



PANTHÉON SORBONNE
UNIVERSITÉ PARIS 1

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT À L'ÉPREUVE DES PILIERS SOCIAL ET ÉCONOMIQUE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

*Assiste-t-on à une renaissance
de la notion de développement
durable ?*

DUHAMEL, E. (dir.), MAGNIEN, C. et RIBREAU, N.

TROISIÈME ÉDITION – MAI 2026


UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE
ÉCOLE DOCTORALE
DROIT DE LA SORBONNE

LS
LES SEMESTRIELLES DE L'EDDC

**LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT À L'ÉPREUVE DES PILIERS SOCIAL ET
ÉCONOMIQUE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE**
« Assiste-t-on à une renaissance de la notion de développement durable ? »

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	p. 1
PRÉSENTATION DES SEMESTRIELLES DE L'EDDC.....	p. 3
ÉDITORIAL par Elodie DUHAMEL.....	p. 5
I. LA MISE EN ŒUVRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE PAR LE JUGE DANS LE CADRE DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE.....	p. 11
1. DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DANS LE DOMAINE NUCLÉAIRE CIVIL : VECTEURS D'ÉVOLUTIONS ET PERSPECTIVES DE COHÉRENCE par Juliette TRINQUET.....	p. 13
2. LA TRANSITION INJUSTE AU PRÉTOIRE : FOCUS SUR LES ENTREPRISES par Sühendan GÖKSAL-NIZIER.....	p. 33
II. LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE.....	p. 49
1. LE RÔLE DE LA FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE DANS LA CONCILATION DES DIFFÉRENTS PILLIERS DU DÉVELOPPEMENT DURABLE : COMPARAISON FRANCE-DANEMARK À L'AUNE DE L'UNION EUROPÉENNE par Margot DURY...p.	51
2. L'ÉVOLUTION SINUEUSE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS À L'ÈRE DE L'ANTHROPOCÈNE : LA ZLECAF et L'ASEAN À LA LUMIÈRE DU « VERDISSEMENT » DES ACCORDS ÉCONOMIQUES INTERNATIONAUX par Sanae BOUYAYACHEN.....	p. 65
III. L'ARBITRAGE ÉTATIQUE DES INTÉRÊTS AU FONDEMENT DU DÉVELOPPEMENT DURABLE.....	p. 81
1. LA RÉGULATION INDÉPENDANTE EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE : LEÇONS SUR LA CONSTRUCTION ET LA DÉCONSTRUCTION DU MODÈLE AMÉRICAIN par Nikos GKEKAS.....	p. 83
2. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES ACCORDS HORIZONTAUX : APPROCHE COMPARÉE UE-ETATS-UNIS par Emma BURSZTEJN.....	p. 101

REMERCIEMENTS

L'ensemble de l'équipe des Semestrielles de l'EDDC tient à adresser ses plus vifs remerciements aux membres du comité scientifique ayant procédé à une seconde relecture des articles de cette troisième édition.

- Monsieur David CAPITANT, Professeur des Universités en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (UMR 8103)
- Madame Laurence DUBIN, Professeure des Universités en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (UMR 4536)
- Madame Marine FLEURY, Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Picardie Jules Verne, Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, épistémologie et sciences sociales (UMR 7319)
- Monsieur Jean-Charles ROTOULLIÉ, Professeur des Universités en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Sorbonne, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (UMR 8103)

LES SEMESTRIELLES DE L'EDDC

Les *Semestrielles de l'EDDC* sont conçues comme un rendez-vous organisé chaque semestre où chercheuses et chercheurs, doctorantes et doctorants, professeures et professeurs en droit, ainsi que spécialistes émanant de la société civile, échangent et débattent autour d'un thème juridique faisant l'actualité.

Imaginé en 2023 par des doctorantes au sein de l'École doctorale de droit comparé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ces rendez-vous s'inscrivent dans une vision comparatiste, transdisciplinaire mais aussi transnationale.

Ces regards kaléidoscopiques visent à promouvoir une recherche ouverte, en créant des ponts dans des univers normalement cloisonnés et en favorisant les contributions de jeunes chercheuses et chercheurs.

ÉDITORIAL

Elodie DUHAMEL

*Docteure en droit comparé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Paris-Est Créteil
Qualifiée aux fonctions de maître de conférences en Droit public*

Cofondatrice des Semestrielles de l'EDDC

Enjeu global et transgénérationnel, le droit de l'environnement a pris racine dans le contexte international. Dès la Déclaration de Stockholm de 1972, les États ont affirmé que la protection de l'environnement devait être pensée collectivement et dans l'intérêt des générations futures¹. Ces considérations nouvelles n'échappèrent pas au paradigme cartésien de la modernité, fondant la domination de l'Homme sur la Nature, et à ses implications juridiques, conduisant à une stricte séparation des objets et sujets de droit. Elles aboutirent néanmoins à l'apparition du concept de développement durable, envisagé comme une réaction crédible aux limites apparentes du modèle capitaliste dominant.

Le développement durable fut pour la première fois défini comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs » par le rapport *Our common future* de 1987, dirigé par Madame Brundtland dans le cadre de la Commission des Nations Unies sur l'environnement et le développement². Le cadre conventionnel s'en est ensuite rapidement imprégné, qu'on pense à la Convention sur la diversité biologique, dressant la liste des mesures à prendre pour assurer la protection et l'utilisation durable des ressources biologiques³, à la Convention cadre sur les changements climatiques, disposant en son article 3 que « les parties doivent préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures⁴ » ou à la Convention de Paris sur la lutte contre la désertification, défendant une approche intégrée en vue de contribuer à l'instauration d'un développement durable dans les zones touchées⁵, entre autres⁶. À la même époque, la Cour

¹ En doctrine, ces générations futures constituent une figure récurrente d'entité non personnifiée, appréhendée tant sur le plan juridique (par ex. BROWN WEISS, E., « In Fairness To Future Generations and Sustainable Development », *American University International Law Review*, vol. 8, no 1, 1992, pp. 19-26), que sur celui philosophique et éthique (voir, pour illustration, JONAS, H., *Le Principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, « Champs essais », Paris, 2013 [1979], 464 p.).

² Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous (rapport Brundtland)*, Éditions du Fleuve, Montréal, 1988.

³ Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, 1760 R.T.N.U. 79 (UNTS 30619), art. 6.

⁴ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992, entrée en vigueur le 21 mars 1994, 1771 R.T.N.U. 107 (UNTS No. 30822), art. 3.

⁵ Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, Paris, 17 juin 1994, entrée en vigueur le 26 décembre 1996, 1954 R.T.N.U. 3 (UNTS No. 33480), art. 1 à 3 (pour une présentation de l'objectif ainsi poursuivi et des principes sur lesquels il repose).

⁶ On peut également relever son intégration dans le cadre européen, comme par exemple dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004 qui affirmait que « L'Union œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité

internationale de justice, dans l'affaire du *Gabcikovo-Nagymaros*, rappelait par ailleurs la nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement⁷. Traduite dans l'ordre juridique par son intégration lexicale au champ conventionnel ou jurisprudentiel, il apparaissait néanmoins que cette notion de développement durable n'était ni contraignante ni unitaire.

Elle était en revanche discutée. Hérétique⁸, trop mou pour pouvoir être utile⁹, idéologique¹⁰, le développement durable fit l'objet d'une réticence prononcée de la part de la doctrine. Certains ont pu souligner l'ambigüité de l'association des termes de durabilité et de développement, l'absence de définition précise du développement durable étant comprise comme servant une lecture productiviste neutralisante¹¹. D'autres ont également pu affirmer que le développement durable ne conduisait les pouvoirs publics qu'à poursuivre une stratégie de compromis avec les acteurs économiques, en échouant par conséquent à assurer la conservation des ressources et la limitation de la croissance¹².

Néanmoins, dès 1992, « il apparaissait que la promotion du développement durable impliquait des 'aspects juridiques inévitables'¹³ ». La Conférence de Rio de 1992 a en effet consacré des principes associés, tels que l'intégration, la participation, la précaution et les principes de responsabilités communes mais différenciées des États et de pollueur-payeur¹⁴, permettant de définir un cadre substantiel basé sur un large consensus, destiné à imprégner les jurisprudences, conventions et lois ultérieures. Si la juridicité du développement durable n'est aujourd'hui plus contestable, l'analyse de sa construction corrobore donc l'affirmation selon laquelle les mots du Droit ne seraient que de simples fictions opératoires auxquelles des sens sont progressivement assignés¹⁵.

Le développement durable serait-il devenu aujourd'hui une notion juridique établie, capable d'imposer aux États une coordination de ses trois piliers économiques, sociaux et

des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social et à un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » (Traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 310, 16 décembre 2004, pp. 1-474 ; art. 1.3, sect. 3)

⁷ CIJ, Affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), CIJ, arrêt 25 septembre 1997 : Rec. CIJ 1997, [sect] 140.

⁸ DEL REY, M.-J., « Développement durable : l'incontournable hérésie », *D.*, 2010, p. 1493.

⁹ GOUGUET, J.-J., « Développement durable et décroissance, deux paradigmes incommensurables », in *Mél. M. Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 124.

¹⁰ PALLEMAERTS, M., « La Conférence de Rio : Grandeur ou décadence du droit international de l'environnement », *RBDI*, n° 1, 1995, p. 175.

¹¹ ROMI, R., *Droit et administration de l'environnement*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 2007, p. 6.

¹² CLERC, O., « L'Union européenne face au défi de l'anthropocène : du droit du développement durable aux droits de la nature ? », *Revue québécoise de droit international*, Numéro spécial, Novembre 2018, p. 56.

¹³ TRÉBULLE, G. F., « Fasc. 2400 : Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 25 avril 2025, [1^{er} juillet 2010], §2

¹⁴ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 14 juin 1992, Doc. N.U. A/CONF.151/26 (Vol. I), annexe I ; principes 4, 7, 10, 15 et 16.

¹⁵ BOURDIEU, P., *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil, Paris, 2007, p. 286.

environnementaux ?¹⁶ Ce principe d'intégration, intrinsèquement ambigu¹⁷, offre-t-il finalement une lecture favorable au droit de l'environnement ? Assisterait-on à une renaissance de la notion de développement durable ? Ce sont à ces questions que nos contributeurs ont tenté de répondre lors de cette troisième édition des Semestrielles de l'EDDC, *Le droit de l'environnement à l'épreuve des piliers social et économique du développement durable*.

Certaines contributions, d'abord, ont cherché à interroger la mise en œuvre du développement durable par le juge dans le cadre de la transition énergétique.

À partir de l'exemple du nucléaire civil, Madame Juliette TRINQUET a mis en évidence les tensions structurelles du développement durable. Si le nucléaire participe à réduire les émissions de gaz à effet de serre, en substituant aux énergies fossiles des sources bas-carbone, il met en effet à l'épreuve l'exigence de protection des générations futures, au regard de la gestion des déchets radioactifs à longue durée. Dans ce contexte, l'auteur relève que la jurisprudence mobilise « les déclinaisons les plus opératoires de la notion, et notamment la protection des droits des générations futures¹⁸ ». L'analyse de l'office des juges européen, constitutionnel et administratif dans le contrôle des objectifs de neutralité carbone, à travers l'essor des contentieux climatiques, met en lumière la large marge d'appréciation laissée aux États dans la détermination de leur mix énergétique. Laissé libre, le législateur, tant national qu'euro-péen, reconnaît la nécessité d'y inclure l'énergie nucléaire, généralement appréhendée comme une voie de transition indispensable à la décarbonation. Sa qualification de source énergétique durable demeure toutefois subordonnée à l'évaluation rigoureuse des modalités de gestion des déchets radioactifs. Dans cette perspective, la réversibilité du système de stockage envisagé est appréciée à l'aune de la protection des générations futures, dans une approche essentiellement procédurale.

Madame Sühendan GÖKSAL-NIZIER, pour sa part, a souhaité questionner l'importance croissante du contentieux de la transition juste, notamment en matière de transition énergétique. Celui-ci soulève des questions de justice et d'équité dans l'appréciation des activités, des politiques ou des projets visant à lutter contre le changement climatique. Loin de traduire une opposition de principe à l'action climatique, le recours au juge exprime une contestation des modalités de sa mise en œuvre. Les litiges portés devant les juridictions témoignent ainsi de la confrontation d'intérêts divergents inhérents à la transition énergétique. Le développement de parcs éoliens, la construction de barrages hydroélectriques ou encore l'exploitation de matières premières peuvent, en effet, engendrer des atteintes à la biodiversité, aux ressources en eau, au patrimoine culturel, voire aux droits humains. Dans ce cadre, les requérants, s'appuyant notamment sur le devoir de vigilance, cherchent à prévenir les dérives d'une transition énergétique conduite au mépris de leurs droits et libertés fondamentaux, ainsi que des exigences de protection de l'environnement.

¹⁶ Pour Xavier Bioy, la « notion » correspond à un terme de droit positif pour lequel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers, tandis que le « concept » ne permet, lui, que de décrire le fonctionnement des notions. (BIOY, X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in TUSSEAU, G., (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, Paris, 2009, p. 38).

¹⁷ NEURAY, J.-F., *Droit de l'environnement*, Bruylant, Paris, 2001, § 34.

¹⁸ TRINQUET, J., « Développement durable et droit de l'environnement dans le domaine du nucléaire civil : vecteurs d'évolutions et perspectives de cohérence », in DUHAMEL, E. (dir.), MAGNIEN C. et RIBREAU N., *Actes de la troisième édition des Semestrielles de l'EDDC*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, publication en ligne : <https://ed-droit.pantheonsorbonne.fr/semestrielles-de-lecole-doctorale-de-droit-compare>, 2026, p. 16.

D'autres contributions se sont attachées à évaluer les instruments économiques mobilisés au service du développement durable.

Dans cette perspective, Madame Margot DURY a examiné le rôle de la fiscalité dans la conciliation des différents piliers du développement durable, à partir d'une étude comparative des législations danoise et française. Son analyse a ainsi souligné un double déséquilibre conduisant à interroger directement la solidité du pilier social du développement durable : la répartition inéquitable des coûts environnementaux entre les contribuables et l'affectation contestable des recettes issues de la fiscalité environnementale. Persiste alors, selon elle, une question centrale : celle de la réallocation de ces recettes, pour laquelle tant les cadres nationaux qu'europeens peinent encore à garantir un financement effectif et pérenne de la protection de l'environnement.

Madame Sanae BOUYAYACHEN s'est ensuite intéressée, pour sa part, à l'intégration des logiques du développement durable dans les accords internationaux d'investissement, à travers l'étude de deux ensembles régionaux du Sud global : l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). L'autrice soutient que ces cadres offrent désormais des voies crédibles de conciliation entre les exigences économiques, sociales et environnementales en matière d'investissement. Plus souples et mieux adaptés aux réalités locales, ils permettent aux États de renforcer la protection des écosystèmes, de promouvoir les énergies renouvelables et de rééquilibrer leurs relations avec les investisseurs étrangers. En filigrane se dessinerait ainsi une évolution significative du droit international de l'investissement : le passage d'un modèle largement dominé par les investisseurs et les mécanismes d'arbitrage internationaux à une gouvernance plus polycentrique, dans laquelle les États hôtes du Sud global réaffirment leur capacité à encadrer les enjeux économiques et écologiques.

Les dernières contributions, enfin, ont tenté d'appréhender l'arbitrage étatique des intérêts au fondement du développement durable.

S'appuyant sur le droit de l'environnement américain, Monsieur Nikos GKEKAS a éclairé un positionnement diamétralement opposé à celui du modèle européen. Rejetant une approche fondée sur la protection des droits fondamentaux, le législateur américain a en effet privilégié une logique de régulation, notamment à travers la création d'une autorité fédérale dédiée : l'*Environmental Protection Agency*. Forte de son expertise, cette agence vise à assurer un équilibre entre les différents piliers du développement durable. Toutefois, depuis une dizaine d'années, son pouvoir normatif est fortement limité, voire neutralisé, par les interprétations originalistes de la Cour suprême à majorité conservatrice. Dans ce contexte, l'auteur interroge la viabilité du paradigme environnemental américain, en soulignant l'émergence, au sein du contentieux, de stratégies portées par certaines organisations environnementales visant à reconfigurer le droit de l'environnement autour d'une logique de fondamentalisation, en écho au modèle européen.

Un diagnostic convergent quant à l'érosion du pilier environnemental dans l'ordre juridique américain a ensuite été formulé par Madame Emma BURSZTEJN à partir d'une analyse comparée des politiques de concurrence au sein de l'Union européenne et des États-Unis. Tandis que le droit de l'Union connaît un processus croissant d'intégration normative des exigences de durabilité dans le sillage du Pacte vert, le droit américain demeure, dans ses textes, largement silencieux quant à l'articulation entre politique de concurrence et développement durable. En pratique, l'autrice met en évidence une inflexion mesurée mais réelle des pratiques décisionnelles de la Commission européenne, traduisant une prise en compte progressive de la durabilité dans l'application du droit de la concurrence. Une telle évolution contraste avec la dynamique observée outre-Atlantique. Sur place, l'hostilité générale à l'égard de l'intégration

de préoccupations de durabilité au sein du droit *antitrust* semble en effet faire obstacle à l'affirmation du développement durable comme notion juridique opératoire.

Au terme de ces analyses, la question d'une éventuelle renaissance du développement durable demeure posée. Une lecture hâtive pourrait accrédi ter l'idée générale d'un essoufflement, sinon d'un recul, de la notion. Une analyse plus exigeante invite toutefois à nuancer ce constat. Le juge, en s'appropriant de manière croissante la notion de développement durable confirme sa consolidation progressive dans l'ordre juridique. De même, sa mobilisation par les États du Sud global comme instrument de rééquilibrage des rapports politiques et économiques internationaux révèle le renouvellement de sa portée stratégique.

Ces manifestations de son appréhension au service du droit de l'environnement ne suffisent cependant pas à lever les ambiguïtés inhérentes à la notion. L'absence de définition stabilisée du développement durable continue en effet de fonctionner comme un espace de permissivité. Permissivité dans son éviction, d'abord, lorsque sa prise en compte se trouve écartée dans la mise en balance avec d'autres intérêts juridiquement protégés. Permissivité dans sa mobilisation, ensuite, en raison de la souplesse qu'autorise son indétermination conceptuelle. Ce caractère extensible a par exemple récemment conduit la Commission européenne à juger la finance durable de l'Union européenne compatible avec l'investissement dans le secteur de la défense¹⁹. Sous cette interprétation, la notion de développement durable contribue à qualifier d'éthiques les investissements dans certaines bombes incendiaires, munitions, obus, parmi d'autres objets de guerre.

Dès lors, si le développement durable ne semble pas avoir disparu du champ juridique, sa signification apparaît plus disputée que jamais. Lorsqu'elle n'est pas effacée, la notion semble s'étendre, au risque de la voir se diluer, en emportant avec elle son pilier environnemental.

