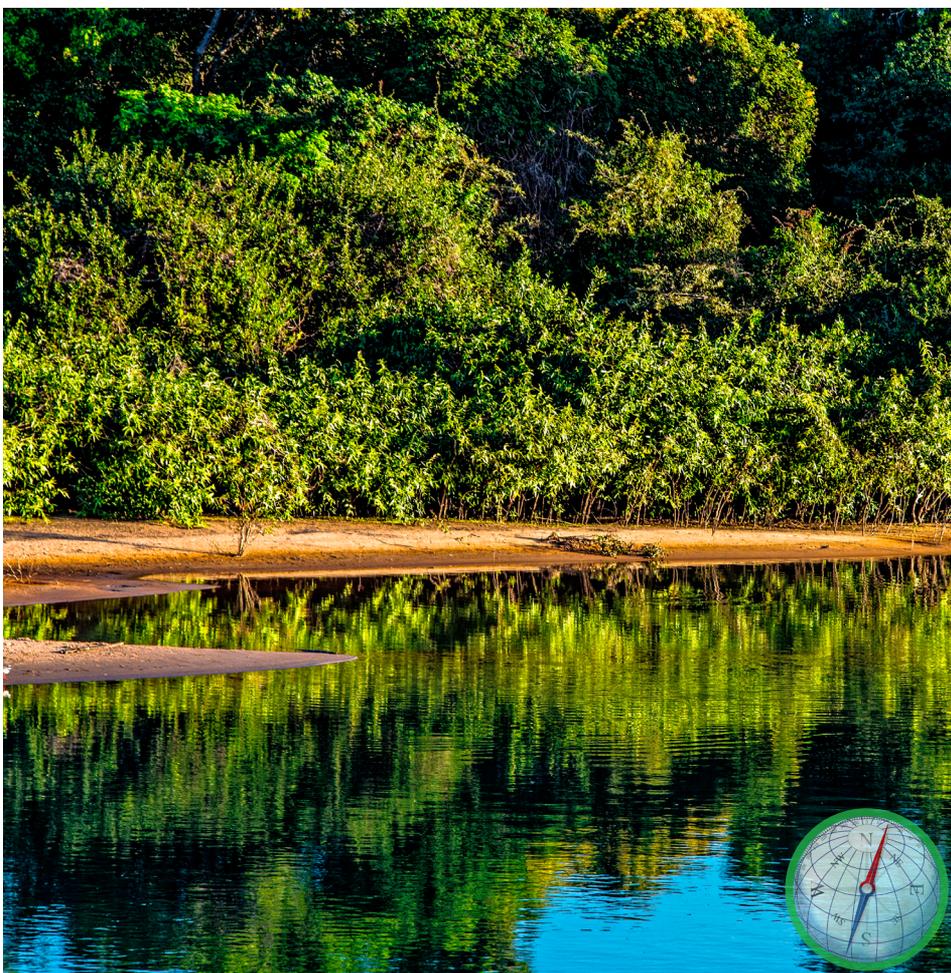




Mesurer l'efficacité du droit de l'environnement à travers des indicateurs juridiques et des analyses de qualité

Jérôme Fromageau, Ayman Cherkaoui et Roberto Coll
Editeurs



UICN, Droit et politique de l'environnement, n° 91



CMDE

COMMISSION MONDIALE DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
COMMISSION MONDIAL DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
COMISSÃO MUNDIAL DE DIREITO AMBIENTAL



SFDE

Société Française pour le
Droit de l'Environnement

CENTRE
INTERNATIONAL de
DROIT
COMPARÉ de l'
ENVIRONNEMENT



université
PARIS-SACLAY
FACULTÉ
JEAN MONNET
DROIT ÉCONOMIE MANAGEMENT

institut d'études
IEDP
de droit public

Mesurer l'efficacité du droit de
l'environnement à travers des indicateurs
juridiques et des analyses de qualité

Mesurer l'efficacité du droit de l'environnement à travers des indicateurs juridiques et des analyses de qualité

Jérôme Fromageau, Ayman Cherkaoui et Roberto Coll
Editeurs

La terminologie géographique employée dans cet ouvrage, de même que sa présentation, ne sont en aucune manière l'expression d'une opinion quelconque de la part de l'UICN ou des autres organisations concernées sur le statut juridique ou l'autorité de quelque pays, territoire ou région que ce soit, ou sur la délimitation de ses frontières.

Les opinions exprimées dans cet ouvrage ne reflètent pas nécessairement celles de l'UICN ou des autres organisations concernées.

L'UICN remercie ses partenaires cadre pour leur précieux support et tout particulièrement : le ministère des Affaires étrangères du Danemark ; le ministère des Affaires étrangères de la Finlande ; le gouvernement français et l'Agence française de développement (AFD) ; le ministère de l'Environnement de la République de Corée ; le ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement du Grand-Duché de Luxembourg ; l'Agence norvégienne de développement et de coopération (Norad) ; l'Agence suédoise de coopération internationale au développement (Asdi) ; la Direction du développement et de la coopération de la Suisse (DDC) et le Département d'Etat des Etats Unis d'Amérique.

L'UICN et les autres organisations concernées déclinent toute responsabilité en cas d'erreurs ou d'omissions intervenues lors de la traduction. En cas de divergences, veuillez vous référer à l'édition originale : *Measuring the effectiveness of environmental law through legal indicators and quality analyses*. IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 91 (2023). Publié par : UICN. <https://portals.iucn.org/library/node/51383>

Le présent ouvrage a pu être publié grâce à un soutien financier de UICN CMDE.

Publié par : UICN, Gland, Suisse

Produit par : Commission mondiale du droit de l'environnement de l'UICN (CMDE)

Droits d'auteur : © 2023 UICN, Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources
© 2024 UICN, Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources, pour la traduction française

La reproduction de cet ouvrage à des fins non commerciales, notamment éducatives, est permise sans autorisation écrite préalable du (des) détenteur(s) des droits d'auteur à condition que la source soit dûment citée.

La reproduction de cet ouvrage à des fins commerciales, notamment en vue de la vente, est interdite sans autorisation écrite préalable du (des) détenteur(s) des droits d'auteur.

Citation recommandée : Fromageau, J., Cherkaoui, A., & Coll, R. (Eds.) (2024). *Mesurer l'efficacité du droit de l'environnement à travers des indicateurs juridiques et des analyses de qualité*. UICN, Droit et politique de l'environnement, n°91. UICN.

Traduit par : INTUITIV – www.intuitivme.com (pour la préface et les contributions de A. H. Benjamin et G. Winter)

Photo(s) couverture : © Photo principale : Joao Lima/Pixabay ; illustration : deMmysticWay/Pixabay ; photos à gauche, de haut en bas : Berd Hildebrandt/Pixabay ; Kristina Gjerde ; UICN CMDE ; Rachel Hyde/Ramsar secretariat ; [Conditions de service de Pixabay](#)

Mise en page : layout & more, Bonn, Allemagne

Imprimé par : Druckerei Eberwein, Bonn, Allemagne

Cet ouvrage est imprimé sur papier ArtoSatin, UE Eco Label, FSC Mix credit blanc, 130 g/qm.

Contenus

Préface	vii
Avant-propos	ix
Remerciements	xi
Contributeurs spéciaux à l'édition	xii
Contributeurs	xii
Acronymes	xiii
Les indicateurs juridiques – présentation générale	1
I. Le diagnostic	1
II. Le remède	2
1. Effectivité et efficacité	2
2. Histoire des indicateurs juridiques	3
Conclusion	5
Références	7
À propos de l'auteur	8
Pourquoi des indicateurs juridiques peuvent-ils mesurer l'effectivité du droit de l'environnement, et comment ?	9
Résumé	9
I. Que mettre en évidence ?	10
II. Inspiration méthodologique	11
III. Comment mesurer	12
Conclusion	13
Références	13
À propos de l'auteur	13
L'efficacité du droit international de l'environnement	15
Résumé	15
I. Première observation : le droit international n'est ni efficace ni effectif	18
II. Deuxième observation : quelles sont les causes de cette inefficacité ?	19
III. Quelques pistes de réflexion et/ou solutions	19
Conclusion	21
Références	21
À propos de l'auteur	22
L'effectivité du droit européen de l'environnement	23
Résumé	23
I. Le droit de l'Union européenne	23
1. L'effectivité normative du droit de l'environnement	23
2. La transposition en droit national, clé de l'effectivité du droit de l'Union	24
3. Le contrôle de la conformité des droits nationaux	27
4. Contrôle juridictionnel et sanctions	30
II. Le Conseil de l'Europe	33
1. L'effectivité normative du droit de l'environnement	33
2. Le droit à la protection d'un environnement sain	34
Conclusion	36
Références	36
À propos de l'auteur	38

La Convention de Ramsar sur la protection des zones humides d'importance internationale . . .	39
Résumé	39
I. Revue critique des COP de Ramsar et inventaire des obligations à portée juridique	41
1. La prépondérance des obligations à faible portée juridique.	41
2. Le recours ponctuel aux obligations juridiques de forte intensité	43
II. Revue critique des questions juridiques dans le modèle de Rapport national et élaboration de propositions de modifications	45
1. Le rôle primordial des Rapports nationaux dans le suivi de l'application de la Convention	45
2. L'application des indicateurs juridiques au modèle de Rapport national dans l'objectif de renforcer l'effectivité juridique de la Convention de Ramsar	46
Conclusion	48
Références	48
À propos des auteurs.	49
Exemple de mise en pratique de la méthode des indicateurs juridiques	51
Résumé	51
I. Création d'indicateurs.	52
II. Renforcement d'indicateurs existants	53
III. Renforcement du degré de contrainte d'un article par la mise en place d'indicateurs globaux	56
Conclusion	57
Références	58
À propos des auteurs.	58
Indicateurs de mise en œuvre de la législation internationale sur la protection climatique	59
Résumé	59
I. Caractère contraignant des traités	59
II. Concrétiser le niveau de préjudice (in)acceptable	61
III. Détermination et répartition de l'effort	65
1. Détermination de l'effort total	65
2. Principes de partage de l'effort	66
3. Application des principes de partage de l'effort.	67
4. Mesure et évaluation de l'efficacité	71
5. Résumé et proposition de réforme	72
Références	76
À propos de l'auteur.	79
Les forêts et la primauté du droit en matière d'environnement : réflexions sur l'efficacité de la législation brésilienne	81
Résumé	81
I. Des raisons d'être optimiste	84
II. Des raisons d'être pessimiste.	85
III. Le projet de colonisation de la <i>terra incognita</i> du Brésil et son impact sur la forêt	86
IV. Une évaluation préliminaire de la primauté du droit en matière d'environnement au Brésil	87
V. Les lacunes dans la pratique du droit en matière d'environnement : l'exemple de la déforestation.	88
Conclusion : de bonnes lois ne garantissent pas à elles seules l'efficacité des droits et obligations en matière d'environnement	92
Références	92
À propos de l'auteur.	93

Préface

En 2021, le Congrès mondial de la nature de l'UICN à Marseille a adopté la Résolution 50: « Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques ». Le premier des quatre paragraphes du dispositif de la résolution « *demande la Commission mondiale du droit de l'environnement (CMDE) et à ses membres (...) de développer des expérimentations et des formations à l'élaboration d'indicateurs juridiques en matière de conservation de la nature avec la participation des professeurs de droit, des avocats, des juges, des procureurs et des services administratifs chargés de contrôler le respect des règles de droit de l'environnement* ».

Dans le cadre de ce mandat, la CMDE-UICN a organisé le chapitre régional européen de son 2e Congrès mondial du droit de l'environnement sur le thème « Mesurer l'efficacité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques », à Paris, Université de Paris Saclay, les 16 et 17 décembre 2021. Le Congrès a attiré la participation d'un public international, composé de professeurs de droit, d'universitaires, de professionnels du droit, d'étudiants et de juges.

Cette publication rassemble les idées juridiques présentées lors du Congrès et met en valeur les travaux en cours sur les indicateurs juridiques environnementaux menés par la CMDE et ses partenaires, notamment l'*Institut d'études du droit public* (IEDP), le *Centre international de droit comparé de l'environnement* (CIDCE), la *Société française pour le droit de l'environnement* (SFDE) et la *Chaire d'excellence Normandie pour la paix* (CNP), à qui nous tenons à exprimer notre sincère gratitude pour une coopération fructueuse et de longue date.

Les efforts visant à évaluer l'efficacité du droit de l'environnement au moyen d'indicateurs juridiques sont indispensables à un moment où le droit de l'environnement, sa mise en œuvre et son application efficaces sont essentiels à la transformation mondiale vers une société durable. Le droit de l'environnement joue un rôle central dans la résolution d'une multitude de défis environnementaux à tous les niveaux et à toutes les échelles, jusqu'aux crises planétaires des changements climatiques, de la perte de biodiversité et de la pollution.

Dans le même temps, nous assistons à des tendances à la régression juridique qui sapent les niveaux de protection existants. Pour éviter cela, le droit de l'environnement nécessite des outils qui permettent aux gouvernements et à la société en général de mesurer avec précision et d'informer sur la mesure dans laquelle le droit est correctement et efficacement appliqué. Ceci est important afin de savoir si les lois servent les buts et objectifs pour lesquels elles ont été définies, ou si des ajustements et des changements sont nécessaires.

Les indicateurs juridiques environnementaux, avec leurs étapes méthodologiques de conformité correspondantes, fournissent la précision nécessaire pour mesurer l'efficacité de la Loi. Les indicateurs permettent donc aux décideurs et à la société civile d'évaluer les progrès réalisés, les défis et les régressions afin de prendre les mesures appropriées pour une bonne application de la Loi.

Cette publication servira, espérons-le, de guide et d'inspiration pour les avocats, les juges, les négociateurs, les décideurs, les universitaires, les étudiants et les militants environnementaux qui souhaitent explorer plus avant la mise en œuvre de cet outil crucial en matière de responsabilité juridique environnementale.

Mes remerciements personnels vont à Anni Lukács, du Centre du droit de l'environnement de l'UICN, pour son soutien éditorial, à Ayman Cherkaoui, vice-président de la CMDE, pour l'excellente organisation du 2e Congrès européen du droit de l'environnement à Paris, et à Roberto Coll, responsable exécutif de la CMDE-UICN, pour avoir supervisé la publication de cette publication.

Prof. Dr. Christina Voigt

Présidente de la Commission mondiale de l'UICN du droit de l'environnement

Avant-propos

C'est à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Saclay que s'est tenu en format hybride, les 16 et 17 décembre 2021, dans le cadre du deuxième Congrès du droit international de l'environnement, le colloque *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement par des indicateurs juridique*, dont on lira dans la présente publication la transcription de la plupart des interventions. Ces deux journées ont été conçues de manière conjointe par le Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE) et la Commission mondiale du droit de l'environnement de l'UICN.

Le droit est essentiel pour faire face aux menaces environnementales que sont la pollution, la perte de biodiversité et le réchauffement climatique. Les lois environnementales, en droit interne comme en droit international, ne sont cependant utiles que si elles sont effectivement appliquées.

Or, jusqu'à présent, les gouvernants n'ont pas envisagé de mettre en place des indicateurs juridiques. Trop souvent, les États – et particulièrement les États autoritaires – répugnent à affronter la question pourtant cruciale de l'efficacité des normes, tout particulièrement dans les domaines de la prévention, de la lutte contre les pollutions et de la protection de la biodiversité.

La création d'indicateurs juridiques en matière d'environnement permettrait de contribuer à un meilleur suivi des politiques publiques et de gouvernance. Ces indicateurs répondent d'abord au procès d'ineffectivité du droit de l'environnement qui n'est pas ou mal appliqué. Il faut en outre tenir compte du temps de l'effectivité du droit, et du principe de non-régression. Très souvent, des adaptations sont nécessaires dans de nombreux domaines. Nombreux sont les textes qui ont été adoptés il y a une vingtaine d'années et qui ne sont plus adaptés, ce qui trop souvent justifie alors de « simplifier le droit » sous le prétexte de le rendre plus efficace !

La création d'indicateurs juridiques, c'est aussi l'occasion de donner à la société civile une meilleure information sur le bien-fondé des textes, permettant une meilleure participation pour une bonne gouvernance respectant l'état de droit environnemental, ce qui n'est guère possible en l'absence de consensus social.

Les indicateurs juridiques permettront de rendre plus intelligible le droit de l'environnement. Ils peuvent contribuer à l'avenir à faire en sorte qu'il soit plus opérationnel, à alerter sur les dérives, à identifier les éventuelles résistances et points de blocage, et à les corriger en identifiant précisément les difficultés tout en améliorant la visibilité et la légitimité des textes. Cela permettra aux parlements et aux gouvernements de ne plus réformer en aveugle, mais de pouvoir identifier les points forts et les points faibles dans l'application des règles de droit, de mieux cibler les besoins et le contenu des réformes à entreprendre, et de fournir un outil d'aide à la décision et d'amélioration continue des mesures de protection.

C'est dans cet esprit que le Congrès mondial de la nature de l'UICN a approuvé, lors de sa session à Marseille en 2020, la Résolution 50 « Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques ». Celle-ci a été votée par 83 États et 474 ONG, ce qui laisse présager – il faut l'espérer – une généralisation future du recours aux indicateurs juridiques. C'est donc dans le prolongement du Congrès de Marseille et des travaux de l'équipe internationale constituée par le

CIDCE, sous la présidence du professeur Michel Prieur, que s'inscrivent, fort opportunément, les Actes du colloque de Sceaux.

Jérôme Fromageau

Doyen honoraire de la Faculté Jean Monnet (Université Paris-Saclay)

Président de la Société Française pour le Droit de l'Environnement

Remerciements

Le colloque a été organisé, dans la salle de conférence Georges Vedel de la faculté Jean Monnet, par la Commission mondiale du droit de l'environnement de l'UICN, le Centre international de droit comparé de l'environnement, la Société française pour le droit de l'environnement et sa section Île-de-France, l'Institut d'études de droit public de l'Université Paris-Saclay, le Comité français de l'UICN, la Chaire d'excellence Normandie pour la Paix CNRS Université de Caen, avec le soutien de la Commission nationale française de l'UNESCO et du Plan Bleu.

Il convient de remercier tout particulièrement le Professeur Michel Prieur et la professeure Christina Voigt, qui sont à l'origine de cette manifestation, remerciements auxquels nous associons les membres du Comité d'organisation de ces deux journées d'étude : Christophe Bastin, Raphaël Brett, Ayman Cherkaoui, Michel Drousseau, Jérôme Fromageau, Emilie Gaillard, Emily Gaskin, Agnès Michelot, Charles Vautrot-Schwarz et Frédérique Perron-Welch.

Nous adressons un salut amical et très reconnaissant à l'ensemble des intervenants, sans oublier les étudiants des masters spécialisés en droit de l'environnement des Universités de Côte d'Azur, de Limoges, de La Rochelle et de Strasbourg.

Nous exprimons aussi toute notre gratitude à Christine Rey, directrice du service de la communication, ainsi qu'aux techniciens de la faculté Jean Monnet pour la parfaite organisation matérielle des deux journées.

Enfin, nos plus vifs remerciements vont à Anni Lukács, Responsable de la documentation et de l'information de l'Équipe gestion des connaissances et bibliothèque de l'UICN, car c'est à elle que nous devons enfin la publication de ces Actes !

Jérôme Fromageau

Doyen honoraire de la Faculté Jean Monnet (Université Paris-Saclay)

Président de la Société Française pour le Droit de l'Environnement

Contributeurs spéciaux à l'édition

Raphaël Brett
Ayman Cherkaoui
Michel Dourousseau
Jérôme Fromageau
Emilie Gaillard
Michel Prieur
Christina Voigt

Contributeurs

Yann Aguila
Mattéa Armandoni
Christophe Bastin
Antonio Herman Benjamin
Lucie Brouwer
Georgia Fili
Jérôme Fromageau
Sühendan Göksal
Francis Haumont
Ornella Insalaco
Marie Lassalle
Amélie Pedrono
Michel Prieur
Gabriel Andrés Suárez Gómez
Christina Voigt
Gerd Winter

Acronymes

AFOLU	Agriculture, Forestry and Other Land Uses [Agriculture, foresterie et autres utilisations des terres]
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AP	Accord de Paris
AR	Assessment Report [Rapport d'évaluation]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne]
CAT	Climate Action Tracker [Outil de suivi des mesures climatiques]
CCC	Committee on Climate Change [Commission britannique sur les changements climatiques]
CCCC	Convention-cadre sur les changements climatiques
CCNUCC	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques
CDN	Contribution déterminée au niveau national
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIDCE	Centre International de Droit Comparé de l'Environnement
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COP	Conférence des Parties
GES	Gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
IDDR	Institut du développement durable et des relations internationales
IDH	Indice de développement humain
IFDD	Institut de la Francophonie pour le développement durable
IMPEL	European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law [Réseau de l'Union européenne pour la mise en œuvre et l'application du droit de l'environnement]
MDP	Mécanisme de développement propre
MEI	Modèle d'évaluation intégrée
MSP	Maîtrise statistique des procédés
MTD	Meilleures techniques disponibles
ODD	Objectif de développement durable
OIF	Organisation internationale de la Francophonie
OMI	Organisation maritime internationale
ONG	Organisation non gouvernementale
OQE	Objectif de qualité environnementale
PIB	Produit intérieur brut

PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
REMPEC	Centre régional Méditerranéen pour l'intervention d'urgence contre la pollution marine accidentelle
SABCC	Scientific Advisory Board on Climate Change [Conseil scientifique consultatif européen sur le changement climatique]
SFDE	Société française pour le droit de l'environnement
SJT	Superior Tribunal de Justiça [Haute Cour nationale du Brésil]
SMEA	Système de management environnemental et d'audit
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature
UTCATF	Utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie
WBGU	Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen [Comité consultatif scientifique allemand sur changements environnementaux de la planète]
WP	Working Group [Groupe de travail]

Les indicateurs juridiques – présentation générale

Michel Prieur

Mesdames, messieurs, chers amis, chers étudiants de France, d'Afrique et d'Amérique du Sud, nombreux à suivre nos travaux : je souhaite d'abord vous présenter un diagnostic, puis un remède.

I. Le diagnostic

J'ai une question angoissante à poser : le droit de l'environnement sert-il à quelque chose ? Après avoir consacré ma vie au droit de l'environnement, il ne s'agit pas d'une simple question juridique ou philosophique : c'est une question métaphysique !

Poser une telle question devant un auditoire d'éminents spécialistes du droit de l'environnement, c'est aussi une provocation. On peut douter de l'utilité du droit de l'environnement si on lit les nombreux rapports nationaux, régionaux et internationaux, publiés tous les deux ou trois ans, selon les cas, sur « l'état de l'environnement ».

Dans ces rapports, sur papier glacé avec de belles photos et des diagrammes en couleur, on trouve beaucoup d'informations, avec des indicateurs scientifiques ou économiques et des statistiques sur le nombre d'espèces en voie de disparition, sur les taux de diminution de la pollution de l'air ou de l'eau, sur les surfaces de dégradation des sols, sur l'augmentation du volume de consommation de pesticides, sur la quantité des déchets plastiques rejetés en mer, etc.

Mais on ne trouve aucune information sur le rôle joué par le droit international et le droit national dans ces constats scientifiques, car nous sommes capables de tout mesurer, sauf l'application effective du droit.

Les juristes de l'environnement doivent se poser la question : depuis 50 ans de droit de l'environnement, c'est-à-dire depuis Stockholm 1972, le droit de l'environnement a-t-il contribué ou non à la dépollution et à l'amélioration de la biodiversité ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord savoir si le droit est appliqué effectivement, et comment il est appliqué.

Si l'état de l'environnement depuis 50 ans ne s'est pas vraiment amélioré, est-ce parce que le droit a des lacunes ou parce que, bien qu'existant, il n'a pas été appliqué ? Ou est-ce à cause d'autres facteurs, économiques, sociaux ou culturels ? On présume bien sûr, sans preuves scientifiques, que c'est pour toutes ces raisons à la fois. Il est donc indispensable de connaître le rôle effectif du droit, lorsqu'il existe et lorsqu'il est appliqué.

Si on lit les déclarations finales de toutes les conférences internationales sur l'environnement et des conférences des Parties des traités sur l'environnement, on trouve toujours la même rengaine : tout va très bien, madame la marquise, à l'exception du fait que le droit de l'environnement n'est pas appliqué, ou très mal, sur le terrain. Le problème ne repose pas sur les textes écrits de droit de l'environnement (il y a en effet assez de droit de l'environnement – il y a même trop de droit de l'environnement), le problème réside dans l'application du droit de l'environnement, tant international que national puisque les deux sont interdépendants.

La question se pose alors : la mauvaise application ou la non-effectivité du droit de l'environnement est-elle mesurable ? Peut-on évaluer scientifiquement le processus juridique, après l'adoption

d'une loi ou d'un traité, qui consiste à mettre en application ces textes ? Ce processus est long et complexe : il va de l'adoption de textes juridiques qui conditionnent l'application, à l'existence de contrôles administratifs et juridictionnels et à l'exécution des décisions de justice. Il ne sert à rien de savoir qu'il y a eu, dans tel pays, 50 décisions de justice en lien avec l'environnement : c'est une information statique. Il faut savoir si ces décisions de justice ont été effectivement exécutées.

Des jurisprudences théoriquement formidables et progressistes sont des jurisprudences mortes tant qu'elles ne sont pas effectivement mises en œuvre.

Le juge brésilien Antonio Benjamin, président honoraire de la Commission mondiale du droit de l'environnement, nous parlera précisément du rôle du juge.

C'est l'EFFECTIVITÉ qui est au cœur de la création des indicateurs juridiques ; c'est pourquoi plusieurs orateurs vont parler de l'effectivité en droit international et en droit national de l'environnement : Agnès Michelot, Yann Aguila, Francis Haumont et Laurent Fonbaustier.

II. Le remède

La création d'indicateurs juridiques va répondre au besoin criant d'effectivité du droit. On va d'abord distinguer effectivité et efficacité, puis on retracera l'histoire des indicateurs juridiques.

1. Effectivité et efficacité

Selon le principe 11 de la Déclaration de Rio de 1992¹, « les États doivent promulguer des mesures législatives EFFICACES en matière d'environnement » – on pourrait aussi ajouter « et adopter des traités efficaces ».

Le mot « efficace » a été choisi pour la traduction officielle de l'expression « effective environmental legislations ». Bizarrement, en anglais, « effective » ne se traduit pas toujours par « effectif », mais aussi par « efficace », ou par les deux. Il y a linguistiquement une grande confusion. Si on cherche « effectivité » en anglais, on trouve la double traduction, selon les cas : efficace ou effective.

C'est pourquoi le principe 11 doit être entendu avec une double signification :

- Une loi efficace ou un traité efficace est celui qui atteint ses objectifs : moins de pollution, plus de biodiversité. Il s'agit alors de l'efficacité de la loi ou du traité.
- Mais pour qu'une loi soit efficace, il faut que le texte de la loi soit effectivement appliqué. Une loi ou un traité effectif est celui qui est mis en œuvre en respectant toutes les étapes du processus juridique de son application.

Autrement dit, l'EFFICACITÉ (le résultat) est conditionnée par l'EFFECTIVITÉ (la mise en œuvre juridique). La décision 27/9 de 2013² du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) est très explicite à cet égard en parlant « d'effectivité du droit » :

1 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, <https://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

2 Décision 27/9 du Conseil d'administration du PNUE (2013), *Promotion de la justice, de la gouvernance et du droit au service de la viabilité de l'environnement*.

« Il faut combattre le non-respect du droit de l'environnement en prenant des mesures pour augmenter l'effectivité des mécanismes d'application du droit en matière civile, administrative et pénale, et des institutions. »

« to combat the non compliance with environmental laws, including, inter alia, measures to increase the effectiveness of administrative, civil and criminal enforcement mechanisms, institutions and laws in the field of environment. »

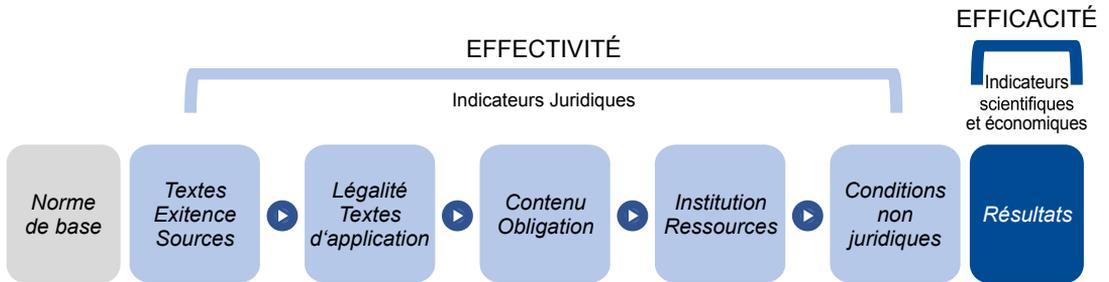


Figure 1 Effectivité et efficacité en droit

Source: auteur

Les indicateurs juridiques de l'effectivité du droit vont permettre de faire une radiographie des étapes juridiques de l'application du droit.

La mise en œuvre du droit est conditionnée par le franchissement de six étapes qui sont autant d'indicateurs juridiques :

1. Indicateurs existentiels – les sources du droit applicable
2. Indicateurs d'applicabilité – les conditions de légalité, y compris de constitutionnalité
3. Indicateurs substantiels – sur le contenu de la norme juridique
4. Indicateurs organiques et institutionnels – les institutions et les moyens financiers pour appliquer le droit
5. Indicateurs de contrôle de l'application – contrôles administratifs, juridictionnels et de la société
6. Indicateurs extrajuridiques – qui conditionnent l'application du droit, dont sa lisibilité, sa diffusion, la corruption, l'éducation, etc.

Pour étudier l'application effective d'un traité donné ou d'une loi sur l'eau ou les déchets, on rédige un questionnaire pour chacune des six familles d'indicateurs avec un groupe d'experts pluridisciplinaires, à majorité composé de juristes spécialisés en droit de l'environnement (professeurs, avocats, magistrats).

Ce questionnaire est soumis à un panel d'acteurs concernés par l'application du texte étudié, puis les réponses à ce questionnaire sont traitées mathématiquement, comme le montrera l'ingénieur Christophe Bastin qui nous a accompagnés dans cette aventure.

2. Histoire des indicateurs juridiques

On assiste depuis environ cinq ans à une demande croissante d'indicateurs juridiques. L'origine historique de cette demande vient des juristes africains de droit de l'environnement dans le cadre des institutions de la francophonie et de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN).

Le regretté professeur Stéphane Doumbé-Billé et notre ami ici présent Yacouba Savadogo du Burkina Faso ont adopté, lors de colloques de droit de l'environnement à Abidjan en 2013 et à Rabat en 2016, des déclarations finales réclamant des indicateurs juridiques pour savoir pourquoi le droit de l'environnement n'est pas appliqué ou est mal appliqué, en Afrique et dans le monde. Cette demande de la doctrine a conduit l'Institut de la Francophonie pour le développement durable (IFDD), agence de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), à lancer une étude en 2017 afin de proposer une méthodologie de création de ces nouveaux indicateurs. À Yaoundé en février 2018, cette méthode a été validée par l'UICN, le PNUE, le Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE) et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)³.

Dès 2001, la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants dispose d'un article 16 intitulé « Évaluation de l'efficacité ». Il s'agit d'un cocktail de plusieurs indicateurs pour l'évaluation scientifique de l'efficacité, l'évaluation environnementale, l'évaluation économique et aussi l'évaluation de la *non compliance*, c'est-à-dire du non-respect juridique qui implique des données purement juridiques. Lors de la COP6 en 2013, les Parties ont adopté des lignes directrices pour l'évaluation de l'effectivité de la Convention (revues en 2019 à la COP9), avec la création d'un comité d'évaluation de l'effectivité de la Convention distinct du *Compliance Committee* (Comité de contrôle du respect des dispositions) qui n'a toujours pas été mis en place. Les indicateurs retenus ne sont, hélas, que quantitatifs : nombre de Parties ayant pris telle mesure, sans chercher à savoir le processus juridique d'application de ces mesures. En 2013, ils se plaignaient toujours de l'absence d'information pour savoir si les États respectaient leurs obligations. En septembre 2017, la première initiative de réflexion doctrinale a eu lieu en Israël avec le professeur Richard Laster de la faculté de droit de Jérusalem, correspondant national du CIDCE en Israël.

Au niveau politique et juridique, plusieurs événements peuvent être mentionnés :

- 2017 – G7 à Bologne : « développer de nouveaux indicateurs » – comme il n'existe que des indicateurs scientifiques, cela veut dire réclamer des indicateurs juridiques ;
- 2017 – UNEA 3 (3^e Assemblée des Nations Unies pour l'environnement) à Nairobi : mettre en place des indicateurs plus pluridisciplinaires ;
- 2018 – Accord régional d'Escazu,⁴ art 6-8 : des indicateurs communs pour évaluer « l'effectivité, l'efficacité et le progrès » (les deux mots sont utilisés distinctement en espagnol, en français, en anglais [efficacy and effectiveness] et en portugais [eficacia et efetividade]) dans le respect des engagements du droit international et du droit national ;
- 2018 – Conférence des Parties à la Convention de Ramsar à Dubai : le CIDCE a présenté, avec Emilie Gaillard, un événement en parallèle de la COP sur les indicateurs juridiques ;
- 2019 – Approbation à Nairobi du programme Montevideo 5 pour le droit de l'environnement du PNUE : il réclame des indicateurs « pour appliquer le droit de l'environnement de manière efficace » ;
- 2019 – COP21 de la Convention de Barcelone pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée : pour la première fois dans une COP, on va « développer des indicateurs

3 Voir l'ouvrage Les indicateurs juridiques (2018) sur le site de l'IFDD.

4 Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 3397. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>

juridiques » – on verra avec le Plan Bleu et M. Guillaume Sainteny le test réalisé en 2021 dans trois États de la Méditerranée (France, Tunisie et Turquie).

Enfin on peut mentionner trois événements majeurs de la doctrine internationale :

- 2019 – le rapport *Environmental Rule of Law* du PNUÉ suggère le recours à des indicateurs juridiques pour évaluer l'état du droit de l'environnement (page 236) ;
- 2020 – la Conférence de Kyoto de l'Association de droit international adopte des lignes directrices sur le rôle du droit international pour la gestion des ressources naturelles (réclamant, au § 5-3, la création d'indicateurs juridiques) ;
- 2021 – l'ouvrage publié par le CIDCE aux éditions Peter Lang avec l'appui de la Chaire Normandie pour la paix est une mise à jour de l'ouvrage *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable* (2018), écrit par Michel Prieur et Christophe Bastin avec la collaboration de Mohamed Ali Mékouar. Cet ouvrage va être présenté par Emilie Gaillard. Il est en accès libre en français, en anglais et en espagnol.

Conclusion

Grâce à l'UICN et à sa Commission mondiale du droit de l'environnement, ce colloque organisé à la faculté de droit de Sceaux par la Société française pour le droit de l'environnement (SFDE) est consacré au lancement des indicateurs juridiques comme nouvel outil d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement. Le droit de l'environnement, en crise face à de nombreuses régressions en droit national, a bien besoin de nouveaux outils pour faire connaître, aux gouvernants et à la société civile, dans quelle mesure le droit est appliqué et pourquoi il est mal appliqué.

Le Congrès mondial de l'UICN à Marseille en septembre 2021 a adopté la Résolution 50⁵ sur les indicateurs juridiques. Cette Résolution avait été proposée par le CIDCE, ONG internationale membre de l'UICN. Elle a obtenu un vote favorable de 83 États et 474 ONG.

La Résolution 50 fixe quatre objectifs. Ce colloque va illustrer ces quatre objectifs.

1) Ce colloque répond d'abord au premier objectif : développer des formations à l'élaboration des indicateurs juridiques, avec deux groupes d'étudiants. C'est ainsi que l'on va rendre compte du travail de formation initié par le CIDCE avec l'université de Strasbourg et les étudiants de Strasbourg du master Droit de l'environnement. Ceux-ci vont présenter leurs travaux menés sous la direction de Michel Durousseau sur la Convention de Ramsar sur les zones humides. Les étudiants de l'université de Nice présenteront ensuite leurs travaux sur un protocole de la Convention de Barcelone sur les situations critiques, menés sous la direction de Grégoire Leray et Jean-Christophe Martin.

