de l'environnement a permis de faire de ce droit une véritable « infrastructure » des projets dont la compatibilité/conformité environnementale, climatique, énergétique, vont être regardées, partout dans le monde, à l'aune de la responsabilité des États ou des acteurs privés, notamment dans le cadre du déploiement de l'accord de Paris¹².

Ce droit infrastructure qu'est le droit de l'environnement, l'accord de Paris l'a suscité sur le plan international et notre référence française, exportée ensuite au niveau du droit européen, a beaucoup de valeur à l'international.

*Le droit de l'environnement,
droit historiquement
d'origine jurisprudentielle,
est un droit de praticiens
avocats, qui ont ensemble et
séparément, en s'opposant
ou en se concertant, crée
ce droit autonome.*

⁸ C. envir., art. L. 173-12, validé par la décis. n° 2014-416 QPC du Conseil constitutionnel du 26 sept. 2014, AJDA 2014, 1959 ; D. 2014, 2503, note J.-B. Perrier ; *ibid.* 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginetet ; RSC 2014, 785, obs. J.-H. Robert ; *ibid.* 2015, 711, obs. B. de Lamy.

⁹ Convention judiciaire d'intérêt public.

¹⁰ T. com. Dunkerque, 29 mai 2018, n° 16057000055 ; Bourges, 2^e ch., 18 déc. 2019, n° 19/343.

¹¹ CE, 5^e et 6^e ch. réun., 3 juin 2020, n° 425395, Lebon ; AJDA 2020, 1999 ; CE, 5^e et 6^e ch. réun., 24 juill. 2019, n° 414353, Lebon ; AJDA 2020, 576, note Carlos-Manuel Alves ; *ibid.* 2019, 1605 ; D. 2020, 1012, obs. V. Montillet et G. Leray.

¹² Accord de Paris, 4 nov. 2016 ; Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques.



On a coutume de dire que l'écosystème français est unique au monde en matière environnementale, avec des majors dans l'eau, les déchets, l'énergie, les transports et tout un tissu d'entreprises de taille intermédiaire et de petites et moyennes entreprises performantes qui incarnent la « croissance verte » dont notre pays souhaite, à raison, être l'un des champions.

Dans cet écosystème, le droit de l'environnement, par son autonomie, sa modernité et son adaptabilité aux situations concrètes (puisque la majeure du syllogisme est technique et/ou économique et jamais juridique), est l'un des éléments d'infrastructure des projets et peut constituer une référence pour les droits qui doivent, partout dans le monde, dorénavant s'adapter au changement climatique et à la nécessaire résilience énergétique.

Si aujourd'hui toutes les banques de développement, et en particulier les six grandes banques parmi lesquelles la Banque mondiale, flèchent dorénavant leurs financements

sur les projets bas carbone et en conformité avec l'accord de Paris, elles le font en s'appuyant sur des analyses juridiques de conformité et de pilotage qui prennent en compte le droit de l'environnement en tant qu'élément d'infrastructure des projets.

Et puisque le juge international du changement climatique ou de la protection de la biodiversité n'existe pas encore, c'est bien le juge national qui sera, à la fin du jour, le garant de la mise en œuvre de ces nouvelles politiques publiques fondées sur la conformité au droit de l'environnement et à la justice climatique. À cet égard, le récent arrêt du Conseil d'État ayant condamné l'État français avec astreinte pour insuffisance des moyens mis en œuvre dans les politiques de réduction des gaz à effet de serre¹³ est une preuve de ce mouvement.

Ainsi, une boucle est bouclée car, en droit de l'environnement, au national comme à l'international, au dernier jour il y a et il y aura le juge et les avocats.

¹³ CE 10 juill. 2020, n° 428409, pollution de l'air, Lebon ; AJDA 2020. 1447 ; *ibid.* 1776, chron. C. Malverti et C. Beauflis ; RFDA 2020. 818, concl. S. Hoyneck.