¹⁹ Commission notice on the application of the sustainable finance framework and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive to the defence sector, *Journal officiel de l'Union Européenne*, Bruxelles, C(2025) 3800/3, 30 décembre 2025, point 1(4).

**I. LA MISE EN ŒUVRE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE PAR LE JUGE DANS
LE CADRE DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE**

**DEVELOPPEMENT DURABLE ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DANS LE
DOMAINE DU NUCLEAIRE CIVIL : VECTEURS D'EVOLUTIONS ET
PERSPECTIVES DE COHERENCE**

Juliette TRINQUET

Docteure en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Résumé : L'énergie nucléaire, faiblement émettrice de gaz à effet de serre, constitue un pilier essentiel de la transition énergétique et un levier déterminant pour atteindre la neutralité carbone, conformément aux engagements internationaux de la France. Son intégration dans les objectifs du développement durable soulève toutefois des enjeux juridiques, liés notamment aux conditions de gestion à long terme des déchets radioactifs. Le contrôle juridictionnel mobilise les concepts du développement durable, comme la protection des générations futures et la réversibilité des choix. Les décisions récentes illustrent une approche fondée sur des garanties procédurales destinées à organiser la réévaluation des solutions à la lumière des avancées scientifiques.

Mots-clés : nucléaire ; transition énergétique ; neutralité carbone ; générations futures ; déchets.

INTRODUCTION

« [L]es droits de ceux qui nous succéderont [...] inscrits dans les devoirs de ceux qui existent »²⁰ : ainsi Jacques-Yves COUSTEAU formulait-il en 1992 l'exigence d'une responsabilité transgénérationnelle. Cette injonction, qui invite à penser la protection de l'environnement au-delà de l'horizon présent, irrigue depuis les années 1970 la construction du droit international de l'environnement, qui dès la Déclaration de Stockholm de 1972, affirme que la protection de l'environnement doit être pensée « *dans l'intérêt des générations futures et présentes* ».

La Commission mondiale sur l'environnement et le développement approfondit cette perspective quinze ans plus tard : le rapport Brundtland de 1987 définit le développement durable comme « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* »²¹ en insistant sur son caractère dynamique et procédural, comme processus de transformation orientant ressources, investissements, techniques et institutions²². La Conférence de Rio de 1992 parachève cette dynamique en érigeant des principes structurants, tels que l'intégration, la participation, la précaution et le principe du pollueur-payeur, qui confèrent au développement durable une fonction de matrice normative destinée à encadrer l'action publique²³.

Cette rapidité de diffusion s'est accompagnée d'une réception doctrinale contrastée : la notion a été qualifiée d'ambiguë (S. BRUNEL)²⁴, voire de floue (G. PIERATTI, J.-L. PRAT)²⁵. Certains y voient une idée « *trop molle pour être utile* » (J.-J. GOUGUET)²⁶ ou une formule à la portée surtout incantatoire (A. KISS et J.-P. BEURIER)²⁷. En revanche, pour François-Guy TREBULLE, le développement durable est devenu une notion juridique à part entière, caractérisée par sa vocation intégrative et par l'exigence de cohérence qu'elle impose aux différentes branches du droit²⁸. Pierre-Marie DUPUY le décrit comme une « *matrice*

²⁰ DJEMNI-WAGNER S., (dir.), *Droit(s) des générations futures*, Paris, Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, 2023, p. 37.

²¹ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (CMED), *Notre avenir à tous*, Montréal, Éd. du Fleuve, 1989, p. 349.

²² TRÉBULLE, F.-G., « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2400, 2010, mise à jour en 2023, n° 22-25.

²³ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 14 juin 1992, principes 4, 10, 15 et 16.

²⁴ BRUNEL S., « Les ambiguïtés du développement durable », *Sciences Humaines*, 2009. [Format html : disponible sur : https://www.scienceshumaines.com/les-ambiguites-du-developpement-durable_fr_13912.html].

²⁵ PIERATTI G. et PRAT J.-L., « Droit, économie, écologie et développement durable : des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, p. 421.

²⁶ GOUGUET J.-J., « Développement durable et décroissance, deux paradigmes incommensurables », in PRIEUR M. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 124.

²⁷ KISS A. et DOUMBE-BILLE S., *Droit international de l'environnement*, Pédone, 3e éd., 2004, n° 917.

²⁸ TREBULLE François-Guy, « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2400, 2010, mise à jour en 2023, n° 1 : « [l]a notion de développement durable, qui donne lieu à des appréciations divergentes, est désormais pleinement une notion juridique dont la cohérence apparaît malgré la diversité de ses manifestations. Imposant une approche systémique, elle peut être perçue tout à la fois comme formulant un objectif général, un impératif de développement durable et impliquant l'identification d'objectifs aux aspects plus restreints ».

Aussi, le développement durable peut néanmoins être défini juridiquement comme un processus évolutif visant à améliorer la qualité de vie humaine, fondé sur la conciliation entre la croissance économique, l'équité sociale, le respect de l'environnement et la préservation des générations futures (Convention de coopération pour la protection et le développement durable de l'environnement maritime et côtier du Pacifique Nord-Est (Antigua, 18 févr. 2002), art. 3). Il repose ainsi sur trois piliers interdépendants, économique, social et environnemental, qu'il s'agit de coordonner plutôt que d'opposer (TREBULLE F. G., « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2400, 2010, mis à jour en 2023, para. 3).

conceptuelle» définissant la perspective générale dans laquelle les principes déjà établis doivent être restitués²⁹.

Ces appréciations doctrinales divergentes ne sauraient occulter la réalité désormais établie de sa juridicité : le développement durable constitue un cadre normatif structuré reposant sur la coordination tripolaire de ses piliers économiques, sociaux et environnementaux³⁰, sur un principe d'intégration³¹, et sur une méthode de conciliation « *sans fusion* » entre intérêts divergents³². Il s'accompagne également d'une exigence de cohérence³³, d'une prise en compte renouvelée de la temporalité longue³⁴ et d'un impératif d'évaluation des conséquences (Y. RUMPALA et C. OFFREDI)³⁵.

En droit interne, cette juridicisation se déploie selon des modalités plus circonscrites. Plutôt que d'évoquer la logique tripolaire du développement durable, les décisions récentes mobilisent davantage des principes spécifiques, tels que la solidarité intergénérationnelle, la préservation des conditions d'existence des générations futures ou encore la réversibilité des choix techniques, qui n'épuisent pas le contenu doctrinal du développement durable, mais en constituent les déclinaisons contemporaines les plus opérationnelles.

À la lumière de ces analyses, le développement durable apparaît comme un concept, un objectif et un ensemble de principes qui structurent aujourd'hui les ordres juridiques international, européen et interne. En droit français, la Charte de l'environnement, notamment son préambule, prévoit ainsi que « *les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* », consacrant la portée constitutionnelle de cette exigence.

Ce cadre conduit à s'interroger sur la place du nucléaire civil dans la transition énergétique. Celle-ci vise en effet à substituer aux énergies fossiles des sources bas-carbone afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre (ci-après « GES ») et constitue, à ce titre, un instrument privilégié du développement durable. L'énergie d'origine nucléaire, faiblement carbonée et disponible à des coûts de production compétitifs permet de satisfaire les besoins croissants liés à l'électrification des usages. Partant, celle-ci se positionne comme l'un des moyens nécessaires à cette transition énergétique et, par extension, au développement durable.

Cette place est d'autant plus affirmée que l'État français est tenu par des engagements climatiques de plus en plus contraignants. En effet, la France doit respecter les objectifs issus de l'Accord de Paris (2015), du règlement (UE) 2021/1119 fixant une réduction d'au moins 55 % des émissions nettes à l'horizon 2030 et l'atteinte de la neutralité climatique en 2050, ainsi que ceux découlant du Code de l'énergie (art. L. 100-4) et de la Stratégie nationale bas-carbone, qui prévoit des budgets carbone contraignants (C. env., art. L. 222-1 A et L. 222-1 B). Le respect de ces engagements fait désormais l'objet d'un contrôle juridictionnel renforcé, comme l'ont illustré les décisions Grande-Synthe (CE, 19 nov. 2020) et Affaire du

²⁹ DUPUY P.-M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDI publ.* 1997, p. 873. En tant que « *matrice conceptuelle* », le développement durable se présente comme un « *processus concerté d'amélioration* » (Conseil économique, social et environnemental, *La stratégie nationale de développement durable 2009-2013*, Avis présenté par Ph. Le Clézio, adopté le 27 janv. 2010), orienté vers l'intégration des enjeux environnementaux, sociaux et économiques.

³⁰ TRÉBULLE F.-G., « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2400, 2010, mise à jour en 2023, n° 3.

³¹ NEURAY J.-F., *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, para. 34.

³² TOUZET A., « Droit et développement durable », *Revue du droit public*, 2008, p. 453.

³³ TRÉBULLE F.-G., « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2400, 2010, mise à jour en 2023, n° 5.

³⁴ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », n° 213 et s.

³⁵ RUMPALA Y., « Le "développement durable" comme systématisation d'une gestion des conséquences », in EBERHARD C. (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 179 ; OFFREDI C. (dir.), *La dynamique de l'évaluation face au développement durable*, Paris, L'Harmattan, 2004.

siècle (TA Paris, 3 févr. 2021). Sous cet angle, le développement durable opère comme une ressource normative légitimant le recours au nucléaire.

Toutefois, la filière nucléaire constitue également un révélateur des tensions structurelles du développement durable : si elle participe à l'objectif climatique, elle met simultanément à l'épreuve l'exigence de protection des générations futures. Le choix du nucléaire soulève en effet, à son tour, la question de la durabilité de cette filière, notamment en raison de la production de déchets radioactifs à longue durée de vie, susceptibles d'engendrer des effets délétères sur l'homme – générations futures y compris – et sur l'environnement. En réponse à ces préoccupations et conformément au principe posé par la loi Bataille (L. n° 91-1381 du 30 décembre 1991, art. 1er) selon lequel la gestion de ces déchets doit être assurée « *dans le respect de la protection de la nature, de l'environnement et de la santé, en prenant en considération les droits des générations futures* », un dispositif rigoureux de conditionnement et de gestion des déchets est mis en place afin spécifiquement de contenir la dispersion des radionucléides dans la biosphère durant le temps nécessaire à la décroissance de leur radioactivité³⁶. Sous cet autre angle, le développement durable devient une contrainte normative pesant sur la filière.

Ainsi, l'ambivalence du développement durable apparaît avec acuité dans le domaine nucléaire : il constitue à la fois un vecteur d'expansion, par l'argument climatique fondé sur la faible intensité carbone de cette énergie, et un vecteur de contrainte, au regard de la gestion des déchets et de l'exigence de protection des générations futures. Dans ce contexte, le renouveau du développement durable, passant d'un principe ayant une simple valeur programmatique à destination du législateur à un réservoir de principes mobilisables par le juge³⁷, fournit une grille d'analyse intéressante pour la filière nucléaire. La jurisprudence mobilise à ce titre les déclinaisons les plus opératoires de la notion, au premier rang desquels la protection des droits des générations futures. Cette dynamique confère au juge une responsabilité accrue, mais dont l'exercice demeure toutefois délicat. En effet, si de nombreux contentieux environnementaux impliquent une forte technicité, le nucléaire se distingue par plusieurs caractéristiques qui amplifient cette difficulté : une dépendance structurelle à une expertise scientifique hautement spécialisée³⁸ ; des temporalités inédites, se mesurant en siècles voire en millénaires ; et l'irréversibilité potentielle de choix techniques tels que le stockage géologique profond. À ces spécificités s'ajoutent des enjeux stratégiques majeurs tenant à la souveraineté énergétique et au rôle central de l'État dans cette filière. Dès lors, le juge doit concilier la nécessité d'un

³⁶ CEA, « Déchets radioactifs : quels effets ou risque pour la santé ? », [Format pdf disponible sur : https://www.cea.fr/multimedia/Documents/publications/clefs-cea/archives/fr/009-11pflury_53fr.pdf].

³⁷ LASSERRE B., *discours devant la Cour de cassation sur le thème « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges »*, 21 mai 2021. [Format html disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-environnement-les-citoyens-le-droit-les-juges-introduction-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>]. Voir en particulier Cons. Const., 27 oct. 2023, n°2023-1066 QPC, *Association Meuse nature environnement et autres* ; Cons. Const., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, *Loi d'orientation des mobilités*, paragr. 36 et 37 (le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, contrôlé une disposition programmatique visant la décarbonation des transports d'ici 2050).

³⁸ La dépendance du droit nucléaire à une expertise scientifique spécialisée est expressément consacrée par le droit positif. En droit interne, la loi n° 2024-450 du 21 mai 2024 a réorganisé la gouvernance de la sûreté en créant l'Autorité de sûreté nucléaire et de radioprotection (ASNR), issue de la fusion de l'ASN et de l'IRSN, réunissant ainsi fonctions de régulation et compétences techniques et scientifiques. Le Code de l'environnement confirme cette architecture : l'article L. 592-1 définit les missions générales de l'ASNR en matière de sûreté et de radioprotection, tandis que les articles L. 592-24-2 et L. 592-24-4 prévoient sa mission d'expertise, d'appui technique aux pouvoirs publics et son accès aux données nécessaires à l'évaluation des risques.

A l'échelle internationale, l'AIEA joue aussi un rôle d'expert. Son Statut (1956) lui confère une compétence normative et méthodologique déterminante : l'article II fixe la mission de promouvoir l'usage sûr de l'énergie nucléaire ; l'article III.A (para. 1-3 et 6) habilite l'Agence à élaborer des normes de sûreté et à fournir une assistance scientifique ; l'article VIII organise la collecte et la diffusion d'informations techniques. Ces dispositions, combinées, montrent que le contrôle juridique du nucléaire repose structurellement sur une expertise technique institutionnalisée et internationalement encadrée.

contrôle effectif avec la prudence qui s'impose dans un secteur où l'expertise, la technicité et les implications politiques limitent sa capacité à se substituer aux autorités compétentes.

Quels sont les défis juridiques et environnementaux auxquels la filière nucléaire doit répondre pour concilier son rôle stratégique dans la transition énergétique avec les impératifs du développement durable ?

D'une part, le nucléaire s'impose comme l'un des leviers essentiels de la transition énergétique, portée par des engagements étatiques de plus en plus reconnus et sanctionnés par le juge, ce qui lui confère une place majeure dans le développement durable (I). D'autre part, force est de constater que la durabilité de la filière nucléaire elle-même se pose avec acuité, notamment au regard du contrôle juridictionnel portant sur la protection des générations futures et sur les conditions de traitement et de gestion à long terme des déchets radioactifs, qui constituent des déclinaisons centrales du développement durable (II).

I. LE NUCLEAIRE : LEVIER DE LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE AU SERVICE DES OBJECTIFS DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

La transition énergétique vers la neutralité carbone nécessite une évaluation minutieuse des composantes des systèmes énergétiques. Dans ce contexte, le juge est saisi pour vérifier que la trajectoire énergétique définie par les États est cohérente et réalisable au regard des objectifs climatiques (A). L'énergie nucléaire, source bas carbone, constitue une solution nécessaire pour atteindre les objectifs de neutralité carbone (B).

A. Le respect des objectifs de neutralité carbone : une trajectoire contrôlée par le juge

L'objectif de neutralité carbone a trouvé un écho normatif dans l'Accord de Paris sur le Climat adopté le 12 décembre 2015 dans le cadre des négociations de la COP21³⁹. La quasi-totalité des États se sont accordés pour poursuivre cet objectif, constitué par l'équilibre entre les émissions de GES et leur compensation permise par les puits ou réservoirs de carbone, tels que les forêts. Bien que les États n'aient pas accepté de se voir imposer d'objectifs spécifiques de réduction de leurs émissions de GES, ils se sont néanmoins engagés à atteindre des cibles qu'ils se sont eux-mêmes fixées⁴⁰. En 2019, la Commission européenne a lancé la feuille de route environnementale dans le « *Pacte vert pour l'Europe* », reprenant les objectifs de la neutralité carbone ambitionnée à l'horizon 2050 et de réduction de ses émissions d'au moins 55 % en CO² en 2030, par rapport au niveau de 1990. Ces objectifs ont été déclinés dans plusieurs règlements européens⁴¹.

Ces engagements ont ouvert la voie à des actions en contentieux climatique contre les personnes privées⁴² et les États, dont l'affaire *Commune de Grande-Synthe* constitue un exemple marquant : le Conseil d'État, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, y a contrôlé la compatibilité de l'action de l'État avec sa trajectoire nationale de réduction des

³⁹ Conférence des États parties issue de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), Traité international adopté en 1992 et entré en vigueur le 21 mars 1994, ratifié par 197 États.

⁴⁰ Ces engagements figurent dans les contributions déterminées au niveau national, qui concernent les GES et les efforts menés pour s'adapter à leurs effets nocifs.

⁴¹ Les objectifs du Pacte vert pour l'Europe ont été déclinés en particulier dans le règlement (UE) 2021/1119 du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et le règlement (UE) 2023/857 qui modifie le règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions des GES.

⁴² Cour régionale d'Essen, 15 décembre 2016, *Lliuya c. RWE, AZ. 2 O 285/15* (opposant un paysan péruvien à l'énergéticien RWE).

émissions de GES, enjoignant le Premier ministre, en 2021 et en 2023, d'adopter des mesures supplémentaires pour garantir le respect des objectifs climatiques⁴³.

Parallèlement, le juge administratif mobilise la voie de la responsabilité. En 2021, dans « *L'affaire du siècle* »⁴⁴, le Tribunal administratif de Paris a reconnu que des associations de défense de l'environnement étaient fondées à soutenir que l'État devait être tenu pour responsable de l'aggravation du préjudice écologique, en raison du surplus d'émissions de GES résultant du non-respect de ses engagements dans le cadre du premier budget carbone, conformément aux obligations internationales et nationales de la France⁴⁵.

Ces affaires témoignent, chacune différemment, de la force normative des objectifs climatiques, lesquels, ancrés dans le droit international et la loi nationale, revêtent un caractère contraignant, et non pas simplement programmatique, et peuvent être invoqués devant le juge. Ainsi, dans l'affaire du siècle, le juge administratif retient la responsabilité de l'État en raison de l'aggravation du préjudice écologique résultant du dépassement du premier budget carbone. Dans la série des décisions Grande-Synthe, le Conseil d'État opère un « *contrôle de la trajectoire* », ou de « *contrôle de conformité par anticipation* », veillant à s'assurer à la date à laquelle il statue que les objectifs fixés pour des échéances futures pourront être atteints⁴⁶.