2) Il s'agit ensuite de « développer des expérimentations ». À ce titre, on va présenter des travaux réalisés depuis 2019 dans la cadre de la Chaire Normandie pour la paix de Caen avec l'appui illimité et bienveillant d'Emilie Gaillard. Ces travaux sont relatifs à la création d'indicateurs juridiques permettant d'évaluer l'effectivité d'une aire protégée : en Argentine avec Gonzalo Sozzo, au Brésil avec Fernanda Cavedon Capdeville, au Portugal avec Alexandra Aragao, et en Tunisie avec Afef Hammami Marrakchi. Ensuite, grâce au concours du Plan Bleu, des travaux, réalisés en 2021 sur

5 Résolution 50, Congrès mondial de la nature 2020 de l'UICN, *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques*, <https://portals.iucn.org/library/node/49189>

l'effectivité de la Convention de Barcelone, seront présentés sur la Turquie par le professeur Ibrahim Kaboglu.

3) L'UICN a fixé un autre objectif relatif aux Objectifs de développement durable (ODD), partant du constat inquiétant que si les 17 ODD sont accompagnés de 232 indicateurs, il n'existe pratiquement aucun véritable indicateur juridique. Pourquoi ? Parce que ces indicateurs ont été élaborés par la Commission de statistique de l'ONU, qui est composée uniquement de statisticiens : aucun juriste n'est présent dans cette commission ! Pour les juristes, les ODD, n'étant pas un traité, ne sont pas juridiquement obligatoires mais font partie de la *soft law* du droit international. Cela veut-il dire que l'on peut appliquer les ODD sans le droit ? Bien entendu que non. L'ouvrage de l'UNEP mentionné ci-dessus, *Environmental Rule of Law*, démontre dans un diagramme (figure 6-1) que les ODD ne peuvent évidemment pas être appliqués sans le droit de l'environnement.



Figure 2 Rapport entre les ODD et l'état de droit en matières d' environnement

Source: traduit de *United Nations Environment Programme (2019). Environmental Rule of Law. First Global Report, p. 227*

Objectif 1	Pas de pauvreté
Objectif 2	Faim « zéro »
Objectif 3	Bonne santé et bien-être
Objectif 4	Éducation de qualité
Objectif 5	Égalité entre les sexes
Objectif 6	Eau propre et assainissement
Objectif 7	Énergie propre et d'un coût abordable
Objectif 8	Travail décent et croissance économique
Objectif 9	Industrie, innovation et infrastructures

Objectif 10	Inégalités réduites
Objectif 11	Villes et communautés durables
Objectif 12	Consommation et production responsables
Objectif 13	Mesures relatives à la lutte contre les changements climatiques
Objectif 14	Vie aquatique
Objectif 15	Vie terrestre
Objectif 16	Paix, justice et institutions efficaces
Objectif 17	Partenariats pour la réalisation des objectifs

À titre expérimental, Alexandra Aragao nous présentera également comment l'ODD 14 sur les océans peut être effectif au Portugal.

4) Enfin, la Résolution de l'UICN invite les États Parties aux conventions universelles sur l'environnement à introduire des indicateurs juridiques pour faciliter l'évaluation des rapports des États. Yacouba Savadogo présentera la première initiative au niveau d'un État en réponse à la Résolution de l'UICN, avec le projet du Burkina Faso pour la COP de Ramsar de 2022. Lors de la 1^{ère} session spéciale de l'Assemblée des Nations Unies pour l'environnement à Nairobi en mars 2022, les États ont approuvé une déclaration politique (UNEP/EA.SS.1/4⁶). Le texte répète à plusieurs reprises la nécessité d'une application effective du droit, comme une rengaine lancinante. Les États sont conscients du déficit d'application du droit de l'environnement. Ils réclament le « [renforcement de] la mise en œuvre des obligations et engagements existant au regard du droit international de l'environnement » (§4) et « la mise en œuvre effective du droit international de l'environnement [...] conformément aux systèmes juridiques nationaux » (§15). Les indicateurs juridiques sont les outils indispensables pour mieux savoir pourquoi le droit est mal appliqué et comment réformer les processus nécessaires à sa mise en œuvre.

Mots clés : droit de l'environnement – évaluation – effectivité – indicateurs juridiques – mesure mathématique.

Références

Assemblée des Nations Unies pour l'environnement du Programme des Nations Unies pour l'environnement (2022). *Déclaration politique de la session spéciale de l'Assemblée des Nations Unies pour l'environnement consacrée à la commémoration du cinquantième anniversaire de la*

6 Doc. UNEP/EA.SS.1/4, *Déclaration politique de la session spéciale de l'Assemblée des Nations Unies pour l'environnement consacrée à la commémoration du cinquantième anniversaire de la création du Programme des Nations Unies pour l'environnement*, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/39802/UNEP.EA.SS.1.4%20-%20French.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

création du Programme des Nations Unies pour l'environnement, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/39802/UNEP.EA.SS.1.4%20-%20French.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Nations Unies (2001). Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, *Recueil des Traités*, vol. 2256, p. 119. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202256/v2256.pdf>

Nations Unies (2018). Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, *Recueil des Traités*, vol. 3397. <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>

Prieur, M. (2018). *Les indicateurs juridiques - Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable. <https://www.ifdd.francophonie.org/publications/les-indicateurs-juridiques/>

Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

Programme des Nations Unies pour l'environnement (2019). *Environmental Rule of Law: First Global Report*. Nairobi. <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>

Programme des Nations Unies pour l'environnement, Conseil d'administration (2013). *Décision 27/9 : Promotion de la justice, de la gouvernance et du droit au service de la viabilité de l'environnement*.

Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), Assemblée des Membres (2020). *Résolution 050 : Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques*. <https://portals.iucn.org/library/node/49189>

À propos de l'auteur

Michel Prieur est professeur émérite à l'Université de Limoges, doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences économiques, et président du Centre international de droit comparé de l'environnement, ONG internationale membre de l'UICN. Auteur de nombreux articles et ouvrages sur le droit de l'environnement français et international, il a fondé la Société française pour le droit de l'environnement (SFDE) et la Revue juridique de l'environnement.

Pourquoi des indicateurs juridiques peuvent-ils mesurer l'effectivité du droit de l'environnement, et comment ?

Christophe Bastin

Résumé

Mesurer l'effectivité vise à renforcer l'application du droit en identifiant les cibles d'amélioration. Cela permet d'aider les décideurs à mieux réformer les textes et d'éclairer les parties prenantes sur l'utilité du droit.

Pour mesurer l'effectivité du droit, il est nécessaire de respecter les principes juridiques et mathématiques. Les leçons tirées des expériences confirment trois besoins de mise en œuvre de la méthode : formation, adaptation au contexte et recensement des acteurs du droit pour le panel.

La mesure de l'effectivité est un travail d'équipe s'appuyant sur quatre bonnes pratiques :

- structurer les compétences juridiques et scientifiques,
- organiser les comités de juristes et de scientifiques,
- maîtriser la subjectivité des réponses,
- maîtriser la mesure.

D'un point de vue mathématique, la mesure de l'effectivité repose sur un « algorithme » simple : la transformation des données qualitatives en un niveau quantifié de l'effectivité du droit dans le temps.

En se basant sur la définition qu'un algorithme s'appuie sur les informations du passé pour prédire le futur, la mesure de l'effectivité se doit d'être un outil permettant d'améliorer l'application du droit et l'aide à la décision.

Cela paraît évident une fois dit !

Mais...

« **En mathématiques, "évident" est le mot le plus dangereux.** »¹

Pour créer un indicateur juridique, il faut associer la mesure d'un critère juridique et sa comparaison à d'autres critères.

La mise en évidence de la bonne mesure d'un critère juridique et sa comparaison à d'autres critères comparables permettent d'obtenir **un indicateur juridique exploitable**.

1 Citation d'Eric Temple Bell, 1883-1960, mathématicien et écrivain.

I. Que mettre en évidence ?

Une bonne mesure, lorsqu'elle est subjective, lorsqu'elle est effectuée à plusieurs reprises, acquiert sa dimension objective².

Une bonne comparaison, lorsqu'elle rapproche plusieurs critères juridiques, lorsqu'elle est vécue à plusieurs reprises, établit une relation de langage entre ces critères.

Un bon indicateur, lorsqu'il relate un état juridique, lorsqu'il est vécu à plusieurs reprises, exprime la tendance réelle de l'effectivité.

La mise en évidence de la mesure de l'effectivité est donc une nécessité pour **créer des éléments de langages pour la gouvernance**.

Par exemple, la concordance des mesures de l'effectivité et de l'efficacité permet de comprendre les interactions entre la mise en œuvre des processus d'application du droit et les résultats de l'application du droit.

L'intention de la mesure de l'effectivité ne se limite pas à la satisfaction d'avoir bien mis en œuvre le droit. C'est pouvoir **renforcer l'application du droit** pour mieux protéger l'environnement **en identifiant scientifiquement les cibles prioritaires d'amélioration des domaines juridiques**.

C'est **aider les décideurs politiques** à mieux réformer les textes existants et éclairer les parties prenantes sur l'utilité du droit.

Pour mesurer l'effectivité du droit de l'environnement, il est nécessaire dans un premier temps de définir un référentiel décrivant :

- Les principes juridiques :
 1. **Inventaire des domaines d'application du droit** établissant le périmètre du droit faisant l'objet de la mesure ;
 2. **Élaboration de questionnaires juridiques** permettant d'identifier les conditions d'effectivité du droit ;
- Les principes mathématiques :
 1. **Qualification des données**, permettant la mise en forme des réponses du questionnaire en données qualitatives exploitables et comparables entre elles ;
 2. **Quantification des données**, permettant la conversion d'une réponse (donnée qualitative) en une valeur (donnée quantitative) ;
 3. **Agrégation des données**, permettant les combinaisons mathématiques et statistiques des données entre elles pour **établir les indicateurs juridiques** ;
 4. **Exploitation de la mesure**, permettant la recherche des tendances et des corrélations sur **les sources d'amélioration ou de renforcement de l'effectivité** ; il est important de les exprimer le plus élémentairement possible en répondant à des objectifs pour caractériser l'effectivité ;
 5. **Représentativité de la mesure**, établissant la **garantie de l'objectivité de la mesure**, en établissant et respectant **un référentiel pour encadrer le processus de mesure**, en

² Inspiré de la citation « C'est dans la mesure où il est subjectivité, dans la mesure où il est vécu, qu'un événement acquiert sa dimension réelle ». Martel, J.-P. (1973). *Les œuvres complètes de Marguerite T. De Bané*, Montréal : Cercle du Livre de France.

assurant **la représentativité d'un panel** d'acteurs du droit répondant au questionnaire et en effectuant **un contrôle de cohérence des réponses** ;

6. **Représentation de la mesure**, établissant la **traduction visuelle** du traitement des données sous forme d'un ensemble d'informations visuelles cohérentes et facilitatrices de **la compréhension de la situation et de la prise de décision** en couvrant globalement la situation et se focalisant sur les items de l'effectivité ;
7. **Suivi statistique de l'effectivité**, soit **la mesure de l'évolution de l'effectivité**, de la progression ou de la régression du droit dans le temps ; pour la gouvernance du droit, sa progression, sa non-régression, c'est la nécessité de comparer les mêmes domaines d'application du droit dans le temps, vécus par différents acteurs.

Ces principes méthodologiques sont décrits dans l'ouvrage « Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – des indicateurs juridiques au service du développement durable »³.

Suite aux tests méthodologiques, **les retours des expériences** ont apporté des plus-values principalement dans **l'intérêt et l'utilité de la démarche** par les experts et les panélistes ayant participé dans les différents états (Brésil, France, Portugal, Tunisie et Turquie).

Les tests de mesure de l'effectivité ont permis de tirer des leçons et confirment trois besoins fondamentaux pour mettre en œuvre la méthode :

1. **La formation aux indicateurs juridiques** avant d'engager la démarche ;
2. **L'adaptation contextuelle de la méthode** aux spécificités du périmètre de mesure ;
3. **Le recensement des acteurs du droit** (population mère) pour construire les panels.

II. Inspiration méthodologique

Il était donc important de trouver des domaines d'activité où cette notion de mesure de l'effectivité s'applique, où la maîtrise des processus est la seule garantie de conformité attendue de l'usage du produit : l'industrie aérospatiale en est un.

L'analogie n'est pas évidente. Le droit comme l'aérospatiale ne peuvent garantir le résultat de leur produit *a priori*. C'est toujours *a posteriori* que l'on sait qu'une fusée atteint son objectif et, par analogie, que le droit produit l'effet attendu.

Dans l'aérospatiale, les efforts visant à garantir le bon fonctionnement du produit se concentrent sur la maîtrise des processus, de la conception à la mise en service. En droit, les efforts visant à garantir sa bonne application doivent se concentrer sur la mise en œuvre de l'application du droit.

L'industrie utilise différentes méthodes pour la maîtrise de ces processus. La méthode la plus répandue ayant fait ses preuves est la maîtrise statistique des procédés, dite MSP⁴, dont nous nous sommes inspirés pour développer la méthode de mesure de l'effectivité du droit de l'environnement.

3 Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

4 Pillet, M. (2005). *Appliquer la maîtrise statistique des processus MSP/SPC* (6^e éd.). Paris : Eyrolles. Bergeret, F., & Mercier, S. (2011). *Maîtrise statistique des procédés. Principes et cas industriels*. Paris : Dunod, L'Usine Nouvelle. Duclos, E. (2008). *La maîtrise statistique des procédés MSP/SPC*. Doussard, Emmanuel Duclos Conseil.

III. Comment mesurer

La mesure de l'effectivité est un **travail d'équipe pluridisciplinaire** impliquant de bonnes pratiques en termes d'exécution de la mesure de l'effectivité.

La première bonne pratique consiste à structurer les compétences, car vouloir mettre en œuvre la mesure de l'effectivité nécessite une quadruple compétence – juridique, sociologique, mathématique et statistique :

- **juridique**, puisque les critères mesurés devront répondre à un état factuel du processus d'application du droit ;
- **sociologique**, puisque ces critères devront refléter exhaustivement les jeux de tous les acteurs de l'application du droit ;
- **mathématique**, puisque ces mêmes critères devront s'agrèger entre eux pour produire les indicateurs juridiques de l'effectivité ;
- **statistique**, puisque ces mêmes critères seront suivis dans le temps pour mesurer l'évolution des progrès en matière de développement durable.

La mesure de l'effectivité du droit est donc une chose complexe, sa mise en œuvre également.

La seconde bonne pratique consiste à s'organiser :

- **en comités de juristes**, pour concevoir les règles du système de mesure (périmètre, critère, etc.) ;
- **en comités de scientifiques**, pour concevoir le traitement du système de mesure (indicateur, panel, représentation graphique, etc.).

La troisième bonne pratique consiste à maîtriser la subjectivité des réponses en maîtrisant la représentativité des personnes interviewées. Il s'agit de maîtriser le panel de personnes interrogées, le plan d'échantillonnage, en définissant :

- la taille de l'échantillon ;
- le mode d'échantillonnage ;
- la représentativité de l'échantillon ;
- la réalisation d'enquête exhaustive.

La dernière bonne pratique consiste à maîtriser la mesure grâce à l'analyse de :

- la forme de la dispersion (sources de variations) de la mesure de l'effectivité ;
- la maîtrise de ces sources de variations (variabilité) ;
- la maîtrise des résultats de la mesure (capabilité de la mesure de l'effectivité) ;
- le contrôle de la mesure de l'effectivité (respect des règles de mesurage).

Conclusion

Exécuter la mesure de l'effectivité impose un respect méthodologique des étapes pour pouvoir établir un suivi statistique performant. D'autre part, si l'on souhaite que la mesure soit exploitable, il est important de générer un suivi statistique de ladite mesure pour traduire les tendances d'application du droit (progression, stagnation ou régression) en rapport d'objectifs de gouvernance. C'est un travail d'équipe où juristes et scientifiques ont besoin d'apprendre l'un de l'autre.

Pour reprendre Eric Temple Bell, le mot « évident » est dangereux.

La mesure de l'effectivité est **une mesure continue, interdépendante d'autres mesures**, qui permet d'exprimer des éléments de langages.

Il est donc primordial d'en maîtriser l'exécution.

Le grand piège serait de se satisfaire d'une mesure du passé et d'analyser les résultats de l'effectivité pour « prédire » le niveau d'atteinte des objectifs de gouvernance.

La mesure de l'effectivité utilise les mathématiques appliquées au domaine du droit pour être **au service de la gouvernance du droit et non pour gouverner le droit**. Ce sont les conditions qui font de la mesure de l'effectivité, un pilier de la non-régression du droit.

Mots clés : indicateur juridique – mesure effectivité – source d'amélioration – aide à la décision – gouvernance.

Références

Bergeret, F., & Mercier, S. (2011). *Maîtrise statistique des procédés. Principes et cas industriels*. Paris : Dunod, L'Usine Nouvelle.

Duclos, E. (2008). *La maîtrise statistique des procédés MSP/SPC*. Doussard, Emmanuel Duclos Conseil.

Pillet, M. (2005). *Appliquer la maîtrise statistique des processus MSP/SPC* (6^e éd.). Paris : Eyrolles.

Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

À propos de l'auteur

Christophe Bastin préside la société d'ingénierie et de conseil SIC Nouvelle-Aquitaine. Concepteur depuis août 2017 de la mesure mathématique de l'effectivité du droit de l'environnement, il est co-auteur du livre *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*.

L'efficacité du droit international de l'environnement

Yann Aguila

Résumé

À travers le regard d'un Martien venu sur Terre observer les réactions des humains face à la destruction de leur planète, un constat s'impose : le processus de fabrication du droit international de l'environnement n'est pas efficace. La fonction normative du système est mal assurée, tant du point de vue de l'*élaboration* des textes, comme le montre l'échec de projets ambitieux tels que le Pacte mondial pour l'environnement, que de celui de leur *application*, comme l'illustrent les difficultés de mise en œuvre de l'Accord de Paris. Les causes de cette inefficacité sont matricielles : le système repose sur des concepts anciens, mal adaptés aux exigences contemporaines. Ainsi, la notion de souveraineté doit faire l'objet d'une relecture. La construction d'une nouvelle gouvernance mondiale passera par un retour aux valeurs et par un renforcement des organisations internationales. La démocratie internationale sera l'enjeu majeur du XXI^e siècle. Enfin, dès aujourd'hui, le juge interne peut devenir le gardien des promesses des États.

Chers amis,

Tout d'abord, je tiens à remercier vivement les organisateurs de ce colloque. Je suis très heureux et honoré d'y intervenir. Le thème global que vous avez choisi – les indicateurs juridiques – me paraît contenir un potentiel important pour « mettre la pression » sur les États pour mieux protéger la planète. Cela me fait un peu penser à ce qui s'est passé dans le domaine économique avec les classements annuels des pays par la Banque Mondiale. Tous les ans, dans son rapport dit *Doing Business*¹, la Banque Mondiale classe les pays en fonction de l'efficacité *économique* des systèmes juridiques. D'ailleurs, la France s'était émue de découvrir qu'elle était souvent mal classée : en règle générale, les systèmes juridiques des pays anglo-saxons étaient mieux classés, étant présumés plus propices aux affaires. Je rêverais, et c'est presque une invitation à tous nos amis chercheurs et à tous les centres de recherche, d'un rapport *Doing Business* de l'environnement (« *Doing Green* » ?) qui dresserait chaque année un classement des États en fonction de l'efficacité *environnementale* de leurs systèmes juridiques, avec des lauriers d'un côté et des bonnets d'âne de l'autre... Ce pourrait être un bon moyen de les inciter à agir, à travers la technique du *name and shame*. Si l'un des objectifs ultimes de cette recherche encore embryonnaire sur les indicateurs juridiques est d'aboutir un jour à ce type de classement, j'applaudis des deux mains !

J'en viens à mon sujet, qui est donc l'efficacité (ou l'effectivité ?) du droit international de l'environnement.

1 Rapport Doing Business 2020 : Banque mondiale (2020). *Doing Business 2020*. Washington, DC. Cette publication a été suspendue depuis 2020 en raison de critiques méthodologiques.

À titre préliminaire, par précaution, je dirais que ma légitimité pour aborder ce sujet reste modeste : en réalité, je ne suis pas un spécialiste de droit international. J'ai compris qu'il existait une grande distinction académique entre les internistes et les internationalistes. Je suis plutôt un interniste. En outre, pour ma part, même si j'enseigne le droit public à Sciences Po, je suis d'abord un praticien, ancien juge et aujourd'hui avocat.

Mais il est vrai que deux expériences peuvent légitimer mes quelques mots sur le sujet. La première remonte à 2015 : il s'agit du rapport de la Commission Environnement du Club des juristes sur l'efficacité du droit international de l'environnement². Je me souviens d'ailleurs que nous avons eu à l'époque de grands débats sur le point de savoir s'il valait mieux utiliser le mot « d'efficacité » ou celui « d'effectivité ». Pourquoi avait-on fait ce rapport ? C'était au moment de la COP21. Nous étions alors très fiers en France d'accueillir un si grand sommet international, qui visait à l'adoption d'un traité international en matière de climat. Mais, du coup, la question qu'on pouvait légitimement se poser était : est-ce que les traités sont vraiment efficaces ? Sont-ils vraiment effectifs ? Est-ce qu'il est vraiment utile d'adopter un nouveau traité ? Telle était la question à l'origine de ce rapport, qui dresse un diagnostic de l'état du droit international de l'environnement et formule quelques propositions, parmi lesquelles d'ailleurs figurait l'adoption d'un Pacte mondial pour l'environnement.

Ma deuxième expérience est précisément liée au projet de Pacte mondial pour l'environnement, que nous avons conduit avec de très nombreux juristes dont une partie est présente dans la salle. Notre idée a d'ailleurs rejoint d'autres projets, puisque le professeur Michel Prieur avait également rédigé un projet de Pacte, qui est aussi extrêmement intéressant, un projet de Pacte international « sur les droits à l'environnement ». Le but d'un tel Pacte serait de consacrer dans un texte international les droits et devoirs environnementaux : droit à l'environnement sain, droit à l'air, droit à l'eau, droit à l'information environnementale, etc.

C'est ainsi que j'ai eu l'occasion de suivre les négociations diplomatiques sur le projet de Pacte depuis plusieurs années. En deux mots, c'est comme une série Netflix : il y a eu plusieurs saisons. La première saison, c'est celle de la « *success story* », avec l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, en 2018, à New York, qui a lancé les négociations. Le titre de cette résolution reprenait exactement notre proposition : « *Vers un Pacte mondial pour l'environnement* »³. Pour nous, qui avons lancé l'idée d'un Pacte, c'était incroyable ! Nous étions alors pleins d'espoir... Malheureusement, la seconde saison, c'est celle de l'échec : les négociations diplomatiques ont échoué à Nairobi, au siège du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), principalement en raison de l'opposition conjointe de plusieurs grands pays – dont les États-Unis et la Russie... Deux pays qui sont souvent alliés contre les traités environnementaux. Mais aujourd'hui, une troisième saison est en cours, et tout reste possible. Comme vous le savez peut-être, à Genève, le Conseil des droits de l'homme a adopté en octobre 2021 une résolution sur le droit à un environnement sain⁴, qui est une sorte de prolongation du Pacte. Désormais, la balle est revenue à New York, dans le camp de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) : le même

2 Le Club des juristes, Commission Environnement (2015). *Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement : devoirs des États, droits des individus*. https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ_Rapport_Renforcer-lefficacit%C3%A9_Nov.2015_FR.pdf.

3 Nations Unies, Assemblée générale (2018). Résolution 72/277 : *Vers un Pacte mondial pour l'environnement*. <https://digitallibrary.un.org/record/1617171?ln=fr>

4 Nations Unies, Conseil des droits de l'homme (2021). Résolution 48/13 : *Droit à un environnement propre, sain et durable*. <https://digitallibrary.un.org/record/3945636?ln=fr>

projet de résolution sur le droit à un environnement sain pourrait être adopté par l'AGNU. Et plus tard, qui sait, il pourrait y avoir une quatrième saison : cette résolution pourrait être un jour transformée en un véritable traité international, avec une valeur juridique obligatoire... c'est-à-dire une forme de Pacte mondial pour l'environnement.

Cette expérience du Pacte m'a donc permis de tirer quelques leçons sur notre système de gouvernance mondiale de l'environnement. J'en ai tiré un article, co-écrit avec Marie-Cécile de Bellis, membre de l'équipe du Pacte.

Cet article est une petite parabole, une sorte de fable qui s'intitule « *Un Martien aux Nations Unies ou réflexion naïve sur la gouvernance mondiale de l'environnement* »⁵. Il est facilement accessible en ligne et est également disponible en anglais.

Pourquoi un Martien ? Parce que nous imaginions, avec ce que cela peut avoir de naïf, un Martien qui serait venu avec sa soucoupe volante en 2015 à Paris au moment de la COP21. On pourrait aussi l'imaginer en 2021 à Glasgow au moment de la COP26, de la même manière, parce que malheureusement toutes les COP se suivent et se ressemblent... Et vous voyez déjà poindre mon diagnostic un peu critique, pessimiste, inquiet sur l'effectivité du droit international de l'environnement...

Ce Martien aimait beaucoup la Terre : c'était sa planète préférée, verte et bleue... Et en 2015, au moment de la COP21, il a un constat et une question. Le constat : les Terriens sont en train de détruire leur planète, qui était un cadeau extraordinaire. Partout, on observe la pollution, le plastique dans les océans, la destruction de la biodiversité, la dégradation du climat... Alors, le Martien se demande : mais que font les Terriens pour agir ? On le sait, il est impératif, urgent d'agir : alors, que font-ils ?

Alors... ces petits Terriens se réunissent à 200 États, tous souverains, comme des coqs dans leur petit territoire. Ils se mettent autour d'une table, et ils discutent, et ils discutent, et ils discutent, et ils discutent... Et c'est toujours le même scénario ; c'est comme un film, dont on connaît la fin à l'avance : « Va-t-on sauver la planète ? Qui va gagner ? » À chaque fois, c'est « la COP de la dernière chance » et jusqu'au dernier jour, jusqu'à la dernière nuit, on se dit qu'on ne va pas y arriver, qu'il n'y aura pas d'accord. Et effectivement, en 2015, le dernier jour, le vendredi, il n'y avait pas d'accord... Alors on ajoute un jour supplémentaire, le samedi. Et on se réunit toute la nuit. Et le matin, le président Laurent Fabius, les yeux cernés, lève son petit marteau vert et prononce les mots magiques : « *We have a deal !* ». Tout le monde applaudit, ému : on a un accord !

Prenons un peu de recul : est-ce que c'est sérieux ? Est-ce que ce mode de décision est rationnel ? Compte tenu de la gravité des enjeux, est-ce que notre processus de fabrication du droit international est efficace ? Probablement pas...

Alors le Martien décide de rencontrer le Secrétaire général des Nations Unies, dans son bureau, et il lui remet un rapport avec des propositions pour améliorer la gouvernance mondiale de l'environnement... Puis le Martien quitte le bureau du Secrétaire général, pour repartir sur sa planète. Il se lève, il se dirige vers la porte... Et là, il s'arrête et se retourne, et il dit au Secrétaire général, comme un dernier message : « Pourtant, votre planète est belle... Vue du ciel, elle n'a pas de frontières... »

5 Aguilá, Y., & de Bellis, M.-C. (2021). « Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement », *Revue Européenne du Droit*, numéro 2, p. 113-123. <https://legrandcontinent.eu/fr/2021/03/14/un-martien-aux-nations-unies>

Je sais ce que ce regard de Martien peut avoir d'utopique, de naïf. Mais le problème c'est que le jour où le Martien reviendra, dans quelques années, il n'aura peut-être plus grand-chose à admirer. C'est peut-être utopique, mais c'est aussi une « utopie *réaliste* » comme dirait Mireille Delmas-Marty. L'utopie réaliste, c'est celle de la nécessité absolue de changer les règles du jeu.

Parce que, oui, et ce sera **ma première observation**, le droit international de l'environnement, n'est en réalité ni efficace ni effectif. Ma **deuxième observation** concernera ensuite les causes du problème : pour l'essentiel, la gouvernance mondiale repose aujourd'hui sur une souveraineté absolue des États, qui n'est plus adaptée au monde d'aujourd'hui. Et **troisième observation** : quelles pistes de solutions peut-on imaginer ? D'ailleurs, je suis optimiste : je sais qu'on n'échappera pas à la réforme, par la force des choses. Parce que le jour où on aura des villes englouties et des îles qui disparaissent, on finira bien par bâtir cette nouvelle forme de gouvernance mondiale. Simplement, ce serait bien de ne pas trop attendre non plus...

I. Première observation : le droit international n'est ni efficace ni effectif

Bien sûr, on peut toujours voir le verre à moitié plein ou à moitié vide... Si on le voit à moitié plein, si on voit le volet positif, le droit international de l'environnement est en pleine expansion depuis 1972. De nombreuses conventions internationales ont pu être adoptées depuis. Mais, si on juge un arbre à ses *fruits*, si on mesure les résultats en termes de protection de la planète, les données sont catastrophiques – et le mot n'est pas excessif – qu'il s'agisse du réchauffement climatique ou de l'état de la biodiversité : les émissions de gaz à effet de serre ne cessent d'augmenter, les populations d'animaux ne cessent de chuter. Et surtout, si on regarde dans le détail, nombre de projets de conventions internationales ont échoué, n'ont pas été adoptés. Et lorsque des conventions ont été adoptées, soit elles ne sont pas ambitieuses, soit elles ne sont pas appliquées. On voit bien que nous avons énormément de mal à « fabriquer » du droit international. La fabrique du droit n'est pas efficace, le droit international de l'environnement assure mal sa « fonction normative ».

Les exemples d'échecs sont extrêmement nombreux. On observe un double échec, dans l'élaboration comme dans l'application des textes. On peut penser bien sûr au projet de Pacte mondial pour l'environnement, qui se heurte à des résistances importantes de grands États. On pourrait aussi parler de l'échec de l'Organisation mondiale de l'environnement, du fait que nous n'avons toujours pas de Cour internationale de l'environnement, de l'échec du projet de Rafael Correa pour créer un fonds pour protéger le parc Yasuni en Amazonie, etc. La liste des échecs est malheureusement extrêmement longue.

Il y a donc d'abord un échec dans *l'élaboration* des textes, puis un échec dans *l'application*. Là aussi, les exemples sont nombreux. Si on prend l'exemple de la biodiversité, on peut se référer aux « objectifs d'Aichi »⁶. Il s'agissait de 20 objectifs ambitieux, sur 10 ans, adoptés en 2010. Un rapport a été publié en 2020 par le Secrétaire général des Nations Unies : il montrait que quasiment aucun de ces objectifs n'avait été atteint.

6 Convention sur la diversité biologique, Conférence des Parties (2010). Décision X/2 : *Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique*. <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-02-fr.pdf>

Quant au climat, je résumerai simplement l'état de la situation avec l'image de clôture de la COP26 : le ministre britannique Alok Sharma qui, les larmes aux yeux, présentait ses excuses. Et ces larmes me font penser à d'autres larmes : une amie professeure qui me disait qu'elle avait donné un cours à l'université présentant l'état du climat et le dernier rapport du GIEC... À la fin du cours, deux étudiantes sont venues la voir en pleurant. Pardon d'être sans doute un petit peu excessif, mais ce sujet, je crois, le mérite. Parce que lorsque ce sont des jeunes qui sont concernés, et qu'on leur explique ce qui les attend à l'horizon 2040/2050, c'est leur propre vie qui est en jeu, c'est leur vie qui sera impactée. Donc oui, évidemment le droit international de l'environnement n'est pas efficace, il n'y a aucun doute là-dessus.

II. Deuxième observation : quelles sont les causes de cette inefficacité ?

Je crois que les causes sont profondes, qu'elles tiennent à la conception même de l'ordre international. Le mode de gouvernance, et surtout de fabrication du droit international, repose sur des concepts anciens, qui datent au moins du 19^e siècle, avec en particulier une conception *absolue* de la souveraineté qui ne correspond plus au monde d'aujourd'hui.

Je pense que le problème est matriciel. Je n'ai pas le temps ici, ni d'ailleurs la compétence, pour aller beaucoup plus loin, mais je renvoie à un excellent article de Eyal Benvenisti qui date de 2013, « Sovereigns as trustees of humanity »⁷, qui utilise une image éloquent. Il dit qu'on est passé d'un monde de villas, séparées, à un monde qui ressemble à un immeuble d'habitations. On a conçu le droit international à une période où les États étaient comme des gens qui habitent dans des maisons individuelles, très éloignées les unes des autres. Mais aujourd'hui, tous les États résident dans un même grand immeuble d'habitation... Et du coup, ça change tout, parce que ce que fait chaque État a un impact sur son voisin. Dans un immeuble, si je joue du piano tard le soir, mon voisin va m'entendre : ici, c'est exactement la même chose. Nous avons des parties communes (l'espace aérien, la lune, l'Antarctique, les eaux profondes, l'Amazonie, l'atmosphère, pour ne citer que celles-là), et ce que fait un État aura un impact sur d'autres États. Cela conduit évidemment à revoir la notion de souveraineté. La souveraineté est importante, mais elle ne saurait être absolue. Il faut passer d'une souveraineté solitaire à une souveraineté solidaire, pour reprendre la formule de Mireille Delmas-Marty. De nombreux juristes s'évertuent à le dire aux États depuis des années, mais apparemment, ils n'ont pas encore été entendus.

III. Quelques pistes de réflexion et/ou solutions

Premièrement, **le retour aux valeurs**. Il me semble que, depuis 50 ans, nous avons eu une approche trop technicienne du droit international de l'environnement. Les traités que l'on a adoptés sont très techniques : ils portent sur les émissions de gaz à effet de serre, sur les produits chimiques, sur l'ozone, etc. Lorsqu'on a cette approche fragmentée, sectorielle, du droit international, secteur par secteur, on finit par oublier les valeurs.

7 Benvenisti, E. (2013). « Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders », *The American Journal of International Law*, 107(2), 295-333. <https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.107.2.0295>

Or, les valeurs sont essentielles. Elles sont le ciment d'un système juridique. C'est un peu comme dans un couple : un jour ou l'autre, on finit par avoir des difficultés. C'est la même chose pour les États, lorsqu'ils signent un traité : un jour ou l'autre, ils finissent par avoir des difficultés. Certains risquent alors de manquer à leur promesse, voire de quitter le traité : c'est comme cela que le Canada a quitté le protocole de Kyoto, ou encore que les États-Unis de Donald Trump se sont retirés de l'Accord de Paris.

Mais lorsqu'on rencontre des difficultés dans un couple, il faut se souvenir des valeurs, il faut se rappeler de « pourquoi » on s'aime. Et c'est pareil pour les États. Relisons la Charte des Nations Unies⁸, adoptée en 1945 au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Elle commence par ces mots formidables : « *Nous, Peuples des Nations Unies* ». Quelle hauteur de vue, quel souffle ! Par comparaison, lorsqu'on observe aujourd'hui les tergiversations des États avec des traités extrêmement techniques, on se demande s'il ne faut pas en revenir aux valeurs. C'était tout l'objet du Pacte mondial pour l'environnement. Les droits et les principes généraux du droit sont essentiels, ils sont la base d'un système juridique. C'est la première piste.

La seconde piste, c'est le **renforcement des organisations internationales**. Il est nécessaire d'avoir des organisations internationales fortes qui portent un **intérêt public mondial**⁹. Ici, le modèle de l'Union européenne est très utile pour notre réflexion : c'est la Commission qui porte l'intérêt commun européen, distinct de l'intérêt particulier de chaque État. Il faut développer la dimension « non étatique » de nos organisations internationales. Cela suppose sans doute deux axes de réforme : premièrement, *s'agissant de leurs pouvoirs*, il faut leur donner un véritable pouvoir normatif, afin que les résolutions qu'elles adoptent soient obligatoires et invocables dans l'ordre interne ; et deuxièmement, et par voie de conséquence, *s'agissant de leur organisation*, il faut réfléchir à leur aspect démocratique, afin que les normes qu'elles émettent soient plus légitimes et donc mieux acceptées et mieux appliquées. La **démocratie internationale** est un immense sujet, qui est entièrement devant nous, sans doute « le » grand sujet du XXI^e siècle.

La dernière piste s'intéresse cette fois au droit *interne*. Je crois que, pour rendre le droit international plus effectif, **le juge interne a un rôle essentiel**. Puisqu'il n'existe pas pour le moment de cour internationale efficace, puisque sur le plan international, la justice n'est qu'une option, je crois que le juge interne est le mieux placé pour veiller au respect par les États des traités internationaux.

À cet égard, l'arrêt *Commune de Grande Synthe* du Conseil d'État¹⁰ est très intéressant puisqu'il repose notamment sur l'accord de Paris : s'appuyant sur cet accord, il enjoint à l'État français de renforcer sa politique climatique. Et il le fait d'ailleurs par un raisonnement intéressant en considérant que, d'un côté, certes, l'accord de Paris n'a pas d'effet direct mais que, d'un autre côté, il a tout de même une « *force interprétative* ». Ainsi l'accord de Paris permet au Conseil d'État d'*interpréter* la loi

8 Nations Unies (1945). *Charte des Nations Unies*. <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text>

9 Aguila, Y., & de Bellis, M.-C. (2023). « L'intérêt public mondial : un concept pour fonder un système juridique mondial adapté à notre temps », dans : *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty – Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*. Mare & Martin.