Une autre voie, issue du droit comparé, repose sur la mobilisation d'une obligation constitutionnelle objective. Dans sa décision du 24 mars 2021⁴⁷, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a fondé son contrôle sur l'article 20a de la Loi fondamentale, qui impose à l'État de protéger « *les fondements naturels de la vie* » au bénéfice des générations présentes et futures. Sans reconnaître un droit subjectif à la protection du climat, le juge allemand en déduit une obligation de planification climatique suffisamment ambitieuse pour ne pas reporter, après 2030, des charges excessives sur les générations futures. Il a ainsi censuré une partie de la loi fédérale jugée insuffisante au regard de cette exigence constitutionnelle.

Enfin, le recours à la protection des droits fondamentaux constitue une autre voie de judiciarisation du respect des objectifs climatiques. Dans l'affaire *Urgenda*⁴⁸, les juridictions

⁴³ L'affaire *Commune de Grande-Synthe* constitue la démonstration la plus emblématique de la prise en compte des engagements climatiques de l'État par le juge. Par sa décision du 19 novembre 2020 (Grande-Synthe I), le Conseil d'État s'est borné à reconnaître la recevabilité du recours et à relever que, compte tenu du dépassement du premier budget carbone et des incertitudes entourant la trajectoire définie par le décret du 21 avril 2020, il ne disposait pas des éléments suffisants pour statuer : il a donc ordonné un supplément d'instruction afin d'évaluer la compatibilité de l'action de l'État avec les objectifs de réduction des émissions de GES (Conseil d'État, 19 nov. 2020, *Commune de Grande-Synthe*, req. n° 427301).

Ce n'est qu'à l'issue de ce supplément d'instruction que, dans sa décision du 1^{er} juillet 2021 (Grande-Synthe II), le Conseil d'État a jugé que le refus opposé par le Premier ministre de prendre des mesures supplémentaires était incompatible avec la trajectoire nationale de réduction des émissions, au regard de l'article L. 100-4 du Code de l'énergie et du règlement (UE) 2018/842. Il a alors annulé ce refus et enjoint au Premier ministre de prendre, avant le 31 mars 2022, les mesures nécessaires pour infléchir la courbe des émissions (Conseil d'État, 1^{er} juillet 2021, req. n° 427301).

Le contrôle s'est ensuite poursuivi dans le cadre du juge de l'exécution, conduisant aux décisions des 10 mai 2023 (Grande-Synthe III) et 24 octobre 2025 (Grande-Synthe IV) : dans la première, le Conseil d'État a constaté la persistance d'insuffisances et réitéré son injonction, se réservant la faculté de prononcer une astreinte (Conseil d'État, 10 mai 2023, req. n° 467982) ; dans la seconde, il a finalement estimé que les mesures adoptées étaient suffisantes et a clos le contentieux (Conseil d'État, 24 octobre 2025, req. n° 467982).

⁴⁴ T. administratif de Paris, 3 fév. 2021, *Oxfam France et a.*, n°1904967.

⁴⁵ Cf. Code civil, art. 1246 : « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* ».

⁴⁶ LASSERRE B., *discours devant la Cour de cassation sur le thème « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges »*, 21 mai 2021. [Format html disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-environnement-les-citoyens-le-droit-les-juges-introduction-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>].

⁴⁷ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale (Cour de Karlsruhe), 24 mars 2021.

⁴⁸ Pays-Bas, Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, *Urgenda*, confirmé par la Cour suprême des Pays-Bas le 20 déc. 2019. La décision de la Cour suprême marque un tournant en consacrant pour la première fois l'obligation pour un État de se conformer aux objectifs mondiaux de réduction des émissions de GES. La juridiction a estimé qu'un

néerlandaises ont déduit des articles 2 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après CESDH) des obligations positives imposant à l'État de réduire ses émissions afin de prévenir des atteintes graves au droit à la vie et au respect de la vie privée. Dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) a également conclu à la violation de l'article 8 de la CESDH dans le cadre du contentieux climatique. La juridiction de Strasbourg souligne que « l'insuffisance de l'action passée de l'État pour lutter contre le changement climatique [...] se traduit à l'échelle mondiale par une aggravation des risques de conséquences négatives et des menaces [...] qui en découlent pour la jouissance des droits de l'homme. »⁴⁹

Les États et acteurs privés doivent ainsi composer avec un nouveau paysage juridictionnel, marqué par l'irruption du contentieux environnemental. Il convient de noter que le juge administratif dispose d'un outil d'une efficacité redoutable pour assurer l'exécution de ses décisions : l'injonction, qui lui permet d'ordonner à l'administration, au sens large, de prendre une mesure d'exécution déterminée, le cas échéant dans un délai fixé, et d'assortir cette injonction d'une astreinte pour en garantir l'effectivité (art. L. 911-1 et s. du Code de la justice administrative). Ce pouvoir peut notamment conduire le juge à prescrire la réouverture d'une instruction (art. L. 911-2 du Code de la justice administrative) ou, plus généralement, à imposer la mise en œuvre de mesures concrètes. Ainsi, dans l'affaire *Association les amis de la terre*, le Conseil d'État exigea du Gouvernement qu'il prenne des mesures pour diminuer la pollution de l'air, sous astreinte de 10 millions d'euros par semestre de retard⁵⁰.

B. Le respect des objectifs de neutralité carbone : l'inclusion nécessaire de l'énergie nucléaire dans le mix énergétique

Le choix des pouvoirs publics d'intégrer l'énergie nucléaire au mix énergétique repose sur sa capacité à produire une électricité faiblement carbonée, fiable et continue, de manière à répondre à la demande croissante d'électricité, et ce, à des coûts compétitifs. Si ce choix fait l'objet de discussions quant à sa place exacte dans la transition énergétique, il s'appuie néanmoins sur une littérature scientifique largement convergente quant au rôle significatif que le nucléaire peut jouer dans l'atteinte des objectifs de neutralité carbone⁵¹. Selon le rapport « *Futurs énergétiques 2050* » du Réseau de transport d'électricité (ci-après RTE), la combinaison de l'énergie nucléaire et des énergies renouvelables est présentée comme le scénario le plus viable et économiquement avantageux pour les consommateurs⁵². Les trajectoires d'atténuation élaborées par les principales institutions internationales (GIEC, AIE, AIEA et AEN-OCDE), compatibles avec un réchauffement limité à 1,5 °C ou 2 °C, prévoient

devoir de protection des citoyens contre les causes et les conséquences du changement climatique incombe à l'État en vertu des articles 2 et 8 de la CESDH protégeant le droit à la vie. Ainsi, il revient à l'État de définir des objectifs de réduction des émissions de GES conformes au consensus scientifique, aux engagements internationaux ainsi qu'à sa constitution.

⁴⁹ CEDH [GC], 9 avril 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n° 53600/20, point 413.

⁵⁰ Conseil d'État (Ass.), 10 juillet 2020, *Les Amis de la Terre et autres*, n° 428409.

⁵¹ Les émissions de CO² sur l'ensemble du cycle de vie (comprenant les matières premières, la construction, la fabrication du combustible, le démantèlement et la gestion des déchets) sont estimées à 12gCO²/kWh par le GIEC, ce qui équivaut à celles de l'éolien. En France, elles se situent autour de 4gCO²/kWh, grâce à l'utilisation d'une électricité bas carbone dans plusieurs phases du cycle du combustible. Voir EDF, *Analyse Cycle de Vie du kWh nucléaire*, 2022, p. 44. [Format pdf disponible sur : https://www.edf.fr/sites/groupe/files/2022-06/edfgroup_acv-4_etude_20220616.pdf].

⁵² RTE, *Futurs énergétiques 2050*, Rapport complet, février 2022. Les scénarios de décarbonation envisagés par diverses institutions internationales, telles que le GIEC, l'OCDE et l'UE, intègrent une composante nucléaire aux côtés des énergies renouvelables d'ici à 2050.

quasi systématiquement une augmentation significative de la capacité nucléaire mondiale, souvent de l'ordre d'un doublement d'ici 2050⁵³.

En exerçant un contrôle de conformité par anticipation sur les objectifs de réduction des GES, le juge privilégie un examen limité des moyens mis en œuvre pour atteindre ces objectifs. Il s'abstient de substituer son appréciation à celle du législateur, en particulier dans des domaines où l'action publique se heurte à une forte complexité et à des contraintes, dans un contexte scientifique et technique évolutif.

Ainsi, la CJUE a reconnu dans l'affaire *Hinkley Point* le droit pour les États de déterminer leur mix énergétique, leur laissant ainsi le choix de recourir à l'énergie nucléaire⁵⁴. Cette solution, adoptée dans le cadre du contrôle des aides d'État et de l'articulation entre le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le traité Euratom, confirme la large marge d'appréciation dont disposent les États en matière de politique énergétique. Cette déférence, quoique dans un registre juridique différent, fait écho à la conclusion de la CEDH dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, où la Cour a souligné que, compte tenu de la complexité et de la nature des questions en jeu, elle ne saurait se montrer prescriptive quant aux mesures à mettre en œuvre⁵⁵. Dès lors, l'État dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour définir les mesures adéquates, en l'occurrence pour la quantification du budget carbone. Le juge constitutionnel français a également estimé qu'il ne lui appartenait pas de chercher si les objectifs auraient pu être atteints par d'autres voies, tant que les modalités retenues n'étaient pas « *manifestement inappropriées à ces objectifs* »⁵⁶, sous réserve « *des connaissances scientifiques et techniques* »⁵⁷.

En France, cette orientation est déclinée dans la Stratégie française pour l'énergie et le climat (ci-après « SFEC »), qui constitue la feuille de route nationale en matière de transition énergétique et climatique. La SFEC repose sur trois documents structurants : la Stratégie nationale bas-carbone (SNBC), qui définit les budgets carbone et la trajectoire d'atténuation jusqu'en 2050 ; la Programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), qui fixe la planification énergétique ; et le Plan national d'adaptation au changement climatique (PNACC)⁵⁸. Ces documents sont conçus pour être révisés conjointement afin de garantir la cohérence des politiques d'atténuation et d'adaptation.

⁵³ L'Agence internationale de l'énergie (AIE) a réévalué à la hausse la place du nucléaire dans son scénario « Net Zero » : sa capacité mondiale devrait passer de 417 GW en 2022 à 916 GW en 2050, afin de respecter une trajectoire compatible avec +1,5 °C définie par le GIEC. De même, dans son rapport Net Zero by 2050, l'AIE estime que la part du nucléaire dans le mix électrique devra augmenter pour atteindre environ 11 % en 2050, contre 5 % en 2020. L'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), s'appuyant à la fois sur le sixième rapport d'évaluation du GIEC (AR6) et sur les Perspectives énergétiques mondiales de l'AIE, souligne que toutes les trajectoires d'atténuation globales prévoient davantage d'électricité nucléaire pour limiter le réchauffement à 1,5 ou 2 °C, la plupart d'entre elles nécessitant un doublement ou plus de la production nucléaire mondiale d'ici 2050.

⁵⁴ CJUE, gr. ch., 22 sept. 2020, *République d'Autriche c. Commission européenne*, aff. C-594/18 P. La Cour confirme, au regard de l'article 107, para. 3, c) TFUE, la possibilité pour un État membre d'accorder des aides en faveur de nouvelles capacités nucléaires. Elle rappelle, d'une part, que le traité Euratom poursuit le développement de l'énergie nucléaire (préamb., art. 1er, art. 2, c)) et, d'autre part, que les États membres conservent, en vertu de l'article 194, para. 2, TFUE, la liberté de déterminer leur bouquet énergétique, incluant le nucléaire (pts 48-49). La Cour précise encore que les exigences du droit de l'environnement de l'Union (Charte, art. 37 ; TFUE, art. 11 et 194, para. 1) demeurent applicables au secteur nucléaire : une aide violant ces règles ne pourrait être déclarée compatible (pts 41-45)

⁵⁵ CEDH [GC], 9 avril 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et a. c. Suisse*, n° 53600/20, point 657.

⁵⁶ Cons. const., 27 oct. 2023, n°2023-1066, QPC, point 11.

⁵⁷ Cons. const., 27 oct. 2023, n°2023-1066, QPC, point 11. Voir aussi Cons. const., 21 juin 2023, n° 2023-851 DC, para. 28.

⁵⁸ Gouvernement français, L'élaboration de la Stratégie française pour l'énergie et le climat, [ressource électronique], 2023, [Format html disponible sur : <https://concertation-strategie-energie-climat.gouv.fr/lelaboration-de-la-strategie-francaise-pour-lenergie-et-le-climat>].

La stratégie énergétique actuelle prolonge les orientations annoncées par le chef de l'État lors du discours de Belfort du 10 février 2022 : la sobriété et l'efficacité énergétiques, l'accélération du développement des énergies renouvelables et, enfin, la relance de la filière nucléaire française. Ce dernier pilier prévoit en particulier l'exploitation efficace des réacteurs existants aussi longtemps que la sûreté le permet, la construction de nouveaux réacteurs (EPR2) et le lancement de grands programmes de recherche et développement.

La loi n° 2023-491 du 22 juin 2023 (JO du 23 juin 2023) visant la facilitation de la relance du nucléaire prévoit en particulier une actualisation de la planification énergétique, supprimant l'objectif de réduction à 50 % de la part du nucléaire dans le mix électrique à l'horizon 2035, ainsi que la suppression de la capacité de production d'électricité d'origine nucléaire à 63,2 GW.

Dans ce cadre, la troisième programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE3)⁵⁹, publiée le 12 février 2026, identifie explicitement la relance du nucléaire comme une composante majeure du mix énergétique décarboné. Elle vise à renforcer la production d'énergie bas-carbone, en particulier électrique, pour réduire la dépendance de la France aux énergies fossiles et atteindre environ 60 % d'énergie décarbonée dans la consommation finale d'ici 2030. La PPE3 repose sur un double pilier énergétique, nucléaire et renouvelables, considérés comme complémentaires : le nucléaire assure une production stable et pilotable, tandis que les renouvelables permettent une production locale et flexible. La PPE3 prévoit l'optimisation du parc existant (280 à 420 TWh en 2030), la construction de nouveaux réacteurs EPR2 (6 EPR2 et 8 en option), ainsi que le développement de technologies innovantes. À côté des réacteurs de forte puissance, la politique énergétique soutient également le développement de petits réacteurs modulaires (*small modular reactors ou advanced modular reactors, SMR/AMR*), destinés à compléter l'offre nucléaire par des unités de plus faible puissance en vue de la production électrique et de la chaleur industrielle, avec l'objectif de lancer au moins un prototype de petit réacteur nucléaire innovant de technologie différente à l'horizon du début de la décennie 2030. Leur essor est encouragé au travers du plan France 2030⁶⁰ et son instrument, l'appel à projets « Réacteurs nucléaires innovants »⁶¹.

L'Union européenne a aussi pris des mesures favorables à l'industrie nucléaire, à l'image de l'intégration de celle-ci dans la Taxonomie européenne comme activité transitoire. Ce cadre normatif, fondé sur le Règlement dit « Taxonomie » (UE) du 18 juin 2020⁶², établit une classification des activités économiques jugées durables, dans le cadre du plan d'action de l'Union pour la finance durable (Préambule, cons. 6). Il vise à orienter les investissements vers

⁵⁹ Le Gouvernement a publié la troisième Programmation pluriannuelle de l'énergie le 12 février 2026 (décret publié au Journal officiel le 13 février 2026), qui fixe les orientations énergétiques de la France jusqu'en 2035 et vise à renforcer la production d'énergie bas carbone, notamment électrique, pour réduire la part des énergies fossiles et assurer l'indépendance énergétique. La PPE3 s'inscrit dans la stratégie de décarbonation du système énergétique et repose sur l'électricité nucléaire et les énergies renouvelables comme piliers du mix énergétique décarboné. Elle prévoit une relance du nucléaire et un objectif de porter la part des énergies décarbonées à environ 60 % de la consommation finale d'ici 2030. Voir Gouvernement, PPE 3 : la nouvelle feuille de route énergétique de la France, 12 février 2026. [Format html disponible sur : <https://www.info.gouv.fr/actualite/ppe-3-la-nouvelle-feuille-de-route-energetique-de-la-france/>]. Dossier complet de la PPE3, 12 février 2026. [Format pdf disponible sur : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/2026/ppe3.pdf?v=1770958215>].

⁶⁰ « France 2030 » est un plan d'investissement de 54 milliards d'euros sur 5 ans, visant à soutenir l'innovation nucléaire : Gouvernement français, *France 2030*. [Format html disponible sur : <https://www.info.gouv.fr/grand-dossier/france-2030>].

⁶¹ Outil de mise en œuvre du volet nucléaire « France 2030 », l'appel à projets « Réacteurs nucléaires innovants » fut ouvert du 2 mars 2022 au 28 juin 2023 : Bpifrance, Appel à projets « Réacteurs nucléaires innovants », [Format html disponible sur : <https://www.bpifrance.fr/nos-appels-a-projets-concours/appel-a-projets-reacteurs-nucleaires-innovants>].

⁶² Règlement (UE) 2020/852 du Parl. européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088.

des activités durables. Selon la Commission européenne, une activité est durable dès lors qu'elle répond à deux critères : l'activité poursuit des objectifs environnementaux et elle ne cause pas de préjudice important à ces mêmes objectifs (*do no significant harm*)⁶³. Aussi, la Commission est chargée de préciser la liste des activités concernées et les critères d'évaluation associés.

Par un acte délégué (UE) 2022/1214 du 9 mars 2022, la Commission intègre, sous certaines conditions, les activités économiques de l'énergie nucléaire en tant qu'activités de transition nécessaires pour sortir des énergies fossiles et contribuer à la réalisation des objectifs de décarbonation. Cette inclusion est notable, puisqu'elle aboutit à reconnaître le rôle du nucléaire dans la lutte contre le changement climatique et son absence d'impact significatif sur l'environnement. Bien que des préoccupations aient été soulevées sur le stockage des déchets⁶⁴, la Commission, après une évaluation scientifique approfondie du *Joint Research Center*⁶⁵, conclut que « *les activités liées à l'énergie nucléaire sont des activités à faible intensité carbone* ». Cette analyse a été confortée par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt du 10 septembre 2025 (Autriche c. Commission, T-625/22), qui a rejeté le recours dirigé contre l'acte délégué⁶⁶ et validé l'inclusion du nucléaire parmi les activités durables de la taxonomie européenne, estimant que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation⁶⁷.

Cependant, si la filière nucléaire constitue un levier essentiel pour satisfaire aux exigences climatiques contrôlées par le juge, elle génère en retour des enjeux environnementaux propres, dont la gestion à très long terme appelle elle aussi un contrôle juridictionnel.

II. LA DURABILITE DE LA FILIERE NUCLEAIRE : LA PROTECTION DES GENERATIONS FUTURES ET LE PRINCIPE DE RÉVERSIBILITÉ

L'analyse des activités de la filière nucléaire sous le prisme du développement durable permet de mobiliser des concepts juridiques vecteurs d'évolution. En tant que source d'énergie faiblement carbonée, le nucléaire est souvent présenté comme un levier essentiel pour atteindre la neutralité carbone à l'horizon de 2050⁶⁸. Il suscite néanmoins des interrogations sur le risque

⁶³ Règlement délégué (UE) 2021/2139 de la Commission du 4 juin 2021 complétant le règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil par les critères d'examen technique permettant de déterminer à quelles conditions une activité économique peut être considérée comme contribuant substantiellement à l'atténuation du changement climatique ou à l'adaptation à celui-ci et si cette activité économique ne cause de préjudice important à aucun des autres objectifs environnementaux (JO L 442 du 9.12.2021). Les objectifs environnementaux mentionnés sont notamment la réduction du changement climatique, l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines, la transition vers une économie circulaire, la prévention et la réduction de la pollution, la protection et la restauration de la biodiversité.

⁶⁴ Joint Research Center, *Technical assessment of nuclear energy with respect to the "do no significant harm" criteria of Regulation (EU) 2020/852*, Science for Policy Report, 29 mars 2021. Le Joint Research Center conclut que « *there is no science-based evidence that nuclear energy does more harm to human health or to the environment than other electricity production technologies already included in the EU Taxonomy as activities supporting climate change mitigation* ».

⁶⁵ Joint Research Center, *Technical assessment of nuclear energy with respect to the "do no significant harm" criteria of Regulation (EU) 2020/852*, Science for Policy Report, 29 mars 2021, p. 11.

⁶⁶ Commission européenne, Règlement délégué (UE) 2022/1214 du 9 mars 2022, cons. 6, JOUE n°188, 15 juillet 2022, p. 1.

⁶⁷ TUE, 10 sept. 2025, Autriche c. Commission, T-625/22. Le Tribunal rejette le recours de l'Autriche dirigé contre le règlement délégué (UE) 2022/1214 et confirme que la Commission pouvait « *valablement considérer que certaines activités économiques liées à l'énergie nucléaire [...] peuvent contribuer substantiellement à l'atténuation du changement climatique et à l'adaptation à celui-ci* » et que la production d'énergie nucléaire est « *proche de zéro émission de gaz à effet de serre* », en l'absence d'alternatives bas carbone techniquement et économiquement disponibles en quantité suffisante.

⁶⁸ Voir *supra*.

de rejets radioactifs qui pourraient survenir à la suite d'un incident nucléaire ou, encore, sur la gestion des déchets. Si des mesures de sûreté et de sécurité permettent de réduire significativement le premier risque, la durée de vie particulièrement longue des déchets radioactifs soulève une question fondamentale : comment assurer leur gestion dans une perspective transgénérationnelle et garantir la protection de l'environnement sur le long terme ? Le contrôle juridictionnel des normes dans une perspective transgénérationnelle a ainsi conduit à la reconnaissance du risque que fait peser la production d'énergie nucléaire sur l'environnement (A). A cet égard, le juge a pu confirmer la validité de systèmes de gestion de déchets nucléaires, à la lumière d'un certain nombre de garanties pour la protection des générations futures (B).

A. Le contrôle juridictionnel de la gestion des déchets nucléaires dans une perspective transgénérationnelle

Le contrôle juridictionnel de la gestion des déchets nucléaires suppose d'abord de préciser les solutions techniques et le cadre normatif dans lequel il s'exerce. La gestion des déchets radioactifs repose sur deux solutions principales : le stockage en couche géologique profonde et l'entreposage. Le stockage géologique profond vise à isoler les déchets de la biosphère dans des installations conçues pour assurer leur confinement à long terme⁶⁹. Ce mode de stockage, retenu ou envisagé par plusieurs États dotés d'un parc électronucléaire⁷⁰, garantit un haut niveau de sûreté et de sécurité⁷¹ et confine la radioactivité sur de longues échelles de temps. En isolant les déchets radioactifs en profondeur, à l'abri des évolutions naturelles et des bouleversements sociétaux, le stockage géologique vise à protéger durablement la population, générations futures y compris, et l'environnement⁷². En pratique, en France, ces mesures concernent le projet Cigéo, reconnu d'utilité publique en 2022⁷³.

L'entreposage, quant à lui, constitue une solution temporaire, visant à conserver les déchets dans des installations de surface ou sub-superficielles et permettant leur récupération aisée en vue d'un conditionnement supplémentaire, d'un stockage en profondeur⁷⁴ ou d'un traitement ultérieur, tel que la transmutation lorsque celle-ci est techniquement envisageable.

En France, la gestion des déchets radioactifs est encadrée par la loi du 28 juin 2006 relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs. La filière de gestion dépend d'une classification, qui résulte de la pratique réglementaire encadrée par le Code de l'environnement, le plan national de gestion (PNG-MDR)⁷⁵ et l'inventaire national établi par l'ANDRA⁷⁶. Sont

⁶⁹ AIEA, *Stockage définitif des déchets radioactifs*, Collection Normes de sûreté No. SSR-5, 2011, p. 3.

⁷⁰ Sur l'état international du stockage géologique profond : aucun État ne dispose encore d'un site pleinement en exploitation. La Finlande est la plus avancée : son installation d'Onkalo est en phase d'essais de mise en service (ANDRA, *Journal de l'Andra – Manche*, n° 50, février 2025, pp.6-7. [Format PDF disponible sur : https://www.andra.fr/sites/default/files/2025-02/Journal-Andra-50-MANCHE_BAT-WEB-pages.pdf]). Le Tribunal foncier et environnemental suédois a donné son autorisation au projet de stockage profond de Forsmark en 2025 (*ibidem*).

⁷¹ Assemblée nationale, Rapport n° 3003, 29 mars 2006, Claude Birraux, fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, sur le projet de loi relatif à la gestion des matières et des déchets radioactifs. [Format html disponible sur : <https://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3003.asp>].

⁷² BOUTTES J.-P., GOLLIER C., MASCLE ALLEMAND A.-L., POMMERET A. et PREUD'HOMME É., *Contre-expertise de l'évaluation socioéconomique du projet de Cigéo*, rapport au Secrétariat général pour l'investissement, 2021 ; Agence pour l'énergie nucléaire, *Radioactive waste management in perspective*, 1995, p. 88. [Format pdf disponible sur : <https://www.oecd-nea.org/rwm/reports/1996/RWM%20Perspective%20142p%201996.pdf>].

⁷³ Décret n° 2022-992 du 7 juil. 2022 (JO 8 juil.), confirmé par le CE, 1^{er} déc. 2023, n° 467331, 467370.

⁷⁴ AIEA, *Stockage définitif des déchets radioactifs*, Collection Normes de sûreté No. SSR-5, 2011, p. 3.

⁷⁵ Le PNG-MDR constitue l'instrument central de planification. Il doit être révisé tous les trois ans et les décisions administratives doivent être compatibles avec lui : Code de l'environnement, art. L. 542-1-2.

⁷⁶ L'ANDRA est chargée d'établir et de mettre à jour tous les trois ans l'inventaire national, lequel utilise la classification TFA / FMA-VC / MA-VL / HA. : Code de l'environnement, art. L. 542-12.

distingués : les déchets à très faible activité (TFA), à faible et moyenne activité à vie courte (FMA-VC), à moyenne activité et vie longue (MA-VL) et à haute activité (HA). Cette classification dépend de deux critères : l'activité des radionucléides, mesurée en désintégrations par seconde (Bq), et la période de radioactivité, également appelée demi-vie, c'est-à-dire le temps au bout duquel l'activité d'un radionucléide est divisée par deux. On distingue ainsi les radionucléides de période courte (inférieure ou égale à 31 ans), dont la radioactivité est très fortement atténuée au bout d'une dizaine de périodes, soit près de trois siècles, et les radionucléides de période longue (supérieure à 31 ans)⁷⁷. Bien que la majorité des déchets radioactifs soient à faible ou moyenne activité, ceux à haute activité et à vie longue, issus principalement du combustible nucléaire, posent des défis majeurs. S'ils ne représentent en France que 3 % du volume des déchets de la filière nucléaire, ils constituent près de 99 % de leur radioactivité⁷⁸.

En France, le législateur a retenu, pour les déchets de HA et de MA-VL, la solution du stockage géologique profond, assortie d'un principe structurant : la réversibilité. Ce principe est inscrit dans la loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 et défini à l'article L. 542-10-1 du Code de l'environnement (rédaction issue de la Loi du 25 juillet 2016) : « [l]a réversibilité est la capacité, pour les générations successives, soit de poursuivre la construction puis l'exploitation des tranches successives d'un stockage, soit de réévaluer les choix définis antérieurement et de faire évoluer les solutions de gestion »⁷⁹. Cette réversibilité est garantie pour une durée minimale d'un siècle, conformément à l'article L. 542-10-1 du Code de l'environnement. À l'issue de cette période, une décision de fermeture définitive pourra être envisagée, après évaluation et dans le respect des procédures applicables. Elle implique un déploiement progressif du stockage géologique, phasant les opérations dans la durée et permettant de réexaminer périodiquement les décisions à la lumière des connaissances scientifiques et techniques. La réversibilité ne signifie donc pas la possibilité de « tout défaire » à tout moment : elle désigne une capacité organisée, limitée dans le temps et techniquement encadrée de revenir sur certaines étapes ou de récupérer des colis tant que les phases de fermeture ultérieure ne sont pas engagées⁸⁰.

Le traitement de ces déchets a conduit la juridiction constitutionnelle française à intégrer explicitement la protection des générations futures dans son contrôle. Dans une décision rendue sur QPC le 27 octobre 2023⁸¹, le Conseil constitutionnel a validé la Loi du 25 juillet 2016 qui précise les modalités de création d'une installation de stockage réversible en couche géologique profonde de déchets radioactifs de haute et moyenne activité à vie longue. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a interprété l'article premier de la Charte de l'environnement à la lumière de son préambule⁸², consacrant ainsi de manière presque inédite⁸³ le droit de « *chacun*

⁷⁷ ANDRA, *Déchets radioactifs : fini les idées reçues*. [Format html disponible sur : <https://www.andra.fr/dechets-radioactifs-fini-les-idees-recues>].

⁷⁸ ANDRA, *Déchets radioactifs, fini les idées reçues*. [Format html disponible sur : <https://www.andra.fr/dechets-radioactifs-fini-les-idees-recues>].

⁷⁹ Code de l'environnement, art. L. 542-10-1.

⁸⁰ ANDRA, *Options de réversibilité du stockage en formation géologique profonde*, C.NT.AHVL.09.0005.B, 2009, p. 9-20, sur la construction progressive de la notion de réversibilité et son intégration dans la doctrine de sûreté, p. 59-69 sur caractère progressif du stockage, l'organisation de réexamens périodiques et les limites de la récupérabilité. L'ensemble souligne que la réversibilité n'équivaut pas à une possibilité générale de revenir à l'état initial, mais constitue un mécanisme d'adaptabilité encadrée.

⁸¹ Cons. Const., 27 oct. 2023, n°2023-1066 QPC, *Association Meuse nature environnement et autres*.

⁸² L'ensemble des droits et devoirs de la Charte a valeur constitutionnelle : Cons. const. 19 juin 2008, n°2008-564 DC.

⁸³ En 2022, par une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé qu'il résultait du préambule de la Charte de l'environnement que la préservation de l'environnement devait être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation et que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne devaient

à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » dans une perspective transgénérationnelle. Ainsi, ce contrôle juridique des normes annonce une « *recomposition complexe et systémique du droit français* »⁸⁴. A ce titre, le droit des générations futures a été invoqué à nouveau à peine deux semaines après cette décision dans l'affaire *StocaMine* devant les juridictions administratives françaises, concernant un site d'enfouissement de déchets ultimes sous la nappe phréatique la plus importante d'Europe⁸⁵.

Cependant, la portée juridique de la protection des générations futures demeure incertaine. Elle soulève des interrogations relatives à son horizon temporel et à son contenu matériel. Jusqu'où s'étend cette obligation ? Concerne-t-elle uniquement les générations immédiatement suivantes, ou bien s'inscrit-elle dans une vision plus large, intégrant toutes les générations à venir jusqu'au déclin de l'humanité ? Fondamentalement, qu'est-il garanti à ces générations futures ? Les générations actuelles ayant bénéficié de la production d'électricité à partir de l'énergie nucléaire ont-elles la responsabilité intégrale de gérer les déchets radioactifs qu'elles ont produits⁸⁶ ? Selon une autre approche plus récente, les générations actuelles doivent-elles garantir aux générations futures la possibilité de réviser et d'adapter les choix présents selon leurs propres critères d'acceptabilité sociale et les avancées techniques ?

Le principal défi de la gestion des déchets radioactifs réside autant dans l'évolution constante des connaissances scientifiques et techniques que dans la dimension politique des choix publics relatifs à la gestion du long terme. Si le stockage géologique profond repose aujourd'hui sur des principes largement stabilisés, il s'inscrit néanmoins dans un processus historique que la sociologie des techniques décrit comme une dynamique d'« irréversibilisation », c'est-à-dire la consolidation progressive d'une solution technique devenue dominante au fil des décennies. En France, ce stockage est toutefois conçu comme réversible pendant au moins un siècle, permettant la récupération des colis avant qu'une fermeture définitive ne puisse être envisagée. A l'inverse, l'entreposage relève d'une logique de « réversibilisation », maintenant plus ouvertes les options futures et la possibilité de réexaminer certains choix à mesure que les connaissances évoluent⁸⁷. Ces approches traduisent des manières différentes de concevoir la gestion du long terme. Dans ce contexte, de nouvelles avancées scientifiques ou techniques peuvent conforter les dispositifs existants ou conduire à en réévaluer certains aspects. Par conséquent, il est difficile de juger de la pertinence des solutions actuelles en se basant uniquement sur une conception éthique figée de la responsabilité vis-à-vis des générations futures. L'évolution du cadre réglementaire accompagne ces progrès : à chaque avancée technique, les normes de sûreté sont renforcées, mais persiste une part d'incertitude inhérente à la détermination de la solution optimale à très long terme.

Dans ce contexte d'incertitude maîtrisée, le principe de réversibilité évite d'imposer immédiatement des choix irréversibles et préserve une certaine souplesse dans la gouvernance des déchets. Selon l'AIEA, certains matériaux issus des déchets radioactifs, tels que le plutonium et l'uranium, pourraient à long terme faire l'objet d'une valorisation sous réserve

pas compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins : Cons. Const, 12 août 2022, n°2022-843, DC.

⁸⁴ GAILLARD E., « Vers la reconnaissance d'un droit des générations futures ? – Réflexions autour de la QPC n°2023-1066 relative au stockage des déchets radioactifs en couche géologique profonde », *Revue Énergie – Environnement – Infrastructure*, 2023, comm. 93.

⁸⁵ T. administratif de Strasbourg, ord. réf., 7 nov. 2023, n°2307183.

⁸⁶ C'est la position privilégiée du Comité pour la gestion des déchets radioactifs de l'OCDE/AEN, opinion collective, « Les bases environnementales et éthiques d'un stockage géologique des déchets radioactifs à longue vie », cité dans : VIAL E., « Le concept de responsabilité envers les générations futures dans la gestion et le stockage des déchets radioactifs », AEA. [Format pdf disponible sur : <https://oecd-nea.org/law/nlbf/nlb-74/015-025.pdf>].

⁸⁷ Sur ces notions, v. BARTHE Y., *Le pouvoir d'indécision. La mise en politique des déchets nucléaires*, Economica, 2006.

que cette extraction soit un jour économiquement viable et techniquement possible⁸⁸. Ces derniers pourraient en effet être exploités dans le cadre de nouvelles stratégies énergétiques. En outre, la réversibilité ouvre la voie à l'intégration de technologies de gestion innovantes, permettant d'envisager de nouvelles approches, telles que la transmutation des déchets radioactifs⁸⁹.

Cette approche s'inscrit dans un contexte technologique en perpétuelle évolution. Les avancées scientifiques récentes, notamment l'émergence des réacteurs de quatrième génération et les progrès dans la fusion nucléaire⁹⁰, ouvrent la voie à des solutions susceptibles de réduire de manière significative la production de déchets hautement radioactifs. En particulier, les réacteurs à neutrons rapides offrent la possibilité d'optimiser l'utilisation du combustible nucléaire en recyclant certains déchets⁹¹. Par ailleurs, la transmutation des déchets, en convertissant les éléments radioactifs à longue durée de vie en substances moins nocives⁹², pourrait constituer une alternative prometteuse. Selon le Professeur d'université Gérard MOUROU, la transmutation par laser pourrait, si elle devenait opérationnelle, s'inscrire en complément du stockage géologique profond, lequel demeure adapté pour les déchets ultimes de HA et de MA-VL⁹³. Cette complémentarité repose sur l'idée que le dispositif de stockage géologique est conçu de manière progressive et adaptable afin de prendre en compte d'éventuelles avancées scientifiques.

Ces évolutions technologiques éclairent indirectement le contrôle juridictionnel : elles justifient que le juge vérifie la cohérence des garanties mises en place sans figer les choix techniques. À mesure que ces avancées technologiques redéfinissent les perspectives de l'industrie nucléaire, il est plausible que les termes du débat juridique sur la durabilité de cette filière évoluent en profondeur.

⁸⁸ AIEA, *Geological Disposal of Radioactive Waste: Technological Implications for Retrievability*, IAEA Nuclear Energy Series No. NW-T-1.19, 2009, p. 9.

⁸⁹ AIEA, *Geological Disposal of Radioactive Waste: Technological Implications for Retrievability*, IAEA Nuclear Energy Series No. NW-T-1.19, 2009, p. 9.

⁹⁰ La fusion ne génère pas de déchets nucléaires hautement radioactifs de longue durée. Voir WILLIS C., LIOU J., *La sûreté de la fusion : Un processus intrinsèquement sûr*, AIEA. [Format html disponible sur : <https://www.iaea.org/fr/energie-de-fusion/la-surete-de-la-fusion>].

⁹¹ Selon l'AIEA, alors que les réacteurs actuels n'utilisent qu'une fraction limitée de l'uranium naturel servant de combustible, les réacteurs à neutrons rapides exploitent presque la totalité de l'uranium contenu dans le combustible, permettant ainsi de produire jusqu'à 70 fois plus d'énergie. Cette avancée réduit significativement la nécessité de recourir à de nouvelles ressources en uranium. Les réacteurs à neutrons rapides possèdent également la capacité de produire davantage de combustible qu'ils n'en consomment, un phénomène connu sous le nom de « surgénération ». De plus, ils sont capables de brûler une partie des déchets présents dans le combustible usé, tels que les actinides mineurs, une tâche que les réacteurs thermiques ne peuvent accomplir de manière efficace. Cette combustion réduit de manière significative le volume, la toxicité et la durée de vie des déchets radioactifs à longue période. Voir DONOVAN J., *Réduction des déchets nucléaires et augmentation de l'efficacité pour un avenir énergétique durable*, AIEA. [Format html disponible sur : <https://www.iaea.org/fr/bulletin/lelectronucleaire-et-la-transition-vers-une-energie-propre/reduction-des-dechets-nucleaires-et-augmentation-de-lefficacite-pour-un-avenir-energetique-durable>].