Voir aussi : Aguila, Y., & de Bellis, M.-C. (2022). « On the Concept of a Global Public Interest: Some Reflections ». *Environmental Policy and Law*, 52(1), pp. 13-20. <https://doi.org/10.3233/EPL-219020>

10 Voir surtout la première décision *Commune de Grande Synthe* du 19 novembre 2020, suivie de la décision du 1^{er} juillet 2021. Décision du Conseil d'État n° 427301 du 19 novembre 2020 : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-11-19/427301>. Décision du Conseil d'État no 427301 du 1^{er} juillet 2021 : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-07-01/427301>.

nationale pour lui donner une portée juridique plus forte. On voit bien ici que le juge interne joue un rôle de garant de l'effectivité du droit international de l'environnement.

Conclusion

Pour conclure, j'appelle donc tous les juristes internes et, en particulier tous les juges internes, à prendre conscience de leur pouvoir dans ce domaine : ils peuvent donner beaucoup plus d'effets aux traités. En attendant la réforme, hypothétique, de la gouvernance de l'environnement ou la création d'une Cour internationale de l'environnement, il est tout à fait possible, ici et maintenant, de manière très concrète et immédiate, que les juges internes soient les gardiens des promesses des États. Les États s'engagent : ils doivent ensuite respecter leurs engagements. Et le juge national joue un rôle essentiel dans ce domaine.

Mots clés : efficacité du droit international de l'environnement – pacte mondial pour l'environnement – élaboration des normes internationales – application du droit international – fonction normative du droit international – souveraineté – organisations internationales – mise en œuvre nationale des normes internationales – valeurs communes – intérêt public mondial.

Références

Aguila, Y., & de Bellis, M.-C. (2021). « Un Martien aux Nations Unies ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement », *Revue Européenne du Droit*, numéro 2, p. 113-123. <https://legrandcontinent.eu/fr/2021/03/14/un-martien-aux-nations-unies>

Aguila, Y., & de Bellis, M.-C. (2022). « On the Concept of a Global Public Interest: Some Reflections ». *Environmental Policy and Law*, 52(1), pp. 13-20. <https://doi.org/10.3233/EPL-219020>

Aguila, Y., & de Bellis, M.-C. (2023). « L'intérêt public mondial : un concept pour fonder un système juridique mondial adapté à notre temps », dans : *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty - Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*. Mare & Martin.

Banque mondiale (2020). *Doing Business 2020*. Washington, DC. <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2020>

Benvenisti, E. (2013). « Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders », *The American Journal of International Law*, 107(2), 295-333. <https://doi.org/10.5305/amerjintlaw.107.2.0295>

Convention sur la diversité biologique, Conférence des Parties (2010). Décision X/2 : *Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique*. <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-02-fr.pdf>

Le Club des juristes, Commission Environnement (2015). *Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement : devoirs des États, droits des individus*. https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/11/CDJ_Rapport_Renforcer-lefficacit%C3%A9_Nov.2015_FR.pdf

Nations Unies, Assemblée générale (2018). Résolution 72/277 : *Vers un Pacte mondial pour l'environnement*. <https://digitallibrary.un.org/record/1617171?ln=fr>

Nations Unies, Conseil des droits de l'homme (2021). Résolution 48/13 : *Droit à un environnement propre, sain et durable*. <https://digitallibrary.un.org/record/3945636?ln=fr>

À propos de l'auteur

Yann Aguila est avocat au barreau de Paris (Bredin Prat) et professeur affilié à Sciences Po Paris. Ancien membre du Conseil d'État, il préside la Commission Environnement du Club des juristes, ainsi que la *Global Pact Coalition*, organisation qui vise à promouvoir le projet de Pacte mondial pour l'environnement, dont il est l'un des initiateurs.

L'effectivité du droit européen de l'environnement

Francis Haumont

Résumé

L'effectivité du droit européen de l'environnement de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe passe, en premier lieu, par une effectivité normative. Pour le droit de l'Union, cela passe également par la transposition en droit interne des directives environnementales. Cela suppose le respect des délais et la conformité des transpositions, mais aussi l'adoption des mesures de mise en œuvre. Le contrôle se fera par le biais de la Commission européenne avec, si nécessaire, la saisine de la Cour de justice. Celle-ci pourra également être questionnée par les juridictions nationales. La jurisprudence de la Cour de justice est incontestablement un moyen de rendre effectif le droit de l'environnement, en particulier lorsque ces décisions sont assorties d'astreintes. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apporte également sa pierre à l'effectivité du droit de l'environnement.

Même si, par hypothèse, son champ territorial est moindre que celui du droit international, la question de l'effectivité du droit européen de l'environnement est un vaste sujet comportant de multiples facettes, a fortiori si, aux côtés du rôle de l'Union européenne, on prend en considération le travail accompli sous l'égide du Conseil de l'Europe. Dans le cadre de la présente contribution, nécessairement synthétique, nous nous concentrerons sur les éléments qui paraissent essentiels pour la compréhension et l'appréciation du niveau d'effectivité du droit européen de l'environnement. L'on dira que le droit européen de l'environnement est effectif si sa réalité est incontestable et s'il produit un effet réel et tangible. C'est ce fil conducteur qui nous conduit aux réflexions suivantes que nous portons sur le droit de l'environnement de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

I. Le droit de l'Union européenne

1. L'effectivité normative du droit de l'environnement

Le droit positif européen de l'environnement de l'Union européenne est une réalité incontestable. L'arsenal juridique de l'Union européenne est impressionnant. Il y a en premier lieu celui des traités : le Traité sur l'Union européenne (TUE) dont l'article 3, § 3, rappelle que l'Union œuvre pour le développement durable fondé notamment sur un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ; le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et notamment l'article 11 relatif au principe d'intégration des préoccupations environnementales dans les autres politiques, l'article 114 sur l'harmonisation des législations et les articles 191 à 193 sur la politique environnementale ; ou encore la Charte des droits fondamentaux, et en particulier l'article 37 sur la protection de l'environnement. Par ailleurs, l'Union s'est dotée – et continue à le faire – d'une panoplie abondante de règlements, de directives, de décisions et de communications couvrant une multitude d'aspects du droit de l'environnement. L'on s'accorde

à dire – l'Union européenne elle-même l'affirme – que le droit de l'environnement de l'Union est probablement le plus complet, le plus récis et celui qui impose les standards les plus élevés, même si d'autres estiment que l'Union n'en fait pas assez, se contentant souvent de faire du *greenwashing*.

Cette effectivité incontestable n'empêche pas certaines lacunes notables. On pointera en particulier le non-aboutissement de la proposition de directive de 2006 sur la protection des sols, retirée par décision de la Commission le 21 mai 2014¹ au motif que cette proposition « ne revêt plus un caractère d'actualité » après avoir écrit que la directive-cadre serait le meilleur instrument pour assurer la stratégie de l'Union européenne². Même si l'on peut se réjouir de l'adoption, le 17 novembre 2021, de la Stratégie de l'Union européenne pour la protection des sols à l'Horizon 2030³, il ne s'agit pas d'un document législatif contraignant.

2. La transposition en droit national, clé de l'effectivité du droit de l'Union

L'effectivité du droit de l'environnement de l'Union passe largement par sa transposition en droit interne par les États membres. Nous parlons ici essentiellement des directives européennes dès lors que les règlements sont, sauf exception⁴, immédiatement d'application sur le territoire de l'Union, les États membres n'ayant qu'à assurer l'une ou l'autre modalité pratique de fonctionnement⁵. Tel n'est pas le cas des directives, qui constituent des législations indirectes liant tout État membre quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens (TFUE, art. 249, § 3). Les États membres sont donc tenus de transposer formellement toute directive dans leur droit interne dans le délai prescrit.

2.1 Modalités

Dès l'instant où les États ont une certaine latitude pour fixer la forme et les modalités des mécanismes arrêtés par une directive, l'effectivité liée à la transposition pourrait varier d'État à État. Cela étant, les États membres doivent suivre un certain nombre de règles de transposition. C'est ainsi que le recopiage mot à mot d'une directive n'est pas admis. Dans ce contexte, les États ne sont pas tenus d'utiliser le même vocabulaire pour autant que le résultat soit atteint ; l'exemple des évaluations environnementales l'illustre parfaitement puisque, selon les droits nationaux, on parlera d'étude d'incidences environnementales, d'étude d'impact, de rapport environnemental, etc. Si une législation nationale préexiste à une directive et est parfaitement conforme à celle-ci, aucune transposition formelle n'est requise. Dans la majorité des cas cependant, un ajustement s'impose⁶.

Quelles que soient les modalités retenues, la transposition en droit interne devra être claire et précise et s'appliquer à l'ensemble du territoire de l'État. Cette transposition peut se faire par l'adoption d'une

1 2014/C-153/03.

2 Commission, Soil Protection – *The Story behind the Strategy*, 2006, p. 19.

3 Commission, *Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030 – Récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat*, COM(2021) 699 final.

4 Voir le Règlement (CEE) n° 1836/93 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit (SMEA), plus connu sous son acronyme anglais EMAS.

5 Voir par exemple le Règlement (CE) n° 1013/2006 concernant les transferts de déchets, qui implique que les États membres désignent les autorités et administrations nationales compétentes.

6 Voir par exemple la directive 85/337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement, inspirée de la loi française du 10 juillet 1976.

loi unique, ou d'une loi et de règlements d'exécution formant un tout, mais elle peut aussi se faire par des ajustements de différentes lois et règlements épars en droit interne.

Pour assurer l'effectivité du droit transposé, la transposition devra s'opérer par le biais d'un véhicule juridique contraignant, ce qui exclut une transposition par le biais d'une circulaire administrative, d'une pratique administrative ou même d'une interprétation du droit national par la jurisprudence interne conforme à la directive⁷, ces dernières modalités étant aisément réversibles.

2.2 Le délai

Dès lors que l'effectivité du droit de l'environnement découlant des directives européennes est liée à la transposition de ces dernières, le délai dans lequel cette transposition doit avoir lieu est évidemment déterminant.

• La fixation du délai

Le délai de transposition dont disposent les États membres est fixé par la directive elle-même. Il est souvent confortable, trois ans par exemple, sauf pour des révisions plus ponctuelles de certaines directives dont la transposition ne requiert pas l'adoption de toute une législation nationale.

Le délai est impératif et son dépassement sanctionné. La Commission et la Cour de justice de l'Union européenne n'acceptent aucune excuse et certainement pas celle liée à l'organisation institutionnelle complexe d'un État membre à structure fédérale⁸ ou régionale.

• Les effets d'une directive non transposée

Le non-respect du délai de transposition peut donner lieu à une procédure contentieuse ainsi qu'à des sanctions (*infra*). Cela étant – et cela constitue un élément important de l'effectivité du droit de l'Union – les directives non transposées peuvent malgré tout avoir des effets.

Le plus marquant reste incontestablement l'effet direct qu'une directive peut avoir – ou plus exactement que certaines de ses dispositions peuvent avoir – à l'expiration du délai de transposition. Si une disposition est claire, précise et inconditionnelle (c'est-à-dire qu'elle ne demande aucune mesure d'exécution interne), elle peut être invoquée directement par un particulier à l'encontre des autorités publiques⁹, comme l'a reconnu à de maintes reprises la Cour de justice¹⁰.

À défaut d'effet direct, une directive pourrait, nonobstant l'absence de transposition dans le délai requis, être prise en considération par le juge national¹¹ en conduisant celui-ci à retenir une interprétation du droit national conforme à la directive¹², à exclure la législation nationale non

7 CJUE, 3 mars 2011, C-50/09, *Commission c. Irlande*, à propos de la directive 85/337 précitée.

8 Par exemple, la transposition de la directive 96/82 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (« Seveso ») nécessitait en Belgique une loi fédérale, trois lois régionales et un accord de coopération entre l'État fédéral et les trois Régions, accord qui devait être ratifié par les quatre Parlements, ce qui ne pouvait néanmoins pas justifier de retard dans le délai de transposition.

9 Pas par une autorité publique contre un particulier, ni entre particuliers.

10 Voir, par exemple, CJUE, 25 juillet 2008, C-237/07, *Janecek c. Freistaat Bayern*, à propos de la qualité de l'air ambiant ; CJUE, 21 mars 2013, C-244/12, *Salzburger Flughafen GmbH*, à propos de la directive 2011/92 sur l'évaluation des incidences environnementales des projets.

11 Sur ces effets, voir notamment CJCE, 19 sept. 2000, C-287/98, *Linster et crts*, ainsi que les conclusions de l'avocat général Ph. Leger.

12 CJCE, 10 avril 1984, C-14/83, *Von Colson et Kamann*.

conforme¹³ ou à condamner les autorités nationales à réparer le dommage subi par un requérant du fait de la non-transposition dans le délai requis¹⁴. Ces possibilités d'invocabilité des directives non transposées dans le délai concourent à leur applicabilité et donc à leur effectivité.

Enfin, on rappellera que l'article 4, § 3, du TUE prône le principe de coopération loyale, qui implique notamment qu'entre l'adoption d'une directive et la date ultime de sa transposition, les États membres s'abstiennent de prendre des mesures qui compromettraient sérieusement les résultats prescrits par la directive.

2.3 La qualité des transpositions

- **Le principe**

Pour que les mesures prônées par une directive soient effectives, il faut évidemment que la transposition opérée par les États membres soit complète et conforme. Une transposition complète suppose que toutes les dispositions de la directive concernée soient transposées, ce qui inclut aussi l'ensemble des annexes¹⁵. La conformité de la transposition est en revanche une question subtile, comme l'illustrent de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Si la conformité ou la non-conformité d'une transposition apparaît clairement pour la majorité des dispositions des directives concernées, dans d'autres cas, seule une analyse assez pointue permet d'identifier une non-conformité¹⁶.

- **La marge des États membres**

Comme cela a déjà été relevé, les États membres ont une marge de liberté quant aux moyens et à la forme de la transposition, pourvu que les résultats poursuivis par les directives soient atteints par le biais de la transposition nationale (TFUE, art. 249, § 3). Si l'on reprend l'exemple des évaluations environnementales imposées par la directive 2011/92, les législations des 27 États membres diffèrent sur pas mal de points, ce qui n'empêche pas leur conformité générale à la directive.

Il faut également rappeler que la marge dont disposent les États membres est fonction du fondement juridique de la directive concernée. Les directives environnementales sont adoptées essentiellement sur deux fondements : celui de la compétence spécifique en matière d'environnement (art. 191 à 193 du TFUE) ou celui de l'harmonisation des législations (art. 114 du TFUE). Les directives « purement » environnementales seront fondées sur l'article 192, comme c'est le cas, par exemple, des directives sur la conservation de la nature (D. 92/43 « habitats » et D. 2009/147 « oiseaux »). Lorsque la directive entend imposer des normes de produits respectueuses de l'environnement, elle sera fondée sur

13 CJCE, 19 sept. 2000, C-287/98, *Linster et crts.*

14 CJCE, 19 nov. 1991, C-6/90 et C-9/90, *Franovich et crts.*

15 La section de législation du Conseil d'État de Belgique avait ainsi épinglé l'incomplétude de la transposition de la directive 2001/42 sur l'évaluation environnementale des plans et programmes au motif qu'une note de bas de page de l'annexe I n'avait pas été reprise dans le projet législatif wallon.

16 À titre d'exemple, la conformité de la transposition des annexes I et II de la directive 2011/92 sur l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement est régulièrement abordée devant la Cour de justice ou les juridictions nationales. C'est ainsi qu'à propos de la rubrique relative aux aéroports, l'annexe I impose d'office une évaluation pour ceux dont la piste a une longueur de 2100 m ou plus. C'est aussi le cas en droit wallon. Celui-ci avait cependant prévu une exonération générale d'évaluation environnementale pour les extensions d'installations existantes lorsque l'extension ne dépasse pas 25 %. Conséquence : un aéroport dont la piste était de 1800 m pouvait faire l'objet d'un allongement de 400 m sans qu'une évaluation environnementale ne soit requise, ce qui était clairement non conforme à la directive 2011/92.

l'article 114, comme l'est, par exemple, la directive 2001/18 relative à la dissémination volontaire des OGM. Chaque directive mentionne le fondement juridique de son adoption. Le cas échéant, une directive comportera certaines dispositions fondées sur l'article 192 et d'autres sur l'article 114¹⁷.

Le fondement a des conséquences sur la marge de manœuvre dont disposent les États membres. Une directive fondée sur l'article 192 constitue la norme minimale à respecter, ce qui permet aux États membres d'adopter des mesures de transposition plus sévères¹⁸. En revanche, le fondement de l'article 114 ne laisse aucune marge aux États : la directive constitue la norme qui doit être transposée telle quelle. Les §§ 4 et 5 de l'article 114 permettent néanmoins, à certaines conditions, soit qu'un État maintienne une législation préexistante plus sévère que ce que prévoit la directive¹⁹, soit qu'un État adopte, postérieurement à la promulgation d'une directive, des normes plus sévères basées sur des preuves scientifiques nouvelles²⁰.

Tout ceci est évidemment important pour contrôler l'effectivité du droit de l'environnement de l'Union européenne.

2.4 L'aide à la transposition

Dans le cadre de la transposition des directives, on peut mentionner le rôle du Réseau de l'Union européenne pour la mise en œuvre et l'application du droit de l'environnement (IMPEL)²¹. Il s'agit d'une association à but non lucratif réunissant les autorités en charge de la politique dans chaque État membre (50 actuellement), mais aussi dans d'autres pays proches de l'Union, soit 35 pays au total. Ce réseau regroupe des fonctionnaires-inspecteurs, des juristes, des personnes en charge de la rédaction des autorisations administratives, etc. IMPEL permet de partager les expériences de chacun pour aider notamment les États à se mettre plus rapidement en conformité au droit de l'Union.

3. Le contrôle de la conformité des droits nationaux

L'effectivité du droit européen de l'environnement implique des mesures de contrôle et, en cas de manquements, des sanctions sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement.

3.1 L'obligation de communiquer à la Commission les mesures de transposition

Outre l'article 260, § 3, du TFUE qui rappelle cette obligation et le mécanisme de sanction qui y est lié, chaque directive prévoit spécifiquement l'obligation d'informer immédiatement la Commission des mesures de transposition. En outre, chaque législation nationale doit indiquer la référence de la directive qui est transposée.

La question de ce que recouvre cette obligation fait débat et donne lieu à trois interprétations.

17 Voir par exemple la directive 2006/66 relative aux piles et accumulateurs et aux déchets des piles et accumulateurs.

18 La directive peut elle-même le rappeler, comme l'illustre l'article 14 de la directive 2009/147 « oiseaux ». Cela n'est possible que si la législation nationale plus sévère poursuit les mêmes objectifs que ceux de la directive en renforçant les exigences (CJUE, 14 avril 2005, C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*).

19 Voir, par exemple, CJUE, 9 juillet 2015, C-360/14P, *Allemagne c. Commission*.

20 Voir, par exemple, TUE, 5 oct. 2005, T-366/03 et T-235/04, *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission* (en matière d'OGM) ; CJCE, 6 nov. 2008, C-405/05, *Pays-Bas c. Commission* (moteurs diesel).

21 European Union Network for the Implementation and the Enforcement of Environmental Law.

La première est que seule l'absence totale de communication à la Commission de toute mesure de transposition serait sanctionnable. Cette thèse, qui a évidemment les faveurs des États membres, n'est suivie ni par la Commission ni par la Cour de justice²² dès lors qu'il suffirait à un État membre de communiquer simplement la mesure de transposition de l'une ou l'autre disposition anecdotique de la directive concernée.

La deuxième interprétation consiste à considérer que l'obligation porte sur la communication de l'ensemble des mesures nationales qui transposent la totalité de la directive, peu importe que la transposition soit conforme ou non. C'est la position de la Commission²³. Dans ce cas, il faut être conscient que les manquements de fond sont régis par la disposition de droit commun (art. 258) et non par la procédure accélérée de l'article 260, § 3.

La troisième interprétation implique que l'obligation porte sur une communication totale des mesures de transposition qui doivent être, sur le fond, conformes à la directive. Pour la Cour de justice, cette thèse ne peut être retenue, car cette obligation serait trop complexe à respecter²⁴. Les manquements de fond sont donc contrôlés par le biais du mécanisme de l'article 258. Nonobstant, la Cour considère que l'obligation qui pèse sur les États membres implique que, pour chaque disposition de la directive, l'État notifie la ou les dispositions de droit interne qui la transpose avec, si nécessaire, un tableau de correspondance facilitant le contrôle par la Commission.

Il s'ensuit que le contrôle de la conformité sur le fond se fait a posteriori de la transmission, par le biais d'une procédure en manquement (art. 258) ou d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice. Nous y reviendrons. Comme nous l'avons déjà relevé, transposer correctement n'est pas toujours simple²⁵.

3.2 L'obligation de communiquer à la Commission les mesures de mise en œuvre des directives

Au-delà de la transposition conforme en droit interne d'une directive, il y a évidemment l'effectivité de son application.

Certaines directives ne nécessitent pas l'adoption de mesures particulières au-delà de leur transposition. Si l'on prend l'exemple de la directive 2010/31 relative à la performance énergétique des bâtiments, elle doit être transposée et son application concrète se fait au cas par cas, le plus souvent à l'occasion de la délivrance d'un permis de construire. Il en va de même pour la directive 2011/92 précitée sur l'évaluation des incidences environnementales des projets : elle doit être transposée et son application concrète se fait dans le cadre de l'instruction des permis de construire ou de celle des permis d'environnement, par exemple.

En revanche, de nombreuses directives requièrent l'adoption de mesures en aval, parfois prises en cascade. C'est ainsi que la directive 92/43 « habitats » et la directive 2009/147 « oiseaux » impliquent la désignation de zones protégées, l'adoption de couloirs écologiques, l'adoption de mesures de conservation et de protection, dont des plans de gestion et des mesures strictes de protection des espèces, ou encore l'estimation du coût des obligations²⁶. D'autres directives environnementales

22 CJUE, 8 juillet 2019, C-543/17, *Commission c. Belgique*, pt 54.

23 Commission, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, 2017/C 18/02.

24 CJUE, 8 juillet 2019, *Commission c. Belgique*, C-543/17, pt 59.

25 Voir la note (16) ci-dessus.

26 À transmettre à la Commission (D. 92/43, art. 8).

impliquent, outre leur transposition en droit interne, l'adoption de mesures diverses ; c'est notamment le cas de la directive-cadre 2000/60 sur l'eau, de la directive sur les déchets, de la directive sur la qualité de l'air ambiant ou encore de celle relative à la lutte contre le bruit.

Ces obligations impliquent, au-delà de la transposition formelle d'une directive, de rapporter régulièrement²⁷ à la Commission ce qui a été fait dans chaque État membre²⁸. L'absence de communication ou même la notification tardive de ces rapports peut entraîner la condamnation des États membres²⁹.

La Commission publie elle-même des rapports sur l'application de telle ou telle directive environnementale par les États membres. Plusieurs directives prévoient à ce sujet la périodicité de cette publication³⁰. D'autres rapports, comme le Baromètre Natura³¹, sont publiés par ou avec l'aide de l'Agence européenne pour l'environnement.

Enfin, l'effectivité du droit de l'environnement implique que les États membres, au-delà de leurs obligations de transposition et d'adoption de décisions diverses, fassent respecter concrètement les mécanismes de protection de l'environnement. La Cour de justice condamne régulièrement des États membres pour la non-effectivité des mesures prises³².

Notons encore que les États membres sont tenus de publier régulièrement, tous les quatre ans maximum, un rapport sur l'état de l'environnement dans leur pays³³, ce qui est aussi un moyen pour la Commission de vérifier l'effectivité de la protection de l'environnement.

3.3 Les investigations par la Commission

La Commission est évidemment alimentée par les rapports qui lui sont notifiés par les États membres. Elle est aussi à même d'acter l'absence de notification. La Commission reçoit en outre des notifications individuelles qui sont autant de sources d'information. C'est ainsi, par exemple, que les compensations prévues pour les dérogations aux restrictions imposées par la directive « habitats » doivent faire l'objet d'un avis préalable de la Commission³⁴.

La Commission est également nourrie par les plaintes, notamment des particuliers. Ce mécanisme est reconnu par la Commission comme moyen essentiel pour qu'elle soit informée des éventuelles

27 La directive 92/43 « habitats » prévoit une communication tous les 6 ans (art. 17) ; la directive 2009/147 « oiseaux » tous les 3 ans (art. 10, § 2).

28 La directive 91/692 visant la standardisation et la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre de certaines directives concernant l'environnement a été considérée comme obsolète et a en conséquence été abrogée par décision du Parlement et du Conseil, qui modifie par la même occasion un règlement et plusieurs directives (Décision [UE] 2018/853).

29 Voir, par exemple, CJUE, 12 déc. 2000, C-435/99, *Commission c. Portugal* ; CJUE, 12 févr. 2004, C-406/02, *Commission c. Belgique*.

30 La Commission est elle-même régulièrement en retard.

31 Celui-ci est un baromètre essentiellement quantitatif sur le nombre de sites désignés et leur superficie.

32 Sans être évidemment exhaustif, on peut citer les lacunes en matière de protection des espèces (CJUE, 15 juillet 2010, C-573/08, *Commission c. Italie*, à propos de la protection des oiseaux ; CJUE, 30 janv. 2002, C-103/00, *Commission c. Grèce*, à propos de la tortue *Caretta caretta*, en matière de collecte des déchets ménagers (CJUE, 4 mars 2010, C-297/08, *Commission c. Italie*) ou en matière de rejets dans l'atmosphère en provenance d'incinérateurs de déchets (CJCE, 18 juin 2002, C-60/01, *Commission c. France* ; CJCE, 11 juillet 2002, C-139/00, *Commission c. Espagne*).

33 Directive 2003/4 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, art. 7, § 3.

34 Directive 92/43, art. 6, § 4. Ces avis sont consultables sur le site de la Commission.

violations du droit de l'Union et des problèmes concrets rencontrés sur le terrain³⁵. La Commission a adopté des règles procédurales à cet effet³⁶.

En revanche, la Commission n'a pas de corps d'inspecteurs habilités à vérifier sur place la situation des États membres et l'effectivité du respect du droit européen de l'environnement. Ce n'est que dans de rares cas qu'elle procède à des visites informelles³⁷.

4. Contrôle juridictionnel et sanctions

Le contentieux environnemental devant la Cour de justice de l'Union européenne, et plus accessoirement devant le Tribunal de l'Union, est important.

4.1 Les recours

Plusieurs recours sont prévus par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'article 263 permet à un État membre, au Parlement, au Conseil ou à la Commission d'introduire un recours pour incompétence ou violation des Traités. C'est ainsi que l'Espagne a assigné le Conseil à propos du fondement juridique de la décision de ce dernier sur la protection et l'utilisation durable du Danube³⁸ ou que la Commission a obtenu l'annulation de la décision-cadre du Conseil sur la protection de l'environnement par le droit pénal³⁹.

Les articles 258 et 259 organisent les recours de « droit commun » pour manquement d'un État membre à une des obligations qui lui incombent en vertu des Traités. L'article 258 permet à la Commission de mettre en demeure un État, de rendre un avis motivé le cas échéant et finalement, si elle l'estime nécessaire, de saisir la Cour de justice. L'article 259 ouvre aux États la possibilité d'une saisine de la Cour contre un autre État membre.

L'article 260, § 3, est un mécanisme complémentaire à celui de l'article 258 puisqu'il permet à la Commission qui saisit la Cour pour manquement de demander dans la même procédure une astreinte et/ou une somme forfaitaire afin d'accélérer la transposition complète d'une directive⁴⁰. Cette procédure ne pouvait précédemment intervenir que postérieurement à une procédure « article 258 ».

Enfin, l'article 267 permet un renvoi préjudiciel à la Cour pour qu'elle statue sur l'interprétation du TFUE ou sur la validité et l'interprétation d'un acte d'une des institutions de l'Union. Mais il permet

35 Commission, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, *op. cit.*, p. 10.

36 *Procédures administratives pour la gestion des relations avec le plaignant en matière d'application du droit de l'Union*, annexe à la communication précitée. Sur ces plaintes, voir notamment N. Cariat et O. Torres Rodriguez, « Les contestations relatives à la compatibilité de normes nationales avec le droit de l'Union européenne » Dans A. Bailleux (dir.), *Actualités du contentieux européen*, Limal, Anthemis, 2020, particulièrement les pages 23-33.

37 On peut citer le cas de la presqu'île de Zakynthos en Grèce, site de reproduction de la tortue de mer *Caretta caretta*, juridiquement protégé mais sans protection effective comme l'ont montré les inspections sur place (CJUE, 30 janv. 2001, C-103/00 ; CJUE, 17 juillet 2004, C-600/12 et CJUE, 10 nov. 2016, C-504/14, *Commission c. Grèce*).

38 CJUE, 30 janv. 2001, C-36/98, *Espagne c. Conseil*.

39 CJUE, 13 sept. 2005, C-176/03, *Commission c. Conseil*.

40 Commission, *Mise en œuvre de l'article 260, paragraphe 3, TFUE*, 2011/C 12/01 ; I. Pingel, « Première application de l'article 260, paragraphe 3 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne et premiers enseignements », *RTDEur*, 2019, pp. 663-671.

également – et il s'agit de son usage le plus fréquent – à une juridiction d'un État membre d'interroger la Cour sur l'interprétation du droit de l'Union et sur la conformité du droit national à celui-ci.

4.2 Les résultats

Dans le cadre d'une réflexion sur l'effectivité du droit de l'environnement de l'Union européenne, il est indispensable de s'interroger sur les résultats concrets que donne le contentieux devant les juridictions de l'Union⁴¹. La jurisprudence de la Cour est assez abondante : si, avant l'an 2000, on comptait entre 12 et 24 arrêts annuellement, depuis lors ce sont entre 40 et 50 affaires qui sont tranchées chaque année, avec néanmoins une baisse ces dernières années. Le Tribunal lui prend une dizaine de décisions par an dans sa sphère de compétence environnementale.

• Le contentieux en manquement

On a assisté depuis le début des années 2000 à une augmentation des affaires portées par la Commission devant la Cour de justice.

Le contentieux sur la transposition des directives diminue incontestablement, les directives environnementales importantes ayant connu leur apogée entre les années 1980 et 2000. Il faut noter également que la Commission se désistait systématiquement des poursuites engagées dès lors que les États membres concernés s'étaient finalement conformés tardivement à leur obligation⁴².

Par ailleurs, il y a le contentieux porté par la Commission en lien avec des manquements dans les mesures de mise en œuvre (la désignation des sites Natura 2000, par exemple) ou dans l'application du droit de l'Union pour un projet (pour un défaut en lien avec l'obligation d'évaluer les incidences environnementales, par exemple). L'origine de ce contentieux peut être, comme nous l'avons mentionné, une plainte déposée auprès de la Commission notamment par des ONG environnementales⁴³.

Comme le souligne P. Thieffry, dans une grande majorité de cas, les recours en manquement formés par la Commission sont couronnés de succès⁴⁴. Cela montre la préparation sérieuse et minutieuse de la Commission qui, rappelons-le, a la charge de la preuve du manquement.

• Les renvois préjudiciels

Le contentieux découlant des renvois préjudiciels est incontestablement important, notamment en ce qui concerne l'effectivité du droit de l'Union européenne. En effet, les arrêts de la Cour vont éclairer la juridiction nationale dont la décision devra se conformer à l'enseignement de la Cour de justice.

Ce contentieux est néanmoins fortement lié à la perception des juridictions nationales⁴⁵, et cette perception est elle-même liée aux sollicitations desdites juridictions par les parties au procès. En effet, même si la juridiction peut prendre l'initiative de poser une question à la Cour, le plus souvent cette question sera sollicitée directement ou indirectement par la partie requérante ou la partie

41 Voir les données détaillées in P. Thieffry, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 231-244.

42 I. Pingel, *op. cit.*, p. 666.

43 Voir p. 8 ci-dessus.

44 P. Thieffry, *op. cit.*, p. 157.

45 Rappelons que la juridiction doit poser la question lorsque sa décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel (art. 267, § 3) sauf exception (voir notamment CJUE, 6 oct. 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi SpA*).

adverse. C'est ainsi que les juridictions belges posent volontiers des questions préjudicielles à la Cour de justice⁴⁶, comme l'illustre, par exemple, le contentieux sur l'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes (D. 2001/42). On constate en effet que 80 % des arrêts de la Cour concernent le droit belge. Ce pourcentage ne reflète aucunement la qualité des transpositions de la directive en droit fédéral ou dans les droits régionaux⁴⁷; il est lié à l'intérêt incontestable porté par les parties aux litiges sur le champ d'application de la directive.

Le renvoi préjudiciel est aussi le moyen pour les personnes privées, et notamment les associations de protection de l'environnement, de se pourvoir devant la Cour de justice⁴⁸. Or, l'effectivité du droit de l'environnement dépend aussi du droit des citoyens d'agir devant les juridictions, comme le souligne régulièrement la Cour de justice à propos des recours devant les juridictions nationales.

4.3 La position de la Cour

- **Les principes d'interprétation**

La Cour se réfère systématiquement au principe du niveau de protection élevé de l'environnement inscrit dans l'article 3, § 3, du Traité sur l'Union, les articles 114, § 3, et 191, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union et l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux. Cela la conduit à aller parfois au-delà de ce que prévoit une directive⁴⁹.

Dans le même sens, la Cour se réfère régulièrement au principe d'effectivité de la protection de l'environnement pour interpréter telle ou telle disposition d'une directive. C'est ce principe d'effectivité qui permet de donner son sens à une disposition donnée.

- **Les condamnations et les sanctions financières**

Il est impossible de relater les condamnations prononcées par la Cour à l'encontre des États membres. Nous retiendrons un arrêt récent qui illustre l'effectivité des contrôles : le 6 octobre 2021, la Cour a condamné l'Italie en listant les 786 agglomérations italiennes qui ne respectaient pas les obligations découlant de la directive 91/271 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires⁵⁰.

46 Voir sur ce point L. Krämer, « L'environnement belge devant la Cour de justice de l'Union européenne » in *L'environnement, le droit et le magistrat – Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 427-446. Voir également N. Cariat, « Inventaire digressif des 1 000 renvois préjudiciels belges à la Cour de justice de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2022, pp. 213-215 qui donne par ailleurs des chiffres pour d'autres États membres.

47 Il apparaît au contraire que les législations belges et leur application *in concreto* sont plutôt exemplaires.

48 L'article 263, § 4, n'ouvre un recours devant la Cour contre un acte qu'aux personnes qui en sont les destinataires ou qui sont directement et individuellement concernées.

49 C'est ainsi qu'à propos de la distinction entre élimination et valorisation faite par la directive 2008/98 relative aux déchets mais aussi par la directive 2011/92 sur l'évaluation environnementale des projets qui vise, dans les listes des projets soumis d'office à évaluation, les installations « d'élimination », la Cour considère que le concept d'« élimination » au sens de la directive 2011/92 englobe également les opérations de valorisation des déchets (CJUE, 23 nov. 2006, C-486/04, *Commission c. Italie*). On peut également citer la jurisprudence de la Cour sur le champ d'application de la directive 2001/42 relative à l'évaluation environnementale des plans et programmes qui va, aux dires de l'avocate générale J. Kokott elle-même, au-delà de ce que les États membres pouvaient penser (voir notamment F. Haumont, « Le champ d'application de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement », *Annuaire de droit de l'Union européenne 2019*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2020, pp. 67-89 et réf. citées).

50 CJUE, 6 oct. 2021, C-668/19, *Commission c. Italie*.

Jusqu'il y a peu, les condamnations par la Cour de justice n'étaient assorties d'aucune sanction financière. Ce n'est qu'après un premier arrêt condamnant un État membre pour manquement que la Cour, à nouveau saisie, rendait un arrêt assorti d'une condamnation financière. Depuis le Traité de Lisbonne, l'article 260, § 3, du TFUE permet de grouper dans un seul arrêt la condamnation pour non-transposition et celle à une astreinte et/ou une somme forfaitaire.

Les sanctions pécuniaires, vu leurs montants, ont clairement un effet dissuasif. Sans être exhaustif⁵¹, tant s'en faut, on pointera la première condamnation à une astreinte journalière de 20 000 € à charge de la Grèce pour défaut en matière d'élimination des déchets⁵². L'Espagne fut condamnée à une astreinte annuelle de 624 150 € pour la non-conformité de 1 % de ses eaux de baignades intérieures⁵³. On peut encore citer la condamnation de l'Italie à une astreinte trimestrielle de 42 800 000 € et d'une somme forfaitaire de 40 millions. Récemment, après avoir, par ordonnance du 21 mai 2021, donné injonction à la Pologne de cesser immédiatement l'exploitation de la mine de lignite de Turów à la frontière tchèque, une ordonnance du 20 septembre 2021 a condamné la Pologne à une astreinte journalière de 500 000 €⁵⁴.

- **Les mesures d'urgence**

L'article 279 du TFUE permet à la Cour de prendre des mesures d'urgence. Si l'on peut louer les mesures ordonnées pour protéger la forêt primaire de Bialowieza⁵⁵ en Pologne ou dans l'affaire précitée de la mine de Turów, en revanche, on est plus circonspect sur la levée des mesures prises par l'Autriche pour limiter certains poids lourds dans la vallée de l'Inn en application des directives sur la qualité de l'air ambiant⁵⁶.

II. Le Conseil de l'Europe

L'effectivité du droit de l'environnement dans la sphère du Conseil de l'Europe est un sujet tout aussi vaste. Nous nous limiterons à quelques considérations sur l'effectivité normative et sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un environnement de qualité.

1. L'effectivité normative du droit de l'environnement

L'effectivité normative du droit de l'environnement est tout aussi incontestable dans le chef du Conseil de l'Europe. Celui-ci adopte de nombreuses Conventions à connotation environnementale (Berne, Lugano, Florence, etc.) et la Convention européenne des droits de l'homme est à l'origine d'une jurisprudence foisonnante en faveur du droit à un environnement sain.

Pour le Conseil de l'Europe, deux lacunes doivent cependant être mises en exergue. La première est que de nombreuses Conventions environnementales ne sont pas entrées en vigueur faute de ratifications au sein des 46 États Parties (depuis le retrait de la Russie). On peut citer, à titre d'exemples, la Convention de Lugano sur la responsabilité environnementale de 1993 qui n'a été

51 Voir P. Thieffry, *op.cit.*, pp. 236 et suivantes.

52 CJCE, 5 juillet 2000, C-387/97, *Commission c. Grèce*.

53 CJCE, 25 nov. 2003, C-278/01, *Commission c. Espagne*.

54 V. Prés. CJUE, 20 sept. 2021, C-121/21 R, *République tchèque c. Pologne*.

55 CJUE, 20 nov. 2017, C-441/17, *Commission c. Pologne*.

56 Prés. CJCE, 2 oct. 2003, C-320/03 R, *Commission c. Autriche* ; CJCE, 15 nov. 2005, C-320/03.

ratifiée que par trois États et celle de 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal qui n'a été ratifiée que par un seul État.

L'autre lacune vient de ce qu'aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles ne fonde formellement le droit de l'homme à un environnement sain. Certes, nous y reviendrons, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît ce droit par le biais – essentiellement – de l'article 8 de la Convention et le droit de chacun à la protection de sa vie privée et familiale et de son domicile, mais la spécificité de ce fondement ne permet pas de reconnaître un droit étendu à un environnement de qualité puisque seules les nuisances environnementales peuvent être prises en compte⁵⁷. Il ne permet pas non plus aux ONG de protection de l'environnement de s'en prévaloir, ces dernières n'ayant ni vie privée ou familiale, ni domicile.

2. Le droit à la protection d'un environnement sain

L'apport majeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à la protection de l'environnement est incontestablement la reconnaissance du droit de l'homme à un environnement de qualité dans les conditions – et donc les limites – de l'article 8 de la Convention⁵⁸. Nous renvoyons à l'abondante littérature à ce sujet⁵⁹. On retiendra certaines facettes de cette jurisprudence⁶⁰ qui illustrent la volonté de la Cour à ce que le droit à un environnement sain soit effectif⁶¹.

2.1 La recevabilité des requêtes

L'effectivité du droit à un environnement sain passe notamment par l'appréciation de la recevabilité des requêtes qui sont déposées. On sait que les conditions fixées par l'article 35 de la Convention sont strictes⁶². Parmi celles-ci, il y a l'obligation d'avoir épuisé les voies de recours interne. Sur ce point, on observe que la Cour, au vu des circonstances, peut interpréter cette condition dans un sens favorable aux requérants. C'est ainsi que dans l'affaire *Di Sarno et crts c. Italie*⁶³ à propos de l'absence de gestion des déchets en Campanie, la Cour a admis la recevabilité de l'action devant elle alors même qu'aucun recours devant les juridictions internes n'avait été tenté. Pour la Cour, ces recours étaient inutiles, vu l'état de la justice dans cette région de l'Italie. De même, l'affaire *Agostinho et crts* contre 32 États Parties à la Convention en matière de lutte contre le réchauffement climatique

57 Voir notamment CEDH, 22 mai 2003, *Kyrtatos c. Grèce*, § 52.

58 D'autres dispositions de la Convention et de ses protocoles peuvent être invoquées en vue d'une reconnaissance d'une atteinte à l'environnement, comme notamment le droit à la vie (art. 2) ou le droit au respect de ses biens (Protocole n° 1, art. 1 ; F. Haumont, « L'article 1er du protocole no 1 à la convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'environnement » dans *L'environnement, le droit et le magistrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 405-425).

59 Dont les publications du Conseil de l'Europe lui-même et de la Cour, et notamment : *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement* (2^e éd., 2012, 206 p.), Fiche technique – environnement et CEDH, janvier 2022, 35 p.

60 En janvier 2022, on comptait quelque 300 affaires portant sur l'environnement.

61 La Cour rappelle régulièrement que la Convention vise à protéger des droits « concrets et effectifs » (CEDH, 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et crts c. Grèce*, § 43).

62 Et même de plus en plus strictes puisqu'en application du protocole n° 15, le délai de six mois visé par l'article 35, § 1er, a été ramené à quatre mois depuis le 1^{er} février 2022. Voir F. Merloz, « Entrée en vigueur du Protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2021, pp. 807-827.

63 CEDH, 10 janv. 2012, *Di Sarno et crts c. Italie*, obs. F. Haumont, « La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2012, pp. 269-285. Dans le même sens, CEDH, 24 janv. 2019, *Cordella et crts c. Italie*, §§ 121-127.

a été l'occasion d'admettre l'exonération de la condition d'épuisement des voies de recours internes, condition impossible matériellement et financièrement à tenir vu le nombre d'États à la cause⁶⁴.

Par ailleurs, seule une « victime » est recevable, ce qui implique qu'elle doit démontrer l'existence du préjudice subi et du lien de causalité de celui-ci avec les manquements de l'État. Si la Cour peut se montrer ferme sur ce point, on acte que dans plusieurs affaires environnementales, la Cour admet des preuves indirectes et des présomptions. On peut illustrer ce point par le cas de la pollution émise par le site sidérurgique Ilva à Tarente dans les Pouilles en Italie : si, dans l'affaire *Smaltini*, la Cour conclut qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants prouvant le lien de causalité entre cette pollution et la leucémie myéloïde dont souffrait la requérante⁶⁵, en revanche, dans l'affaire *Cordella* précitée, la Cour estime que la prolongation d'une situation de pollution environnementale met en danger la santé des requérants, et plus généralement celle de la population résidant dans les zones à risque, et qu'il y a lieu de recevoir la requête.

2.2 Les condamnations

La Cour a prononcé de nombreuses condamnations pour violation notamment du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile pour des nuisances environnementales. Ces condamnations attestent de la volonté de la Cour de veiller à l'effectivité du droit à un environnement sain.

Cela étant, la question de la sanction concrète se pose. En effet, l'article 41 de la Convention permet à la Cour d'accorder à la partie lésée, s'il y a lieu, la satisfaction qui lui paraît appropriée. L'expression « s'il y a lieu » permet à la Cour de considérer que le constat de la violation du droit protégé constitue en lui-même une satisfaction équitable, ce qui peut frustrer les requérants. Néanmoins, la Cour alloue régulièrement des compensations financières « équitables »⁶⁶.

On peut aussi mettre en exergue l'arrêt précité dans l'affaire *Cordella* concernant la pollution émanant du site sidérurgique Ilva à Tarente : si la Cour a estimé que le constat de violation de l'article 8 valait satisfaction équitable, elle s'est prononcée en faveur de mesures concrètes de nature à mettre fin à la situation : « les travaux d'assainissement de l'usine et du territoire touché par la pollution environnementale occupent une place primordiale et urgente. Ainsi, le plan environnemental approuvé par les autorités nationales, et contenant l'indication des mesures et des actions nécessaires à assurer la protection environnementale et sanitaire de la population, devra être mis en exécution dans les plus brefs délais »⁶⁷. Même si cette injonction ne se trouve pas dans le dispositif de l'arrêt, elle est sans équivoque dans ce qui ressemble à un arrêt pilote⁶⁸.

64 Requête introduite le 7 sept. 2020 ; ordonnance du président de la 4^e section, 13 oct. 2020.

65 CEDH (déc.), 24 mars 2015, *Smaltini c. Italie* ; la requête était fondée sur le droit à la vie (art. 2).

66 C'est ainsi que, par exemple, Mme Lopez Ostra a obtenu de l'ordre de 24 000 € (CEDH, 9 déc. 1994, *L.-O. c. Espagne*), Mme Fadeyva 6 000 € (CEDH, 9 juin 2005, *F. c. Russie*), Mme Guerra et ses consœurs, chacune environ 7 000 € (CEDH, 19 févr. 1998, *G. c. Italie*), Mme Giacomelli 12 000 € (CEDH, 2 nov. 2006, *G. c. Italie*).

67 CEDH, 24 janv. 2019, *Cordella et crts c. Italie*, § 182 ; voir, sur cet arrêt, les intéressantes considérations de S. Nadaud et J.-P. Marguenaud, « La consécration européenne du droit à la dépollution », D., 2019, p. 674. Pour un exemple récent de quasi-injonction, CEDH, 15 mars 2022, *Gluscenco c. Moldavie*.

68 Règlement de la Cour, art. 61.

2.3 Le suivi des condamnations

La Convention prévoit un suivi de l'exécution des arrêts par le Comité des ministres (art. 46) aidé par le Service de l'exécution des arrêts de la Cour. Un rapport annuel est publié, ainsi que des fiches thématiques comme celle relative à certaines affaires environnementales⁶⁹. Ceci montre les avancées législatives, jurisprudentielles et administratives en suite des arrêts prononcés. On notera également que la Cour européenne peut suivre la procédure d'exécution d'un arrêt comme l'illustre le cas de l'affaire Cordella et crts précitée, procédure pendante devant le Comité des ministres. La Cour note en effet qu'en mars 2021, les autorités italiennes n'avaient toujours pas fourni d'informations précises concernant la mise en œuvre effective du plan environnemental⁷⁰.

Conclusion

Au terme de ce rapport, selon la lecture que l'on fera des informations données, on retiendra le positif des avancées des droits européens de l'environnement, ou leurs insuffisances. Nonobstant les lacunes dans l'arsenal normatif, globalement le droit européen de l'environnement est effectif. On pourrait dire que son application l'est nettement moins, comme l'illustre l'existence même de la jurisprudence. Ce sont des manquements ou des violations du droit qui en sont à l'origine. La construction de cette jurisprudence nourrit en revanche incontestablement le droit de l'environnement et promeut son effectivité. Ce dont on ne peut que se réjouir.

Mots clés : droit de l'Union européenne – effectivité normative – transpositions nationales – contrôle par la Commission européenne – contrôle juridictionnel – droit du Conseil de l'Europe – droit à la protection d'un environnement sain.

Références

Cariat, N. (2022). Inventaire digressif des 1000 renvois préjudiciels belges à la Cour de justice de l'Union européenne. *Journal de droit européen* 289 - 2022/5.

Commission européenne (2006). *Soil Protection – The Story behind the Strategy*. Luxembourg.

Commission européenne (2011). *Mise en œuvre de l'article 260, paragraphe 3, TFUE*. Communication de la Commission 2011/C 12/01. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0115\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0115(01))

Commission européenne (2016). *Le droit de l'UE: une meilleure application pour de meilleurs résultats*. Communication de la Commission. C/2016/8600.

Commission européenne (2021). *Stratégie de l'UE pour la protection des sols à l'horizon 2030 – Récolter les fruits de sols en bonne santé pour les êtres humains, l'alimentation, la nature et le climat*. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. COM(2021) 699 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0699>

Conseil de l'Europe (2012). *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement* (2^e éd.).

69 Sur 22 arrêts, octobre 2020, 13 p.

70 CEDH, 5 mai 2022, *A.A. et crts c. Italie*, ainsi que trois autres du même jour *Ardimento et crts*, *Briganti et crts* et *Perelli et crts*.

Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/60/oj>

Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement. <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/42/oj>

Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil. <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/4/oj>

Directive 2006/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs et abrogeant la directive 91/157/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/66/oj>

Directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/98/oj>

Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages. <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/147/oj>

Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (texte codifié) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE). <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/92/oj>

Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. <http://data.europa.eu/eli/dir/1985/337/oj>

Directive 91/692/CEE du Conseil, du 23 décembre 1991, visant à la standardisation et à la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre de certaines directives concernant l'environnement. <http://data.europa.eu/eli/dir/1991/692/oj>

Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages. <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/43/oj>

Directive 96/82/CE du Conseil du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0082>

Haumont, F. (2012). La crise des déchets en Campanie et les droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 92, 2012, 269-285.

Haumont, F. (2020). « Le champ d'application de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement », *Annuaire de droit de l'Union européenne* 2019. Paris : Ed. Panthéon-Assas, pp. 67-89. <https://doi.org/10.3917/epas.bluma.2019.01.0067>

Haumont, F. (2021). « L'article 1er du protocole n° 1 à la convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'environnement ». *L'environnement, le droit et le magistrat – Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*. Bruxelles : Larcier.

Krämer, L. (2021). « *L'environnement belge devant la Cour de justice de l'Union européenne* ». *L'environnement, le droit et le magistrat – Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*. Bruxelles : Larcier.

Merloz, F. (2021). Entrée en vigueur du Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole de l'ère de la subsidiarité. *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 128, 807-827. <https://doi.org/10.3917/rtdh.128.0807>

Nadaud, S. et Marguenaud, J.-P. (2019). La consécration européenne du droit à la dépollution. *Recueil Dalloz*, p. 674.

Pingel, I. (2019). Première application de l'article 260, paragraphe 3 TFUE par la Cour de justice de l'Union européenne et premiers enseignements. *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, 03, pp.663. <https://shs.hal.science/halshs-02452215>

Règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets. <http://data.europa.eu/eli/reg/2006/1013/oj>

Règlement (CEE) n° 1836/93 du Conseil, du 29 juin 1993, permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit. <http://data.europa.eu/eli/reg/1993/1836/oj>

Retrait de propositions de la commission qui ne revêtent plus un caractère d'actualité. *Journal officiel* n° 2014/C 153/03. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:153:FULL&from=SL>

Thieffry, P. (2020). *Traité de droit européen de l'environnement et du climat* (4^e éd.). Bruxelles : Bruylant.

Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. 13 décembre 2007. *Journal officiel* n° C 202 du 07/06/2016 http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2012/oj

À propos de l'auteur

Francis Haumont est professeur émérite de l'UCLouvain et avocat aux barreaux de Bruxelles et de Nice. Il est l'auteur d'une dizaine de monographies, dont un ouvrage sur le droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, et de plus de 250 articles en droit de l'environnement et de l'urbanisme.

La Convention de Ramsar sur la protection des zones humides d'importance internationale

Des indicateurs juridiques pour mesurer l'effectivité de la mise en œuvre de la Convention par les Parties

Georgia Fili, Sühendan Göksal, Ornella Insalaco, Marie Lassalle, Amélie Pedrono et Gabriel Andrés Suárez Gómez

Résumé

Dans le cadre de la COP14 de la Convention de Ramsar qui a eu lieu du 5 au 13 novembre 2022 à Wuhan et à Genève, un projet de Résolution aurait dû être discutée sur la création d'indicateurs juridiques. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'étude suivante, qui présente le fruit des travaux de groupe des étudiants du Master II Droit de l'environnement, des territoires et des risques de l'Université de Strasbourg, encadrés par les professeurs Michel Prieur et Michel Durousseau. Ces travaux visent à mesurer et renforcer l'effectivité juridique de la mise en œuvre de ladite Convention par les États Parties. Ainsi, il est question d'identifier, d'une part, les obligations à portée juridique liant les États en évaluant leur force contraignante et, d'autre part, les questions juridiques dans le modèle de Rapport national afin de proposer des améliorations grâce aux indicateurs juridiques.

« Le projet de résolution a pour but de mettre en place un outil nouveau permettant d'évaluer scientifiquement l'application effective de la Convention de Ramsar [...]. C'est une réponse opérationnelle aux demandes répétées des États et de la société civile d'une plus grande effectivité dans la protection et la gestion des zones humides. »¹

Les zones humides sont des habitats qui requièrent une protection particulière en raison de la richesse de la biodiversité qu'elles abritent et des nombreuses fonctions écologiques qu'elles remplissent. En effet, les zones humides contribuent à l'équilibre naturel en étant des « éponges naturelles » (en stockant l'eau ou en la restituant), en participant à la régulation du climat et en permettant la conservation d'un grand nombre d'espèces animales et végétales.

Ainsi, les zones humides ont été l'un des premiers domaines du droit international de l'environnement à avoir fait l'objet d'une protection. Dans un contexte qui est celui de la genèse du droit de l'environnement et à la veille de la Conférence de Stockholm en 1972, la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, également appelée Convention sur les zones humides ou Convention de Ramsar, a été signée par 18 premiers États en 1971, tandis que son entrée en vigueur date de 1975. En 2021, 171 États sont Parties à la Convention, soulignant l'approbation majoritaire des États pour protéger ces habitats essentiels.

1 *Projet de résolution sur : « Créer des indicateurs juridiques pour mesurer l'effectivité de la Convention de Ramsar », présenté par le Burkina Faso lors de la première séance de la 59^e Réunion du Comité permanent, en juin 2021.*

Cet accord international a un caractère historique du fait du principe d'interdépendance entre l'environnement et l'homme qui y est déclaré. En rappelant la multifonctionnalité des zones humides et la nécessité de protéger les oiseaux d'eaux qui sont une « ressource internationale », la Convention de Ramsar enjoint les États à une utilisation rationnelle de ces habitats². Ce traité est court : il comprend seulement 12 articles et il impose peu d'obligations aux États, ce qui peut interroger sur la réalité d'une protection effective des zones humides.

Tous les 3 ans, une Session de la Conférence des Parties contractantes (COP) a lieu, comme le prévoient les articles 6 et 7 de la Convention de Ramsar. La COP est « l'organe directeur de la Convention »³ : les orientations pour les années suivantes sur la base de l'examen des Rapports nationaux sont discutées, et des résolutions et des recommandations peuvent être adoptées. Les Rapports nationaux remplis par les États permettent de suivre l'application de la Convention. En 1980 se tenait la première COP et l'année dernière, du 5 au 13 novembre 2022, s'est tenue la COP14 à Wuhan, en Chine et à Genève, en Suisse. Pour cette occasion, le Burkina Faso a déposé un projet de Résolution intitulé « Créer des indicateurs juridiques pour mesurer l'effectivité de la Convention de Ramsar »⁴. Selon l'article 6.2 f) de la Convention, les Résolutions – tout comme les recommandations – visent à promouvoir le fonctionnement de la Convention. Plus précisément, la création d'indicateurs juridiques applicables à la Convention de Ramsar permettra, le cas échéant, la mise en place d'un outil pour évaluer la protection effective des zones humides, ce qui confère à la réflexion sur l'application des indicateurs juridiques à la Convention de Ramsar, et plus globalement à l'étude de son effectivité, une actualité certaine.

Les zones humides sont définies par l'article 1 de la Convention comme « *des étendues de marais, de fagnes, de tourbières ou d'eaux naturelles ou artificielles, permanentes ou temporaires, où l'eau est stagnante ou courante, douce, saumâtre ou salée, y compris des étendues d'eau marine dont la profondeur à marée basse n'excède pas six mètres* ». Le champ d'application de la Convention est donc très englobant et il vise un habitat précisément déterminé. La création d'indicateurs juridiques pour protéger les zones humides a pour objectif de renforcer l'effectivité de la Convention. L'effectivité du droit est définie par le professeur Prieur comme « le droit mis en œuvre et qui devrait produire des effets »⁵. Le professeur Prieur distingue l'effectivité, ou la mise en œuvre du droit, de l'efficacité qui vise le résultat recherché par le droit. Contrairement aux indicateurs scientifiques et économiques qui permettent de mesurer l'efficacité, les indicateurs juridiques recherchent une meilleure application du droit. Ainsi, les indicateurs juridiques peuvent être mobilisés pour répondre au besoin d'une meilleure application de la Convention de Ramsar, comme il en est question avec le projet de résolution du Burkina Faso.

L'exigence d'un renforcement de la protection des zones humides a conduit à l'établissement de cette étude, dont la ligne directrice est la question suivante : comment mesurer et renforcer l'effectivité juridique de la mise en œuvre de la Convention par les États Parties ?

2 Voir les articles 2.6, 3.1 et 6.2 d) de la Convention de Ramsar.

3 Voir *Le Manuel de la Convention de Ramsar*, publié par le Secrétariat de la Convention de Ramsar en 2006.

4 Voir le document SC59 Doc. 24.3, *Projet de résolution sur : « Créer des indicateurs juridiques pour mesurer l'effectivité de la Convention de Ramsar »*. https://ramsar.org/fr/document/sc59-doc243-projet-de-resolution-sur-creer-des-indicateurs-juridiques-pour-mesurer_consulté_le_13/05/2022

5 Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable* (p. 25). Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

Deux groupes de travail thématiques ont été constitués. Le premier groupe a réalisé un inventaire des obligations à portée juridique contenues dans la Convention de Ramsar ainsi que dans les recommandations et résolutions issues des COP, afin de rédiger un rapport intitulé « Inventaire des obligations juridiques plus ou moins contraignantes contenues dans les résolutions et recommandations des Conférences des Parties à la Convention de Ramsar ». Le deuxième groupe a quant à lui identifié des questions juridiques au sein du modèle de Rapport national pour proposer des modifications à la lumière des indicateurs juridiques, afin de présenter leurs résultats dans un rapport intitulé « Identification des questions juridiques et propositions de modifications du modèle de Rapport national ».

L'inventaire des obligations à portée juridique a été réalisé grâce à une étude de la Convention de Ramsar et des recommandations et résolutions adoptées par les COP. Il ne couvre pas l'analyse des nombreuses annexes figurant dans les recommandations et résolutions, qui mériteraient une étude spécifique et détaillée. De plus, le support utilisé pour proposer des modifications au Rapport national est le modèle de rapport national que les États ont dû soumettre pour la 14^e Session de la COP⁶. Dans un objectif de renforcement de l'effectivité, les indicateurs écologiques et scientifiques n'ont pas été mobilisés : seuls les indicateurs juridiques ont été utilisés pour proposer des modifications à la rédaction de ce Rapport.

Ces recherches ont été l'occasion d'identifier et de mesurer l'intensité des obligations à caractère juridique des États Parties contenues dans la Convention de Ramsar ainsi que dans les résolutions et les recommandations établies lors des COP (Section I).

D'autre part, ces recherches ont permis de repenser les questions juridiques du Rapport national en suggérant un formulaire source de propositions de modifications par l'application d'indicateurs juridiques qui visent à mesurer et renforcer l'effectivité de la Convention (Section II).

I. Revue critique des COP de Ramsar et inventaire des obligations à portée juridique

L'inventaire des COP identifie 246 obligations juridiques visant les États Parties. L'étude des terminologies utilisées a permis de distinguer des rapports juridiques en demi-teinte, relevant soit du droit mou (*soft law*), soit du droit dur (*hard law*). Cette gradation implique une variation d'intensité des exigences envers les États Parties dans la réalisation de l'objet de la Convention de Ramsar et des recommandations et résolutions. Les rapports juridiques se présentent majoritairement comme étant de faible intensité (point 1), bien que certains rapports juridiques semblent lier les États Parties de manière contraignante (point 2).

1. La prépondérance des obligations à faible portée juridique

Les résultats des travaux révèlent que 90 % des règles juridiques identifiées⁷ contiennent de la *soft law*, avec une intensité juridique variable selon les termes employés. Les verbes utilisés et représentés en légende par deux étoiles, tels que « appelle », « exhorte », « incite » et « prie », ne présentent pas de

6 Le modèle de rapport national est disponible à l'adresse suivante : <https://www.ramsar.org/fr/document/modele-de-rapport-national-pour-la-cop14-modele-hors-ligne>

7 Règles issues du texte de la Convention et des recommandations et résolutions des COP.

force obligatoire importante. Les verbes présentant la plus faible intensité, tels que « recommande », « invite » et « encourage », ont été représentés en légende par une étoile.

Le dictionnaire du droit international, publié sous la direction de Jean Salmon, définit la *soft law* en ces termes : « *des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes* »⁸. En outre, d'après le doyen Carbonnier, par *soft law*, il convient « *d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* »⁹.

En l'occurrence, dans le cadre de la Convention de Ramsar, la *soft law* est employée pour laisser une marge d'appréciation aux États, qui ne sont d'ailleurs pas tous concernés par le point soulevé : par exemple, lorsqu'il s'agit d'éléments précis qui nécessitent un approfondissement¹⁰, même si ces points restent minoritaires. La *soft law* est principalement utilisée pour conseiller les États dans l'application de la Convention, par exemple en éclairant l'interprétation des articles de la Convention¹¹, ou encore pour porter l'attention des États sur une pratique qu'il conviendrait de modifier. En effet, les États, forts de leurs expériences dans la mise en œuvre de leurs obligations, soulignent les points à améliorer lors des COP. Par exemple, s'agissant des Fiches descriptives Ramsar¹², les États sont revenus sur cette pratique pour inciter les nouveaux États Parties à fournir les fiches des sites présents sur leur territoire après leur adhésion à la Convention¹³, puis pour inviter les États à définir plus précisément les limites de leurs sites Ramsar au sein de ces mêmes fiches¹⁴ et réaffirmer l'importance de leur mise à jour régulière¹⁵.

La faible force obligatoire est propre à la diplomatie, retrouvée dans le droit international des traités. Mais l'utilisation de la *soft law* s'explique aussi par la volonté des rédacteurs de ne pas imposer une charge excessive aux États Parties qui ne disposent pas tous des mêmes moyens d'action. Il arrive d'ailleurs que les États choisissent volontairement d'entériner une pratique alors que le texte ne l'impose pas, comme c'est le cas avec les Rapports nationaux. Initiée par les États lors de la première COP pour assurer la surveillance de l'application de la Convention, cette pratique a fait l'objet d'une recommandation¹⁶ lors de la deuxième COP, mais incitait seulement les États à soumettre leur rapport dans un certain délai afin que tous les Rapports nationaux soient disponibles au moment de la prochaine COP. Ainsi, alors que l'obligation avait une force contraignante relative,

8 Salmon, J. (2001). *Dictionnaire de droit international public*. Bruylant.

9 Carbonnier, J. (2001). *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur* (10^e édition), p. 26. L.G.D.J.

10 En ce sens, voir par exemple les résolutions visant la protection des tourbières (Résolution XIII.12, Résolution XIII.13 et Résolution XII.11), ou encore la lutte contre les espèces envahissantes (Résolution VIII.18).

11 En ce sens, voir par exemple la Recommandation 4.10 ; voir aussi la Résolution VIII.20.

12 Les fiches descriptives Ramsar (FDR) sont des fiches détaillées qui présentent les caractéristiques des zones humides d'importance internationale inscrites sur la Liste et qui doivent régulièrement être mises à jour pour suivre l'évolution des sites et détecter d'éventuels changements. La dernière version à jour de la FDR que les Parties doivent compléter (Résolution XI.8, Annexe 1) est disponible à l'adresse suivante : <https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/pdf/cop11/res/cop11-res08-f-anx1.pdf>

13 Résolution VI.16.

14 Résolution VIII.21.

15 Résolution XI.4.

16 Recommandation 2.1.

les États, conscients de l'importance de ces rapports, ont adopté cette pratique en respectant les conditions posées.

Les COP semblent néanmoins se montrer plus insistantes envers les Parties contractantes, mais cela n'intervient qu'à de rares occasions, au cas par cas.

2. Le recours ponctuel aux obligations juridiques de forte intensité

Malgré la prépondérance des obligations juridiques de faible intensité adoptées lors des COP, l'analyse de la terminologie met en évidence l'emploi de plusieurs termes insistants qui viennent imposer des obligations juridiques aux États Parties. Sont ainsi relevés des termes dont la portée semble être la plus contraignante, à savoir les formules telles que « demande », « demande instamment », ou encore « demande vivement ». Les termes « engage », « prie instamment, vivement ou fermement » peuvent également être classés parmi les formules insistantes, mais avec une intensité plus faible. Ces catégories ont été répertoriées dans notre étude sous la forme d'une légende, respectivement avec trois ou quatre étoiles en fonction de l'intensité de la force contraignante de chaque obligation.

Contrairement à une norme de *soft law*, la règle de « droit dur » (*hard law*) vient exprimer un commandement, une habilitation ou une interdiction pour son destinataire¹⁷.

Dans le cadre des recommandations et résolutions adoptées lors des COP de la Convention de Ramsar, la *hard law* est principalement utilisée pour régler des questions d'ordre technique et procédural, pour adopter des lignes directrices¹⁸, harmoniser les terminologies retenues par les États¹⁹ ou poser des définitions claires pour indiquer aux États l'interprétation du texte à retenir²⁰. L'usage du droit dur a également permis de mettre en place plusieurs outils qui se sont révélés utiles par la suite, comme la procédure de surveillance continue²¹, le registre de Montreux²², ou encore les plans de gestion pour chaque site inscrit sur la Liste²³. Mais la *hard law* est aussi employée pour mettre l'accent sur des points jugés essentiels pour la protection des zones humides qu'il serait bon d'ajouter ou de modifier pour l'application de la Convention²⁴, comme avec la Recommandation 1.3 qui demande aux États d'augmenter le nombre de sites inscrits sur la Liste alors que l'article 2 de

17 Cazala, J. (2011). Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66, pp. 41-84. <https://doi.org/10.3917/riej.066.0041>

18 En ce sens, voir par exemple les lignes directrices adoptées aux Résolutions VII.6, VII.7 et VII.8, ou encore les cadres juridiques adoptés au sein des Résolutions VII.10 et VII.11. Il faut toutefois préciser que le contenu des lignes directrices, tous sujets confondus, relève majoritairement de la *soft law*.

19 En ce sens, voir par exemple la Résolution IX.1, Annexe A, *Cadre conceptuel pour l'utilisation rationnelle des zones humides et le maintien de leurs caractéristiques écologiques*.

20 En ce sens, voir par exemple la Résolution VII.10 qui pose la définition des termes de « caractéristiques écologiques » et de « changements dans les caractéristiques écologiques » en référence aux termes de l'article 3.2 de la Convention de Ramsar et au Registre de Montreux.

21 Recommandation 4.7, qui prévoit l'officialisation de la procédure de surveillance continue et de son fonctionnement.

22 Création du registre de Montreux (Recommandation 4.8) et précisions sur son fonctionnement (Résolution 5.4).

23 Résolution 5.7.

24 En ce sens, voir par exemple la Résolution VI.1, qui permet la mise en place de systèmes d'alerte rapide pour détecter les changements dans les caractéristiques écologiques et prendre des mesures ; ou encore la Résolution VII.10 qui demande aux Parties de prendre en compte les indicateurs d'alerte rapide du programme de surveillance (Résolution 5.1) dans leurs plans de gestion.

la Convention prévoit seulement l'obligation d'inscrire au moins une zone humide sur la Liste après adhésion de l'État à la Convention.

Or, penser que la *hard law* ne vient qu'en appui au texte initial de la Convention de Ramsar pour combler ses éventuelles lacunes et préciser les obligations juridiques des États serait réducteur. En réalité, l'analyse se révèle plus complexe et mérite d'être complétée, car le droit dur est également utilisé par les Parties pour venir en appui au droit mou²⁵, voire pour renforcer le caractère obligatoire d'une mesure relevant du droit mou adoptée lors d'une précédente COP. Sur ces deux points, l'exemple des plans de gestion illustre à la fois l'utilisation complémentaire de la *soft law* et de la *hard law* au sein d'une même mesure, mais aussi l'évolution de la force obligatoire de certaines obligations juridiques au fil des COP. D'abord instaurés par la Résolution 5.7, les États étaient simplement « priés »²⁶ de faire usage des plans de gestion pour leurs zones humides d'importance internationale, ce qui correspond à une obligation de faible intensité et laisse les États libres sur ce point. Pour autant, les États qui choisissaient de mettre en place un plan de gestion devaient « créer les structures juridiques et administratives appropriées pour l'application de ces plans de gestion », ce qui relève du droit dur. De même, les autres États devaient toutefois se référer aux lignes directrices correspondant à cet outil lorsque cela se révélait nécessaire²⁷, ce qui relève encore une fois de la *hard law*. Or, dès la Recommandation 6.13, la pratique des plans de gestion devient obligatoire pour tous les sites Ramsar inscrits sur la Liste, ce qui sera réaffirmé à plusieurs reprises par la suite²⁸, jusqu'à la création d'un registre pour regrouper les plans de gestion en application, le registre de San José²⁹.

Utilisée au cas par cas en fonction des besoins pour l'application de la Convention, la *hard law* semble donc remplir un rôle défini. Son emploi peut avoir des conséquences positives : en effet, pour les exemples cités, l'usage du droit dur permet de favoriser l'application réelle de la Convention. Pour autant, dans l'ensemble, les règles juridiques se présentent majoritairement comme étant de faible intensité, voire très faible. Ce caractère non contraignant n'est pas sans impact sur l'effectivité de la protection des zones humides : en effet, il peut exister un risque d'ineffectivité de la Convention de Ramsar et des résolutions adoptées par les COP et de passer à côté de l'objectif de protection des zones humides.

Ainsi, résoudre la problématique liée à l'impact de la *soft law* sur l'effectivité de la protection des zones humides, constatée dans le cadre de la formation du droit à l'échelle des COP, invite à trouver de nouveaux outils, destinés à renforcer l'application de la Convention de Ramsar et des recommandations et résolutions issues des COP à l'échelle étatique. Le perfectionnement

25 Pour un exemple de mesure dont l'application diffère selon le type de sites Ramsar, voir la Recommandation 5.3 concernant l'extension du périmètre prévu lors des projets d'aménagement pour le maintien des caractéristiques écologiques, qui est seulement conseillé pour les zones humides (*soft law*), mais obligatoire pour les sites vulnérables (*hard law*).

26 Résolution 5.7, « PRIE les Parties contractantes d'établir des plans de gestion pour chaque zone humide inscrite sur la Liste de Ramsar ; ».

27 Résolution 5.7, « DEMANDE ENFIN que, si nécessaire, les Parties contractantes appliquent les "Lignes directrices relatives aux plans de gestion des sites Ramsar et autres zones humides", figurant en annexe à la présente résolution ; ».

28 La Résolution VII.10 vise l'intégration obligatoire d'un nouveau critère au sein des plans de gestion, les indicateurs d'alerte rapide, puis la Résolution VII.12 incite vivement les Parties à mettre en place plus de plans de gestion et à les faire appliquer en utilisant un « régime de surveillance approprié ».

29 Résolution VIII.15.

des Rapports nationaux, par l'insertion d'indicateurs juridiques, peut alors apporter une garantie supplémentaire pour suivre la mise en œuvre de la Convention par les États Parties.

II. Revue critique des questions juridiques dans le modèle de Rapport national et élaboration de propositions de modifications

Après avoir présenté le Rapport et identifié les limites à la lumière des indicateurs juridiques (point 1), l'application des indicateurs juridiques au modèle de Rapport national a pour objectif de renforcer l'effectivité juridique de la Convention de Ramsar (point 2).