⁹² La transmutation des déchets consiste en l'absorption d'un neutron par le noyau d'un atome radioactif, ce qui conduit à en modifier les propriétés radioactives : cf. IRSN, « La séparation/transmutation des déchets à vie longue ». [Format pdf disponible sur : https://www.irsn.fr/sites/default/files/2023-03/IRSN_Debat-Public-Cigeo_Fiche-Transmutation.pdf]. Cet ajout d'un neutron modifie la nature même des déchets radioactifs, qui perdent leur puissance et voient leur durée de radioactivité largement diminuée. Les deux inventeurs, le français Gérard MOUROU (CHAIROPOULOS P., « Gérard Mourou, prix Nobel de physique 2018 » *Journal du CNRS*, 2 octobre 2018) et la canadienne Donna STRICKLAND, se sont vu attribuer en 2018 le prix Nobel de physique.

⁹³ ANDRA, « La transmutation de déchets radioactifs par laser de haute puissance : le défi de Gérard Mourou », 4 octobre 2019. [Format html disponible sur : <https://www.andra.fr/la-transmutation-de-dechets-radioactifs-par-laser-de-haute-puissance-le-defi-de-gerard-mourou>]. Il reste des défis techniques à surmonter et des capacités industrielles à développer. Cependant, la solution de stockage en profondeur couplée à la transmutation par laser créerait les conditions d'une sécurisation optimale des déchets nucléaires et leur diminution progressive.

En outre, les travaux parlementaires relatifs à la gestion des déchets nucléaires montrent que cette question a été explicitement appréhendée comme un objet politique. Elle a été qualifiée de « problème de société » ou encore de « problème de haute politique », justifiant son traitement dans l'arène parlementaire afin de dépasser les clivages partisans et de stabiliser un consensus d'intérêt général⁹⁴. Cette mise en politique s'accompagne de l'affirmation d'une responsabilité particulière à l'égard des générations futures, que les représentants élus entendent assumer sans se défausser sur les seuls experts⁹⁵. Dans ce cadre, le contrôle exercé par le juge constitutionnel ne porte pas sur l'appréciation technique des solutions retenues, mais sur la cohérence des garanties procédurales mises en place pour encadrer la décision politique et assurer sa réévaluation dans le temps.

B. Les garanties juridiques relatives à la gestion des déchets radioactifs pour la protection des générations futures

Si les déchets radioactifs présentent des risques importants pour l'environnement, leur gestion intègre des garanties destinées à en limiter les impacts sur les générations actuelles et futures. A cet égard, des mesures juridiques ont été adoptées pour anticiper et répondre à ces risques, comme en témoigne la Loi du 25 juillet 2016, validée par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., QPC le 27 octobre 2023). Bien que celui-ci reconnaisse que le projet de stockage géologique est susceptible de porter une atteinte grave et durable à l'environnement, compte tenu de la dangerosité et de la durée de vie de ces déchets (point 10), il valide le dispositif aux termes d'un contrôle de proportionnalité. En particulier, il rappelle que toute limitation au droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (Charte de l'environnement, art. 1^{er}) doit être justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi (point 7), conditions remplies en l'espèce.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel relève que le législateur a bien poursuivi deux objectifs d'intérêt général à valeur constitutionnelle : celui de protection de l'environnement et de la santé, en réduisant les risques de dissémination de substances radioactives, ainsi que celui d'éviter de reporter la charge de la gestion des déchets aux seules générations futures (point 11)⁹⁶. Le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui revient pas d'effectuer un contrôle approfondi sur les moyens mis en œuvre par le législateur afin d'atteindre ces objectifs⁹⁷, privilégiant ainsi un contrôle restreint⁹⁸. Le Conseil souligne que son rôle est de s'assurer que les mesures législatives adoptées ne sont pas manifestement inappropriées aux objectifs poursuivis, au regard des connaissances scientifiques et techniques actuelles (point 11). Dans un domaine marqué par une forte incertitude et une technicité élevée, la marge d'appréciation du législateur demeure déterminante. En validant le dispositif, le Conseil admet implicitement

⁹⁴ BARTHE Y., *Le pouvoir d'indécision : la mise en politique des déchets nucléaires*, Paris, Economica, 2006, p. 131.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 132-133.

⁹⁶ RAISON M., Rapport n° 594 (2015-2016), déposé le 11 mai 2016, fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, Proposition de loi précisant les modalités de création d'une installation de stockage réversible en couche géologique profonde des déchets radioactifs de haute et moyenne activité à vie longue. Le rapport parlementaire précise qu'il s'agit : « *de prendre ses responsabilités par rapport aux conséquences des choix énergétiques passés et de faciliter les choix des générations suivantes. Il s'agit là d'une question de continuité de l'État et d'une exigence éthique* ».

⁹⁷ SALLES S., « Constitutionnalisme vert et déchets nucléaires : consécration historique de la liberté de choix des « générations futures », *La Gazette du Palais*, déc. 2023, n° 40, p. 10.

⁹⁸ Le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui appartient pas « *de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas, en l'état des connaissances scientifiques et techniques, manifestement inappropriées à ces objectifs* », Cons. Const., 27 oct. 2023, n°2023-1066, QPC, point 11. Sur l'expression « *en l'état des connaissances techniques et scientifiques* », voir aussi Cons. Const., 20 mars 2015, n°2015-458, QPC ; Cons. Const., 21 janv. 2022, n°2022-825, DC.

que le législateur a fondé ses choix sur l'état des connaissances disponibles et recherché une conciliation entre la protection de l'environnement et la nécessité d'assurer un mode de gestion définitive des déchets à long terme.

En second lieu, pour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel tient compte des garanties mises en place par le législateur et encadrant le stockage en couche géologique profonde. La première tient à la réversibilité, définie comme « *la capacité, pour les générations successives, à revenir sur des décisions prises lors de la mise en œuvre progressive d'un système de stockage* »⁹⁹, pendant une durée d'au moins 100 ans. C'est précisément sur cette limite temporelle que portait le différend en l'espèce, durée estimée insuffisante par les demandeurs, craignant qu'elle ne restreigne la capacité des générations futures à revenir sur le choix de gestion adopté et, ainsi, qu'elle constitue une atteinte irrémédiable à l'environnement (point 2). Le Conseil constitutionnel considère que le législateur a recherché un équilibre entre deux exigences : la nécessité d'assurer, à terme, une gestion définitive des déchets et l'obligation de préserver pendant un siècle la faculté pour les générations futures de réévaluer les choix accomplis. En effet, la réversibilité doit cesser pour faire place à l'irréversibilité : le confinement total des déchets pour plus de sûreté s'oppose à ce que le stockage puisse être ouvert sur simple demande, créant ainsi la voie de contamination évidente. En jugeant que la durée minimale de cent ans satisfait aux exigences constitutionnelles, il valide un compromis normatif articulant responsabilité présente et projection intergénérationnelle.

Au-delà de la réversibilité du dispositif, le Conseil accorde une attention particulière aux garanties procédurales. Il insiste notamment sur la nécessité d'une procédure d'autorisation, qui se déploie en plusieurs étapes (points 15 à 18). Cette procédure, codifiée à l'article L. 542-10-1 du Code de l'environnement, comprend notamment une évaluation scientifique approfondie, un débat public permettant une large consultation et l'implication d'une pluralité d'acteurs dans le processus décisionnel, tels que l'Autorité de sûreté nucléaire (devenue Autorité de sûreté nucléaire et de radioprotection, ci-après « ASNR »), et les collectivités locales.

Il convient de noter qu'en vertu de la même disposition, l'autorisation de mise en œuvre du projet ne pourra être délivrée que par décret en Conseil d'État, après une instruction technique par l'ASNR, un avis de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST), ainsi que la consultation des collectivités territoriales concernées, de la Commission nationale d'évaluation, et d'une enquête publique.

La mise en œuvre débute également par une phase industrielle pilote, dont l'objectif est de confirmer le caractère réversible du projet et de démontrer sa sûreté à travers un programme d'essais *in situ*, permettant ainsi de mesurer concrètement la faisabilité du projet et de tester les options de récupérabilité des colis de déchets¹⁰⁰.

Ce n'est qu'à l'issue de l'analyse des résultats obtenus lors de cette phase pilote que l'ASNR pourra délivrer l'autorisation de mise en service complète de l'installation. À cette occasion, le caractère réversible du projet sera réévalué tous les cinq ans.

Enfin, il est précisé que la fermeture définitive du centre de stockage ne pourra être décidée que par une loi (point 19), garantissant ainsi un contrôle parlementaire à long terme et l'inscription de la décision dans un cadre démocratique et transparent, au-delà des instances administratives et techniques.

L'ensemble de ces éléments traduit une approche essentiellement procédurale de la protection des générations futures. Le Conseil ne consacre pas un droit substantiel des générations futures à une solution technique déterminée ; il contrôle l'existence d'un cadre décisionnel évolutif, en mesure d'intégrer les avancées scientifiques et d'organiser la

⁹⁹ Définition consacrée à l'art. L. 542-10-1 du Code de l'environnement.

¹⁰⁰ RAISON M, *Rapport n° 594 (2015-2016) fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable*, déposé au Sénat, le 11 mai 2016.

réévaluation périodique des choix opérés. Cette approche vise ainsi à assurer la mise à jour régulière des choix, plutôt qu'à figer des normes substantielles sur un projet appelé à évoluer dans la durée. Ce choix procédural s'inscrit d'ailleurs dans les recommandations internationales, l'AIEA préconisant pour les programmes de stockage géologique un processus par étapes fondé sur des démonstrations de sûreté régulièrement actualisées et l'intégration progressive des avancées scientifiques¹⁰¹.

Il apparaît ainsi que dans l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel est appelé à trancher un différend présentant une dimension scientifique importante, dont la résolution ne saurait toutefois être assimilée à un arbitrage technique. Les débats parlementaires relatifs aux lois de 1991 et de 2016 attestent d'une volonté de ne pas abandonner la détermination des modalités de gestion des déchets radioactifs à la seule expertise scientifique. Dès 1991, la question des déchets nucléaires, qualifiée de « problème de société » et « d'intérêt national », a été appréhendée comme relevant de la « haute politique »¹⁰². En effet, les choix en la matière soulèvent des considérations éthiques, sociales et économiques, notamment quant à la répartition des responsabilités entre générations, à l'appréciation des risques résiduels, à l'acceptabilité sociale des décisions ou encore à la préservation de l'équilibre d'une filière nucléaire stratégique. Il ne s'agissait donc pas uniquement de s'en remettre à l'autorité des experts, mais d'assumer un choix engageant la collectivité dans une temporalité longue.

La décision du 27 octobre 2023 s'inscrit dans cette continuité. Le Conseil constitutionnel ne substitue pas son appréciation scientifique à celle du Parlement. Son contrôle porte moins sur la pertinence technique de la solution retenue que sur la conformité aux normes constitutionnelles des garanties procédurales encadrant sa mise en œuvre, dans le respect de la marge d'appréciation reconnue au législateur dans un domaine caractérisé par la complexité.

Dans ce cadre, la réversibilité du stockage sur 100 ans, l'organisation d'autorisations successives, l'intervention d'autorités indépendantes et l'exigence d'une intervention législative pour la fermeture définitive traduisent moins l'affirmation d'une certitude scientifique que l'institutionnalisation procédurale d'un choix politique éclairé par la science, susceptible d'être réévalué dans le temps et soumis à un contrôle démocratique et juridictionnel.

La prépondérance des garanties procédurales met ainsi en lumière les difficultés techniques et politiques inhérentes à la protection de l'environnement, domaine dans lequel tant le droit international que le droit interne ont développé des obligations procédurales. À cet égard, l'obligation de réaliser des études d'impact, récemment inscrite dans le Traité de protection de la haute mer adopté en juin 2023, constitue un exemple de cette dynamique¹⁰³. Plus récemment, la condamnation de la France par le Comité d'application de la Convention d'Espoo relative à la prolongation du réacteur Tricastin 1 est éclairante : la France y est déclarée en non-conformité, non pour le contenu substantiel de ses choix, mais pour des manquements à ses obligations procédurales (absence de notification des États potentiellement affectés,

¹⁰¹ Sur le caractère essentiellement procédural des garanties entourant les projets de stockage géologique profond, voir IAEA, *Planning and Design Considerations for Geological Repository Programmes of Radioactive Waste*, IAEA-TECDOC-1755, 2014, qui souligne qu'un programme de stockage géologique doit suivre « un processus par étapes dans lequel les décisions sont prises sur la base d'informations scientifiques et techniques actualisées », appuyé sur des « safety assessments régulièrement mis à jour » et un « processus de décision transparent intégrant la participation des parties prenantes » (les traductions sont les miennes).

¹⁰² BARTHE Y., *Le pouvoir d'indécision : la mise en politique des déchets nucléaires*, Paris, Economica, 2006, p. 131.

¹⁰³ BONNET M. et PORTIER C., « Le Conseil constitutionnel a-t-il enfoui les générations futures ? réflexions sur la décision 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 18 mars 2024, n° Chron. n°13. Accord se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale, New York, 19 juin 2023. Cet accord vise à mieux encadrer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. Voir, en particulier, le processus de création des aires maritimes protégées et les évaluations d'impact sur l'environnement.

absence d'évaluation d'impact transfrontière et défaut d'information suffisante), confirmant que le contrôle international s'attache prioritairement au respect des garanties procédurales¹⁰⁴.

Ce mouvement repose sur l'idée selon laquelle la discussion entre acteurs scientifiques, politiques et citoyens, et leur contrôle mutuel, sont intrinsèquement des facteurs permettant d'assurer une protection efficace de l'environnement. En ce sens, la procédure et le dialogue ouverts par cette loi jouent un rôle structurant dans l'orientation d'un développement responsable et durable.

CONCLUSION

Dans le cadre de la transition énergétique engagée pour atteindre la neutralité carbone, le juge joue désormais un rôle essentiel dans le contrôle de la trajectoire énergétique et de la cohérence des choix effectués. A travers le contentieux climatique, il veille à la conformité de l'action publique aux objectifs de réduction des émissions de GES et contribue à conférer une portée normative effective aux engagements internationaux de la France. Ce contrôle juridictionnel renforce l'impératif de protection de l'environnement et de la santé des générations présentes et futures. L'intégration de l'énergie nucléaire dans le mix énergétique offre une réponse viable à l'objectif de neutralité carbone, tout en préservant la souveraineté des États dans la définition de leur politique énergétique et dans leurs activités économiques. Toutefois, ainsi que l'a montré l'analyse de la gestion des déchets radioactifs, la contribution du nucléaire au développement durable ne saurait être dissociée des exigences tenant à la protection des générations futures et à l'encadrement juridictionnel des choix retenus.

Si cette solution présente encore des défis, notamment en ce qui concerne la gestion des déchets radioactifs, la filière nucléaire repose néanmoins sur un encadrement technique et réglementaire rigoureux, conçu pour répondre aux exigences de durabilité à long terme. La durabilité de cette filière doit ainsi être appréciée au regard non seulement de sa faible intensité carbone, mais également des garanties juridiques organisant la gestion du risque et la prise en compte du temps long. Au demeurant, la question de la durabilité énergétique se pose à l'égard de toutes les sources d'énergie, non seulement nucléaires : la gestion des déchets, y compris renouvelables, deviendra un enjeu central des prochaines décennies¹⁰⁵.

Or, force est de constater que les évolutions technologiques dans le domaine du nucléaire ont le potentiel de réduire significativement le volume et la radioactivité des déchets, concourant ainsi à la fermeture du cycle du combustible et renforçant la durabilité de cette énergie. Selon l'ASNR, jusqu'à 96 % des matières issues des combustibles usés peuvent déjà

¹⁰⁴ Comité d'application de la Convention d'Espoo, « Conclusions et recommandations sur le respect par la France des obligations que lui impose la Convention en ce qui concerne la prolongation de la durée de vie du premier réacteur de la centrale nucléaire du Tricastin », doc. ECE/MP.EIA/IC/2026/4, 19 nov. 2025. Le Comité conclut notamment à des manquements procéduraux : absence de mesures nécessaires (art. 2(2)), absence d'évaluation d'impact transfrontière (art. 2(3)), absence de notification des États potentiellement touchés, en particulier l'Autriche et l'Italie (art. 3(1)), et défaut d'informations suffisantes transmises à l'Italie (art. 3(7)) (para. 115, 116, 117 et 118).

¹⁰⁵ Ainsi, selon l'Agence européenne pour l'environnement (AEE), le cycle de vie des technologies d'énergie renouvelable mobilise d'importantes ressources, dont des matières premières critiques. Les déchets issus des infrastructures d'énergie propre en fin de vie devraient être multipliés par 30 au cours des dix prochaines années. Le développement de l'économie circulaire, à travers le recyclage et la réutilisation des équipements en fin de vie, constitue un levier essentiel pour limiter l'impact environnemental et renforcer la durabilité de cette transition. Voir AEE, *Emerging waste streams: Opportunities and challenges of the clean-energy transition from a circular economy perspective*, 2021. [Format html disponible sur : <https://www.eea.europa.eu/publications/emerging-waste-streams-opportunities-and>].

être recyclées grâce aux technologies existantes¹⁰⁶. De plus, le développement du multi-recyclage et des nouvelles filières de traitement permet non seulement de minimiser les déchets restants, mais aussi de garantir une meilleure disponibilité des ressources. Ces perspectives confirment l'intérêt d'un cadre juridique permettant d'intégrer les avancées scientifiques et techniques, sans figer de manière irréversible les choix opérés.

Dans ce contexte, une sortie du nucléaire et la discontinuité des programmes de recherche et de développement qu'elle impliquerait compromettraient gravement ces avancées. En l'absence de solutions alternatives viables, un tel renoncement pourrait complexifier la gestion des déchets existants, en limitant les perspectives d'évolution technologique liées à leur valorisation. Ce constat invite à rappeler que tout choix énergétique de long terme produit des effets structurants et souligne l'importance des garanties procédurales destinées à assurer la réévaluation périodique des décisions à la lumière des connaissances scientifiques et techniques disponibles. Il justifie l'existence d'un cadre normatif garantissant la possibilité, pour les générations futures, d'adapter les orientations retenues à l'évolution des connaissances et des priorités collectives.