1. Le rôle primordial des Rapports nationaux dans le suivi de l'application de la Convention

La Convention de Ramsar fait implicitement référence aux Rapports nationaux³⁰, caractéristiques de la Convention, à l'article 3.1. Cette référence est reprise dans une recommandation adoptée lors de la deuxième COP en 1984, qui recommande aux États de soumettre leurs rapports détaillés sur le suivi et le respect des dispositions de la Convention au moins six mois avant chaque réunion de la COP³¹. L'une des recommandations des États Parties est donc de rapporter les mesures qu'ils ont prises pour mettre en œuvre leurs engagements. Comme l'indique la Recommandation 2.1, « la soumission, en temps voulu, de rapports nationaux détaillés est d'importance vitale en vue d'assurer la surveillance continue de l'application de la Convention et de partager l'information relative aux mesures prises en matière de conservation des zones humides, aux problèmes qui se seraient posés et aux moyens appropriés de les résoudre ». Les Rapports facilitent l'échange d'informations et remplissent donc une fonction de communication, fonction nécessaire à la recherche et à la mise en œuvre des objectifs de la Convention. Les Rapports sont des documents officiels de la Convention et sont mis à la disposition du public sur le site web de la Convention³². En effet, les Rapports nationaux sont destinés à : fournir des informations sur la mise en œuvre de la Convention et faciliter la planification nationale sur une base prospective, tout en mettant en évidence les questions émergentes et les difficultés rencontrées par les Parties qui pourraient nécessiter une attention supplémentaire. Les Rapports peuvent fournir à chaque Partie un outil pour évaluer et suivre ses progrès dans la mise en œuvre de la Convention, ainsi que pour planifier les priorités futures³³. Ce Rapport montre certaines lacunes dans le suivi de la mise en œuvre de la Convention de Ramsar : l'objectif de cette étude était de les identifier et de proposer des amendements pertinents.

Le modèle de Rapport national contenant toute une diversité de questions adressées aux États, une première étape a été de sélectionner les questions juridiques. Notre réflexion s'est ensuite appuyée sur l'ouvrage précité de Michel Prieur, Ali Mekouar et Christophe Bastin, *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*, ouvrage qui propose six indicateurs pour évaluer l'effectivité du droit de l'environnement.

30 Voir le texte de la Convention, https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_text_f.pdf, consulté le 13/05/2022

31 Recommandation 2.1, https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/key_rec_2.01f.pdf, consulté le 13/05/2022

32 Le modèle de Rapport national a été adopté par la COP14 en 2021 et est disponible sur le site web de la Convention (voir note suivante).

33 Document SC57 Com.10, Projet révisé de modèle de rapport national à la COP14. https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/sc57_com10_revised_cop14_nrform_f.pdf, consulté le 13/05/2022

Les modifications proposées comportent quelques limites. En premier lieu, la difficulté de travailler sur la formulation de questions juridiques alors que celles-ci seront à destination d'un public quelquefois non spécialiste, une autorité administrative par exemple, a dû être prise en compte. Ensuite, l'application de la famille des six critères a été confrontée à la question suivante : *la formulation des questions doit-elle être précise pour guider les États ou au contraire être large pour qu'ils soient libres d'envisager différentes directions ?* Les choix ont donc été effectués en ayant conscience de ces limites, parfois en choisissant de guider les États pour obtenir des informations précises, lorsque cela semblait nécessaire, et parfois en laissant des questions larges.

Afin de proposer des modifications au modèle de Rapport national, l'utilisation des six critères de l'ouvrage a permis d'interroger chacune des questions juridiques. « *Le premier critère est le critère existentiel et/ou des sources juridiques du domaine de droit concerné : pour être effective, une norme doit d'abord exister. Le deuxième critère est celui de l'applicabilité : pour être effective, une norme doit être juridiquement applicable avec une force plus ou moins grande. C'est une condition de son opposabilité, c'est-à-dire du fait qu'elle peut être invoquée à la fois par l'administration et par les particuliers. Le troisième critère est le critère substantiel : pour être effective, une norme doit avoir un contenu plus ou moins précis ou général. Le quatrième critère est le critère organique ou institutionnel : pour être effective, une norme doit être mise en œuvre par des institutions appropriées disposant de ressources suffisantes en personnel et en budget* »³⁴. Le Rapport pourrait répondre, par exemple, aux questions suivantes : « *Ces institutions existent-elles ? À quel niveau territorial ? Comment sont-elles organisées ? Ont-elles des moyens humains, techniques, scientifiques ou financiers ? Le cinquième critère est celui des contrôles de l'application : pour être effective, une norme doit être appliquée réellement et elle doit faire l'objet de plusieurs contrôles de son application à savoir : contrôles administratifs, contrôles juridictionnels et contrôles du public. Et le sixième critère, c'est le critère renforçant l'effectivité et la conditionnant : pour être effective, une norme doit correspondre à des exigences et des données économiques, sociales et culturelles. Il s'agit donc de prendre en compte l'influence que ces critères non juridiques peuvent avoir sur le droit* »³⁵.

C'est à la lumière de ces critères que le Rapport a été examiné. Ainsi, sur les 125 questions identifiées, 70 (soit 56 % du total du Rapport) ont une dimension juridique. Ces 70 questions juridiques sont les questions sur lesquelles le travail s'est fondé.

Une fois identifiées, il a été question de procéder à l'application des indicateurs juridiques pour suggérer des propositions de modification au Rapport national.

2. L'application des indicateurs juridiques au modèle de Rapport national dans l'objectif de renforcer l'effectivité juridique de la Convention de Ramsar

L'objectif central était de modifier certaines questions juridiques du modèle de Rapport pour améliorer le suivi de l'application de la Convention par les États et ainsi rechercher une meilleure effectivité de la Convention de Ramsar.

À partir des six critères d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement et de la sélection des questions juridiques, il a fallu soit élaborer une proposition de modification, soit décider

34 M Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable* (p. 118). Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

35 Ibid., p. 119.

de ne faire aucune des deux propositions car la question était pertinente à la lumière des six critères. Dans le Rapport établi qui propose des modifications, chaque proposition a été signalée à travers la lettre « C », renvoyant au terme « critère », suivie du numéro de l'indicateur d'appui qui a conduit à la proposition d'une telle modification. Ainsi, si l'indicateur juridique utilisé est le premier critère, c'est-à-dire le critère existentiel, le critère C1 est inscrit à côté de la proposition de modification. Suite à la sélection du critère, une brève justification du choix fait a été rédigée.

Avec cette méthodologie de travail et à l'aide des critères d'effectivité, les questions juridiques du Rapport ont fait l'objet de 6 propositions d'ajout et de 53 propositions de modification.

Ces propositions ont permis de faire au moins quatre constats. Premièrement, les propositions d'ajouts et de modifications sont destinées à faciliter, préciser ou améliorer la rédaction des Rapports nationaux fournis au Secrétariat de la Convention de Ramsar. De ce fait, les constats des propositions démontrent la nécessité de préciser les questions inscrites dans le Rapport-type, notamment à l'aide de suggestions d'exemples, afin de guider davantage les États dans leur réflexion et d'avoir un meilleur suivi de l'application. Par exemple, pour la question : « Quelles sont les cinq priorités pour l'application de la Convention ? », la proposition faite, à l'aide du critère C1, a été la suivante : « Quelles sont les cinq priorités d'ordre juridique pour appliquer la Convention (par exemple : adopter une loi, un décret, un plan, création d'une institution, etc.) ? ». Cette proposition de modification permettra d'évaluer l'évolution juridique envisagée, en insérant des exemples qui peuvent aider la réflexion du destinataire du Rapport.

Le deuxième constat montre la nécessité de simplifier les formulations des questions afin de faire gagner du temps aux États lors de la rédaction du Rapport national. Par exemple, la question 9.6 est la suivante : « Votre pays a-t-il formulé des plans ou projets appuyant et renforçant le rôle des zones humides en matière de soutien et d'entretien des systèmes agricoles viables ? » La proposition, à partir des critères 1 et 5, a été la suivante : « Des plans ou projets sont-ils élaborés dans votre État renforçant le rôle des zones humides pour la viabilité des systèmes agricoles ? ». Cette formulation est plus simple que la formulation initiale et empêchera que l'élaboration du Rapport ne devienne une activité chronophage.

Le troisième constat est qu'il s'est avéré nécessaire d'inviter les États à justifier leurs réponses, notamment concernant les réussites et les obstacles rencontrés ainsi que les priorités identifiées, en fondant leurs réponses sur des exemples concrets pour rendre compte de l'évolution de l'effectivité de la Convention. Par exemple, la question 5.2 énonce : « Le Service d'information sur les Sites Ramsar et ses outils ont-ils été utilisés pour l'identification nationale d'autres Sites Ramsar à inscrire ? A=Oui ; B=Non ; D=Prévu ; Information supplémentaire. » La proposition de modification est la suivante : « 5.2 Le Service d'information sur les Sites Ramsar et ses outils ont-ils été appliqués pour l'identification nationale d'autres Sites Ramsar à inscrire ? A=Oui ; B=Non ; D=Prévu ; Justifiez votre réponse : Si la réponse a été D = Prévu, veuillez justifier brièvement la réponse. Information supplémentaire : Est-ce que cette application est obligatoire ? »

Le dernier constat est le rappel de l'importance de fixer des contrôles, sanctions et recours pour assurer une meilleure effectivité de la Convention. Par exemple, la question 9.9 dispose : « Votre pays s'est-il efforcé de conserver de petites zones humides conformément à la Résolution XIII.21 ? » La proposition de modification est la suivante : « Votre pays s'est-il efforcé de conserver de petites zones humides conformément à la Résolution XIII.21 ? A=Oui ; B=Non ; C=Partiellement ; D=Prévu ; Justifiez votre réponse : Si la réponse a été D = Prévu, veuillez justifier brièvement la réponse. 9.9.1.

Si oui, un acte juridique a-t-il été adopté ? Des contrôles et des sanctions sont-ils prévus ? » La proposition a pour objectif de suivre les dispositifs de contrôles et de sanctions mis en œuvre dans les États pour renforcer l'effectivité de la Convention.

Conclusion

L'identification et la classification des obligations juridiques plus ou moins contraignantes dans les recommandations et résolutions des COP d'une part, et l'élaboration de propositions de modifications au modèle de Rapport national d'autre part, aboutissent au même objectif : le renforcement de l'effectivité juridique de la Convention de Ramsar sur les zones humides. Bien que les indicateurs juridiques jouent un rôle complémentaire en renforçant l'application de la Convention de Ramsar, dont la majorité des dispositions relèvent de la *soft law*, il reste encore des lacunes à combler. Par exemple, au jour d'aujourd'hui, il n'existe pas de comité sur le respect des obligations et 50 % des sites inscrits sur la Liste ne possèdent pas de plan de gestion.

Cinquante ans après la naissance du droit international de l'environnement, l'actualité des indicateurs juridiques est propice au renforcement de son effectivité. Par exemple, l'article 6.8 de l'accord régional d'Escazú prévoit des indicateurs communs d'effectivité et de progrès du respect des engagements nationaux et internationaux. De même, dans le cadre de la préparation de la COP14 qui a eu lieu du 5 au 13 novembre 2022, le projet de résolution du Burkina Faso sur les indicateurs juridiques a été discuté, sans pour autant que cette initiative n'ait été retenue³⁶. Il est souhaitable que la COP15 soit l'occasion de développer les réflexions autour de ce sujet, dans l'espoir que les indicateurs juridiques puissent renforcer la mise en œuvre de la Convention de Ramsar et soient un exemple à suivre pour améliorer le droit de l'environnement en général.

Mots clés : zones humides – effectivité – indicateurs juridiques – *soft law* / *hard law* – rapports nationaux – droit international – conférence des parties.

Références

Carbonnier, J. (2001). *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur* (10^e édition), p. 26. L.G.D.J. <https://doi.org/10.7202/1059844ar>

Cazala, J. (2011). Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66, pp. 41-84. <https://doi.org/10.3917/riej.066.0041>

Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, signée à Ramsar (Iran) le 2 février 1971, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 996, no 14583. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20996/volume-996-I-14583-French.pdf>

Convention sur les zones humides, Conférence des Parties contractantes (1984-2018). *Résolutions et Recommandations de la Conférence des Parties contractantes à la Convention sur les zones humides*. https://ramsar.org/sites/default/files/documents/library/list_resolutions_recommandations_f.pdf

36 En ce sens, voir le Rapport et les Décisions de la reprise de séance de la 59^e Réunion du Comité permanent, point 24.3 de l'Ordre du jour, du 24 mai 2022 <https://www.ramsar.org/fr/document/rapport-et-decisions-de-la-reprise-de-seance-de-la-59e-reunion-du-comite-permanent>

Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

Salmon, J. (2001), *Dictionnaire de droit international public*. Bruylant.

Secrétariat de la Convention sur les zones humides (2006). *Le Manuel de la Convention de Ramsar: Guide de la Convention sur les zones humides (Ramsar, Iran, 1971)*, 4^e édition. Gland, Suisse. https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/pdf/lib/lib_manual2006f.pdf

Secrétariat de la Convention sur les zones humides (2019). Document SC57 Com.10, *Projet révisé de modèle de rapport national à la COP14*. https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/sc57_com10_revised_cop14_nrform_f.pdf

Secrétariat de la Convention sur les zones humides (2021). Document SC59 Doc. 24.3, *Projet de résolution sur : « Créer des indicateurs juridiques pour mesurer l'effectivité de la Convention de Ramsar »*. <https://ramsar.org/fr/document/sc59-doc243-projet-de-resolution-sur-creer-des-indicateurs-juridiques-pour-mesurer>

À propos des auteurs

Cette étude a été réalisée par six anciens étudiants du Master II Droit de l'environnement, des territoires et des risques de l'Université de Strasbourg : **Georgia Fili, Sühendan Göksal, Ornella Insalaco, Marie Lassalle, Amélie Pedrono et Gabriel Andrés Suárez Gómez.**

Exemple de mise en pratique de la méthode des indicateurs juridiques

Le Protocole relatif à la coopération en matière de lutte contre la pollution de la mer Méditerranée par les hydrocarbures et autres substances nuisibles en cas de situation critique

Lucie Brouwer et Mattéa Armandoni

Résumé

Par le biais d'une réflexion collective, des étudiants de deux masters en droit de la mer et en droit de l'environnement (gestion juridique des risques) de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Côte d'Azur ont décliné la méthode des indicateurs juridiques à un texte qui en était déjà pourvu. De nouveaux indicateurs ont été proposés. Les résultats de ce travail confirment notamment la justesse des familles d'indicateurs, qui spontanément sont apparues lors des échanges.

La présente publication est le fruit d'un travail collectif conduit par des étudiants de deux masters de la Faculté de droit et science politique de l'Université Côte d'Azur. Elle a pour ambition de présenter les résultats concrets d'un travail de recherche appliquée.

En accompagnement de la réflexion conduite par le professeur Prieur relative aux indicateurs juridiques, il a été choisi d'appliquer la méthode au Protocole « Prévention et situations critiques »¹ de la Convention de Barcelone pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée. Ce Protocole porte essentiellement sur la prévention, la préparation et la lutte contre la pollution marine provenant des navires en Méditerranée. Il vise à prévenir et répondre aux menaces qui pèsent sur le milieu marin et littoral en Méditerranée suite à des déversements accidentels ou à l'accumulation de rejets d'hydrocarbures ou d'autres substances nocives. La mise en œuvre du Protocole est accompagnée par le Centre régional méditerranéen pour l'intervention d'urgence contre la pollution marine accidentelle (REMPEC)². Le Protocole s'inscrivant par ailleurs dans le « système de la Convention de Barcelone », s'y applique l'article 26 de la Convention, qui établit un processus de suivi de la mise en œuvre (*compliance reporting*), qui repose sur des rapports étatiques élaborés à partir d'un modèle établi³.

L'objectif du travail réalisé par les étudiants de master était, en s'affranchissant du modèle de rapport étatique préexistant, d'enrichir l'approche de la mise en œuvre du Protocole, en dépassant si nécessaire la logique à l'œuvre dans le modèle de rapport. Les étudiants ont ainsi élaboré 117 indicateurs pour les 25 articles du Protocole. Certains articles dépourvus d'indicateurs dans le

1 Le Protocole « Prévention et situations critiques » a été adopté le 25 janvier 2002 à Malte et est entré en vigueur le 17 mars 2004.

2 www.rempec.org

3 Doc. UNEP(DEPI)/MED IG.23/23, p. 93.

modèle de rapport en vigueur ont fait l'objet de propositions ; d'autres, déjà assortis d'indicateurs, ont vu ceux-ci approfondis, voire renouvelés. Il ne s'agit pas d'en rendre compte de manière exhaustive dans le cadre de cette brève synthèse, et seuls les plus représentatifs des choix opérés figurent dans ces lignes.

Afin d'élaborer de nouveaux indicateurs permettant une innovation en la matière, l'équipe s'est appuyée sur la nomenclature des six familles identifiées par les travaux de Michel Prieur et Christophe Bastin⁴. Sans doute serait-il possible, par le prisme d'une grille d'analyse plus fine, de rattacher ces indicateurs à ceux identifiés dans d'autres travaux existants⁵. Toutefois, aucun référentiel de critères juridiques internationaux n'a encore été développé en dehors du travail cité.

À l'issue de ce travail, deux constats principaux ont été faits. En premier lieu, une forte résonance est apparue entre les travaux conduits par l'équipe et les réflexions conduites récemment au sein du REMPEC, en particulier les préconisations des douzième (Malte, 23-25 mai 2017) et treizième (Malte, 11-13 juin 2019) réunions des Correspondants du REMPEC sur les synergies entre les bases de données et leur interconnexion. Le constat est d'autant plus remarquable que les indicateurs proposés l'ont d'abord été spontanément, par des étudiants peu informés du mécanisme de *compliance reporting* de la Convention de Barcelone. En second lieu, les étudiants ont élaboré des indicateurs qui s'inscrivent parfaitement dans les catégories élaborées par le travail théorique de M. Prieur. Chacune des six familles d'indicateurs identifiées⁶ est présente dans les propositions d'indicateurs formulées pour le Protocole « situations critiques », à l'exception de la sixième sur les indicateurs extrajuridiques, qui a été difficile à appréhender et décliner pour ce Protocole.

Une sélection des indicateurs les plus pertinents au regard de ceux préexistants du modèle de rapport étatique est proposée ici. Ils peuvent être regroupés au sein de trois catégories, dont des exemples seront donnés. Certains indicateurs ont d'abord été ajoutés à des articles qui en étaient auparavant dépourvus (Section I). D'autres ont ensuite été élaborés pour des articles dotés de critères dans le modèle de rapport étatique (Section II). Enfin, des indicateurs ont été définis aux fins du renforcement de la vigueur normative d'une disposition (Section III).

I. Création d'indicateurs

L'article 3 du Protocole, formulé de manière générale, établit une obligation de coopération impliquant plusieurs conséquences. Dans la matrice actuelle du modèle de rapport étatique, la disposition n'est assortie d'aucun indicateur. Or, la portée potentielle de l'article 3 est telle qu'elle rend opportun l'ajout d'indicateurs. Afin d'assurer une application optimale du texte, il est pertinent d'y adjoindre de tels outils, en particulier à deux dispositions dudit texte.

4 Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

5 Bétaille, J. (2012). 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. *Revue Juridique de l'Environnement*, no 2, 2013. p. 381. www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2013_num_38_2_5856_t18_0381_0000_1 L'auteur identifiait 127 indicateurs.

6 Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement*, op. cit., v. p. 154 et s.

La première disposition concernée est la suivante :

« 1. Les Parties coopèrent :

a) pour mettre en œuvre la réglementation internationale destinée à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires ; et

b) pour prendre toutes les dispositions nécessaires en cas d'événements de pollution. »

Les indicateurs suivants ont été proposés :

- L'État tient-il à jour une base de données de la réglementation internationale pertinente ?
 - S'agissant des règles internationales obligatoires ?
 - S'agissant des recommandations et lignes directrices ?
- L'État Partie dispose-t-il d'une procédure établie pour faire face à un événement de pollution (cf. art. 4 § 1) qui intègre une dimension de coopération internationale ?

La seconde disposition est ainsi rédigée :

« 2. Les Parties, en coopérant, devraient prendre en compte, s'il y a lieu, la participation des autorités locales, des organisations non gouvernementales et des acteurs socio-économiques. »

Malgré le mode de conjugaison, cette disposition peut donner lieu à un indicateur juridique. L'indicateur suivant est proposé :

- L'État a-t-il identifié les acteurs pertinents afin de préparer la réaction à un événement de pollution ?

L'article 3 met en lumière avec clarté la coopération internationale entre les différents États Parties au Protocole. Afin d'identifier la réalité juridique des moyens mis en œuvre, les indicateurs proposés se rattachent à deux des six familles d'indicateurs dans le catalogue établi par le groupe de recherche du Professeur Prieur. Ils s'inscrivent d'abord au sein de la troisième famille, « Critère substantiel »⁷, dans la mesure où le principe de coopération en est l'essence même. Cette obligation de coopération revêt également une portée purement normative puisqu'elle sous-tend qu'une base de données à jour de la réglementation internationale soit établie au sein de chaque État.

De plus, ces critères se rapprochent également de la quatrième famille, « Critère organique ou institutionnel »⁸, puisqu'ils se fondent également sur les moyens mis en œuvre par les États afin de « prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires ».

II. Renforcement d'indicateurs existants

L'article 9 du Protocole, qui encadre la « procédure de notification » au regard du danger des événements de pollution en Méditerranée, offre un terrain d'étude pertinent au regard de la coopération internationale. En effet, le texte contient deux catégories de propositions. Les premières visent la coopération entre États en établissant une procédure de notification, les secondes appellent les Parties à prendre des mesures individuellement.

7 Ibid. v. p. 147 et s. et spéc. p. 155.

8 Ibid. spéc. p. 156.

Ainsi, la première partie du texte fait naître une obligation pour les États signataires de donner des instructions aux capitaines de navires et aux pilotes d'aéronefs constatant une pollution ou un risque de pollution de la signaler. La disposition se lit comme suit :

« 1. Chaque Partie **fait donner** aux capitaines ou autres personnes ayant la charge de navires battant son pavillon et aux pilotes d'aéronefs immatriculés sur son territoire **des instructions** les incitant à lui signaler, ainsi qu'à l'État côtier le plus proche, **par les voies les plus rapides et les plus adéquates** compte tenu des circonstances et en suivant, conformément aux dispositions applicables des accords internationaux pertinents, les procédures de notification éventuellement requises par lesdites dispositions :

a) tout **événement** qui entraîne ou risque d'entraîner un rejet d'hydrocarbures ou de substances nocives et potentiellement dangereuses ;

b) **la présence, les caractéristiques et l'étendue des nappes d'hydrocarbures ou de substances nocives et potentiellement dangereuses**, y compris celles transportées en colis, repérées en mer et qui présentent ou sont susceptibles de présenter une menace pour le milieu marin, pour les côtes ou les intérêts connexes d'une ou plusieurs Parties. »

À la lumière de ces premières ambitions affirmées du texte, les indicateurs suivants pourraient être insérés dans le modèle de rapport étatique :

- L'État a-t-il fait donner les instructions aux capitaines :
 - Par des mesures législatives ?
 - Par des mesures réglementaires ?
 - Autres ? Si oui, lesquelles ?
- L'État a-t-il établi des procédures de notification éventuellement requises :
 - Pour les événements ?
 - Pour la présence, les caractéristiques et l'étendue ?
- Les voies les plus rapides et les plus adéquates pour signaler sont-elles identifiées ?
- L'État a-t-il déjà signalé :
 - Des événements ?
 - La présence, les caractéristiques et l'étendue de nappes d'hydrocarbures ou de substances nocives ?

La seconde partie du texte impose aux États de contraindre les capitaines de navire aux obligations du paragraphe 1, permet de demander l'assistance du Centre régional (REMPEC), et prévoit une obligation d'information :

« 2) Sans préjudice des dispositions de l'article 20 du Protocole, chaque Partie **prend les mesures appropriées** pour faire en sorte que le capitaine de tout navire naviguant dans ses eaux territoriales se conforme aux obligations prescrites sous a et b du paragraphe 1 et peut **demander l'assistance du Centre régional à cet égard**. Elle **informe l'Organisation maritime internationale** des dispositions qui ont été prises. »

Pour s'assurer du respect de ces dispositions, les indicateurs suivants sont proposés :

- L'État a-t-il demandé l'assistance du Centre régional ?
- L'État a-t-il informé l'OMI des dispositions prises ?
- Si de nouvelles dispositions ont été adoptées, l'État a-t-il informé l'OMI ?

Une obligation de notification similaire est adressée aux autorités portuaires par l'article 9 :

« 3. Chaque **Partie fait également donner des instructions** aux personnes ayant la charge de ports maritimes ou d'installations de maintenance relevant de sa juridiction pour qu'elles lui fassent rapport, conformément aux législations applicables, sur tout événement qui entraîne ou risque d'entraîner un rejet d'hydrocarbures ou de substances nocives et potentiellement dangereuses. »

Pour s'assurer de la mise en application de cette obligation, l'indicateur suivant pourrait être ajouté :

- L'État a-t-il reçu des rapports concernant un événement ?

L'article 9 comporte en outre un impératif de célérité dans la réalisation des obligations qui en découlent :

« 7. Les informations recueillies conformément aux paragraphes 1, 3 et 4 **sont communiquées immédiatement** aux autres Parties susceptibles d'être affectées par un événement de pollution. »

Un indicateur subjectif est proposé afin d'estimer le respect de cet impératif :

- L'État considère-t-il n'avoir pas immédiatement reçu l'information ?

Enfin, le texte recommande aux États signataires l'utilisation d'un document standard de notification :

« 8. Les Parties utilisent un **format standard** mutuellement agréé sur proposition du Centre régional pour les notifications des événements de pollution requises par les paragraphes 6 et 7 du présent article. »

Si cette formalité n'est pas prise en considération par l'État, l'indicateur suivant permettra de s'en rendre compte :

- L'État utilise-t-il déjà un autre format que le format standard proposé par le REMPEC ?

L'article 9, qui est l'un des plus longs du Protocole, met en avant la procédure de notification entre États en cas de pollution, ce qui constitue un élément central du texte. C'est ici la quatrième famille d'indicateurs, « Critère organique ou institutionnel », qui offre un appui à la réflexion, dans la mesure où, dans le prolongement de l'article 3, le Protocole invite à une notification rapide entre États signataires dès qu'un événement de pollution survient. Les indicateurs soulignent ici les transpositions requises par le Protocole dans les différents droits internes.

De plus, l'un des indicateurs dépasse la logique des rapports de suivi de la mise en œuvre par la question :

- L'État considère-t-il n'avoir pas immédiatement reçu l'information ?

On est ici au cœur de l'une des difficultés d'étude du Protocole : la diplomatie nécessaire à l'élaboration d'un questionnaire tout en soulignant l'efficacité pratique ou non des dispositions.

III. Renforcement du degré de contrainte d'un article par la mise en place d'indicateurs globaux

L'article 12 « Assistance » repose sur un principe de coopération. Les dispositions de cet article présentent une faible valeur normative. Leur rédaction est résolument celle d'obligations de moyen pour les Parties de faire « tous les efforts possibles pour apporter leur concours ». Néanmoins, il a semblé opportun d'élargir le champ des obligations de cet article via des indicateurs qui permettraient de renforcer l'efficacité et l'efficacé du Protocole. Alors que le modèle de rapport étatique ne proposait qu'un indicateur, plusieurs ont été imaginés.

« 1. Toute Partie ayant besoin d'assistance pour faire face à un événement de pollution peut **demander**, soit directement, soit par l'intermédiaire du Centre régional, le concours d'autres Parties, celles qui sont susceptibles d'être également affectées par la pollution étant sollicitées en premier lieu. Ce concours peut comporter **notamment des conseils d'experts** et la **fourniture** à la Partie concernée ou la **mise à disposition** de celle-ci du personnel spécialisé nécessaire, de produits, d'équipement et de moyens nautiques. Les Parties ainsi sollicitées font **tous les efforts possibles** pour apporter leur concours. »

Pour accroître la force attachée à la portée du texte, plusieurs indicateurs sont proposés :

- L'État tient-il à jour une liste d'experts mobilisables en cas de situation critique ?
 - Combien d'experts sont identifiés par l'État ?
 - Combien sont identifiés par domaine d'expertise pertinent ?
 - Existe-t-il une procédure de sélection des experts ?
- Existe-t-il un cadre administratif et juridique permettant la mobilisation des experts en cas de situation critique ? Si oui, dans quel délai ?

S'il ne fait pas de doute que le premier paragraphe énonce une obligation de moyen, l'établissement d'indicateurs pourrait permettre de renforcer l'efficacité et l'efficacé de sa mise en œuvre. La formulation « molle » de la disposition a ainsi permis de mettre à jour une multitude d'indicateurs, notamment pour ce qui concerne « les experts » et la partie « fourniture ».

En effet, en proposant des indicateurs « d'inventaire » des moyens humains et matériels nécessaires à la réalisation des dispositions, on mesure l'implication des États dans la mise en place de l'assistance, et donc dans l'effectivité de leur coopération.

À ce titre, la démarche s'est partiellement affranchie de la méthode de référence, suivie jusqu'alors, étant donné qu'elle implique une réponse chiffrée. Or, la méthode de formulation des indicateurs proposée par Michel Prieur n'admettait par principe que des questions à réponse fermées (oui/non).

« 3. Conformément aux accords internationaux applicables, chaque Partie prend les mesures juridiques ou administratives nécessaires pour faciliter :

a) l'arrivée et l'utilisation sur son territoire ainsi que le départ des navires, des aéronefs et autres moyens de transport participant à la lutte contre un événement de pollution ou transportant le personnel, les cargaisons, les produits et le matériel nécessaires pour faire face à un tel événement ;
et

b) l'acheminement rapide du personnel, des cargaisons, des produits et du matériel visés à l'alinéa a) à destination, à l'intérieur et en provenance de son territoire. »

Les indicateurs suivants sont proposés :

- Une réglementation administrative spécifique est-elle en vigueur pour faciliter l'arrivée et l'utilisation sur son territoire, ainsi que le départ des navires et aéronefs dans un tel cas ?
 - Combien de temps est gagné grâce à cette procédure ?
 - Combien d'étapes administratives sont-elles éliminées grâce à cette procédure ?
- Une réglementation administrative spécifique est-elle en vigueur pour faciliter l'acheminement rapide du personnel, des cargaisons, des produits et du matériel visés à l'alinéa a) ?
 - Combien de temps est gagné grâce à cette procédure ?
 - Combien d'étapes administratives sont-elles éliminées grâce à cette procédure ?

Dans le dernier paragraphe de cet article ne figurent que des indicateurs amenant une réponse chiffrée. La coopération entre États est ici évaluée au regard du temps de réaction des différents États : une chaîne d'informations fluide doit en effet être mise en place.

Cette obligation de coopération revêt une portée purement normative puisqu'elle sous-tend qu'une base de données à jour de la réglementation internationale soit établie au sein de chaque État.

De plus, en prenant en considération les six familles d'indicateurs exposées au sein de l'ouvrage de Monsieur le Professeur Michel Prieur relatif aux indicateurs juridiques, cet article s'inscrit au sein de la troisième famille, « Critère substantiel », dans la mesure où le principe de coopération en est l'essence même.

Conclusion

Pour conclure, la présente étude a été conduite en considérant que les indicateurs juridiques doivent contribuer à combler une lacune tenant à l'ignorance ou à la sous-estimation par les États du rôle positif du droit de l'environnement dans la société (ils permettent, par exemple, de renforcer les rapports sur l'état de l'environnement).

Le travail d'élaboration des indicateurs présentés a, en outre, permis de mesurer leur importance en tant qu'outil de gouvernance et d'évaluation des politiques publiques. Cet outil vise à évaluer scientifiquement les conditions de l'effectivité du droit de l'environnement en identifiant, dans un questionnaire, les différentes phases du processus juridique qui conditionnent la mise en œuvre du droit. Il s'agit en effet d'objectiver l'évaluation par la mesure mathématique des conditions administratives, institutionnelles et juridictionnelles de l'application du droit de l'environnement dans un domaine particulier (ici l'application nationale du Protocole « Prévention et situation critique » de la Convention de Barcelone).

Les indicateurs permettent ainsi aux pouvoirs publics et aux citoyens d'acquérir une connaissance et une visibilité des progrès, des difficultés, des lacunes voire des régressions du droit, afin de prendre les mesures de mise en œuvre ou d'effectuer les réformes nécessaires et adaptées.

Mots clés : application de la méthode des indicateurs – Convention de Barcelone – pollution – droit de la mer – compliance reporting (rapports sur la conformité).

Références

Bétaille, J. (2012). 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. *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 2, 2013. p. 381. www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2013_num_38_2_5856_t18_0381_0000_1

Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (2002). Protocole relatif à la coopération en matière de prévention de la pollution par les navires et, en cas de situation critique, de lutte contre la pollution de la Mer Méditerranée. <https://www.unep.org/unepmap/fr/who-we-are/contracting-parties/emergency-protocol-prevention-and-emergency-protocol>

Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement – Des indicateurs juridiques au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

À propos des auteurs

Lucie Brouwer est diplômée du master « Droit de la mer et des activités maritimes » de l'Université de Côte d'Azur, doctorante à l'Université de Nantes sous la direction du professeur Martin Ndende, Juriste – Affaires réglementaires (maritime, environnement, énergie, sécurité-sûreté) au sein de la CMA CGM.

Mattéa Armandoni est diplômée du master « Juriste des risques et du développement durable » de l'Université de Côte d'Azur sous la direction de M. Grégoire LERAY, Conseillère qualité des établissements médico-sociaux du Département Provence-Alpes-Côte d'Azur (06) pour l'UGECAM (PACA/CORSE).

– traduit de l'anglais –

Indicateurs de mise en œuvre de la législation internationale sur la protection climatique

Gerd Winter

Résumé

Cet article vise à contribuer à l'étude de la mise en œuvre du droit international de l'environnement. Le cas présenté est l'atténuation des changements climatiques telle que proposée par la Convention-cadre sur les changements climatiques et l'Accord de Paris. Compte tenu de la structure de l'analyse des indicateurs qui guide cet ouvrage, j'examinerai les indicateurs relatifs à l'effectivité et à l'efficacité de ces traités internationaux. Comme le nombre d'indicateurs imaginables est énorme, il faut faire un choix. Le mien consiste à se concentrer sur la substance du droit plutôt que sur le cadre organisationnel de sa mise en œuvre. Nous décrirons plus en détail le processus par lequel la formulation parfois vague des traités est successivement concrétisée et mise en pratique, en accordant une attention particulière à l'influence de la science climatique et des propositions politiques fondées sur la science.

L'analyse commencera par l'examen du caractère contraignant des traités, qui constitue une condition préalable majeure de l'influence d'un traité sur la protection climatique. Elle se poursuivra en identifiant le niveau de préjudice acceptable ou non acceptable proposé par les traités. Ensuite, les efforts requis pour atténuer les changements climatiques et les principes de partage de l'effort seront reconstitués. Enfin, les méthodes de prévision des émissions de gaz à effet de serre seront examinées et mesurées par rapport aux budgets d'émissions autorisés. Pour conclure, compte tenu de l'énorme défi posé par l'approche budgétaire, une approche plus pratique sera suggérée, qui demande aux États d'explorer de façon ascendante et de prendre toutes les mesures techniquement et économiquement possibles.

I. Caractère contraignant des traités

La Convention-cadre sur les changements climatiques (CCNUCC) et l'Accord de Paris (AP) constitueront l'objet central de mon étude. Les dispositions définissant le niveau de protection climatique et le partage des efforts pour maintenir ces niveaux sont particulièrement intéressantes. Cela signifie que les instruments techniques offerts par les traités, en particulier les obligations de contrôle et de notification, ne seront pas abordés ici. Avant d'expliquer plus en détail les dispositions pertinentes, je résumerai dans quelle mesure celles-ci sont devenues contraignantes.

Le caractère contraignant d'un traité en tant que tel doit être distingué du caractère contraignant de son contenu. Un traité international, formellement contraignant parce que ratifié par les parties contractantes, peut n'avoir qu'un contenu programmatique ou indéterminé. Mais même ce contenu peut avoir une importance informelle sur l'élaboration et l'interprétation du droit (Preston, 2021, p. 14). Inversement, un accord international non contraignant peut être formulé dans un langage assez précis et exigeant et, en tant que tel, exercer une influence considérable sur les pratiques des

États (Birnie, Boyle, & Redgwell, 2009, p. 35-38). Cela signifie que les résolutions adoptées lors des conférences des parties peuvent être invoquées pour interpréter des dispositions contraignantes mais ouvertes sur le fond.

Selon un avis décisionnel, l'AP, bien que formellement contraignant, n'a pas une grande valeur normative sur le fond. Il est considéré comme un concept ascendant laissant une grande marge de manœuvre aux États contractants et les guidant plutôt par des outils procéduraux tels que les déclarations d'engagement, les obligations de rapport et les bilans mondiaux. Cette interprétation fait souvent référence aux négociations menées lors des dernières conférences des parties à la CCNUCC. Cependant, le raisonnement historique par le biais de références aux travaux préparatoires n'est qu'un instrument auxiliaire d'interprétation¹. L'interprétation des traités est fondamentalement « objective » et « textuelle ». Cela signifie qu'elle doit partir du texte et examiner son *télos* et son contexte systémique. De plus, l'interprétation doit être dynamique, ce qui signifie que ce n'est pas le moment de l'adoption mais celui de l'application du traité qui doit guider son interprétation². Ce sera le cas, par exemple, si des termes ont adopté une nouvelle signification à la lumière de nouvelles preuves scientifiques. Il existe donc des outils d'interprétation légitimes susceptibles de permettre de dégager une valeur plus substantielle de l'AP.

Dans la mesure où une substance contraignante est identifiée, il convient de préciser comment celle-ci interagit avec les ordres juridiques nationaux. Les États « monistes » acceptent les traités comme étant directement applicables, certains leur accordant même un rang supérieur par rapport aux lois nationales. Les États « dualistes » n'acceptent l'applicabilité que si la disposition pertinente du traité a été transposée dans le droit national par un acte juridique. L'UE, par exemple, conçoit sa relation avec les traités internationaux comme moniste³, et le Royaume-Uni, comme dualiste⁴. Certains États « dualistes » acceptent néanmoins une applicabilité directe si la disposition est « auto-exécutoire », c'est-à-dire si elle vise à créer des relations juridiques impliquant des individus et si elle est formulée en termes précis et inconditionnels. À l'inverse, les États monistes refusent l'applicabilité directe d'une disposition internationale vague ou conditionnelle⁵. On peut donc parler d'une tendance à la convergence de ces deux approches de base (Preston, 2021, p. 7). Un autre aspect de la convergence est que les approches moniste et dualiste reconnaissent toutes deux que le droit national, qui laisse place à différentes interprétations, doit être interprété à la lumière du droit international.

Tout cela signifie que la CCNUCC et l'AP doivent être examinés quant à leur précision textuelle et à leur inconditionnalité.

1 Art. 32 de la Convention de Vienne.

2 CIJ 1970 : « [...] un instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système légal qui prévaut au moment de l'interprétation. Dans le domaine sur lequel porte la présente procédure, [...] le *corpus iuris gentium* s'est considérablement enrichi, ce que la Cour, si elle veut s'acquitter fidèlement de sa fonction, ne peut ignorer ». Voir notamment Dallier, Forteau, & Pellet, p. 287 qui proposent d'appliquer la rétrospection aux termes techniques et la prospection aux termes conceptuels ou génériques.

3 Plus précisément, une disposition conventionnelle doit être précise et inconditionnelle pour être directement applicable. Voir CJUE C-265/03 (Simutenkov) para. 21.

4 Voir, en ce qui concerne l'Accord de Paris, la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Friends of the Earth/Plan B c. Heathrow Airport*, jugement du 16 décembre 2020, [2020] UKSC 52, para.108.

5 Le GATT est un exemple d'accord international considéré comme non directement applicable. Voir CJCE C-280/93 (règlement sur l'importation de bananes) para. 106.

II. Concrétiser le niveau de préjudice (in)acceptable

Une règle a normalement une structure conditionnelle, c'est-à-dire « si A alors B », ce qui signifie, en ce qui concerne les changements climatiques, que si un niveau de dommage acceptable sera ou est déjà dépassé, les responsables doivent prendre des mesures telles que la prévention des dommages, la réduction de l'aggravation ou la réparation des dommages antérieurs. Comme nous le verrons, cette structure est plus ou moins explicitement intégrée dans les règles internationales pertinentes. Alors que le discours juridico-scientifique actuel se concentre plutôt sur le second aspect, à savoir l'obligation de prendre des mesures, je vais néanmoins également évoquer le premier, parce qu'il structure mieux l'interprétation et l'application de la législation pertinente. La première étape consiste donc à identifier le niveau de préjudice acceptable ou inacceptable, et la seconde à déterminer l'ampleur et le partage des mesures à entreprendre. Ces deux étapes permettent de concrétiser des dispositions largement encadrées.

Il existe deux façons de définir les dommages (in)acceptables : en considérant les dommages causés dans le monde réel ou en représentant les dommages au moyen d'indicateurs abstraits.

La première voie se trouve dans l'art. 1 de la CCNUCC, qui fixe comme norme de « stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ». Compte tenu de la richesse des connaissances sur les dommages causés à l'heure actuelle, il faut reconnaître que la « perturbation anthropique dangereuse » est déjà un fait.

Il est important de noter que la question de savoir si une perturbation dangereuse existe doit être séparée de celle de savoir cette perturbation peut être justifiée par rapport à d'autres préoccupations. La science néglige parfois cet aspect, comme dans la suggestion du GIEC de définir la perturbation dangereuse comme une « tâche complexe » nécessitant de « mettre en balance les risques liés aux changements climatiques (risques de changement progressif et d'événements extrêmes, risque de changement irréversible du climat, y compris les risques pour la sécurité alimentaire, les écosystèmes et le développement durable) et les risques liés aux mesures de réponse susceptibles de menacer la viabilité économique »⁶. Cette proposition doit être rejetée. L'expression « perturbation anthropique dangereuse » fait clairement référence aux effets des changements climatiques, et non aux mesures d'atténuation. Le coût des mesures ne peut être pris en compte que dans un deuxième temps, lorsque les raisons justifiant les perturbations sont testées.

En conclusion intermédiaire, il faut reconnaître que le seuil de dommage réel établi par l'article 1 de la CCNUCC a déjà été transgressé. Cette conception du préjudice en tant que dommage réel est également étayée par la règle coutumière de l'absence de préjudice. Selon cette règle, « un État doit utiliser tous les moyens à sa disposition pour prévenir les dommages importants causés à un autre État par des activités ayant leur origine sur son territoire et dont il est responsable »⁷. L'expression « dommages significatifs » renvoie manifestement à des réalités, et non à des paramètres abstraits⁸.

6 IPCC AR 4 WG 3.

7 ICJ Nuclear Weapons 1996, 242, para. 29.

8 L'AP n'a pas dérogé à la règle de l'absence de préjudice, comme l'ont déclaré les pays de faible altitude comme condition d'adhésion à l'AP. Voir UN Treaty Collection, Ch. XXVII, 7.d, disponible sur : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en#EndDec.

La seconde voie a été empruntée par l'AP dans son article 2. On peut considérer qu'elle définit abstraitement le niveau de dommage inacceptable par des plafonds de température moyennés à l'échelle mondiale, qui ne doivent pas être dépassés. L'art. 2 de l'AP se lit comme suit :

« Le présent Accord, en contribuant à la mise en œuvre de la Convention, notamment de son objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, notamment en :

- a) Contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques ; »
- b) ...

Les plafonds « nettement en dessous de 2 °C » et « l'action menée pour limiter [...] à 1,5 °C » constituent des dispositions formelles du traité qui lient les parties contractantes. En ce qui concerne son contenu prescriptif, toutefois, les juristes ont rarement examiné cette question de manière approfondie. La plupart d'entre eux se contentent de mentionner l'existence des plafonds et passent immédiatement à la discussion des obligations d'atténuation, d'adaptation et d'assistance financière, en soulignant que le droit contraignant de l'AP est plutôt procédural dans ses exigences de contributions déclarées au niveau national (CDN) (Bodansky, 2016 ; Thorgeirsson, 2017 ; Birnie, Boyle, & Redgwell, 2021 ; Voigt & Ferreira, 2016). Ces auteurs, qui discutent de la valeur contraignante des plafonds, les conçoivent comme des objectifs qui donnent une orientation générale aux contributions nationales (Franzius & Kling, 2021, p. 203 ; Rajamani & Werksman, 2018). Par contraste, la force de liaison a, par exemple, été suggérée par Preston (Preston, 2021, p. 21).

Il est vrai que le chapeau de l'article commence par une formulation quelque peu faible (« vise à renforcer la riposte mondiale »). Il devient toutefois prescriptif lorsqu'il postule que cette riposte doit être renforcée en « contenant l'élévation [...] nettement en dessous de 2 °C [...] et en poursuivant l'action menée pour limiter [...] ». Il s'agit d'un langage clair et indicatif, qui n'est pas relativisé par d'autres préoccupations. Les limites de réchauffement sont donc des plafonds à ne pas dépasser. Le caractère prescriptif peut également s'expliquer par l'histoire des limites. Les 2 °C ont été proposés comme « Leitplanke » (garde-fous) par le Conseil scientifique allemand du changement environnemental global (WBGU) en 1995, lors de la Conférence des Parties de la CCNUCC réunie à Berlin (Schlacke, 2014 ; WBGU, 2009). À l'époque, le réchauffement était encore bien inférieur à 1,5 °C, de sorte que 2 °C offraient une marge de manœuvre suffisante pour prendre des mesures. Par conséquent, la limite de 2 °C n'a pas été contestée lors des COP suivantes, qui ont plutôt été dominées par des preuves et des discussions de plus en plus nombreuses sur les risques liés à un réchauffement de 1,5 °C.

Si l'on considère ce que signifie la qualification « nettement en dessous » de 2 °C, il est utile de disposer d'informations sur les niveaux de confiance. Lorsque les décisions de la CCNUCC de 2010 ont suggéré de maintenir le réchauffement « en dessous de 2 °C », elles supposaient une probabilité de 66 % de rester en réalité en dessous de 2 °C, avec une probabilité restante de 33 % que cette limite soit dépassée. L'expression « nettement en dessous » était censée renforcer la probabilité de rester en dessous de 2 °C jusqu'à une probabilité de plus de 90 %. Dans la terminologie du GIEC, cela signifie que « moins de 2 °C » est une limite « probable » et que « nettement en dessous de 2 °C » est « très probable » (Schleussner, Ganti, & Rogelij, 2022, p. 3). Si on les évalue en termes de principe

de précaution (qui conseille que plus les effets sont graves, plus la probabilité de prévention doit être élevée (Wiener, 2018, p. 608)), les effets catastrophiques d'un réchauffement de 2 °C exigent une probabilité de 98 % pour rester en dessous du niveau des 2 °C « réel ». Il est remarquable que cela corresponde au plafond de 1,5 °C si celui-ci est calculé avec une probabilité de 50 % (seulement)⁹.

Un autre argument s'opposant au caractère contraignant du plafond nettement en dessous de 2 °C a été tiré de l'art. 4 (1) de l'AP qui stipule que les parties doivent « parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et l'absorption par les puits de gaz à effet de serre au cours de la seconde moitié de ce siècle ». Cela pose le problème que les budgets dérivés du plafond peuvent avoir été dépensés avant la seconde moitié du siècle, de sorte que si les émissions se poursuivent, le plafond sera dépassé. Certains auteurs estiment que l'art. 4 (1) de l'AP, en autorisant les dépenses, accepte plus tard un tel dépassement (Franzius & Kling, 2021, p. 203). Cependant, je pense que si la limite de température est un plafond, l'art. 4 (1) de l'AP ne peut être compris que comme exigeant que les budgets soient dépensés sans dépassement. Si des émissions nettes sont néanmoins acceptables après 2050, cela ne peut se faire que si des réductions drastiques et immédiates sont mises en œuvre, ne laissant que quelques petites quantités à plus tard¹⁰. Les dépassements peuvent être acceptés comme facteur de détermination des intervalles de probabilité, mais ils ne peuvent pas être acceptés comme une composante planifiée des politiques. En particulier, il n'est pas permis d'utiliser des techniques de suppression massives mais encore inconnues. Cette approche ne tient pas compte du fait qu'une fois élevées, les températures mettent en mouvement des trajectoires qui ne peuvent être arrêtées par une baisse des températures (Baur et al., 2021), et ignore les points de basculement (Schleussner et al., 2016).

Le caractère contraignant de la limite de 2 °C a également été approuvé par de nombreux tribunaux, notamment la Cour d'appel du Royaume-Uni¹¹, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne¹², le Land and Environment Court de Nouvelle-Galles du Sud¹³ et la Cour suprême des Pays-Bas¹⁴. Certains tribunaux ont interprété l'expression « nettement en dessous » comme signifiant quelque part entre 2 °C et 1,5 °C. Le BVerfG, par exemple, a estimé que 1,75 °C était approprié¹⁵. En outre, de nombreux États ont fondé leur législation sur le climat sur des limites de température¹⁶, et de nombreux autres

9 Schleussner et al., 2016 ; similaire au CAT à <https://climateactiontracker.org/methodology/paris-temperature-goal/>

10 Voir la déclaration de la Commission britannique sur les changements climatiques : « L'Accord de Paris vise à limiter le réchauffement nettement en dessous de 2 °C et à poursuivre l'action menée pour le limiter à 1,5 °C. Pour atteindre cet objectif, l'accord fixe en plus un objectif d'émissions mondiales nettes nulles dans la seconde moitié de ce siècle ». Les termes « en plus » impliquent qu'aucun dépassement n'est accepté. La déclaration a été citée et approuvée par la Haute Cour dans l'affaire n° CO/16/2018 (Plan B Earth et al c. Secrétaire d'État aux Entreprises, etc.), [2018] EWHC 1892 (Admin), para. 21, 30.

11 Arrêt de la Cour d'appel du 27 février Affaire C1/2019/1053 (Plan B Earth c. Secrétaire d'État aux Transports) [2019] EWHC 1070 (Admin) para. 185.

12 Affaire BVerfG n° 1 BvR 2656/18, 78/20, 96/20 et 288/20, BVerfGE 157, 30 para. 159. Plus précisément, la Cour a estimé que le gouvernement était constitutionnellement habilité à incorporer le plafond dans le droit national.

13 Land and Environment Court New South Wales, ordonnance du 8 février 2018, affaire [2019] NSWLEC 7 (Gloucester Resources Ltd c. Ministre de la Planification, para. 441, 697).

14 Hoge Raad, verdict du 20 décembre 2019, Affaire 19/00135 (Gouvernement des Pays-Bas c. Urgenda) ECLI:NL:HR:2019:2007, para 7.2.8.

15 BVerfGE 157, 30 para 219.

16 Voir, par exemple, le règlement (UE) 2021/1119 du PE et du Conseil, art. 1 (2).

ayant soumis des CDN s'y sont référés¹⁷. Il semble donc qu'une pratique générale se soit développée dans les États, qualifiée de « pratique subséquente », dans le sens d'une interprétation plus stricte¹⁸. Cette interprétation correspond également à « l'objet et au but »¹⁹ de l'AP de « renforcer la riposte mondiale » (Art. 2, para. (1)), et s'appuie sur le principe internationalement reconnu selon lequel les traités doivent être interprétés de manière à leur donner un « effet utile »²⁰.

Alors qu'en ce qui concerne les 2 °C, l'AP exige strictement de « limiter l'élévation [...] en dessous », la marge de manœuvre est plus grande en ce qui concerne les 1,5 °C (« poursuivre l'action menée pour limiter »). Il n'est pas certain que l'on puisse en déduire que la probabilité n'est que de 50 % pour cette limite. Les connaissances recueillies par le rapport du GIEC sur 1,5 °C et les preuves quasi quotidiennes d'événements météorologiques extrêmes vont à l'encontre de cette hypothèse, tout comme le Pacte de Glasgow sur le climat adopté en 2021, qui prévoit que la conférence fasse office de réunion des parties à l'Accord de Paris²¹ et :

21. Reconnaît que les effets des changements climatiques seront beaucoup moins importants si la température augmente de 1,5 °C que si elle augmente de 2 °C et décide de poursuivre l'action menée pour limiter l'augmentation de la température à 1,5 °C ;

22. Reconnaît que pour limiter le réchauffement de la planète à 1,5 °C, il faut réduire rapidement, fortement et durablement les émissions mondiales de gaz à effet de serre, notamment en réduisant les émissions mondiales de dioxyde de carbone de 45 % d'ici à 2030 par rapport au niveau de 2010 et en les ramenant à un niveau net de zéro vers le milieu du siècle, ainsi qu'en réduisant fortement d'autres gaz à effet de serre ;

Cela justifie de postuler que même 1,5 °C doit être considéré comme une limite, avec une probabilité supérieure à 50 %.

Par conséquent, les deux méthodes de détermination du niveau de préjudice (in)acceptable aboutissent à des conclusions différentes. Selon la CCNUCC, les dommages existent déjà, alors que selon l'AP, ils ne se produiront qu'à l'avenir. La CCNUCC étant la convention mère et son intention étant soutenue par le droit coutumier, on peut affirmer qu'elle prévaut. Cela signifie que les limites de température de l'AP ne peuvent plus être interprétées comme marquant le niveau de dommage acceptable. En revanche, ils peuvent être maintenus comme repères s'ils sont réinterprétés comme une réserve d'urgence, c'est-à-dire comme une stratégie convenue par la communauté des États, mais qui ne doit jamais être dépassée.

17 Rajamani et al. (2021) ont dénombré 127 États (représentant 76 % des CDN) ayant fait référence aux limites de température dans leurs CDN.

18 Voir l'art. 31 (3) (b) de la Convention de Vienne qui accepte comme base légitime pour l'interprétation des traités « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui établit un accord des parties au sujet de son interprétation ». Par « accord », on entend une sorte de consensus, et non un traité formel. Voir CIJ (Affaire du Canal de Corfou) ICJRep. 1949, 25.

19 Cf. art. 31 (1) de la Convention de Vienne.

20 CIJ (Affaire du Canal de Corfou) ICJRep. 1949, 24. Pour plus de références concernant les arrêts de la CIJ, voir Daillier/Forteau/Pellet (2009), para. 169.

21 FCCC/PA/CMA/2021/10/Add.1, Décision 1/CMA.3 Glasgow Climate Pact.

III. Détermination et répartition de l'effort

La conception d'une réserve d'urgence sert de base à la détermination des efforts. Ces efforts peuvent tout d'abord être élaborés à l'échelle mondiale, puis déclinés au niveau national. L'approche budgétaire est la méthode permettant de rendre ce processus transparent. Les budgets d'émissions globales sont compilés et répartis entre les États, puis servent de référence pour l'évaluation des mesures de réduction des émissions.

Différentes étapes et paramètres connexes ont été proposés pour mener à bien cette analyse. Tout d'abord, comme indiqué précédemment, le budget global doit être calculé. Ce montant doit ensuite être réparti entre les États. Pour ce faire, deux critères sont appliqués : l'équité et la faisabilité. Enfin, il convient d'examiner si les émissions factuelles prévues atteignent ou dépassent le budget national respectif d'un État. Ces mesures ont été élaborées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) et adaptées par le Climate Action Tracker (Outil de suivi des mesures climatiques ou CAT, selon son sigle anglais). Nous allons les expliquer plus en détail ci-après.

1. Détermination de l'effort total

La science du climat en général, y compris le CAT et son berceau, le GIEC, a étudié l'effort nécessaire, ou le budget d'émissions disponible, à l'échelle mondiale. Comme nous l'avons expliqué précédemment, les budgets mondiaux sont calculés à partir de limites de réchauffement supposées. Leur montant dépend fortement de la probabilité qu'un budget donné garantisse le respect de la limite. Plus la probabilité demandée est élevée, plus le budget sera réduit, et vice versa. Le CAT suppose une probabilité de 67 % pour la limite de 2 °C et de 50 % pour la limite de 1,5 °C. Cela conduit à des budgets en 2020 de 1 150 Gt CO₂ pour une limite de réchauffement de 2 °C et de 500 Gt CO₂ pour une limite de réchauffement de 1,5 °C²². Ces informations scientifiques doivent être évaluées en termes juridiques. Une probabilité de réussite de seulement 67 % ou un échec de 33 % semblent intolérables au vu des effets catastrophiques si les 2 °C sont réellement atteints. Un pourcentage plus élevé doit être postulé, supérieur à 90 %, d'autant plus si le principe de précaution est appliqué. Dans ce contexte, et comme expliqué plus haut, on peut considérer que l'objectif « nettement en dessous » de 2 °C coïncide avec une probabilité de 50 % de rester en deçà de 1,5 °C.

La question de savoir comment le budget sera dépensé doit être dissociée du calcul du budget. Il existe trois possibilités : dépenser maintenant et épargner plus tard (« convexe »), épargner maintenant et dépenser plus tard (« concave »), ou une dégressivité linéaire. Normalement, l'option choisie est la dégressivité linéaire, comme dans la législation européenne sur le climat. Cela soulève la question de la possibilité d'un dépassement de la trajectoire supposée en raison d'un besoin réel d'approvisionnement en énergies fossiles. Cela peut être toléré si l'excédent est compensé par des réductions supplémentaires ultérieures. Plus problématique est la question de savoir si un dépassement peut également être toléré pour le budget global ou, en d'autres termes, pour la limite de température à partir de laquelle il a été calculé. Par exemple, le CAT propose d'autoriser un dépassement de 1,5 °C du budget correspondant si ce dépassement est ensuite compensé par l'élimination de carbone de l'atmosphère²³. Je pense que cela n'est pas compatible avec une compréhension stricte des limites de réchauffement, car des températures plus élevées déclenchent

22 Rapport de synthèse GIEC AR6, p. 46.

23 <https://climateactiontracker.org/methodology/paris-temperature-goal/>

des causalités dangereuses qui ne peuvent être arrêtées ultérieurement. Par exemple, une fois fondue, la calotte glaciaire ne peut pas être recongelée en temps voulu.

2. Principes de partage de l'effort

Le budget dérivé de chacune des limites de température peut être comparé à une maison dans laquelle les États se sont mis d'accord pour vivre. L'espace de vie doit être partagé sans qu'un agrandissement de la maison ne soit autorisé. La place que les différents États pourront occuper est une question de principes de répartition appropriés.

Selon l'art. 2 (2) de l'AP « Le présent accord [c'est-à-dire l'AP] sera appliqué conformément à l'équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux différentes situations nationales ». L'art. 4 (3) de l'AP les reprend en ajoutant « le niveau d'ambition la plus élevée » lorsqu'il est question des contributions déterminées au niveau national de deuxième cycle²⁴.

En outre, tout ou partie de ces principes sont également énoncés ou évoqués dans le préambule, ainsi qu'à l'art. 4 (1), art. 4 (4), et art. 4 (19) de l'AP. Ils sont accompagnés de principes concrétisant les besoins des pays en développement, tels que l'éradication de la pauvreté (Art. 4 (1)), l'obligation de soutenir leurs actions d'atténuation (Art. 4 (5), Art. 9) et la possibilité pour eux d'atteindre leur pic d'émissions plus tard et de progresser plus lentement (Art. 4 (1) et (6)).

Lors de l'examen du caractère contraignant de ces principes, il convient de noter qu'ils sont énoncés sous une forme indicative (« Le présent accord sera appliqué »). L'emploi du futur ne change rien. Le terme « sera » ne signifie pas que l'on « souhaitera », mais il s'agit d'une promesse de faire quelque chose à l'avenir. Cela signifie que les principes sont contraignants non seulement dans leur forme mais aussi dans leur contenu. Cependant, il n'existe pas d'indication de priorités entre eux, ce qui laisse une marge de manœuvre aux États pour faire un choix.

Le fil conducteur de tous les principes est qu'ils sont ouverts à la différenciation, concevant la responsabilité comme « différenciée », les capacités comme « respectives » et les « circonstances nationales » comme « différentes » (Voigt & Ferreira, 2016). Toutefois, la possibilité de choix et de différenciation ne confère pas aux États un pouvoir discrétionnaire illimité. Il existe deux limites extérieures. Premièrement, le maintien de droits acquis ne peut être défendu pour des raisons d'équité, car il privilégie de manière unilatérale ceux qui se sont emparés très tôt d'une part importante du budget (Dooley et al., 2021, p. 302). Deuxièmement, la communauté des États doit respecter dans son ensemble les limites de température fixées. Cela signifie, par voie de conséquence, que chaque État doit garder à l'esprit les limites globales lorsqu'il réglemente ses propres émissions de gaz à effet de serre²⁵.

24 Sur le renforcement des obligations pour les CDN de second cycle, voir Winkler, 2017, p. 148 ; Voigt & Ferreira, 2016 ; Nash et al., 2021, p. 1113.

25 Il a été avancé que, parce que la disposition ne mentionne pas les parties contractantes comme destinataires, elle n'est pas prescriptive (Mayer, 2021 ; Rajamani & Werksman, 2018). Toutefois, le plafond reflète la somme des émissions de toutes les parties contractantes, de sorte que l'ensemble des parties supporte l'obligation. Cela n'empêche pas la disposition d'être prescriptive. Cela ne s'adresse qu'à tous les États devenus parties contractantes. Par ailleurs, Mayer (2021, p. 569) affirme que le titulaire d'une obligation doit être une personne morale, ce qui n'est pas le cas des parties contractantes de l'AP. Mais, par exemple, la société civile n'est pas une personne morale et peut néanmoins supporter des obligations, qui sont alors des obligations de chaque membre individuel.

D'autres critères que ceux énoncés à l'Art. 2 (2) de l'AP ont été suggérés, mais je pense qu'ils peuvent être inclus dans la liste susmentionnée. En particulier, le droit au développement auquel il est fait allusion dans l'art. 4 (1), (4)–(6) de l'AP peut être considéré comme couvert par la « responsabilité différenciée » et les « capacités respectives ».

3. Application des principes de partage de l'effort

La science du climat, y compris le CAT, a structuré les principes en suggérant deux approches : l'une basée sur des critères d'équité et l'autre sur la faisabilité des mesures. Le CAT, avec d'autres auteurs, appelle l'approche basée sur l'équité « parts équitables » et l'approche basée sur la faisabilité « trajectoires nationales modélisées ». Je traiterai successivement les deux.

3.1 Parts équitables

Le CAT différencie les critères d'équité en fonction de la responsabilité, de la capacité/besoin, de l'égalité, du cumul égal par habitant et de la responsabilité/capacité/besoin. Ces critères peuvent également être échelonnés, en passant des moins ambitieux aux plus ambitieux. Par rapport aux principes de l'AP, les critères du CAT peuvent être subdivisés comme suit : l'égalité pour l'équité, la responsabilité et le besoin pour la responsabilité commune mais différenciée, et la capacité pour les capacités différenciées. Le cumul égal par habitant renvoie à la fois à la responsabilité et à l'égalité par habitant. En ce qui concerne les approches par étapes, chaque étape particulière correspond au principe correspondant.

Je vais maintenant expliquer les implications des différents principes appliqués par le CAT. Le principe d'« égalité par habitant » exerce une pression sur les États développés, car leur population est habituée à des émissions annuelles beaucoup plus élevées que la population des États dont le niveau de vie est moins élevé. Le calcul par habitant a été critiqué parce qu'il ne tient pas compte « des inégalités dans les besoins des personnes, de leur niveau de développement, de la stratification économique interne et de l'accès à d'autres sources d'énergie » (Dooley et al., 2021). Cette objection n'est toutefois pas recevable. Le bien-être des personnes dépend fortement de la disponibilité en énergie, et s'il existe des inégalités de niveau de développement, on peut supposer que les citoyens les plus pauvres aspirent à améliorer leurs conditions de vie.

Bien entendu, un facteur déterminant de l'égalité par habitant est la période à partir de laquelle celle-ci est calculée. Plus elle se situera dans le passé, plus de quotas d'émissions seront déduits des budgets des États, et en particulier des États industrialisés (Robiou du Pont, 2023). Le CAT prend en effet en compte les émissions passées en nommant le critère de responsabilité. Dans le cadre de l'AP, le principe pertinent serait l'équité et/ou la responsabilité commune mais différenciée. Lorsqu'il s'agit d'identifier une période de départ appropriée, le début de l'industrialisation, au XIX^e siècle a souvent été mentionné. D'un point de vue juridique, toutefois, la responsabilité présuppose qu'un acteur est conscient des dommages qu'il cause, ce qui n'est pas le cas pour les débuts de l'industrialisation. Si l'on prend comme point de départ la prise de conscience du problème, on devrait plutôt choisir 1992, année de la conclusion de la CCNUCC, lorsque tous les États ont convenu qu'une action urgente était nécessaire.

En ce qui concerne la capacité, le CAT l'interprète comme la capacité d'un pays à payer pour des mesures de réduction des émissions, la mesure étant le PIB par personne²⁶. Cela signifie que plus le

26 En fait, le CAT offre une alternative : capacité/besoin et capacité/coûts. Dans les deux cas, le PIB par

PIB est élevé, plus un pays est censé investir dans la réduction d'émissions. Bien que cet indicateur soit approximatif, il semble raisonnable en termes d'équité dans la répartition de l'effort²⁷.

Le terme « besoin » semble se rapporter au droit au développement et est pris en compte par l'indice de développement humain (IDH), qui se réfère aux niveaux d'éducation, à l'espérance de vie et au revenu par habitant. Bien qu'il soit légitime de permettre aux pays en développement d'obtenir une plus grande part du budget d'émissions, cet indice devrait faire l'objet d'un examen critique en raison de ses incitations à la consommation de ressources (WWF, 2014).

Comme les différents critères aboutissent à des budgets nationaux différents, la question se pose de savoir quel critère doit être appliqué.

Certains tribunaux nationaux, comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande, ont choisi de présenter un montant égal par habitant, ce qui est facile à appliquer car le budget global ne doit être divisé qu'en fonction de la taille de la population d'un pays²⁸.

En revanche, le CAT propose d'appliquer plusieurs critères. Le calcul est le suivant : pour chaque critère et pour chaque État, les émissions autorisées sont compilées. Cela génère des fourchettes d'émissions par État, avec des quantités élevées découlant de critères bénins pour les États, jusqu'à des quantités faibles découlant de critères ambitieux. Une fois que ces fourchettes de pays sont identifiées, les émissions les plus faibles de tous les États sont additionnées, de même que les émissions les plus élevées²⁹. On obtient ainsi un scénario d'équité mondiale optimal et un scénario d'équité mondiale défavorable (Wachsmuth et al., 2019). Les impacts des agrégats d'émissions les plus faibles et les plus élevés sur le réchauffement climatique sont ensuite évalués en appliquant les limites de 1,5 °C et 2 °C. Il en résulte trois catégories : moins de 1,5 °C, entre 1,5 °C et 2 °C et plus de 2 °C.

Comme on peut s'attendre à ce que l'agrégat le plus élevé (ou l'effort le plus faible de tous les États combinés) atteigne une température bien supérieure à 2 °C, l'ensemble des données doit être comprimé afin de respecter les limites de 2 °C et éventuellement de 1,5 °C. Les pourcentages de réduction nécessaires pour réduire les données sont appliqués de manière égale à chaque État, plutôt que de différencier selon des critères d'équité, étant donné que les critères d'équité ont déjà déterminé la fourchette de la part équitable des différents États. Le calcul commence à la limite supérieure de la fourchette de la part équitable de chaque État et se poursuit le long de la fourchette jusqu'à ce que l'ensemble des États atteigne le niveau d'émission compatible avec un niveau de température ciblé (Rajamani et al., 2021, p. 16).

Ce processus a permis d'établir des fourchettes de parts équitables pour les trois catégories de température de chaque pays (<1,5 °C, 1,5 °C – 2 °C et >2 °C), la catégorie >2 °C étant subdivisée en <3 °C, <4 °C et >4 °C. Chacune de ces six catégories correspond aux résultats en matière de

personne d'un pays est pris comme référence, dans le premier cas en termes absolus (plus il est élevé, plus l'État doit investir) et dans le second cas en termes de coûts par PIB par personne (plus il est élevé, moins l'État doit investir).

27 En ce qui concerne les capacités en termes de faisabilité des mesures, voir ci-dessous.

28 BVerfGE 157, 30 para 225.

29 Sachez que l'éventail des efforts peut être basé sur différents principes d'allocation. Par exemple, un effort important avec de faibles émissions peut être basé sur la responsabilité (c'est-à-dire pour les émissions passées) dans un État fortement industrialisé et sur la capacité dans un État en développement qui dispose de riches sources d'énergie renouvelables.

température qui seraient obtenus si tous les autres États proposaient des engagements de réduction des émissions avec la même position relative sur leur fourchette de part équitable respective, ou, en d'autres termes, le même niveau d'ambition.

Ce profil normatif permet de calculer les quantités ou les budgets d'émissions dont dispose un État s'il veut que le monde maintienne les températures globales en dessous des limites de température qui doivent être maintenues ou qui risquent d'être dépassées.

3.2 Trajectoires nationales modélisées

Si, comme nous l'avons dit, les parts équitables sont basées sur des critères d'équité, le budget global peut également être réparti en appliquant des critères de faisabilité. Cela permet de modéliser des trajectoires nationales de réduction d'émissions. D'un point de vue juridique, la modélisation des trajectoires peut se baser sur les principes de « capacités respectives » et de « niveau d'ambition le plus élevé » spécifiés dans les articles 2(2) et 4(3) de l'AP. Les « capacités respectives » dans le contexte de la faisabilité se rapportent principalement au progrès technique, tandis que si le même critère est appliqué dans le contexte des parts équitables, il concerne plutôt les moyens financiers et est donc mesuré par le PIB³⁰. L'expression « niveau d'ambition le plus élevé » concerne directement les efforts à déployer. Bien qu'elle ne concerne que les CDN de deuxième cycle, elle est presque universellement applicable car la plupart des États ont entre-temps soumis des CDN de premier cycle (Voigt, 2023, p. 241).

Tout comme les parts équitables, les « trajectoires nationales modélisées » sont également des instruments normatifs. Ils décrivent les stratégies de réduction des émissions qu'un pays est en mesure de mettre en œuvre. Les deux étapes du processus de modélisation consistent à concevoir des trajectoires aux niveaux mondial et régional et à les transposer à l'échelle des différents États.

Le CAT décrit la méthodologie comme suit :

« Les scénarios des modèles d'évaluation intégrée (MEI) quantifient les scénarios de développement futur du système couplé énergie-terres-économie-climat et décrivent les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans les différents secteurs et régions au cours du XXI^e siècle. Entre les trajectoires de transition réalisables pour un ensemble donné d'hypothèses technologiques, socio-économiques et politiques, ces modèles choisissent les solutions globales les moins coûteuses plutôt qu'une répartition équitable des charges ».

Les « scénarios » sont tirés de centaines d'études rassemblées aux niveaux international, régional et national, et fusionnées pour former des trajectoires mondiales (Rapport complet AR 4 du GIEC, p. 61). Les études montrent le potentiel de réduction des émissions des principales sources sectorielles, notamment l'industrie, les transports, les bâtiments, l'agriculture et les déchets³¹, ainsi que des politiques intersectorielles (telles que les énergies renouvelables) et des outils (tels que la réglementation, les incitations économiques, l'échange de droits d'émission ; voir, par exemple, chapitre 11.3 du rapport d'évaluation 4 WG 3 du GIEC). Les potentiels de réduction de cinq régions du monde sont différenciés sur la base de critères de rentabilité³². Cela permet d'identifier les

30 Cf. ci-dessus.

31 En raison du manque de données précises et d'un comptage consensuel, les émissions et absorptions liées à l'utilisation des terres, aux changements d'affectation des terres et à la foresterie (UTCATF) ne sont pas incluses. Voir <https://climateactiontracker.org/methodology/land-use-and-forestry/>

32 Le rapport coût-efficacité est calculé en supposant que le coût d'une tonne d'émissions de CO₂eq est

trajectoires régionales mondiales de réduction des coûts les plus faibles. Les émissions restantes sont additionnées et classées en fonction de leur impact sur le réchauffement, ce qui donne cinq fourchettes de limites de température : <1,5 °C, 1,5 °C – 2 °C, 2 °C – 3 °C, 3 °C – 4 °C et >4 °C.

Afin de déterminer les trajectoires modélisées nationales, les scénarios régionaux mondiaux de moindre coût doivent être ramenés à des trajectoires d'États individuels. Pour ce faire, on applique l'intensité des émissions (rapport entre les émissions et le PIB) des États, tout en tenant compte du fait que ce rapport fluctuera dans le temps mais devrait finir par converger³³.

3.3 Comparaison des parts équitables et des trajectoires modélisées

Comme nous l'avons mentionné, les trajectoires modélisées sont compilées sur la base du rapport coût-efficacité. Cela signifie que les États industrialisés ont une charge moins lourde à supporter, car les mesures de protection climatique seront plus coûteuses pour eux que pour les pays en développement, où les salaires sont plus bas et la technologie moins avancée. Cela signifie que pour les pays industrialisés, les budgets autorisés par les trajectoires modélisées sont plus importants que ceux autorisés par les parts équitables. Selon le CAT, ce soi-disant écart de part équitable doit être comblé par des transferts de paiements des pays industrialisés vers les pays en développement³⁴.