L'analyse conduite met ainsi en évidence l'ambivalence relative du développement durable dans le domaine nucléaire : vecteur d'expansion au regard de l'impératif climatique, il constitue simultanément un vecteur de contrainte au titre de la protection des générations futures. Cette réflexion illustre un changement de paradigme dans la gestion des choix énergétiques : il ne s'agit plus d'imposer les choix actuels aux générations futures, mais de leur laisser la liberté d'élaborer les décisions en fonction des avancées scientifiques et des évolutions sociétales.

¹⁰⁶ CEA, Le cycle du combustible nucléaire, des mines d'uranium au stockage des déchets, 2002, p. 14. [Format html disponible sur : http://portail.cea.fr/multimedia/Documents/publications/livrets-thematiques/livret_combustible.pdf]. Grâce au recyclage, le volume des déchets les plus radioactifs est divisé par 5 et leur radiotoxicité par 10 (sur le long terme). Restent 4 % des déchets finaux en France, représentant 40 tonnes/an.

LA TRANSITION INJUSTE AU PRÉTOIRE : FOCUS SUR LES ENTREPRISES

Sühendan GÖKSAL-NIZIER

Docteur en droit civil de l'Université de Strasbourg

Résumé : La transition énergétique, indispensable pour limiter les émissions de gaz à effet de serre et le changement climatique, doit être menée sans aggraver les inégalités sociales ni porter atteinte aux droits humains et à l'environnement. En effet, les projets de développement de sources d'énergies renouvelables et l'extraction de matières premières nécessaires à cette transition peuvent avoir des conséquences environnementales et sociales graves, notamment pour les communautés locales et autochtones. Le contentieux de la transition juste vise à garantir que cette transition soit équitable, inclusive et respectueuse des droits humains et de l'environnement, en tenant compte de ses impacts sur les populations vulnérables et l'environnement.

Mots clés : transition énergétique – droits humains – atteintes à l'environnement – devoir de vigilance

INTRODUCTION

Le changement climatique présente une menace grave et irréversible pour l'humanité¹. Les rapports du GIEC démontrent l'importance de l'enjeu en exposant ses conséquences néfastes pour les écosystèmes et notamment pour notre espèce. Dans son 6^e rapport, le GIEC démontre que l'activité humaine est « sans équivoque » responsable du réchauffement climatique, lequel provoque « des changements rapides dans l'atmosphère, les océans, la cryosphère et la biosphère ». Selon ce rapport, les émissions de gaz à effet de serre (ci-après « GES ») ayant déjà provoqué un réchauffement d'environ 1,1 °C depuis la période 1850-1900, si cette tendance se maintient, nous dépasserons les seuils critiques fixés dans l'Accord de Paris², à savoir maintenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et continuer d'œuvrer pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels. Par ailleurs, selon un nouveau rapport sur les prévisions climatiques annuelles à décennales publié par l'Organisation météorologique mondiale (OMM), il existe une probabilité de 80 % que la température moyenne annuelle mondiale dépasse temporairement de plus de 1,5 °C les niveaux préindustriels au moins une fois au cours des cinq prochaines années³. Bien que ce franchissement temporaire ne constitue pas un dépassement permanent du seuil de 1,5 °C fixé par l'Accord de Paris, le rapport souligne l'urgence d'agir et lance un véritable signal d'alarme. Cette situation a des répercussions considérables sur de nombreux droits humains parmi lesquels les droits à la vie, à la santé, à l'alimentation, à l'eau et à l'assainissement, à un environnement sain, à un niveau de vie suffisant, au logement, à la propriété, à l'autodétermination, au développement et à la culture⁴.

La lutte contre le dérèglement climatique appelle à des transformations profondes des sociétés, des territoires et de l'économie mondiale. Mais ces transformations doivent être réalisées de manière juste socialement, ce qui renvoie au concept de transition juste. Ce concept a été reconnu dans le préambule de l'Accord de Paris⁵ ainsi que par l'Organisation internationale du travail⁶. En outre, l'Union européenne prend de plus en plus en compte ce concept⁷. Soulignons que ce concept n'est pas figé, il évolue. L'origine du concept de « transition juste » remonte aux années 1970 où il est né au sein des mouvements syndicaux et environnementaux, dans le but de concilier les impératifs environnementaux émergents avec la réalisation de la justice sociale en faveur des travailleurs. Au fil du temps, une approche plus large a émergé. Notre article va ainsi tenter de se pencher sur la contextualisation et la définition du concept de

¹ TORRE-SCHAUB M., STEVIGNON A., LORMETEAU B., *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Mare & Martin, 2023.

² Voir le deuxième volet du sixième rapport d'évaluation du GIEC, « Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability », 28 février 2022.

³ World Meteorological Organization (WMO), *WMO Global Annual to Decadal Climate Update: Target years: 2024 and 2024-2028*, 5 juin 2024.

⁴ Les impacts du changement climatique ont été décrits dans le rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le contexte des changements climatiques (Rapport Promotion et protection des droits humains dans le contexte de l'atténuation des changements climatiques, des pertes et préjudices et de la participation, A/77/226, 26 juillet 2022), ainsi que dans celui du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable (Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, A/74/161, 15 juillet 2019). Voir : COLARD-FABREFOULE C. et COURNIL C., *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, Larcier, 2012.

⁵ Accord de Paris, Nations Unies, 2015.

⁶ ILO, *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, (2015).

⁷ Règlement 2021/1056 du 24 juin 2021 établissant le Fonds pour une transition juste.

transition juste (I), avant d'examiner les litiges liés à la manière dont cette transition est réalisée (II). En effet, les ONG, les communautés locales et les individus se tournent de plus en plus vers le juge afin d'apprécier l'équité des activités, des politiques ou des projets visant à lutter contre le changement climatique. Certains exemples issus du droit étranger seront évoqués, dans une matière où l'apport de l'expérience comparée revêt une importance particulière.

I. LA TRANSITION JUSTE COMME IMPÉRATIF DE LA LUTTE CONTRE LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

La lutte contre le dérèglement climatique, défi majeur du XXI^e siècle, requiert des mesures visant à réduire les émissions de GES et à atténuer les effets du changement climatique. Si la transition énergétique qui s'ensuit doit être réalisée de manière juste, dans le respect des droits humains et de l'environnement (A), les défaillances dans la mise en œuvre de cet objectif ont conduit des victimes à engager des actions en justice pour défendre leurs droits fondamentaux ou les écosystèmes dont elles dépendent (B).

A. La nécessité d'une transition juste

Pour faire face à l'urgence climatique et atteindre les objectifs de température fixés par l'Accord de Paris, il est impératif de revoir nos modèles de consommation et de production, de se détourner des énergies fossiles, et donc d'engager une transition énergétique. Cependant, les projets de développement de sources d'énergies renouvelables nécessitent la réalisation d'infrastructures et l'accélération de l'extraction de matières premières nécessaires à la fabrication de ces équipements. Ainsi que le souligne le rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le contexte des changements climatiques, les conséquences des mesures d'atténuation visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre sur l'exercice des droits humains sont à double face⁸. D'une part, l'insuffisance des mesures de réduction des émissions de gaz à effet de serre entraîne des conséquences néfastes importantes sur l'exercice des droits humains. D'autre part, certaines mesures d'atténuation ont d'importantes répercussions sur l'exercice de ces droits.

En effet, les projets de transition énergétique ont contribué de manière directe ou indirecte à de graves atteintes aux droits humains et à l'environnement, des problématiques depuis longtemps associées au secteur extractif⁹. Partant, le 11 juillet 2023, le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a publié un rapport intitulé « Secteur extractif, transition juste et droits de l'homme »¹⁰. Ce rapport souligne les impacts environnementaux et sociaux de l'exploitation minière induite par les besoins de la transition. Ceux-ci sont souvent associés à de multiples atteintes, comme la pollution de l'air, du sol et de l'eau, la perte de la biodiversité et la déforestation, les problèmes de santé et de sécurité au travail, l'accaparement des terres, les déplacements forcés, aggravant ainsi les injustices environnementales¹¹. Par

⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le contexte des changements climatiques, Promotion et protection des droits humains dans le contexte de l'atténuation des changements climatiques, des pertes et préjudices et de la participation, A/77/226, 26 juillet 2022.

⁹ Selon le rapport d'étude intitulé « Controverses minières » publié par l'association SystExt en novembre 2021, l'industrie minière est celle qui produit le plus de déchets toxiques parmi toutes les autres industries dans le monde. SystExt, Rapport d'étude Volet 1 Controverses minières : Pour en finir avec certaines contrevérités sur la mine et les filières minérales, novembre 2021.

¹⁰ Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. *Extractive sector, just transition and human rights*, 11 July 2023, A/78/155

¹¹ Concernant les impacts sur les ressources en eau, il faut deux millions de litres d'eau pour extraire une seule tonne de lithium. Or, environ 50% de la production mondiale de cuivre et de lithium sont concentrés dans des

ailleurs, plus de la moitié des ressources mondiales en minéraux essentiels à la transition énergétique se trouvent sur ou aux alentours de terres appartenant à des communautés autochtones ou paysannes, dont les droits au consentement libre, préalable et éclairé doivent être préservés¹². En effet, la Déclaration sur les droits des Peuples autochtones exige, dans son article 19, des États qu'ils se concertent et coopèrent de bonne foi avec les Peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner afin d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé¹³. Le droit au consentement libre, préalable et éclairé est « une manifestation du droit des peuples autochtones de décider eux-mêmes de leurs priorités sur les plans politique, social, économique et culturel » et vise à « redonner au peuples autochtones le contrôle de leurs terres et de leurs ressources »¹⁴.

On comprend donc que les aspects sociaux et environnementaux de la transition soulèvent des questions juridiques fondamentales. Le Secrétaire général des Nations Unies, António Guterres, l'affirmait : « *Nous ne pouvons pas répéter les erreurs du passé en exploitant systématiquement les pays en développement réduits à la production de matières premières de base* »¹⁵. La transition énergétique ne peut pas reproduire ou créer de nouvelles formes d'atteinte aux droits humains et de dégradation de l'environnement. Cette situation soulève des interrogations relativement à la notion de transition juste. L'impératif de réduire nos GES et de prévenir les impacts du changement climatique rencontre alors un autre impératif, celui de la transition juste¹⁶. Cette notion a émergé dans les cercles syndicaux aux États-Unis dans les années 1970, pour mettre en avant la nécessité d'accompagner les changements écologiques par des politiques sociales destinées à soutenir les travailleurs impactés par des mutations sectorielles¹⁷. Le préambule de l'Accord de Paris reconnaît également « *des impératifs d'une transition juste pour la population active et de la création d'emplois décents et de qualité conformément aux priorités de développement définies au niveau national* ». Aujourd'hui, la notion de transition juste s'est étendue au-delà du mouvement ouvrier pour englober également la nécessité d'intégrer et de soutenir d'autres groupes de population affectés ou vulnérables¹⁸. Elle désigne « *la transition vers une économie verte et à zéro émission de carbone qui soit équitable et inclusive, qui crée des possibilités de travail décent et qui respecte les droits humains des communautés concernées, en particulier les peuples autochtones et les populations touchées par la pauvreté énergétique, par le biais du dialogue social et d'une participation véritable, en particulier dans la prise de décision concernant l'utilisation des*

zones où l'eau est rare (IEA, *The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions*, 2021, Paris). En outre, concernant la sécurité au travail, des rapports récents montrent que plus d'un million d'enfants dans le monde sont forcés de travailler dans des mines dangereuses de cobalt et de coltan, des minéraux essentiels à la fabrication de batteries pour les véhicules électriques et d'infrastructures d'énergie solaire, éolienne et autres énergies renouvelables. (ILO, *Child labour in mining and global supply chains*, 2019).

¹² OWEN J. R., KEMP D., LECHNER A. M. et autres, « Energy transition minerals and their intersection with land-connected peoples », *Nature Sustainability*, n°6, 2023.

¹³ Déclaration des Nations Unies sur les droits des Peuples autochtones, 12 septembre 2007, A/RES/61/295.

¹⁴ Conseil des droits de l'homme, Consentement préalable, libre et éclairé : une approche fondée sur les droits de l'homme, A/HRC/39/6, 10 août 2018.

¹⁵ ONU info, 5 choses à savoir sur les minerais de l'énergie « propre » et leur extraction polluante, 27 février 2024.

¹⁶ COLOMBIER M. et TUBIANA L., « Réflexions autour de la justice climatique et du contentieux climatique », in Marta Torre-Schaub (sous la dir.) *Les dynamiques du contentieux climatique : Usages et mobilisations du droit*, Mare & Martin, 2021, p.22.

¹⁷ PARANCE B., LAMARA F., LAURENS C., GARDES C., « La Transition juste, un concept pertinent pour la finance durable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, 2022 Climate Change Law Specialist Group of the IUCN World Commission on Environmental Law, *The Role of Law in Enabling a Just Transition: Technical Brief, UNFCCC COP 28*, IUCN, November 2023.

¹⁸ JOHANSSON V., « Just Transition as an Evolving Concept in International Climate Law », *Journal of Environmental Law*, n°35, 2023.

terres et des ressources naturelles »¹⁹. Une transition juste serait celle qui améliore tous les droits humains, y compris, mais sans s'y limiter, les droits à la santé, à un environnement sain, à l'égalité et à la non-discrimination, ainsi qu'au travail décent favorisant l'inclusion et l'égalité²⁰. Cette notion a été reconnue également par l'Union européenne²¹ et plusieurs droits nationaux²².

Le préambule de l'Accord de Paris déclare d'ailleurs que toutes les parties doivent, dans toutes les actions liées aux changements climatiques, « *respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme* »²³. Ainsi, lors de la COP28 qui s'est tenue à Dubaï du 30 novembre au 13 décembre 2023, les États parties ont consenti, dans une décision, un objectif assez large, celui d'« *une transition vers l'abandon des énergies fossiles* »²⁴ qui doit s'accomplir « *d'une manière juste, ordonnée et équitable, en accélérant l'action au cours de cette décennie critique, de manière à atteindre l'objectif de zéro net d'ici à 2050, conformément aux données scientifiques* »²⁵. Si cette décision constitue un accord non juridiquement obligatoire²⁶, son intégration dans des cadres juridiques nationaux ou régionaux pourrait être une piste pour garantir une transition juste. En outre, le Programme de travail « Transition juste » (*Just Transition Work Programme*) a été établi pendant cette COP²⁷. Enfin, lors de la COP30, qui s'est tenue du 10 au 22 novembre 2025 à Belém, au Brésil, une décision visant à développer un mécanisme de transition juste a été adoptée²⁸.

Par ailleurs, les individus et les communautés impactés par les actions destinées à lutter contre le changement climatique se tournent désormais vers les tribunaux.

B. Le contentieux de la transition juste

Nous assistons actuellement à un recours croissant aux tribunaux à propos des questions liées à la transition énergétique, envisagé sous le vocable de contentieux de la transition juste (« *just transition litigation* »). Ce dernier peut être défini comme « *le contentieux soulevant des*

¹⁹ A/78/155: Extractive sector, just transition and human rights, 11 July 2023, Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises §9.

²⁰ ILO and United Nations human rights office of high commissioner, *Human Rights and a Just Transition*. Disponible sur : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/climatechange/information-materials/v4-key-messages-just-transition-human.pdf>

²¹ FLEMING C. R. et MAUGER R., « Green and Just? An Update on the 'European Green Deal' », *Journal for European Environmental & Planning Law*, n°18, 2021 ; Dans le cadre du Pacte vert de l'Union européenne, un nouveau Fonds pour une transition juste a été instauré. Voir : Règlement 2021/1056 du 24 juin 2021 établissant le Fonds pour une transition juste.

²² JOHANSSON V., « Just transition in framework climate laws: Between meaningful governance and performative law », *RECIEL*, n°34, 2024.

²³ Accord de Paris, Nations Unies, 2015 : « *Conscientes que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière et que, lorsqu'elles prennent des mesures face à ces changements, les Parties devraient respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'Homme, le droit à la santé, les droits des peuples autochtones, des communautés locales, des migrants, des enfants, des personnes handicapées et des personnes en situation vulnérable et le droit au développement, ainsi que l'égalité des sexes, l'autonomisation des femmes et l'équité entre les générations* ».

²⁴ Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement on its fifth session, held in the United Arab Emirates from 30 November to 13 December 2023, FCCC/PA/CMA/2023/16/Add.1, 15 March 2024, p.6.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ MALJEAN-DUBOIS, « L'accord de paris sur le climat, un renouvellement des formes d'engagement de l'état ? », *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Mare&Martin, 2018.

²⁷ <https://unfccc.int/fr/node/637774>

²⁸ CMA, *Programme de travail des Émirats arabes unis sur la transition juste*, projet de décision, FCCC/PA/CMA/2025/L.14, 2025 Voir : JOHANSSON V., « Just transition advances at COP30, but concrete measures are still pending », 2035legitimacy Disponible sur: <https://2035legitimacy.fi/just-transition-advances-at-cop30-but-concrete-measures-are-still-pending/>

questions sur la justice et l'équité des activités, des politiques ou des projets visant à lutter contre le changement climatique »²⁹. Les procès liés à la transition juste mettent en lumière les impacts négatifs des réponses au changement climatique pour certaines collectivités humaines³⁰. Ces réponses, telles que les installations de production d'énergies renouvelables — dont le déploiement et l'exploitation ont été largement facilités, notamment, par le droit de l'Union européenne³¹ — ont en effet tendance à reproduire ou à aggraver les inégalités existantes. Ces procès remettent en question la répartition des avantages et des charges résultant des politiques et des activités de transition vers des sociétés à émissions nettes zéro et résilientes au climat pour les communautés locales et les parties prenantes concernées³². Les demandeurs réclament que l'action climatique soit entreprise de manière juste et inclusive, en tenant compte des personnes en situation de vulnérabilité³³. Ces litiges portent donc sur la manière dont les mesures destinées à lutter contre le changement climatique et à réduire les émissions de GES sont conçues, adoptées et mises en œuvre. Ce contentieux repose sur « l'éthos de ne laisser personne de côté »³⁴. Ainsi, un rapport publié par le *Business & Human Rights Resource Centre* (BHRRC), intitulé « *Unjust transition on trial* », a révélé une augmentation « préoccupante » des litiges contre des projets de développement de sources d'énergies renouvelables et d'extraction de minerais de transition pour des violations systématiques des droits humains³⁵. Le BHRRC a également mis en place un outil de suivi des litiges liés à la transition juste qui a documenté, jusqu'au 9 décembre 2025, soixante affaires judiciaires lancées à travers le monde par des peuples autochtones, d'autres communautés et des travailleurs³⁶.

Il est important de souligner que ces litiges relatifs aux « conflits de transition »³⁷ se distinguent du contentieux climatique. Ce dernier est défini comme « *les litiges soulevant des questions de droit ou de fait concernant la science du climat, l'atténuation ou l'adaptation au changement climatique, portées devant des organes judiciaires, quasi-judiciaires et autres organismes d'enquête internationaux ou nationaux* »³⁸. De plus en plus de citoyens, y compris les enfants et les communautés autochtones, se tournent vers les tribunaux afin de contraindre

²⁹ SAVARESI A., SETZER J. et autres, « Just Transition Litigation: A New Knowledge Frontier », *SSRN Electronic Journal*, 2023, p.1.

³⁰ SAVARESI A., SETZER J. et autres, *art.cit.*, p.3.

³¹ Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables Voir : BILLET P., « La protection de la biodiversité sacrifiée sur l'autel de la lutte contre le risque climatique », in TORRE-SCHAUB M., STEVIGNON A., LORMETEAU B., *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Mare & Martin, 2023, p.109.

³² TIGRE M.- A., ZENTENO L., HESSELMAN M., URZOLA N., CISTERNA-GAETE P., LUPORINI R., « Just Transition Litigation in Latin America: An Initial Categorization of Climate Litigation Cases Amid the Energy Transition », *Sabin Center for Climate Change Law*, 2023, p.V

³³ *Ibid.*

³⁴ SAVARESI A., SETZER J. et autres, *art.cit.*, p.3.

³⁵ Business & Human Rights Resource Centre, *Unjust transition on trial: Communities and workers litigate to shape corporate practice*, 10 juillet 2024.

³⁶ Disponible sur : <https://www.business-humanrights.org/en/from-us/just-transition-litigation-tracking-tool/>

³⁷ COUNIL C. et LAVOREL S., « Chronique annuelle de droit climatique », *RJE*, 2023, n°2, p.365.

³⁸ TORRE-SCHAUB M., LORMETEAU B., JEZEQUEL A., MICHELOT A. (dir.), *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Mare&Martin, 2022, p.139. Voir aussi : United Nations Environment Programme, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, 2023, Nairobi, p.6 ; MARKELL D. and RUHL J.B., « An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual? », *Florida Law Review*, 2012, Vol.64 SETZER J. et HIGHAM C., *Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot*, London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2023, p.8. Pour une définition plus restreinte TORRE-SCHAUB M., « L'émergence d'un contentieux climatique comme réponse à l'urgence climatique : dynamiques, usages et mobilisations du droit », in TORRE-SCHAUB Marta et LORMETEAU Blanche (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare&Martin, 2021, p. 30 : « [...] une définition plus restreinte, celle dans laquelle le changement climatique fait l'objet du recours de manière directe, ou qui est utilisé comme l'argument central des requêtes ou du raisonnement du juge ».

les États ou les entreprises à respecter et à renforcer leurs engagements en matière de changement climatique ou à réparer les dommages résultant des événements climatiques³⁹. Depuis plusieurs années, les litiges devant les tribunaux en faveur de la lutte contre le changement climatique se multiplient dans le monde⁴⁰.

À l'inverse, le contentieux de la transition juste ne concerne pas l'absence ou l'insuffisance d'action pour lutter contre le changement climatique, mais s'intéresse à la manière dont la transition et l'action climatique sont menées ainsi qu'à ses impacts sur les communautés locales et l'environnement. À titre d'illustration, dans l'affaire « Gouvernement régional d'Atacama c. Ministère des Mines et autres », le 10 janvier 2022, le gouvernement régional d'Atacama, dans le nord du Chili, a intenté une action en justice à l'encontre du gouvernement chilien pour son projet d'augmenter la production de lithium⁴¹. Cette composante constitue en effet un élément clé de la transition énergétique en raison de la demande croissante de batteries lithium-ion rechargeables pour alimenter les secteurs de l'énergie et des transports en énergie renouvelable. D'une part, le demandeur invoque la violation de leurs droits procéduraux dans la mesure où le projet a été mené sans participation du public et en l'absence de toute évaluation des impacts environnementaux potentiels de l'activité sur la région. D'autre part, il argue que le projet qui sera développé dans les salines d'Atacama représente une menace pour la biodiversité⁴², les zones humides, la disponibilité d'eau, déjà rare dans la région, et le patrimoine culturel. Cette affaire met en évidence l'exclusion des communautés locales du processus d'élaboration des politiques en matière de lutte contre le changement climatique, ainsi que les défis liés à la prise en compte d'intérêts concurrents dans le cadre de l'adoption de mesures dédiées à la transition énergétique. Il est possible d'établir un parallèle avec les affaires concernant les projets de parcs éoliens en Europe⁴³, y compris, les éoliennes marines⁴⁴. A cet égard, la Cour constitutionnelle turque a récemment reconnu une violation du droit à la vie privée des requérants en raison d'un projet de parc éolien dans la région égéenne. Elle a estimé que ce projet avait des impacts néfastes sur les pâturages, les oliveraies ainsi que sur la faune et la flore de la région, compromettant ainsi les moyens de subsistance des requérants⁴⁵.

Il convient de souligner que le contentieux de la transition juste n'a pas vocation à compromettre la transition vers une économie à faibles émissions de carbone, ni à entraver l'action climatique⁴⁶. Il ne représente pas une menace pour la transition énergétique ou les

³⁹ ROCHFELD J., *Justice pour le climat : les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Paris, Odile Jacob, 2019.

⁴⁰ S'agissant des litiges contre les États : l'affaire Urgenda (Cour d'appel de La Haye, 9 octobre 2018, n° 200.178.245/01, Urgenda c/ Pays-Bas ; Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, n° 19/00135) ; l'affaire du Siècle (Tribunal administratif de Paris le 3 février 2021 N°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 ; Tribunal administratif de Paris le 14 octobre 2021 N°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 ; Tribunal administratif de Paris le 22 décembre 2023, n° 2321828/4-1) S'agissant des litiges contre les entreprises : l'affaire Shell (Tribunal de La Haye, Milieudefensie vs Shell, 26 mai 2021, n° C/09/571932 / HA ZA 19-379 379 ; Hague Court of Appeal, 12 novembre 2024, n° 200.302.332/01).

⁴¹ Regional Government of Atacama v. Ministry of Mining and Other. Le 14 janvier 2022, la Cour d'appel de Copiapo a accordé la demande préliminaire du plaignant et suspendu les contrats pendant que le recours en protection est en cours.

⁴² Sur la biodiversité et les énergies renouvelables : BILLET P., « La protection de la biodiversité sacrifiée sur l'autel de la lutte contre le risque climatique », in TORRE-SCHAUB M., STEVIGNON A., LORMETEAU B., *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Mare & Martin, 2023, p.109.

⁴³ Statnett SF et al. v. Sør-Fosen sijte et al. Supreme Court of Norway No. HR-2021-1975- S (11 October 2021); Fägerskiöld v. Sweden European Court of Human Rights No. 37664/04 (25 March 2008); Vecbaštika et al. v. Latvia European Court of Human Rights No. 52499/11 (19 November 2019).

⁴⁴ DELEBECQUE Philippe, « Les énergies nouvelles renouvelables : la part de l'éolien marin », *EEI*, n° 1011, 2024.

⁴⁵ Cour constitutionnelle (*Anayasa mahkemesi*), *Ayşe Derya Okçelik et autres*, n°2020/20048, 12 juin 2024.

⁴⁶ SAVARESI A., SETZER J. et autres, *op.cit.*, p. 3 ; TIGRE M.- A., ZENTENO L., HESSELMAN M., URZOLA N., CISTERNA-GAETE P., LUPORINI R., *op.cit.*, p. VII.

processus de décarbonation. En effet, les demandeurs ne s'opposent pas à l'action climatique en soi, mais plutôt à la manière dont elle est mise en œuvre et/ou à ses impacts sur la jouissance des droits humains et l'environnement⁴⁷. Certes ces litiges peuvent retarder la mise en œuvre de mesures de lutte contre le changement climatique. Mais garantir une transition juste, inclusive et respectueuse des droits humains conduirait en réalité à de meilleurs résultats pour le climat à long terme⁴⁸. La transition juste vers des économies à faibles émissions de carbone n'est pas seulement un impératif moral, mais une nécessité pour assurer le succès à long terme de l'action climatique⁴⁹. Ainsi, le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) a publié, en 2019 et 2023, deux rapports concernant l'état du droit de l'environnement dans le monde⁵⁰. Le Programme des Nations unies pour l'environnement, en 2019 et 2023, a recommandé « l'intégration de la justice sociale dans les institutions environnementales »⁵¹. Garantir une transition juste et inclusive contribue à renforcer l'acceptabilité des mesures climatiques ; à l'inverse, les injustices engendrées par ces mesures sont susceptibles de délégitimer les politiques climatiques. Une transition écologique fondée sur des exigences de justice sociale contribue à renforcer la légitimité démocratique des normes, conditionnant ainsi leur effectivité dans la protection du climat⁵². Les enjeux de justice et d'équité liés à la transition sont désormais articulés dans le cadre contentieux. En intégrant les dimensions sociales et les impacts négatifs des mesures de lutte contre le changement climatique, le contentieux de la transition juste s'inscrit dans cette dynamique.

Bien que ce contentieux puisse concerner aussi bien les États que les entreprises, notre recherche se concentre sur les litiges visant ces dernières. Il convient désormais d'examiner les causes et les raisonnements juridiques sous-jacents à ces contentieux.

II. LES ENTREPRISES CIBLÉES PAR LE CONTENTIEUX DE LA TRANSITION JUSTE

Les procès de transition juste sont intentés par ou au nom des personnes les plus vulnérables aux impacts de la transition écologique. Ces actions en justice, dirigées aussi bien contre les États que contre les entreprises, traduisent une volonté de défendre les droits de ces personnes face aux conséquences de la transition écologique. Il s'agit alors d'examiner les raisons qui conduisent ces victimes à saisir la justice (A) ainsi que les outils juridiques mobilisés pour faire valoir leurs revendications (B).

A. Les causes de l'action dans le contentieux de la transition juste

Dans certains litiges, les demandeurs contestent les impacts sociaux et environnementaux néfastes et/ou disproportionnés des mesures visant à réaliser la transition à l'instar de la construction de parcs éoliens, de barrages hydroélectriques ou de l'exploitation

⁴⁷ SAVARESI A. et SETZER J., « Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers », *Journal of Human Rights and the Environment*, n°1, 2022, p.29.

⁴⁸ SETZER J. et HIGHAM C. *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2022, p.7.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ United Nations Environment Programme, *Environmental Rule of Law: First Global Report*, 2019, Nairobi et United Nations Environment Programme, *Environmental Rule of Law: Tracking Progress and Charting Future Directions*, 2023, Nairobi.

⁵¹ United Nations Environment Programme, *Environmental Rule of Law: Tracking Progress and Charting Future Directions*, 2023, Nairobi, p.150 n°6.2.3 Integrate social justice in environmental institutions.

⁵² BÉTAILLE J., « Droit de l'environnement, instrument de transformation : tentative d'approche dialectique », in MISONNE, D. (dir.), *À quoi sert le droit de l'environnement ? Réalité et spécificité de son apport au droit et à la société*, Bruylant, 2019.

des matières premières. Ces procès soulèvent diverses préoccupations, telles que la perte de biodiversité, d'eau et de patrimoine culturel, ainsi que des violations des droits humains associées. Ils démontrent l'existence des intérêts antagonistes rattachés à la transition énergétique. Ils réclament une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux et sociaux, ainsi qu'un meilleur équilibre entre les mesures prises au service de la transition et les droits des communautés affectées par ces mesures. La cause de l'action réside alors dans la défaillance dans la prise en considération des répercussions sociales et environnementales des mesures destinées à la transition énergétique.

A titre d'illustration, le 4 avril 2022, FOCSIV (*Federazione degli Organismi Cristiani Servizio Internazionale Volontario*) et de nombreuses autres associations italiennes ont soumis une plainte contre FCA Italy, une entreprise italienne dans le secteur automobile et faisant partie de la société Stellantis NV, au Point de Contact National sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales au Ministère italien du Développement économique⁵³. La nécessité de la décarbonation et de la transition écologique conduit le secteur automobile à augmenter la production de voitures électriques. Cette augmentation accroît à son tour la demande de matières premières nécessaires à la production de batteries rechargeables au lithium-ion, au premier rang desquelles, le cobalt. Celui-ci provient en grande partie de la République démocratique du Congo (RDC). Or, les associations requérantes allèguent que FCA Italy, qui achète une quantité croissante de cobalt en provenance de la RDC, ne fournit pas des informations adéquates sur ses fournisseurs qui sont, selon les demandeurs, souvent impliqués dans de graves violations des droits fondamentaux dans le contexte de l'exploitation minière. Le 11 avril 2022, le Point de Contact National italien a déclaré qu'il n'avait pas compétence territoriale pour traiter le cas, la maison mère de FCA, Stellantis NV, étant située aux Pays-Bas. Les demandeurs ont soumis alors une nouvelle demande au Point de Contact National néerlandais qui a accepté la demande et ouvert une procédure. Ce litige illustre l'importance que devrait tenir la transparence dans l'approvisionnement en matières premières nécessaires à la transition énergétique au regard des droits humains.

De même, le 5 février 2021, environ 40 000 Brésiliens ont déposé une action de groupe devant le tribunal de district de Rotterdam, aux Pays-Bas, à l'encontre de la société Norsk Hydro, société mère du groupe Hydro opérant à l'échelle mondiale, notamment dans la production d'aluminium. Les demandeurs reprochent à cette société la pollution causée par des déchets toxiques provenant de la mine de bauxite de Paragominas et de la fuite survenue en 2018 à la raffinerie d'alumine d'Alunorte⁵⁴. Les demandeurs font partie de communautés locales et autochtones du Barcarena, situé au nord-ouest de l'État du Pará, au Brésil dans la région amazonienne du Brésil. Ces communautés dépendent directement de l'environnement local pour leur subsistance et leur approvisionnement en eau potable. Elles réclament l'indemnisation des dommages subis, tant matériels (suite à la baisse des rendements de la pêche et de l'agriculture, et de la perte de revenus et des frais médicaux subséquents), que moraux (sous forme de problèmes de santé et de perte de patrimoine culturel). Le 19 octobre 2022, le tribunal de Rotterdam⁵⁵ a reconnu sa compétence et déclaré recevable les demandes. L'affaire est pendante.

Dans d'autres litiges, les demandeurs remettent en question les modalités du processus de transition, s'appuyant sur les droits à l'accès à l'information, à la participation du public dans

⁵³ FOCSIV and others v. FCA Italy (Stellantis NV), Point de Contact National Italien sur les Principes directeurs de l'OCDE, 11 avril 2022 : <https://climatecasechart.com/non-us-case/focsiv-and-others-v-fca-italy-stellantis-nv/>

⁵⁴ Norsk Hydro (re bauxite mine waste pollution in Brazil, filed in the Netherlands, Business & Human Rights Resource Centre Disponible sur : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/norsk-hydro-re-waste-pollution-in-brazil-filed-in-the-netherlands/>

⁵⁵ The District Court of Rotterdam, 19 October 2022, C/10/616293.

la prise de décision et à l'accès à la justice⁵⁶. Ainsi, les communautés locales et autochtones remettent de plus en plus en question les autorisations des projets d'énergie solaire et éolienne, alléguant des violations de leurs droits fonciers et culturels, ainsi que de l'absence d'information et de consultation adéquate avant le lancement des projets.

À titre d'exemple, l'énergie Électricité de France (EDF) planifiait la construction d'un parc éolien sur les terres de la communauté autochtone mexicaine d'Unión Hidalgo, située dans l'État d'Oaxaca. L'ECCHR (le Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits humains) et Prodesc (le Projet pour les droits économiques, sociaux et culturels) ont mis en demeure l'entreprise en septembre 2019, lui demandant de respecter les obligations qui découlent de la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017⁵⁷ et codifiées aux articles L.225-102-1 et 2 du Code de commerce dans le cadre du projet de parc éolien. Les demandeurs allèguent que le droit au consentement des communautés n'a pas été respecté, ce qui entraîne une polarisation importante de la communauté et l'escalade de la violence envers les défenseurs des droits humains. Par courrier du 20 décembre 2019, la société EDF a répondu que son plan de vigilance respectait les obligations de la loi précitée. Le 13 octobre 2020, l'entreprise EDF a été assignée devant le tribunal judiciaire de Paris⁵⁸. Il lui est demandé de respecter les droits de cette communauté et de suspendre le projet de parc éolien jusqu'à ce qu'elle se conforme à ses obligations de vigilance, telles qu'elles sont prévues par la loi sur le devoir de vigilance adoptée en 2017.

Cette affaire démontre que la transition vers les énergies renouvelables et les mesures adoptées pour lutter contre la crise climatique nécessitent la contribution et la participation de tous les niveaux de la société. A cet égard, il a été préconisé, dans le cadre du devoir de vigilance, d'intégrer explicitement l'obligation, pour les entreprises, de garantir « le respect du droit au consentement libre, préalable et éclairé » et de s'engager dans une consultation avec les communautés locales et les parties prenantes⁵⁹. La diversité des risques que le plan de vigilance a pour ambition de prévenir, réduire ou éliminer requiert l'ouverture d'un dialogue avec ceux qui peuvent éclairer les personnes chargées de la rédaction de ce document, c'est-à-dire les parties prenantes⁶⁰. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce traduit la nécessité de tels échanges. En vertu dudit article, le plan de vigilance a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. A cet égard, il est judicieux d'associer à l'élaboration de ce plan de vigilance des acteurs locaux, tels que les représentants des collectivités sur le territoire duquel, ou à proximité duquel, sont présentes des installations industrielles porteuses de risques⁶¹. Ce dispositif n'est toutefois pas contraignant. Le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision rendue le 23 mars 2017 que « les dispositions selon lesquelles le plan de vigilance « a vocation » à être élaboré avec les « parties prenantes de la société » ont une portée incitative »⁶².

⁵⁶ SAVARESI A., SETZER J. et autres, *op.cit.*, p.4.

⁵⁷ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

⁵⁸ BOMMIER S., « La contribution du devoir de vigilance au concept des communs ainsi que l'affaire Union Hidalgo c. EDF (Mexique) » in MOUGEOLLE P. et CHAIGNEAU A. (dir.) *Entreprises et Communs: Entretien approfondis menés sur le devoir de vigilance des multinationales*, Projet de recherche EnCommuns, 2020, p. 9.

⁵⁹ EWELLT C., "Reimagining the Renewable Energy Transition: The Potential for Mandatory Corporate Due Diligence to Ensure Respect for the Right to Free, Prior, and Informed Consent", *Yale Journal of International Law*, Vol. 47, p.340.

⁶⁰ TEYSSIÉ B., « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *Recueil Dalloz*, 2021 p. 1823.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Conseil constitutionnel Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

Par conséquent, le contentieux de la transition juste n'est pas aux antipodes de l'action climatique. Les demandeurs ne s'opposent pas à l'action climatique en tant que telle, mais à la manière dont la transition est menée et à ses impacts. Il convient à présent d'examiner les arguments juridiques invoqués dans ces litiges.