Toutefois, le critère du rapport coût-efficacité suscite des préoccupations d'ordre juridique. Il convient tout d'abord de noter que ce critère n'est pas explicitement défini par l'AP (Rajamani et al., 2021). Cette notion apparaît dans la CCNUCC, mais uniquement comme un aspect qualifiant les mesures de précaution³⁵. On pourrait s'attendre à ce qu'en raison de ses conséquences importantes, il figure dans l'AP comme l'un des principes d'attribution légitimes s'il était bien accueilli sur le plan politique. Il se peut qu'il ait été laissé de côté parce que son principal défaut est l'injustice de la répartition. Le rapport coût-efficacité entraîne une inégalité de traitement lorsqu'un État (moins efficace) est autorisé à renoncer à des mesures de protection climatique et qu'un autre État (plus efficace) est contraint d'en faire davantage. Cela peut être économiquement rationnel, mais l'économie doit laisser une place aux considérations de distribution. Par conséquent, si les trajectoires modélisées étaient calculées sans se soucier du rapport coût-efficacité, les budgets des pays industrialisés seraient considérablement réduits (Rajamani et al., 2021).

le même partout dans le monde (ce que l'on appelle le prix marginal), puis en comptant le montant de l'investissement de réduction qu'un État réaliserait à ce prix. Cela indique naturellement que, pour un prix fixe, les pays bénéficiant d'un ensoleillement abondant et de bas salaires produiront plus d'énergies renouvelables que les pays situés de l'autre côté. Les effets de réchauffement des émissions restantes sont ensuite comptabilisés et évalués. Des fourchettes de température sont créées en augmentant ou en diminuant le prix marginal en fonction de différents plafonds de température.

33 <https://climateactiontracker.org/methodology/cat-rating-methodology/modelled-domestic-pathways/>

34 <https://climateactiontracker.org/methodology/cat-rating-methodology/>

35 Voir l'art. 3 (3), deuxième phrase, qui se lit comme suit : « Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible ».

4. Mesure et évaluation de l'efficacité

Les budgets résultant des parts équitables et des trajectoires modélisées servent de référence pour l'évaluation des émissions factuelles prévues³⁶. Si le budget correspondant au niveau de préjudice acceptable est dépassé par les émissions factuelles prévues, le CAT qualifie les performances d'un État d'insuffisantes, voire d'extrêmement insuffisantes en fonction du degré de dépassement³⁷. D'un point de vue juridique, le classement insuffisant peut être considéré comme une violation des limites de température de l'AP et des critères de partage de l'effort.

Il existe certainement différentes méthodes pour prévoir les émissions *de facto* d'un État à partir d'aujourd'hui et jusqu'à une année de référence supposée, qui est généralement l'année 2030. Le CAT a proposé deux paramètres, les « politiques et actions » d'une part et les « objectifs nationaux » d'autre part.

4.1 Politiques et actions

Les « politiques et actions » se réfèrent aux émissions réelles calculées en utilisant les politiques et activités actuelles d'un État. Ces données sont compilées en fonction des événements historiques et des projections pour les années à venir jusqu'en 2030. Le paramètre est descriptif, c'est-à-dire qu'il est basé sur des mesures réelles ou des prévisions des effets des politiques et des actions. Les principaux secteurs d'émission sont considérés, notamment l'industrie, les transports, les bâtiments et l'agriculture, foresterie et utilisation des terres (AFOLU), ainsi que les mesures transversales telles que les énergies renouvelables et les instruments tels que les paiements pour émissions, la réglementation et l'autoréglementation.

Les émissions factuelles prévues sont ensuite évaluées avec les émissions correspondant aux catégories de température normatives modélisées. Si les deux résultats sont cohérents, les « politiques et actions » sont considérées comme suffisantes, et si elles sont insuffisantes, le budget autorisé est dépassé. De même, les émissions prévues peuvent également être évaluées avec les émissions correspondant à des parts équitables.

4.2 Objectifs nationaux

Le deuxième descripteur est celui des « objectifs nationaux ». Ceux-ci sont constitués des objectifs de réduction des émissions qu'un État a fixés pour une année future. L'objectif national peut également être inclus dans les contributions déterminées au niveau national (CDN) de l'État en vertu de l'article 4 (2) de l'Accord de Paris. Les CDN sont proclamées soit comme inconditionnelles, soit comme conditionnelles, conditionnelles dans le sens où elles dépendent de l'obtention d'un soutien financier et technologique international. Les émissions résultant de l'objectif national sont ensuite comparées aux émissions restantes des trajectoires modélisées, et peuvent également être évaluées en conséquence. Elles peuvent également être évaluées par rapport aux fourchettes d'équité.

36 <https://climateactiontracker.org/methodology/cat-rating-methodology/>

37 <https://climateactiontracker.org/methodology/cat-rating-methodology/>

5. Résumé et proposition de réforme

Cette contribution a démontré comment les dispositions quelque peu vagues de la CCNUCC et de l'AP peuvent être concrétisées par des paramètres scientifiques, en particulier par :

- les budgets d'émissions globales dérivés des limites de réchauffement de l'AP,
- des parts équitables fondées sur l'équité et des trajectoires nationales modélisées fondées sur la faisabilité et basées sur les critères de partage de l'effort définis par l'AP, et
- des politiques et actions ainsi que des objectifs nationaux à partir desquels les émissions réelles d'un pays sont prévues. Les émissions peuvent ensuite être évaluées par rapport aux budgets correspondant aux parts équitables et aux trajectoires modélisées.

Cette voie de mise en œuvre repose sur la prémisse qu'étant donné les dommages déjà présents des changements climatiques, tout calcul des budgets ne peut être compris que comme la gestion d'une réserve d'urgence, et non comme la distribution d'une ressource méritée.

Mais même en partant de ce principe, on peut se demander si l'approche budgétaire est effectivement un outil efficace de mise en œuvre des traités. Si le budget mondial disponible est dérivé d'un plafond de 2 °C avec une probabilité de plus de 90 %, ou de 1,5 °C avec une probabilité de 50 %, comme cela devrait être le cas, il ne reste presque plus rien à distribuer. Si l'on suppose que le budget mondial est plus important, quel que soit le principe d'allocation (à l'exception des droits acquis), les budgets alloués aux pays industrialisés seront minuscules, voire négatifs, ce qui exigera des émissions nulles et une absorption accrue du CO₂ de l'atmosphère dans les délais impartis. Cela est vrai tant pour les parts équitables basées sur l'équité que pour les trajectoires modélisées basées sur la faisabilité (à condition que ces dernières ne tiennent pas compte du rapport coût-efficacité).

Cette situation est décourageante et peut conduire à une attitude de suspens et à des disputes sans fin sur l'incertitude et les évaluations de l'approche budgétaire. Si des actions connexes sont portées devant les tribunaux pour violation des traités, il existe un risque que les juges refusent de prendre position et s'en remettent aux pratiques des États. Cela ne signifie pas qu'il ne faille pas poursuivre les calculs des parts équitables et de trajectoires modélisées. Ceux-ci peuvent constituer un signal d'alarme urgent (et, soit dit en passant, servir de base à des demandes d'indemnisation pour pertes et dommages).

C'est pourquoi nous proposons une approche plus réaliste, qui correspond mieux à la pratique courante des tribunaux. Il s'agit de l'obligation pour les États de mettre en œuvre les meilleurs moyens possibles pour réduire les émissions de GES. La norme sera d'abord examinée en tant que norme de nature réglementaire (5.1). Mais des possibilités de flexibilité par le biais de transferts financiers peuvent également être envisagées (5.2).

5.1 Les « meilleurs moyens possibles » en tant que concept réglementaire

- Les « meilleurs moyens possibles » exigent que tout État réduise ses émissions de GES :
- provenant de tous les secteurs sources ;
- à un degré techniquement, économiquement, socialement, géographiquement et institutionnellement réalisable ; et
- en utilisant les moyens les plus efficaces pour cela.

Les secteurs, les critères d'évaluation et les instruments sont à peu près les mêmes que ceux utilisés par le GIEC dans de nombreux rapports sur l'atténuation (GIEC AR 4 WG 3 chapitres 4-13 ; GIEC AR 1,5 °C chapitre Cross Box 3 ; GIEC AR 4 Rapport de synthèse complet ch. 4.3, p. 61)³⁸. Il existe cependant une différence de méthodologie. Le GIEC élabore le potentiel de réduction au niveau mondial et régional et le décline au niveau national. Contrairement à ce raisonnement descendant³⁹, la norme des « meilleurs moyens possibles » s'applique à chaque État sans calcul immédiat des effets totaux sur les limites de réchauffement. Il s'agit d'une position de repli, d'un appel urgent aux États pour qu'ils fassent au moins ce qu'ils peuvent. Dans un deuxième temps, les études d'accompagnement peuvent bien sûr faire l'addition et renseigner sur les effets globaux du réchauffement.

De manière un peu plus détaillée, les secteurs à examiner sont l'énergie, l'industrie, les transports, les bâtiments, l'agriculture, les déchets et, notamment, les consommateurs. L'UTCATF serait également intégrée parce que, dans une perspective ascendante, aucun comptage convenu au niveau transnational n'est nécessaire. Il suffit qu'un État comprenne que l'UTCATF devrait réduire les émissions et favoriser l'élimination des gaz à effet de serre dans la mesure du possible.

Les critères d'évaluation devraient inclure d'autres dimensions que les composantes techniques et économiques. Ils s'appuieraient sur la faisabilité socioculturelle afin de garantir l'acceptabilité pour les citoyens, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures de suffisance. La faisabilité géophysique conseille de prendre en compte les conditions naturelles d'un État (telles que l'ensoleillement, le sol et l'eau). La faisabilité institutionnelle doit être respectée, par exemple en ce qui concerne les pouvoirs de gouvernance par rapport aux intérêts particuliers. La faisabilité économique devrait impliquer un examen des relations transnationales d'un État afin d'éviter ce que l'on appelle « l'effet d'île » des États progressistes (Duwe et al., 2019).

En ce qui concerne les instruments, les types habituels doivent être examinés, notamment le plafonnement des émissions, la réglementation, la tarification des émissions, l'échange de droits d'émission, les incitations financières, les accords volontaires et l'information.

D'un point de vue méthodologique, l'étude complexe utilisera des modèles physiques et sociétaux existants et aboutira elle-même à une nouvelle modélisation. L'état de l'art de la composition des modèles (Gray & Gray, 2017) doit bien sûr être respecté et évalué juridiquement.

Il est intéressant de noter qu'une approche consistant à rechercher les meilleurs moyens possibles a été récemment adoptée par le Conseil consultatif scientifique de l'UE sur les changements climatiques (SABCC, 2023), qui considère la faisabilité comme un complément au raisonnement

38 Un premier exemple de faisabilité ascendante est l'approche dite en triptyque qui, à la fin des années 1990, a facilité les négociations au sein de la Communauté européenne (CE) sur le partage de l'objectif de réduction de la CE entre les États membres (Phylipsen et al., 1998). Cette approche s'est concentrée sur trois grandes sources d'émissions : la production d'électricité, les grands consommateurs industriels d'énergie et la production et la consommation nationales. Elle a défini des objectifs de réduction pour chaque secteur en fonction de leur potentiel technique et économique. La somme des trajectoires sectorielles et nationales a finalement donné le pourcentage de réduction global que l'UE a pu atteindre.

39 Pour être précis, le concept de trajectoires modélisées utilise non seulement des scénarios mondiaux, mais également nationaux. Le GIEC parle d'une double approche combinant des scénarios descendants et ascendants. Néanmoins, les scénarios nationaux sont intégrés dans les trajectoires mondiales avant d'être réduits (Rapport complet du GIEC AR 4 SYR p. 58 fn 21). En revanche, la notion de « meilleurs moyens possibles » prendrait les études nationales en tant que telles, c'est-à-dire en tant que preuve que le potentiel d'un État a été exploité ou qu'il est possible d'en faire plus.

sur la répartition équitable. Alors que le SABCC s'est concentré sur les meilleurs moyens possibles de promouvoir les énergies renouvelables, dans le contexte actuel, d'autres stratégies doivent être incluses, par exemple en ce qui concerne l'efficacité et la suffisance énergétiques. Il semble que les études juridiques s'orientent également vers un raisonnement ascendant (Voigt, 2023).

Sur le plan juridique, la notion de « meilleurs moyens possibles » s'apparente aux outils déjà existants du droit de l'environnement, et notamment à l'exigence des meilleures techniques disponibles (MTD). La MTD est une norme qui se combine avec des objectifs de qualité environnementale (OQE) visant à réduire davantage les émissions lorsque les OQE ne sont pas respectés ou sont basés sur des corrélations ampleur-réponse incertaines (Meinken, 2011 ; Krämer, 2016, ch. 8)⁴⁰.

Plus important encore, l'approche peut mieux correspondre aux pratiques des tribunaux. La CEDH exige notamment que des « enquêtes et études appropriées » soient menées⁴¹, « en utilisant des données détaillées et rigoureuses »⁴², qu'un « cadre législatif et administratif destiné à assurer une dissuasion efficace contre les menaces au droit à la vie » soit mis en place⁴³ et que le public ait la possibilité de formuler des commentaires⁴⁴. Un exemple instructif de la manière dont la CEDH applique ce critère est l'affaire *Cordella c. Italie*, dans laquelle la Cour examine attentivement les recherches et les mesures prises par le gouvernement défendeur et conclut que celles-ci sont insuffisantes⁴⁵.

La notion de « meilleurs moyens possibles » peut également constituer une norme pour les commissions nationales d'experts à l'heure d'évaluer les politiques climatiques de leur gouvernement. Par exemple, dans son rapport 2022, la Commission britannique sur les changements climatiques (CCC) a constaté que :

« le Gouvernement a fait le choix relativement risqué de s'appuyer fortement sur la technologie pour atteindre ses objectifs, se concentrant beaucoup moins sur l'amélioration de l'efficacité et la gestion de la demande dans l'ensemble de l'économie. Il s'agit d'une approche étroite qui pourrait conduire le Royaume-Uni sur une voie plus coûteuse vers "Zéro émission nette", avec un risque plus élevé d'échec et d'insécurité énergétique. Cette approche ne permet pas non plus de maximiser les avantages connexes de la transition en améliorant la santé grâce à des habitations plus confortables, à la réduction de la pollution atmosphérique, à des régimes alimentaires plus sains et à des modes de vie plus actifs ». (CCC, 2022, p. 79)

La norme des « meilleurs moyens possibles » ne doit pas être comprise comme un choix purement volontaire des États. Elle trouve une base juridique dans les « capacités respectives » de l'AP. Au-delà, il serait utile de concevoir un code plus spécifique de méthodologie appropriée. Il pourrait s'agir d'un accord informel entre scientifiques et juristes, par exemple à l'initiative du GIEC, qui pourrait s'appuyer sur ses propres travaux concernant les scénarios nationaux. De préférence, des lois nationales contraignantes sur le climat pourraient établir un cadre prescriptif et, mieux encore,

40 Voir la définition de la « meilleure technologie disponible » dans l'art. 2 (10) de la directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles (JO L 334, p. 17) qui fait référence au « stade de développement le plus efficace et avancé », à « l'aptitude pratique » et aux « conditions économiquement et techniquement appropriées ».

41 *Boudaïeva c. Russie*, appl. no. 11673/02, para 136.

42 *Fadeïeva c. Russie*, appl. no. 55723/00, para 128.

43 *Boudaïeva c. Russie*, appl. no. 11673/02, para 129.

44 *Taşkın et autres c. Turquie*, appl. no. 46117/99, paras 118-119.

45 *Cordella et autres c. Italie*, appl. nos. 54414/13 et 54264/15.

un accord international pourrait être mis en place dans le cadre de l'AP. En outre, la jurisprudence des tribunaux pourrait développer des bribes d'exigences à partir des expériences faites avec les constellations de cas. Par ailleurs, des rapports doivent être exigés, ce qui est facile à obtenir à partir des rapports semestriels requis en vertu de l'article 13, para. 4, de l'AP.

Une fois que les scénarios appropriés pour chaque État ont été élaborés et ont commencé à être mis en œuvre, les émissions inévitables restantes peuvent être additionnées dans une deuxième étape. L'agrégat mondial obtenu pourrait alors être comparé aux budgets correspondant aux limites de température. Si une limite supposée est dépassée et que les émissions doivent être réduites davantage, une méthode doit être trouvée pour répartir la réduction entre les États. Un pourcentage appliqué à tous les États ne serait pas équitable, car il privilégierait ceux qui n'ont pas fait leurs devoirs. Au contraire, les États à la traîne devraient être incités à rattraper leur retard. Si l'ensemble de la communauté doit aller de l'avant, il n'y a pas d'autre issue que de réagir ou de périr.

5.2 Souplesse par le biais de transferts financiers ?

Il reste à examiner si la notion de « meilleurs moyens possibles » en tant qu'approche réglementaire devrait être assouplie en permettant que les quantités de réduction d'émissions soient compensées par des transferts financiers. Il existe différents systèmes de transferts de ce type, qu'il convient de parcourir pour trouver celui qui conviendrait le mieux. Les cinq motifs de transfert suivants peuvent être distingués.

(1) Indemnisation pour pertes et dommages : Ce motif est envisagé à l'art. 8 de l'AP et fait l'objet de négociations en cours, appelées mécanisme de Varsovie, sur un cadre juridique. La progression est toutefois très lente (Johanson et al., 2022 ; Puig, 2022). Il s'agit en tout cas d'un concept différent de celui de la compensation des activités de réduction.

(2) Aide au développement : Cette aide est en grande partie altruiste et vise à favoriser le bien-être public du pays bénéficiaire. Elle ne poursuit pas en premier lieu un intérêt propre spécifique de l'État fournisseur, comme ce serait le cas avec les compensations.

(3) Biens communs : Tous les États participants s'engagent à atteindre un objectif commun, tel que la limitation du réchauffement. Mais certains peuvent ne pas être en mesure de s'offrir ce qui est techniquement approprié et possible pour eux. C'est la raison pour laquelle ils bénéficient d'une aide financière. Le concept de biens communs des transferts financiers figure à l'article 6 (8) et Art. 9 de l'AP, qui obligent les pays industrialisés à aider les pays en développement à remplir leurs propres obligations de réduction dans le cadre de l'AP. Ce financement sera basé sur le bilan mondial Art. 9 (6) de l'AP, en cours d'élaboration, et devra répondre à certaines conditions favorables (IDDRI, 2023). Il est associé à des obligations de transfert de technologie et de renforcement des capacités (articles 10 et 11 de l'AP). Ce motif exige que les transferts financiers s'ajoutent à la norme des meilleurs moyens possibles.

(4) Vente de parts équitables excédentaires : Ce motif est basé sur le concept de la répartition équitable. Si, par exemple, le critère du nombre d'habitants est appliqué, les États dont les émissions par habitant sont faibles peuvent recevoir plus de quotas d'émission qu'ils ne peuvent en utiliser pendant un certain temps. Ces quotas peuvent être vendus à des États à forte consommation, ce qui génère des recettes que l'État bénéficiaire peut consacrer à des mesures d'atténuation. Ce concept est une sorte de compensation inversée. Ce qui est payé, ce sont des droits d'émission non utilisés, et non des réductions d'émissions.

(5) Rapport coût-efficacité : Ce type de rapport est basé sur la faisabilité des réductions d'émissions et sur le fait que les coûts des réductions d'émissions varient d'un État à l'autre. Les États à coûts élevés sont autorisés à ne pas investir et donc à économiser de l'argent, tandis que les États à faibles coûts recevront un soutien financier et pourront investir (Höhne & Wachsmuth, 2020, p. 4). Comme expliqué, ce motif est préconisé par le CAT comme possibilité de compenser l'écart entre les exigences de réduction selon les parts équitables et les trajectoires modélisées. L'idée est certes séduisante, mais elle doit être plus rigoureuse afin d'éviter que les États, tant du côté du fournisseur que du destinataire, ne l'utilisent comme excuse pour ne pas agir.

Le concept a déjà été mis en pratique sous le nom de « Mécanisme de développement propre » (MDP) dans le cadre du protocole de Kyoto. Il réapparaît à l'art. 6 (2) de l'AP en tant que cadre coopératif de partenaires individuels, ainsi qu'à l'article 6 (4) en tant qu'engagement multilatéral. Il suggère que le soutien financier pour les résultats d'atténuation dans un État hôte est fourni en échange de la prise en compte par l'État fournisseur de ces résultats dans ses CDN. Toutefois, comme le montre l'expérience acquise avec le MDP⁴⁶, tout projet de compensation doit s'inscrire dans un cadre fiable, qui doit faire l'objet d'un accord international. Un tel projet ne devrait être accepté que si l'État hôte n'était pas légalement tenu ou politiquement engagé à mettre en œuvre le montant de la réduction, en d'autres termes, il doit s'ajouter à la législation et aux politiques de l'État hôte. Des normes doivent également être établies pour déterminer la base de référence à partir de laquelle les réductions seront comptabilisées, et quelle durée le projet envisagé devra avoir. Ces exigences doivent être contrôlées par des organismes indépendants. Si, dans le contexte de l'AP, des progrès ont été réalisés en ce qui concerne les accords de coopération, le cadre d'un mécanisme multilatéral prévu par l'article 6, para. 4 et 5, de l'AP est toujours en cours d'élaboration. Entre-temps, de telles exigences pourraient bien sûr être fixées dans la législation nationale et les contrats bilatéraux entre les États fournisseurs et les États destinataires.

Références

- Birnie, P., Boyle, A., & Redgwell, C. (2021). *International law and the environment* (4th ed). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780199594016.001.0001>
- Bodansky, D. (2016). The Legal Character of the Paris Agreement. *RECIEL*, 25(2), 142–150. <https://doi.org/10.1111/reel.12154>
- Bodle, R., & Oberthür, S. (2017). Legal form of the Paris Agreement and nature of its obligations. Dans : D. Klein et al. (2017), pp. 91–103.
- Climate Action Tracker (CAT). <https://climateactiontracker.org/>
- Climate Change Committee (2022). *Progress in reducing emissions. 2022 Report to Parliament*. <https://www.theccc.org.uk/publication/2022-progress-report-to-parliament>
- Daillier, P., Forteau, M., & Pellet, A. (2022). *Droit international public* (9^e éd.). LGDJ-Lextenso éditions.
- Dooley, K., Holz, C., Kartha, S. et al. (2021). Ethical choices behind quantifications of fair contributions under the Paris Agreement. *Nature Climate Change*, 11, 300–305. <https://doi.org/10.1038/s41558-021-01015-8>

46 Pour une évaluation des pratiques du MDP, voir GIEC AR6 WG3 ch13.3.3.4.2.

- Duwe, M., Evans, N., Duscha, V., & Wachsmuth, J. (2021). Support to the development of ambitious climate change scenarios in Europe. Final report. *Climate Change 73/2021*. Umweltbundesamt Dessau. <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>
- Franzius, C., & Kling, A. (2021). The Paris Climate Agreement and liability issues. Dans : Kahl, W., & Weller, M.-Ph. (Eds). *Climate Change Litigation. A Handbook* (Beck Hart Nomos), 197–216.
- Ganti, G., Geiges, A., Jeffrey, L., Fekete, H., Gidden, M. J., Schaeffer, M., Hare, B., & Höhne, N. (n.d.). *Fair national greenhouse gas reduction targets under multiple equity perspectives – A synthesis framework*. Submitted to Climatic Change. Supplementary.
- Gray, W. G., & Gray, G. A. (2017). *Introduction to environmental modelling*. Cambridge University Press.
- Höhne, N., & Wachsmuth, J. (2020). *Fair contributions versus fastest possible reductions. Equity considerations in the context of the Paris Agreement and the climate emergency*. New Climate Institute. <https://newclimate.org/resources/publications/fair-contributions-versus-fastest-possible-reductions>
- IDDRI (2023). *Using the Global Stocktake to identify and design opportunities for enhanced global collaboration that accelerates national climate and development action: the case of international finance*. <https://www.iddri.org/en/publications-and-events/other-publication/using-global-stock-take-identify-and-design-opportunities>
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Various reports cited as IPCC AR 1-6, Synthesis (SYR), or Working Group (WG) reports.
- International Court of Justice (1970). Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia [...]. Advisory Opinion, ICJ Rep. 1971, 16.
- International Court of Justice (1996). Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), 242.
- Johanson, A. (2022). Evaluating progress on loss and damage: an assessment of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism under the UNFCCC. *Climate Policy*, 22(9-10), 1199–1212. <https://doi.org/10.1080/14693062.2022.2112935>
- Klein, D., Carazo, M. P., Doelle, M., Blumer, J., & Higham, H. (Eds.) (2017). *The Paris Agreement. Analysis and Commentary*. Oxford University Press.
- Krämer, L. (2016). *EU Environmental Law* (8th ed.). Sweet & Maxwell.
- Mayer, B. (2021). Temperature Targets and State Obligations on the Mitigation of Climate Change. *Journal of Environmental Law*, 33, 585–610. <https://doi.org/10.1093/jel/eqab003>
- Meinken, L. (2001). *Emissions- und Immissionsorientierung*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Nash, S. L. et al. (2021). Climate change acts: origins, dynamics, and consequences. *Climate Policy*, 9, 1111–1119. <https://doi.org/10.1080/14693062.2021.1996536>
- Phylipsen, G. J. M., Bode, J. W., Blok, K., Merkus, H., & Metz, B. (1998). A triptych sectoral approach to burden differentiation; GHG emissions in the European bubble. *Energy Policy*, 26(12), 929–943. [https://doi.org/10.1016/S0301-4215\(98\)00036-6](https://doi.org/10.1016/S0301-4215(98)00036-6)
- Preston, B. J. (2021). The influence of the Paris Agreement on climate litigation: legal obligations and norms (Part I). *Journal of Environmental Law*, 33(1), 1–32. <https://doi.org/10.1093/jel/eqaa020>

- Preston, B. J. (2021). The influence of the Paris Agreement on climate litigation: causation, corporate governance and catalyst (Part II). *Journal of Environmental Law*, 33(2), 227–256. <https://doi.org/10.1093/jel/eqaa021>
- Puig, D. (2022). Loss and damage in the global stocktake. *Climate Policy*, 22(2), 175–183. <https://doi.org/10.1080/14693062.2021.2023452>
- Rajamani, L., & Guérin, E. (2017). Central concepts in the Paris Agreement and how they evolved. Dans : D. Klein et al. (2017), pp. 74–90.
- Rajamani, L., & Werksman, J. (2018). The legal character and operational relevance of the Paris Agreement's temperature goal. *Phil. Trans. R. Soc. A*. 376: 20160458. <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2016.0458>
- Rajamani, L., Jeffery, L., Höhne, N., Hans, F., Glass, A., Ganti, G., & Geiges, A. (2021). National “fair shares” in reducing greenhouse gas emissions within the principled framework of international environmental law. *Climate Policy*, 1(22), 983–1004. <https://doi.org/10.1080/14693062.2021.1970504>
- Robiou du Pont, Y. (2022). Paris Goals NDC Alignment. Traffic Light Assessment (Climate Vulnerable Forum). <https://thecvf.org/resources/publications/cvf-ndc-traffic-light-assessment-report>
- Schlacke, S. (2014). Grenzwert oder Politikziel? Dogmatik und Legitimität der 2° Celsius-Leitplanke. Dans : Dilling, O., & Markus, T. (Eds.) *Ex rerum natura ius? – Sachzwang und Problemwahrnehmung im Umweltrecht* (Nomos), 93–103.
- Schleussner, C.-F., Rogelj, J., Schaeffer, M. et al. (2016). Science and policy characteristics of the Paris Agreement temperature goal. *Nature Climate Change*, 6, 827–835. <https://doi.org/10.1038/nclimate3096>
- Schleussner, C.-F., Ganti, G., Rogelj, J. et al. (2022). An emission pathway classification reflecting the Paris Agreement climate objectives. *Commun Earth Environ*, 3, 135. <https://doi.org/10.1038/s43247-022-00467-w>
- Scientific Advisory Board on Climate Change (2023). *Scientific advice for the determination of an EU-wide 2040 climate target and a greenhouse gas budget for 2030–2050*. <https://doi.org/10.2800/609405>
- Thorgeirsson, H. (2017). *Objective* (Article 2.1). Dans : D. Klein et al. (2017), 122–130.
- Voigt, C., & Ferreira, F. (2016). Dynamic differentiation: The principles of CBDR-RC, progression and highest possible ambition in the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 5(2), 285–303. <https://doi.org/10.1017/S2047102516000212>
- Voigt, C. (2023). The power of the Paris Agreement in international climate litigation. *RECIEL*, 32(2), 237–249. <https://doi.org/10.1111/reel.12514>
- Wachsmuth, J., Denishchenkova, A., Fekete, H., Parra, P., Schaeffer, M., Ancygier, A., & Sferra, F. (2019). Fairness- and Cost-Effectiveness-Based Approaches to Effort-Sharing under the Paris Agreement. *Climate Change*, 39/2019 (Umweltbundesamt Dessau). <https://newclimate.org/resources/publications>
- Wara, M. (2007). Is the global carbon market working? *Nature*, 445, 595–596. <https://doi.org/10.1038/445595a>
- WBGU (German Advisory Council on Global Environmental Change). *Factsheet no 3/2009*. https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/factsheets/fs3_2009/wbgu_factsheet_3_en.pdf

Wiener, J. (2006). Precaution. Dans : Bodansky, D., Brunnée, J. & Hey, E. (Eds). *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press), 597–612.

Winkler, H. (2017). Mitigation (Article 4). Dans : Klein et al. (2017), 143–165.

Winkler, H. (2020). Putting equity into practice in the global stocktake under the Paris Agreement. *Climate Policy*, 20(1), 124–132. <https://doi.org/10.1080/14693062.2019.1680337>

À propos de l'auteur

Gerd Winter, est né en 1943. Après des études de droit et de sociologie, il est devenu Professeur de droit à l'Université de Brême en 1973. Fondateur et directeur de longue date du Centre de recherche pour le droit européen de l'environnement (FEU, selon son sigle allemand), il est, depuis sa retraite en 2008, Professeur de recherche en droit de l'environnement. Se concentrant sur l'enseignement et la recherche en droit comparatif, européen et international de l'environnement et la mise en œuvre du droit, il apporte également son conseil en développement du droit administratif et environnemental dans les pays en transition. Conseiller dans diverses procédures judiciaires sur des questions environnementales, il a récemment apporté son aide dans l'affaire *Carvalho et al. c. UE et Duarte Agostinho et al. c. 32 États*.

– traduit de l'anglais –

Les forêts et la primauté du droit en matière d'environnement : réflexions sur l'efficacité de la législation brésilienne

Antonio Herman Benjamin¹

Résumé

La réglementation forestière possède une longue histoire en matière de droit. Plus récemment, des aspects précédemment ignorés ou mis à l'écart du débat sur les forêts ont joué un rôle central dans le traitement juridique de cette question, tels que la conservation de la biodiversité, la protection des terres traditionnellement détenues par les peuples autochtones et les implications de la déforestation sur les changements climatiques. De profondes réformes législatives ont été entreprises dans le monde entier dans l'espoir de réduire la dévastation des forêts autochtones, une préoccupation encore plus grande dans les énormes et méga-diverses forêts tropicales et subtropicales restantes sur la planète. Trois questions générales doivent être abordées dans ces nouvelles lois. Premièrement, les problèmes et lacunes des anciens modèles juridiques ont-ils été décrits et abordés de manière adéquate ? Deuxièmement, la loi prévoit-elle des mécanismes de mise en œuvre adéquats pour les obligations et exigences prescrites ? Troisièmement, comment l'efficacité réelle sur le terrain des lois, normes et règlements sera-t-elle mesurée et évaluée ? Le Brésil, détenteur de la plus grande étendue de forêts tropicales au monde, constitue une excellente étude de cas pour une réflexion sur les défis historiques, culturels et juridiques de la lutte contre la déforestation, en particulier parce que le pays dispose d'une législation moderne et d'institutions spécialisées en la matière. Cet essai conclut que la législation forestière brésilienne est confrontée à : a) *un problème de forme* (règles défectueuses concernant la formulation et la technique législative), b) *un problème de contenu* (règles faibles et contradictoires quant aux valeurs épousées et aux mécanismes de protection connexes), c) *un problème de mise en œuvre* (écart important entre la norme et l'identification et la poursuite réelles des infractions, ainsi qu'absence d'indicateurs pour évaluer l'efficacité des exigences légales), et d) *un problème d'institutionnalité* (organismes environnementaux politiquement affaiblis par des pénuries financières et de personnel inexcusables). Il en résulte un dysfonctionnement de la crédibilité de la législation environnementale et une fragilité de l'état de droit environnemental.

L'histoire du droit occidental offre des exemples bien connus de projets législatifs véritablement monumentaux, du *Corpus Juris Civilis* de Justinien aux codes civils du XIX^e siècle et aux constitutions des États-providence du XX^e siècle. Mais nous savons tous que l'adoption de lois, même de lois qui font l'unanimité pour leur qualité technique ou leur esprit progressiste, ne garantit pas que les

1 Juge de la Haute Cour nationale du Brésil (STJ) et président de l'Institut judiciaire mondial pour l'environnement.

objectifs visés seront effectivement atteints. En particulier dans les pays où les traditions juridiques ne sont pas solides et où les institutions judiciaires ne sont pas indépendantes, de nombreuses lois n'ont qu'une force rhétorique et sont incapables de transformer la réalité – *law in books* rather than *law in action* (la loi dans les livres plutôt que la loi en action), selon l'expression souvent employée par Roscoe Pound². L'écart entre l'éloquence et l'efficacité juridiques s'accroît encore lorsqu'il s'agit de protéger des personnes, des communautés et des ressources vulnérables, comme c'est précisément le cas en droit de l'environnement.

Dans ces conditions, on pourrait s'attendre à ce que les systèmes juridiques aient une prédisposition presque naturelle à créer des mécanismes qui mesureraient systématiquement et régulièrement l'efficacité des lois promulguées, en particulier lorsque celles-ci sont destinées à protéger des biens publics, tels que l'environnement, pour lesquels nous ne disposons pas de propriétaires individuels définis et pour lesquels l'accès à la justice pose de sérieux problèmes. Au lieu de cela, les législateurs ont tendance à penser, par naïveté ou par utopie, que leur noble mission est achevée une fois qu'un catalogue de droits et d'obligations est publié. Un exemple notable de ce tableau est l'échec notoire du système réglementaire à stopper la déforestation dans les forêts tropicales humides, et notamment dans le biome amazonien.

À la suite de la conférence de Stockholm de 1972, l'immense impact négatif sur la nature de la combinaison d'une croissance démographique incontrôlée et de l'émergence de nouvelles technologies puissantes a suscité un intérêt et une attention croissants et holistiques de la part des juristes. Au moins trois types d'événements involontaires en ont résulté. Premièrement, la volonté de maîtriser la tragédie de la destruction de l'environnement a entraîné une avalanche de dispositions constitutionnelles, de lois et de réglementations administratives, une profusion qui a créé une impression de désordre normatif. Deuxièmement, en réponse à ce chaos perçu, et dans un effort pour affirmer au moins un ordre conceptuel minimal et un système normatif, les quinze dernières années ont vu l'émergence avec plus de vigueur du concept de primauté du droit en matière d'*environnement*³, adopté par les Nations Unies en 2012. Troisièmement, dès les années 1970, de nombreux membres de la communauté juridique se sont rendu compte que les exigences en matière de protection de l'environnement étaient imparfaitement respectées, voire ouvertement ignorées. La notion d'indicateurs de mise en œuvre environnementale⁴ est apparue comme une réponse à cette pathologie.

Ces trois phénomènes sont liés, principalement parce que très souvent les racines (ou l'arbre dans son ensemble, pour ainsi dire) de ces obstacles à la mise en œuvre sont déjà présentes dans les lois elles-mêmes (en raison d'une rédaction erronée), dans le système administratif et judiciaire (en raison d'un manque d'intégrité, de personnel, de budget et d'accès aux victimes) et, ce qui est le plus préoccupant, dans le creuset culturel même dans lequel le système normatif opère.

Malgré l'attention et la pression internationales, la protection juridique des forêts tropicales reste l'un des domaines où l'on observe le plus facilement le double phénomène d'une mauvaise législation et d'une mauvaise mise en œuvre. Il n'y a pas de mystère : tout le monde voit et sait ce qui se passe, mais la législation existante ne comporte pas de mécanismes intégrés d'évaluation systématique.

2 Voir Pound, R. (1910). *Law in books and law in action*, Volume 44, *American Law Review* (1910).

3 Pour une excellente vue d'ensemble du sujet, voir Christina Voigt (éd.), *Rule of Law for Nature : New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

4 Cf. Prieur, M., Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement : Des indicateurs juridiques au service du développement durable*, Bruxelles, Peter Lang.

D'autre part, peu de pays disposent d'un cadre juridique environnemental aussi *théâtral* que le Brésil, champion, hélas, d'une efficacité faible, voire nulle ces derniers temps. En d'autres termes, le régime juridique brésilien de protection des forêts (et de la flore en général) fonctionne selon des normes qui a) ne reposent pas sur des fondements et des références éthico-écologiques modernes et solides, b) ne sont pas coordonnées verticalement et horizontalement (le fléau des silos normatifs isolés), et c) ne font pas l'objet d'une évaluation sérieuse de leur efficacité.

Ce bref essai ne vise qu'à présenter une analyse et une critique superficielles de la *qualité de la réglementation* et de la *qualité de la mise en œuvre* du système juridique brésilien de protection des forêts, dont la compréhension sera essentielle *si et quand* il y aura une volonté politique de développer un *système complet d'indicateurs de l'efficacité* de notre droit de l'environnement⁵.

5 Au Brésil, certaines expériences illustrent la difficulté de développer des indicateurs de l'efficacité du droit de l'environnement. En 2003, avec le soutien de plusieurs États et ONG, l'Instituto « *O Direito por um Planeta Verde* » (Institut du droit pour une planète verte), un groupe de réflexion respecté qui rassemble des spécialistes du droit de l'environnement, a soumis au Conseil national de l'environnement (CONAMA), un organe fédéral doté de pouvoirs normatifs, une proposition de « Règlement sur les indicateurs de mise en œuvre du droit de l'environnement », que j'ai rédigée. En expliquant les raisons qui justifiaient l'initiative, j'ai écrit que « bien que le droit de l'environnement brésilien ait connu un développement fantastique au cours des 20 dernières années et qu'il dispose d'excellents instruments d'action, [...] le Brésil ne peut être cité en exemple pour la préservation de ses richesses naturelles ou culturelles ». J'ai ajouté que nous ne pourrions planifier d'actions concrètes pour améliorer la qualité de l'environnement que si nous disposons d'indicateurs de mise en œuvre et de respect de la législation. La loi n'a jamais donné la priorité à la création et à la maintenance d'indicateurs de l'efficacité des réglementations dans quelque domaine que ce soit.

Un groupe de travail a été nommé et, après plusieurs réunions techniques à Brasília, lorsque le texte a été présenté à la plénière de CONAMA en 2007, le ministère de l'Agriculture et l'État du Minas Gerais ont demandé la suspension du vote et l'organisation d'un séminaire pour mieux débattre de la question. Après d'autres demandes de délai de la part du ministère de l'Agriculture et, paradoxalement, du ministère de l'Environnement lui-même, qui ont empêché l'initiative d'être approuvée (ou rejetée), la proposition a finalement été mise en veille en 2012.

Le texte examiné utilise des « indicateurs d'intrants » (tels que le budget, le nombre de fonctionnaires), des « indicateurs de produits » (tels que le nombre de licences délivrées, les sanctions appliquées en cas de déforestation illégale, les points de surveillance de l'eau douce, les actions en justice contre les contrevenants) et des « indicateurs de résultat » (tels que le nombre de règlements administratifs et judiciaires et le respect effectif, l'augmentation de la couverture végétale et l'amélioration de la qualité de l'eau douce). Il impose aux agences environnementales fédérales, régionales et municipales, sous la coordination du ministère de l'Environnement, l'obligation d'« alimenter en informations l'ensemble des indicateurs », en leur donnant « la publicité nécessaire ».

Le blocage du vote sur la réglementation était principalement dû, sans que cet argument n'ait jamais été ouvertement rapporté, à la crainte du secteur agroalimentaire, du ministère de l'Agriculture, du ministère de l'Environnement ainsi que des États, que de tels indicateurs puissent nuire à nos exportations en révélant au monde la mauvaise gestion environnementale du Brésil et en exposant les faiblesses des agences environnementales fédérales, étatiques et municipales.

Cette note historique, propre à l'expérience du Brésil mais certainement non exclusive, indique que les obstacles à la mise en place d'indicateurs publics pour la mise en œuvre du droit de l'environnement ne sont ni peu nombreux ni insignifiants, ni purement techniques ou sincères. *Ils sont essentiellement politiques.*

I. Des raisons d'être optimiste

La primauté du droit en matière d'environnement ne dépend pas seulement de l'appareil législatif et institutionnel, mais aussi et tout autant des pratiques sociales et culturelles d'un pays, car elles constituent le bouillon de culture dans lequel la prescription réglementaire pour la protection de la nature va s'épanouir ou s'affaiblir. Dans le même ordre d'idées, les attitudes et points de vue prometteurs (et en évolution) de la population brésilienne sont remarquables et marqués par une sensibilisation accrue à l'environnement. Grâce à cette prise de conscience, les demandes d'application des droits et obligations sont plus courantes, la société civile s'organisant progressivement. Les associations environnementales sont peu nombreuses par rapport à d'autres pays plus développés, et la plupart d'entre elles sont rarement disposées à aller en justice, préférant porter leurs plaintes devant les procureurs environnementaux du bureau du procureur général (*Ministério Público*). Les médias couvrent largement et quotidiennement les questions environnementales internationales, nationales et locales. Les grandes entreprises, en particulier celles actives dans l'exportation, protègent soigneusement leur réputation en matière d'environnement et prennent de plus en plus de mesures pour se conformer aux normes requises. La destruction de la forêt atlantique (*Mata Atlântica*), où se trouve la majeure partie de la population urbaine, a ralenti (parallèlement, l'occupation illégale et la déforestation du Cerrado et de l'Amazonie se sont intensifiées). La qualité de l'air dans les villes s'améliore.

Sur le plan juridico-institutionnel, le Brésil dispose d'une législation moderne, complète et sophistiquée, qui comprend certaines des prescriptions procédurales et substantielles les plus pointues au monde, d'organismes publics dotés d'un poids institutionnel fort et croissant, d'une mise en conformité environnementale progressive, de mécanismes d'accès individuel et collectif aux tribunaux et d'un climat de liberté, de transparence et de participation du public aux processus décisionnels administratifs et judiciaires en matière d'environnement.

Les juridictions fédérales et étatiques sont composées de juges de carrière qui jouissent d'une réputation d'indépendance et d'intégrité puisqu'ils sont choisis dans le cadre d'examens publics fondés sur le mérite et non par nomination ou élection politique. Les juges perçoivent les salaires les plus élevés de la fonction publique, ce qui n'est pas négligeable lorsqu'il s'agit de recruter de jeunes diplômés brillants issus des meilleures universités. Certaines régions ont créé des tribunaux spécialisés pour entendre les plaintes en matière d'environnement. Des milliers d'affaires environnementales de toutes sortes sont tranchées par des juges chaque année. La Haute Cour nationale du Brésil (STJ), la Cour suprême pour les litiges non constitutionnels, qui entend les appels de 27 cours suprêmes d'État et de 6 cours d'appel fédérales, rend chaque année plus de décisions en matière d'environnement que toutes les cours suprêmes d'Amérique latine réunies. Il en va de même pour les bureaux des procureurs généraux au niveau fédéral et des États, dont les membres intentent chaque année des centaines de poursuites pénales et civiles dans le domaine de l'environnement.

En termes d'instruments réglementaires, la législation brésilienne prévoit, en plus de ceux connus dans d'autres pays, des évaluations de l'impact sur l'environnement et des permis environnementaux, des aires protégées telles que les parcs nationaux, une responsabilité civile stricte et conjointe pour les dommages causés à l'environnement, ainsi que d'autres mécanismes autochtones tels que les zones de *réserve légale* (80 % de chaque parcelle de propriété rurale privée en Amazonie et 20 % dans d'autres biomes où la coupe à blanc est interdite) et les zones de *préservation permanente* (qui protègent la végétation dans des endroits sensibles, par exemple, le long des berges des cours d'eau, autour des sources, sur des terrains présentant une pente de 45 degrés, dans les mangroves, etc.), sans parler des principes développés ou perfectionnés par la doctrine et la jurisprudence

brésiliennes, tels que la possibilité de renverser la charge de la preuve du lien de causalité, le principe de la nature *propter rem* des obligations environnementales, le principe de fonction écologique de la propriété, le principe *in dubio pro natura* et le principe de non-régression⁶.

Ce cadre législatif s'accompagne en outre d'un héritage institutionnel fondamental : malgré les menaces récentes de fermeture, d'annexion à un autre ministère ou de réduction de ses pouvoirs, le ministère de l'Environnement, créé en 1985, subsiste aujourd'hui. Il existe des agences publiques pour l'environnement dans chaque État et dans de nombreuses municipalités.

En d'autres termes, d'un point de vue abstrait, le cadre juridique et législatif du Brésil (y compris les composantes formelles/procédurales et substantielles), associé à des agences publiques et des organes judiciaires spécialisés, semble remplir les conditions minimales de forme, de contenu et d'institutionnalité pour la primauté du droit en matière d'environnement. Toutefois, cette structure est précaire, en raison de mauvaises pratiques en matière d'application de la législation, insécurisée, en raison des pressions et des attaques illégitimes dont elle fait l'objet, effrayée, en raison des menaces et des assassinats de défenseurs de l'environnement, imprévisible, en raison du manque de ressources humaines et financières des organes gouvernementaux chargés de la surveillance et peu fiable, en raison d'incidents graves et persistants de corruption, de clientélisme et de léthargie. Dans ce contexte, un certain pessimisme est de mise : la médiocrité de la mise en œuvre du droit de l'environnement au Brésil, avec tous ses drames et ses dysfonctionnements, ne doit malheureusement pas être sous-estimée.

II. Des raisons d'être pessimiste

Si les avancées institutionnelles sont effectivement impressionnantes, elles sont victimes de la pluie et des orages. Par exemple, certaines agences environnementales, en particulier dans les régions les plus reculées du pays, ne disposent pas toujours de suffisamment de carburant pour faire fonctionner leurs véhicules d'inspection. Le personnel est rare, ce qui laisse de vastes étendues de territoire, y compris d'importantes aires protégées par le gouvernement fédéral, telles que les parcs nationaux et les forêts, complètement abandonnées.

Ainsi, une radiographie minutieuse permet malheureusement d'identifier de multiples défauts et défaillances. Le défi pour le Brésil, un dilemme très sérieux qui sera examiné plus en détail ci-après, est d'appliquer la législation de manière adéquate et de garantir le fonctionnement des organismes publics chargés de superviser ces lois. Dans les deux domaines, nous constatons une grande disparité régionale, avec des déficiences plus importantes précisément dans les zones où la présence et les actions de l'État sont les plus nécessaires : l'Amazonie, le Pantanal et les vastes zones intérieures inaccessibles du pays.

Qu'est-ce qui peut bien être à l'origine de ce panorama décourageant, affligé de difficultés parfois considérées comme insurmontables ? Sans négliger d'autres causes⁷, comme nous le verrons plus loin (la culture du *jeitinho*, les messages législatifs et politiques contradictoires, par exemple), je

6 Cf. Benjamin, A. H. (2012). *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília : Senado Federal, p. 55-72.

7 Dans une autre occasion, j'ai indiqué au moins 12 causes de « l'échec généralisé, pourrions-nous dire, de la mise en œuvre des politiques publiques environnementales et du droit de l'environnement en Amérique latine ». Benjamin, A. H. (1995). A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 0, p. 102-103.

suis enclin à penser qu'un phénomène culturel, mais aussi juridique, en est à l'origine, et bien qu'il ne soit pas exclusif au Brésil, il présente des caractéristiques locales uniques. Je fais référence à l'erreur persistante, en particulier au sein de l'élite, de croire que la primauté du droit n'est qu'un état de « droits », et seulement de droits. Dans le sillage du libéralisme classique, cela s'est traduit par l'expansion du discours sur les droits et l'atrophie de celui sur les devoirs.

Ce vice historique de la connaissance, incompatible avec l'architecture du système réglementaire actuel mais malheureusement encore influent, permet de décrypter les origines des multiples contradictions du cadre juridico-environnemental brésilien. Si tout le monde réclame des droits et que peu assument ou acceptent leurs obligations personnelles correspondantes, il est peu probable que la protection de l'environnement devienne autre chose qu'un discours inepte, dépourvu de résultats concrets. L'incompréhension de la primauté du droit en tant que concept principalement composé de droits et de peu ou pas de devoirs sera examinée plus loin.

III. Le projet de colonisation de la *terra incognita* du Brésil et son impact sur la forêt

Dans les sociétés modernes et démocratiques, la primauté du droit n'est pas seulement un *état de droits* (au pluriel), mais devient inévitablement de plus en plus un *état de devoirs* (également au pluriel). D'un point de vue environnemental, il s'agit d'un état de devoirs intra et intergénérationnels, au bénéfice de sujets individuels et de la communauté nationale et internationale et, dans un processus graduel mais irrêtable, également en faveur de la nature elle-même.

La Constitution du Brésil de 1988, promulguée à la fin du régime militaire, a élargi de manière exponentielle la liste des nouveaux droits, mais a également introduit de nombreux nouveaux devoirs, de nature individuelle, collective et intergénérationnelle. En ce sens, on peut dire qu'elle a établi une sorte de paradis des devoirs environnementaux. Toutefois, cette profonde transformation normative n'a pas été en mesure de modifier les perceptions culturelles profondes de la portée et du rôle de la primauté du droit.

Les perceptions publiques, d'autant plus si elles sont le fruit de traumatismes politiques jusqu'alors palpitants ou d'idiosyncrasies historiques indélébiles, entravent la compréhension de la réalité et exercent une résistance redoutable à l'intégration de l'esprit de changement. Pour les Brésiliens, victimes de vagues périodiques de régimes oppressifs, voire de dictatures pures et simples, les droits ont toujours été projetés comme faisant partie d'une équation unilatérale, face à un conflit permanent entre les citoyens et les autorités publiques. Dans ces conditions de discours politique et juridique du « nous contre eux », il n'est pas surprenant que dans l'imaginaire populaire, la primauté du droit suive un schéma de « les droits ne sont que nôtres, les devoirs ne sont que les leurs ». Nous (citoyens), d'une part, et la machine étatique et ses agents autoritaires, cruels et corrompus, d'autre part, en un mot : l'État considéré comme ennemi du peuple. Il ne s'agit pas seulement de droits à sens unique, mais, comme conséquence intuitive, de droits absolus, sans limites et dépourvus de responsabilités corrélées. Une grande partie de l'opposition anti-solidaire à la législation actuelle protégeant les sujets et les biens vulnérables peut s'expliquer par l'héritage obstiné et inconfortable de cette éthique culturelle hyper-individualiste.

Sans grand effort, nous pouvons constater aujourd'hui encore que le discours sur l'exploitation des ressources environnementales reste marqué par les vestiges de l'arrogance égoïste et du *laissez-faire* qui ont façonné notre histoire. Telle est l'approche des droits de propriété depuis les années 1500. Le

projet de colonisation de la *terra incognita* « découverte » par les Portugais avait pour ennemis les habitants d'origine et l'environnement naturel exubérant, ce qui justifiait une attitude de droits et peu ou pas de devoirs : le droit d'envahir, de conquérir et de coloniser, le droit d'expulser et de massacrer les communautés autochtones et pauvres, le droit d'asservir, d'humilier, de violer et de torturer, le droit de tout détruire par la déforestation, d'exterminer la faune autochtone et de contaminer l'environnement, le droit d'ignorer le patrimoine naturel et culturel des générations précédentes et de décimer l'héritage à transmettre aux générations futures. C'est dans le sillage de cette pensée bien ancrée que le Code forestier strict de 1965, sorte d'anomalie juridique dans notre histoire, a été abrogé et remplacé par le Code de 2012.

L'intouchabilité des élites, répétons-le, est solidement ancrée dans l'esprit collectif. Il s'agit d'une pensée qui subvertit l'esprit du peuple et la fonction et le fonctionnement du système juridique. Contrairement à la loi et par une « normalisation » *de facto* de la barbarie, elle récompense une minorité en lui donnant le droit de tout occuper sans rien sauvegarder, de tout utiliser et de tout raser sans rien préserver. Voici l'origine de la conflagration contre l'environnement au Brésil et la pierre d'achoppement sur le chemin de la réalisation de la primauté du droit en matière d'environnement. C'est également dans ce contexte que s'inscrivent les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des exigences en matière de protection des forêts.

IV. Une évaluation préliminaire de la primauté du droit en matière d'environnement au Brésil

La question de savoir si le Brésil, dans l'absolu, dispose d'un programme constitutionnel et juridique minimalement satisfaisant pour la primauté du droit en matière d'environnement s'est vu recevoir une réponse affirmative ci-dessus. Je passe maintenant à la question suivante, plus complexe : quel degré de primauté du droit en matière d'environnement avons-nous dans la pratique ?

La primauté du droit en matière d'environnement est un idéal qui peut être visualisé sous la forme d'un spectre, reflétant des niveaux variables d'adhésion. Personne ne peut affirmer catégoriquement que cette aspiration a été pleinement satisfaite, où que ce soit dans le monde, notamment parce que les attentes en matière de contenu, de conditions existentielles et fonctionnelles et de normes d'évaluation ne sont pas gravées dans le marbre pour toujours. Elles fluctuent dans le temps et dans l'espace.

L'incertitude est d'autant plus grande qu'à ce jour, aucune jauge ou échelle n'a été inventée pour mesurer précisément la primauté du droit, ni, de la même manière, la primauté du droit en matière d'environnement⁸. Son architecture ou son squelette peut être radiographié, mais ses composants

8 L'élaboration d'une mesure de la primauté du droit n'est pas facile, bien qu'il s'agisse d'une tâche essentielle. Mesurer la qualité de la primauté du droit environnemental est peut-être une tâche encore plus complexe, car non seulement nous ne disposons pas des indicateurs nécessaires pour le faire, mais les données existantes « sont souvent incohérentes, difficiles à collecter et encore plus difficiles à comparer, compte tenu des différences entre les écosystèmes et de la grande diversité biologique à travers le monde. La mesure de la primauté du droit en matière d'environnement soulève des questions politiques délicates, car elle suppose que les gouvernements et les institutions s'ouvrent à un contrôle externe tout en étendant les droits de la société civile. Ces tensions, bien que présentes dans les pays développés, sont accrues dans les pays dominés par les conflits politiques et l'insécurité, ceux qui luttent pour mettre en place des institutions démocratiques et juridiques, et ceux qui subissent des pressions économiques ». Dunn, A. D., & Stillman, S. (2015). Advancing the environmental rule of law: a call for

séparés – briques et os – ne révèlent pas la forme finale, la vigueur et le dynamisme, en un mot, de l'édifice ou du corps juridique. Dans cette optique, Michel Prieur et Mohamed Ali Mekouar affirment à juste titre que « les États ont besoin d'évaluer avec précision *l'efficacité des lois et des traités environnementaux au moyen d'indicateurs juridiques cohérents*. Cela peut aider les gouvernements, les parlements et la société civile à suivre les progrès, les lacunes et les régressions, de manière à mesurer précisément le degré de mise en œuvre effective des lois et traités existants, et à tracer la voie vers des réformes appropriées, le cas échéant »⁹.

Les pessimistes (ou peut-être les réalistes) diront qu'il y a peu de choses encourageantes ou qui méritent d'être célébrées. Et ils le font avec des données incontestables. La liste des espèces menacées ne cesse de s'allonger. La déforestation et les incendies de forêt, en particulier en Amazonie, dans le Cerrado et dans le Pantanal, donnent une image de catastrophe constante, qui fait la une des journaux du monde entier et fait du Brésil un paria international. La qualité de nos eaux urbaines et rurales se détériore. Notre long et magnifique littoral souffre d'une destruction incessante, d'une occupation et d'une privatisation illégale des espaces publics. Plus à l'intérieur des terres, la contamination par les pesticides progresse, blessant et tuant les travailleurs pauvres, alors que nous devenons le grenier à blé de l'humanité. Les réserves autochtones sont envahies en plein jour par des milliers de personnes à la recherche de métaux précieux, de diamants et de bois, laissant dans leur sillage une traînée de misère, de maladies, de terres dévastées et d'extermination culturelle.

Face à ce tableau incongru d'une législation étendue et d'une application juridique déficiente, je pense que la primauté du droit en matière d'environnement au Brésil est confrontée à a) *un problème de forme* (des règles déficientes concernant la langue et la technique législative), b) *un problème de contenu* (des règles faibles et contradictoires concernant les valeurs épousées et les mécanismes de protection correspondants), c) *un problème de mise en œuvre* (un grand fossé entre la norme et le cercle des infractions, ainsi que l'absence d'indicateurs pour évaluer l'efficacité des exigences légales), et d) *un problème d'institutions* (des organismes environnementaux politiquement affaiblis et souffrant d'une pénurie inexcusable de moyens financiers et de personnel). Il en résulte un dysfonctionnement de la crédibilité de la législation environnementale et une fragilité de la primauté du droit en matière d'environnement.

Le drame d'une déforestation illégale colossale sur le terrain est un exemple éloquent de l'écart entre la théorie et la pratique lorsqu'il s'agit de la primauté du droit en matière d'environnement au Brésil.

V. Les lacunes dans la pratique du droit en matière d'environnement : l'exemple de la déforestation

La conclusion que l'on peut tirer de tout ce qui précède est qu'il existe au Brésil un sérieux décalage entre deux éléments du droit de l'environnement (et de la primauté du droit en matière d'environnement) qui devraient au contraire toujours aller de pair : une bonne législation et une bonne application de la loi. Le pays dispose d'une sorte de paradis législatif-environnemental qui contraste

measurement, in 21. *Southwestern Journal of International Law*, n. 2, p. 292.

9 Prieur, M., & Mekouar, M. A. (2021) Fostering legal indicators for sustainable development. *Perspectives*, n. 40, Disponible sur : <https://www.unep.org/fr/node/29545>. Consulté le 21 juillet 2023, *accentuation ajoutée*.

avec l'enfer désespérant de la mise en œuvre de l'environnement. Cependant, même les bonnes lois environnementales ne peuvent pas toujours exister paisiblement dans le paysage politique brésilien, car elles sont toujours susceptibles d'être soudainement affaiblies, réduites ou simplement abrogées.

Dès 1993, j'ai remarqué que :

[...] les efforts de réglementation sont beaucoup plus faciles que ceux de mise en œuvre. Après tout, l'activité de réglementation n'impose pas de coûts élevés : les organes législatifs existent pour cela. Toutefois, la mise en œuvre, en particulier dans le domaine de l'environnement, nécessite un soutien humain, financier et technique considérable. Plus le manque de conformité entre la réglementation et le comportement du groupe réglementé est important, plus les coûts de mise en œuvre seront élevés ou, en cas de déficience ou d'inexistence de cette dernière, plus la probabilité d'échec sera grande¹⁰.

J'ai souligné précédemment que l'expansion du discours sur les droits et l'atrophie du discours correspondant sur les devoirs est l'une des sources du fossé existant entre les dispositions et la réalité juridiques. Il serait toutefois erroné d'en conclure injustement que tous les segments de la société brésilienne ont une aversion innée pour la loi. Ce commentaire se réfère plutôt à certains secteurs de nos élites, qui considèrent les droits comme des privilèges de leur classe.

Une caractéristique incontestable de certains acteurs économiques et politiques brésiliens est une histoire documentée d'hostilité envers les forêts et, pire encore, envers la législation forestière, une antipathie qui est également dirigée de manière générale vers les protections statutaires des biens publics et des personnes les plus vulnérables de la société. Dans les années 1950, l'historien français Charles Morazé faisait état d'un « fossé entre le droit et les faits au Brésil »¹¹. Cette observation, si elle était appliquée au droit de l'environnement, ne serait que partiellement exacte. En fait, une majorité de la population brésilienne ne soutient pas les actions contraires à la loi, telles que la déforestation illégale, comme l'ont montré à plusieurs reprises des sondages d'opinion dans les zones urbaines.

Contrairement à ce que disent les porte-parole des gouvernements fédéraux, des États et des municipalités (qui mettent en doute ou nient leurs responsabilités en matière d'environnement), ainsi qu'aux déclarations des représentants des segments les plus rétrogrades de l'agro-industrie (en particulier ceux qui font pression de manière répétée pour abroger et diluer la législation actuelle), la déforestation à grande échelle n'est pas due à l'action des populations traditionnelles ou des petits agriculteurs ruraux vivant avec leur famille sur les terres qu'ils travaillent. Bien au contraire, ces événements destructeurs sont financés par et à la demande d'individus et d'entreprises qui n'ont souvent aucun lien autre que financier avec le territoire. Les principaux coupables sont de riches propriétaires terriens et des hommes d'affaires des grandes villes et capitales de la région ou même d'autres grandes villes éloignées telles que São Paulo, Rio de Janeiro et Brasília, à des centaines ou des milliers de kilomètres de la dévastation qu'ils causent¹².

10 Benjamin, A. H. (1993). A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público. (The implementation of environmental legislation: the role of the Public Attorney General) Dans : Benjamin, A. H. (coord.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. (*Environmental damage : prevention, reparation and repression*.) São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 370.

11 Morazé, C. (1954). *Les trois âges du Brésil*. Paris : Librairie Armand Colin, p. 194.

12 À une autre occasion, j'ai écrit : « Ne nous laissons cependant pas abuser par les arguments de certains gouvernements latino-américains qui affirment que la déforestation est le résultat de l'exploitation des ressources naturelles par ces populations "pauvres". Les déforestations les plus importantes et les plus dévastatrices ont été le résultat d'actions menées par de grandes entreprises, tant nationales que

Les élites brésiliennes traitent les lois régissant la responsabilité sociale avec un certain laxisme. Le déficit dans ce contexte n'est pas lié ni limité à une sous-évaluation des forêts. Il s'agit plutôt d'un déficit de notre culture juridique, une complicité culturelle à l'égard de l'illégalité, comme nous l'avons mentionné précédemment, qui conduit à la pathologie que, lors d'une autre occasion, j'ai appelée « *leis de mentirinha* » ou « lois fantoches », des lois qui sont adoptées mais qui ne seront jamais ou presque jamais appliquées. Il s'agit de *lois amulettes* conçues pour détourner les critiques des faiblesses de la législation elle-même ou de son application, des lois que les gens refusent de suivre ou ne se soucient pas de suivre correctement, ou pour lesquelles le respect n'est tout au plus que sélectif, et pas dans les contextes où il serait le plus critique, c'est-à-dire dans les régions confrontées à des taux immenses de déforestation et de destruction d'habitats pratiquement intacts, comme l'Amazonie.

Le laxisme en matière de respect de la loi peut s'expliquer par un autre trait culturel, peu connu des experts étrangers, à savoir le *jeito brasileiro* (« la manière brésilienne »), aussi difficile à traduire dans les langues anglo-saxonnes que notre sens de la « *saudade* ». À ma connaissance, un seul juriste a écrit en détail sur le sujet, une note sociologique essentielle pour décrypter la mise en œuvre théâtrale de l'environnement qui prévaut ici. Je me réfère à deux articles de Keith Rosen, professeur américain, l'un datant de 1971¹³ et l'autre de 1984¹⁴.

Le *jeito*, ou mieux, l'affectueux diminutif *jeitinho*, qui sert à le banaliser et à atténuer l'indignation face à l'atteinte aux fondements de la primauté du droit, a beaucoup à voir avec la déconnexion entre la réalité juridique, la réalité institutionnelle et la réalité sociale. Cette déplorable idiosyncrasie culturelle (et, pour être juste, la complicité légale également) a été magistralement décrite par Charles Morazé comme « l'habileté, la manœuvre ingénieuse qui rend l'impossible possible, l'injuste, juste, et ce qui est illégal, légal », et ce « à la grande tristesse des fonctionnaires les plus zélés et les moins astucieux »¹⁵. Sans tenir compte de la pratique coutumière du *jeito*, je doute que nous puissions commencer à comprendre le fonctionnement, mais surtout le non-fonctionnement, de notre système juridique.

Les messages législatifs et politiques contradictoires qui offrent quelque chose d'une main et le reprennent des deux mains sont une autre cause de l'échec de la mise en œuvre : un comportement qui contribue largement à la perception populaire selon laquelle nous ne sommes pas confrontés à une urgence juridique et environnementale, ni à une nécessité absolue, ni à un besoin critique de permanence et de fidélité à une loi qui a déjà été promulguée. Il va de soi qu'une telle attitude est totalement incompatible avec la primauté du droit et, par conséquent, avec la primauté du droit en matière d'environnement. J'ajouterai qu'au Brésil, il n'est pas rare qu'une loi sur l'environnement énonce une chose et qu'un politicien ou un juriste de l'*ancien régime* la contredise et prêche ouvertement l'insubordination. Selon tous les critères, une telle situation devrait être très préoccupante.

multinationales. L'État encourage souvent, par des incitations fiscales et des crédits, l'abattage non durable des forêts ». Benjamin, A. H. (1995). A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. (*Protection de l'environnement dans les pays moins développés : le cas de l'Amérique latine*). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 0, p. 89.

13 Rosen K. S. (1971). The jeito: Brasil's institutional bypass of the formal legal system and its development implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 3, p. 514-549.

14 Rosen K. S. (1984). Brazil's legal culture: the jeito revisited. *Florida International Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-43.

15 Morazé, C. (1954). *Les trois âges du Brésil*. Paris : Librairie Armand Colin, 1954. p. 195.

L'aphorisme de la primauté du droit en tant que loi à laquelle il faut obéir est transformé en *obéissez à la loi si vous le voulez* ou, pire, *obéissez si vous êtes un imbécile*.

Ce diagnostic sévère ne préconise en aucun cas de paralyser l'évolution du système juridique. Une fois promulguées, les lois susciteront toujours des critiques, des réformes et des améliorations, qui font partie intégrante du processus législatif démocratique. Les parlementaires sont chargés de rédiger et de modifier la loi, contrairement aux juges, qui se limitent à imposer son respect, sans renoncer, bien entendu, à la tâche d'interpréter et de concilier les lois avec les paramètres constitutionnels, le droit international et les principes généraux de l'ordre juridique. Mais ce qui est inacceptable, car incompatible avec la primauté du droit en matière d'environnement, c'est de modifier la législation de manière irrationnelle, pour des motifs qui nient ou contredisent les connaissances scientifiques, ou, ce qui est tout aussi pernicieux, d'incorporer des ajouts qui ne tiennent pas compte des principes et objectifs fondamentaux de la discipline juridique en question ou qui lui sont contraires, ou encore, ce qui est encore plus répugnant, de prendre des mesures pour des raisons qui ne peuvent être divulguées.

Pour illustrer le drame des messages législatifs contradictoires, je mentionnerai les amnisties répétées en matière de déforestation (par exemple, le nouveau code forestier de 2012, qui a considérablement assoupli l'obligation de récupérer les zones illégalement déboisées avant le 22 juillet 2008). Des amnisties sont également accordées dans le cadre d'invasions criminelles et de saisies de terres publiques. J'énumère ces événements récurrents sans exprimer de jugement de valeur sur l'opportunité des réformes, et encore moins sur l'orientation des partis politiques. Je ne fais que constater un fait législatif.

Un autre exemple de la faiblesse institutionnelle de la protection de l'environnement, qui dans ce cas affecte directement la relation entre le gouvernement fédéral et l'État, est l'approbation en 2011 de la loi complémentaire 140, qui « rend » aux États, l'autorité administrative principale en matière d'autorisation de défrichement des forêts. Cette décision a été prise alors que les États n'ont jamais eu un tel monopole, et elle exclut désormais le gouvernement fédéral (à quelques exceptions près) de toute action dans un domaine aussi important du droit de l'environnement.

Malheureusement, les amnisties législatives qui se sont produites ne seront probablement pas les dernières. En fait, les grands déboiseurs et spoliateurs de terres au Brésil vivent dans l'attente constante d'une grâce future, applicable non seulement aux crimes environnementaux consommés, mais aussi à la validation de la saisie illégale de terres publiques. De ce point de vue, notre primauté du droit en matière d'environnement reste fragile, constamment menacée d'être vidée de sa substance et incapable de tenir les promesses énoncées dans la législation d'appui. Voici le chemin : invasion, coupe de la forêt, amnistie et, en prime, privatisation de terres publiques.

Il est clair que toutes ces actions et tous ces comportements de perversion du processus juridique sont contraires au cœur de la primauté du droit en matière d'environnement, quel que soit l'archétype théorique qu'il adopte (procédural ou substantiel), puisqu'ils transforment la mise en œuvre des lois en une chimère ou en une plaisanterie. Sans une mise en œuvre efficace, la primauté du droit en matière d'environnement ne deviendra jamais ce qu'elle est censée être et ce qu'elle devrait être. Les lois et les ordres ne sont acceptés en tant que tels que « si l'on croit qu'ils seront respectés et appliqués. S'il y a un doute à ce sujet, les actions des autorités ont vraisemblablement d'autres finalités que celle de réguler les comportements »¹⁶.

16 Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Cambridge : Harvard University Press, p. 208.

En droit de l'environnement, les « autres finalités » sont souvent un camouflage et provoquent des réactions cosmétiques de la part des législateurs et des administrateurs, une ruse commode pour protéger l'image des détenteurs du pouvoir, en particulier aux yeux de la communauté internationale, toujours prête à exiger l'adoption de lois, mais rarement en mesure de vérifier le contenu, le sérieux et la durabilité de leurs prescriptions et, plus important encore, incapable d'être vigilante quant à leur respect ou non.

Conclusion : de bonnes lois ne garantissent pas à elles seules l'efficacité des droits et obligations en matière d'environnement

En résumé, il est juste de dire que nous avons de bonnes lois environnementales au Brésil, mais que nous souffrons des maux d'une réglementation inconstante et d'un faible niveau d'efficacité réglementaire, même si nous avons un accès remarquable à la justice pour les litiges liés à la protection de la nature, de la santé et des paysages.

Face à cette situation, il est urgent de mettre en place un système d'*indicateurs de mise en œuvre environnementale*.

Références

Beatty, D. M. (2005). *The ultimate rule of law*. Oxford : Oxford University Press.

Benjamin, A. H. (1993). A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público. Dans: Benjamin, Antonio Herman (coord.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : Revista dos Tribunais.

Benjamin, A. H. (1995). A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 0, p. 83-105.

Benjamin, A. H. (2012). *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília : Federal Senate Federal.

Dunn, A. D., & Stillman, S. (2015). Advancing the environmental rule of law: a call for measurement, in 21. *Southwestern Journal of International Law*, n. 2.

Morazé, C. (1954). *Les trois âges du Brésil*. Paris : Librairie Armand Colin.

Pound, R. (1910). *Law in the books and law in action*. *American Law Review*, vol. 44, p. 12-36.

Prieur, M. & Bastin, C., & Mekouar, A. (2021). *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement : Des indicateurs juridiques au service du développement durable*. Bruxelles : Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18493>

Prieur, M., & Mekouar, M. A. (2021). Fostering legal indicators for sustainable development. *Perspectives*, n. 40, Mai 2021. Disponible sur : <https://www.unep.org/pt-br/node/29545>. Consulté le 21 juillet 2023.

Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Cambridge : Harvard University Press.

Rosenn, K. S. (1971). The jeito: Brasil's institutional bypass of the formal legal system and its development implications. *The American Journal of Comparative Law*, v. 19, n. 3, p. 514-549.

Rosenn, K. S. (1984). Brazil's legal culture: The jeito revisited. *Florida International Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-43.

Voigt, C. (2013). *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*. Cambridge : Cambridge University Press.

A propos de l'auteur

Nommé juge de la Haute cour nationale du Brésil (STJ, selon son sigle portugais) en 2006, le professeur **Antonio Herman Benjamin** est président de l'Institut judiciaire mondial pour l'environnement (GJIE, selon son sigle anglais), l'organisation rassemblant les juges de Cours suprêmes et juges du monde entier qui travaillent sur le droit de l'environnement, et secrétaire général du « Conseil consultatif international pour la justice environnementale » du PNUE, le Programme des Nations Unies pour l'environnement. Il a reçu le prix Elizabeth Haub 2015 du droit de l'environnement et est ambassadeur de bonne volonté pour la justice environnementale de l'Organisation des États américains, l'OEA. Le juge Benjamin est chevalier de l'ordre national de la Légion d'honneur de France et commandeur de l'ordre du roi Léopold de Belgique. En 2020, des scientifiques brésiliens ont donné son nom à une espèce d'orchidée récemment découverte dans la forêt amazonienne : *Bulbophyllum antoniobenjaminii*. Il a été professeur à la faculté de droit de l'Université catholique de Brasilia et doyen de l'Académie nationale de la magistrature du Brésil (ENFAM, selon son sigle portugais). Le professeur Benjamin est un ancien président de la Commission mondiale de l'UICN du droit de l'environnement (CMDE) et de l'Association brésilienne des anciens élèves Fulbright.



**UNION INTERNATIONALE POUR LA
CONSERVATION DE LA NATURE**

SIÈGE MONDIAL

Rue Mauverney 28

1196 Gland, Suisse

Tel +41 22 999 0000

Fax +41 22 999 0002

www.iucn.org/fr

www.iucn.org/resources/publications