B. Les arguments juridiques déployés dans le contentieux de la transition juste

Les litiges évoqués ci-dessus démontrent que les dispositifs juridiques ayant pour objectif de responsabiliser les entreprises revêtent une importance considérable dans le contentieux de la transition juste. Il est important de rappeler que nous assistons à une prise de conscience au niveau mondial du pouvoir économique et politique croissant des sociétés multinationales, qui dépassent souvent le pouvoir et la richesse des États, ainsi que ses impacts sur l'environnement. Cette prise de conscience a conduit à l'élaboration de normes internationales visant à garantir la conduite écologiquement responsable du secteur privé⁶³. La nécessité de responsabiliser « *les entreprises transnationales dont les choix contribuent à régler le sort des hommes et de la nature* »⁶⁴ a été prise en compte par des textes internationaux visant à renforcer la protection des droits humains et de l'environnement dans le cadre des échanges économiques mondiaux. Parmi ceux-ci, on retrouve des documents clés tels que les Principes directeurs des Nations Unies adoptés en 2011⁶⁵ et les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à destination des entreprises multinationales⁶⁶. Il s'agit de recommandations adressées par les gouvernements aux entreprises multinationales situées ou exerçant leurs activités dans les pays adhérents de l'OCDE, dont la valeur est principalement incitative. En effet, bien qu'ils représentent des normes de référence importantes, leurs dispositions ne sont pas juridiquement contraignantes et sont donc considérées comme relevant de la « *soft law* ». Afin de « prendre la responsabilité aux sérieux », il s'agirait pourtant de donner force et cohérence juridique à ces engagements⁶⁷.

Il est à noter qu'en France, la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017⁶⁸ instaure un devoir de vigilance qui consiste, pour les sociétés désignées⁶⁹, à établir, publier et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Ce plan doit comporter les mesures propres à identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers l'environnement et les droits humains. Il doit couvrir les activités de la société entrant dans le champ d'application de la loi, mais aussi les activités de ses filiales et de ses sous-traitants et fournisseurs avec lesquels il existe une relation commerciale établie⁷⁰. « Il s'agit de responsabiliser ainsi les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement »⁷¹,

⁶³ MORGERA E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford university press, 2009, p.1.

⁶⁴ SUPIOT A., « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », in (dir.) Alain Supiot et Mireille Delmas-Marty, *Prendre la responsabilité aux sérieux*, Paris, Puf, 201, p.23.

⁶⁵ Le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 16 juin 2011.

⁶⁶ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises*, 2023, Éditions OCDE, Paris.

⁶⁷ SUPIOT A., *op.cit.*, p. 24.

⁶⁸ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

⁶⁹ Cette obligation incombe aux sociétés qui emploient plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés en France et à l'étranger et qui ont leur siège social en France (C. com., art. L225-102-1 I).

⁷⁰ C. com., art. L225-102-1 I.

⁷¹ AN, Proposition de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°2578, 11 février 2015, p.4.

ce qui démontre le début de moralisation de la mondialisation⁷². Selon M. Delmas Marty, les grandes entreprises sont, par leur potentiel économique, titulaires d'un pouvoir global dont la détention implique comme corollaire une responsabilité également globale⁷³. Cette loi s'inscrit alors dans l'ambition de « mettre un terme à la déconnexion complète entre pouvoir économique et responsabilité juridique »⁷⁴.

Ce devoir de vigilance met en œuvre les principes énoncés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 31 janvier 2020⁷⁵. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) formée par l'Union des industriels de la protection des plantes et l'Union française des semenciers, le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la liberté d'entreprendre de dispositions interdisant la vente et l'exportation de pesticides contenant des substances actives non approuvées par l'UE pour des raisons liées à la protection de la santé humaine ou animale ou de l'environnement. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel déclare, en s'appuyant sur le préambule de la Charte de l'environnement, que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle » et reconnaît à ce dernier une portée extraterritoriale en ces termes : « le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger ». En l'espèce, il considère ainsi que la loi critiquée pouvait faire « obstacle à ce que des entreprises établies en France participent à la vente de tels produits partout dans le monde et donc, indirectement, aux atteintes qui peuvent en résulter pour la santé humaine et l'environnement », et ce « quand bien même, en dehors de l'Union européenne, la production et la commercialisation de tels produits seraient susceptibles d'être autorisées »⁷⁶.

Par ailleurs, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 24 mai 2024 et a été publiée au *J.O.U.E.* le 13 juin 2024⁷⁷. Cette directive exige que les entreprises fassent preuve d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement⁷⁸. La proposition de directive *Omnibus I*, présentée par la Commission européenne le 26 février 2025 et visant à simplifier et à réduire la charge administrative imposée aux entreprises⁷⁹, constituerait, si elle était adoptée, une régression dans la protection des droits humains et de l'environnement⁸⁰,

⁷² Discours du ministre de l'Économie, AN, séance du 21 févr. 2017, qui évoque à ce propos le volet anticorruption traité par la loi Sapin II du 10 déc. 2016 que la loi sur le devoir de vigilance vient compléter.

⁷³ DELMAS MARTY M., *Résister responsabiliser anticiper*, Édition du Seuil, 2013, p.145.

⁷⁴ AN, Rapport relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°2628, 11 mars 2015, p.11.

⁷⁵ Conseil constitutionnel n° 2019-823 QPC 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes : JurisData n° 2020-001036 FONBAUSTIER L., « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre à la lumière des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé », *Droit Administratif*, n° 4, 2020 GRIMONPREZ B. et BOUCHEMA I., « Exportation des produits phytosanitaires : un monde, une seule santé environnementale », *Droit rural*, n° 482, 2020 AGUILA Y. et ROLLINI L., « Charte de l'environnement : le temps de la récolte », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 10, 2020 CHAMPEIL-DESPLATS V., « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 2020.

⁷⁶ Conseil constitutionnel n°2019-823 QPC 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes.

⁷⁷ PE et Cons. UE, dir. (UE) 2024/1760, 13 juin 2024, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.

⁷⁸ Article 5 de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

⁷⁹ Proposal for a directive of the european parliament and of the council amending directives 2006/43/ec, 2013/34/eu, (eu) 2022/2464 and (eu) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements, Brussels, 26.2.2025 COM(2025) 81 final

⁸⁰ Danish Institute for Human Rights, Reaction to the European Commission's "Omnibus 1" Proposal, 27 February 2025 Disponible sur: <https://www.humanrights.dk/news/reaction-omnibus-proposal-made-european-commission>

notamment en écartant le régime de responsabilité civile prévu par la directive sur le devoir de vigilance.

Tandis que les Principes directeurs de l'OCDE sur lesquels se sont fondées les ONG italiennes dans l'affaire contre FCA Italy relèvent de « soft law », la loi relative au devoir de vigilance impose des obligations contraignantes. Pour rendre effective cette obligation, la loi de 2017 prévoit deux actions en justice qui sont intégrées dans le Code de commerce au regard d'un manquement au devoir de vigilance. D'une part, l'article L.225-102-1 II du Code de commerce crée une action en injonction devant être engagée avant la survenance d'un dommage. Formellement, tout tiers intéressé doit mettre en demeure la société de respecter ses obligations prévues en matière de vigilance afin qu'elle puisse régulariser sa situation. La société dispose ensuite d'un délai de trois mois pour se conformer aux exigences adressées par la mise en demeure. Si l'entreprise n'y satisfait pas dans les trois mois, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut demander au juge d'enjoindre à la société, sous astreinte, de respecter ses obligations (art. L. 225-102-1 II du C. com.). D'autre part, selon l'article L.225-102-2 du Code de commerce, une action en réparation est expressément prévue, la violation de ce devoir de vigilance pouvant être à l'origine de dommages et conduire à l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise.

Ces exigences formelles sont importantes. À titre d'illustration, dans l'affaire EDF précitée, le tribunal judiciaire de Paris⁸¹, par ordonnance du 30 novembre 2021, a débouté les demandeurs de leur demande en considérant que l'assignation n'avait pas été précédée d'une mise en demeure visant le plan de vigilance critiqué. La société mise en cause avait en effet publié un nouveau plan de vigilance après la mise en demeure et avant l'assignation en justice. Par conséquent, les juges ont reproché aux demandeurs de ne pas avoir renouvelé leur mise en demeure au vu du dernier plan de vigilance publié par la société. Un parallèle avec les ordonnances rendues dans l'affaire concernant TotalEnergies pour ses projets pétroliers Eacop/Tilenga menés en Ouganda et Tanzanie ainsi que dans l'affaire contre la même société du fait de sa contribution au changement climatique semble ici nécessaire. En effet, ces actions ont également abouti à l'irrecevabilité de la demande fondée sur le devoir de vigilance en raison du défaut de mise en demeure. Dans l'affaire concernant TotalEnergies pour ses projets pétroliers Eacop/Tilenga menés en Ouganda et Tanzanie, le 28 février 2023, le tribunal judiciaire de Paris s'est prononcé, en référé, sur l'application du devoir de vigilance et a déclaré irrecevable l'action des associations à l'encontre de la société pétrolière⁸². Selon le juge de référé, les demandes et les griefs exprimés dans la première et seule mise en demeure de 2019, qui critiquait le plan de 2018 ayant entraîné l'assignation, étaient substantiellement différents de ceux présentés lors des débats, qui visaient le plan de l'année 2021. De même, dans l'affaire à l'encontre de TotalEnergies du fait de son rôle dans le changement climatique, le 6 juillet 2023, le tribunal judiciaire de Paris⁸³ a déclaré irrecevable l'action des requérantes à l'encontre de la société TotalEnergies. Le juge a considéré que TotalEnergies n'aurait pas régulièrement été mise en demeure au motif que les demandes formulées dans l'assignation n'étaient pas strictement identiques à celles du courrier de mise en demeure envoyé à la multinationale en juin 2019. Dans cette affaire, le juge a réaffirmé l'exigence d'une réitération de la mise en demeure après un nouveau plan de vigilance. Il est toutefois allé plus loin en imposant que les demandes formulées dans l'assignation finale correspondent strictement aux termes de la mise en demeure. Néanmoins, cette exigence jurisprudentielle d'une réitération de la mise en demeure, pourtant absente des textes pertinents, est critiquable. Cette jurisprudence, au

⁸¹ Tribunal judiciaire de Paris, 30 novembre 2021, n°20/10246 confirmé par la Cour d'appel Paris 17 mars 2023 n°22/00749.

⁸² Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, n° 22/53943 ; n° 22/53942.

⁸³ Tribunal judiciaire de Paris, 6 juillet 2023, n°22/03403.

détriment des victimes et des associations de défense de l'environnement, a été inversée par la Cour d'appel de Paris. Le 18 juin 2024, la Cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance du 30 novembre 2021 rendue par le tribunal judiciaire de Paris⁸⁴. Cet arrêt revêt une importance particulière car s'il ne statue pas sur le fond, il précise plusieurs questions procédurales essentielles concernant la recevabilité des actions en injonction. Selon la Cour, « l'objet de cette mise en demeure doit correspondre substantiellement à celui de la demande en injonction », et notamment il doit porter sur les « mêmes risques, atteintes graves et obligations à respecter au sens de ce texte, le débiteur du plan devant être informé des griefs formulés à son encontre ». Néanmoins, « à défaut de précision dans la loi, il ne peut être exigé comme condition de recevabilité de l'action en injonction, que la mise en demeure et l'assignation visent exactement le même plan de vigilance notamment en termes de date ».

Cet arrêt apparaît dès lors bienvenu, en ce qu'il surmonte les obstacles procéduraux excessifs liés à l'exigence de mise en demeure, lesquels entravaient jusqu'alors la recevabilité des actions introduites par les associations. Désormais, les demandeurs — qu'il s'agisse d'ONG, de populations affectées ou de personnes particulièrement vulnérables aux projets ou activités en cause — disposent d'une interprétation plus équilibrée du devoir de vigilance, susceptible de renforcer l'effectivité du contrôle juridictionnel des entreprises dans le contexte de la transition énergétique.

⁸⁴ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 12, le 18 juin 2024 RG n° 21/22319 TIREL M., « Premiers arrêts de la chambre des contentieux émergents : les contours du devoir de vigilance se précisent ! », *Droit des sociétés*, n° 8-9, 2024 BARBIÈRI J.-B. et TOUZAIN A., « Devoir de vigilance : la voie est ouverte », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 27, 2024.

CONCLUSION

La transition énergétique qui est rendue nécessaire par le changement climatique ne doit pas se réaliser au détriment des droits humains et de l'environnement. Elle doit être juste, inclusive et respectueuse des droits humains et de l'environnement dans l'ensemble de la chaîne de valeur de l'industrie extractive, en garantissant le droit à un environnement sain reconnu comme un droit humain par l'Assemblée générale des Nations Unies⁸⁵. Cet impératif soulève des questions concernant la justice et l'équité des mesures et des activités de transition vers une économie à faibles émissions de carbone. Et s'est étendue à toutes les populations vulnérables et affectées la notion de transition juste, qui visait au départ à garantir une transition juste pour les travailleurs. Les litiges contestant la manière dont la transition vers la neutralité carbone est réalisée, envisagé sous le vocable du contentieux de la transition juste, visent à trouver un meilleur équilibre entre la mise en œuvre de la transition vers une économie à faible émission de carbone et la protection des droits des communautés affectées et de l'environnement. Ce contentieux n'a pas pour objet d'obérer la lutte contre le changement climatique. S'il retarde la mise en œuvre des projets et des mesures destinés à la transition énergétique, il sert à long terme à protéger de manière plus efficace l'environnement et à lutter contre le changement climatique. Dans ce contexte, le devoir de vigilance des entreprises revêt une importance particulière, tant pour atteindre les objectifs climatiques fixés par l'Accord de Paris que pour assurer une transition énergétique menée de manière juste, inclusive et respectueuse des droits humains et de l'environnement. Des considérations telles que la compétitivité des entreprises ne devraient pas remettre en cause ces impératifs.

⁸⁵ Le 28 juillet 2022, l'Assemblée générale des Nations unies a reconnu le droit à un environnement sain (Résolution 76/300).

II. LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

LE RÔLE DE LA FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE DANS LA CONCILIATION DES DIFFÉRENTS PILIERS DU DÉVELOPPEMENT DURABLE : COMPARAISON FRANCE-DANEMARK À L'AUNE DE L'UNION EUROPÉENNE

Margot DURY

*Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Professeure agrégée d'économie-gestion*

Résumé : Face à la question « assiste-t-on à une renaissance de la notion de développement durable ? », l'objet de cette contribution est de montrer toutes les limites actuelles de cette notion à travers l'exemple de l'instrument fiscal. En apparence, la fiscalité devrait aisément satisfaire les trois piliers du développement durable (économique, social et environnemental). Pourtant, l'étude comparatiste menée permet de montrer toute la difficulté liée à l'articulation des trois piliers au travers de cet instrument et le rôle à jouer par les instances internationales pour élaborer des solutions mondiales.

Mots-clefs : développement durable ; fiscalité environnementale ; équité ; taxe carbone ; Union européenne.

La fiscalité ne répond pas, *a priori*, à l'impératif de protection de l'environnement. Effectivement, la fiscalité recouvre deux objectifs principaux que sont le financement des dépenses de l'État (et *in fine* la réduction du déficit public) et le fonctionnement des services publics. Apposée à l'environnement, la fiscalité environnementale désigne l'ensemble des taxes, impôts et redevances dont l'assiette est constituée par un polluant, ou par un produit ou service qui détériore l'environnement ou prélève des ressources naturelles¹. Eu égard à cette définition, la fiscalité pourrait donc se présenter comme une solution économique utile à la protection de l'environnement puisqu'elle permet d'internaliser les coûts générés par les dégradations environnementales qui doivent être supportés par le pollueur². À terme, en rendant la production ou la consommation de produits polluants plus coûteuses, les agents économiques pourraient se détourner de ces méthodes de production et produits pour privilégier des alternatives plus respectueuses de l'environnement³. En première approximation, la fiscalité semble répondre aux trois piliers du développement durable⁴. Elle génère des recettes fiscales favorisant la croissance économique (pilier économique). Elle impose les agents économiques selon leur empreinte écologique, conformément au principe du « pollueur-payeur »⁵, et serait, donc, une imposition juste (pilier social). Enfin, en donnant « un prix à l'environnement »⁶, elle incite les agents économiques à se tourner vers des alternatives moins polluantes pour réduire leur imposition⁷ (pilier environnemental). Ainsi, la fiscalité environnementale pourrait favoriser un cercle vertueux alimentant les trois piliers du développement durable.

Pourtant, la question de la pertinence de la fiscalité environnementale au regard des trois piliers du développement durable demeure. Il semble, en effet, difficile de pouvoir conjuguer et réaliser simultanément, dans les mêmes proportions, les trois piliers du développement durable. Plusieurs théories économiques confirment cette assertion et postulent pour la réalisation de seulement deux des trois piliers du développement durable grâce à l'établissement d'une taxe environnementale, telles que la théorie du double dividende de l'économiste M. Chiroleu-Assouline⁸ ou encore le triangle de la fiscalité optimale de l'économiste C. Bouthevillain⁹. Le débat terminologique relatif à la préférence accordée aux termes de « fiscalité environnementale » par rapport à ceux de « fiscalité écologique » témoigne

¹ OCDE, *base de données Policy instruments for the environment (PINE)*, Paris, Éditions OCDE, 2023.

² Prise en compte des externalités négatives ; PIGOU A.C., *The Economics of Welfare*, Londres, Macmillan & Co., 1920, 976 p.

³ Argumentation notamment soutenue par l'OCDE : OCDE, *L'économie politique des taxes liées à l'environnement*, Paris, Éditions OCDE, 2006, 215 p, p. 10.

⁴ Concept de développement durable officialisé dans le rapport de Brundtland ; Commission des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, *Rapport de Brundtland – Notre avenir à tous*, Oxford University press, 1987, 349 p.

⁵ Principe du « pollueur-payeur » inscrit dans de nombreux documents nationaux comme internationaux. Élaboré en 1972 par l'OCDE dans une recommandation aujourd'hui abrogée, il figure désormais dans de nombreux documents tels que l'article 191§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (version consolidée), signé le 13 décembre 2007, *JO C 202*, 7 juin 2016, p. 47-388 ; ou encore aux articles 3 et 4 de la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF*, 2 mars 2005.

⁶ Internaliser les externalités négatives.

⁷ Générer des externalités positives.

⁸ Théorie selon laquelle l'instauration d'une taxe environnementale, à recettes budgétaires inchangées pour l'État, fait apparaître à la fois un bénéfice environnemental et un bénéfice de nature économique ; CHIROLEU-ASSOULINE M., « Le double dividende. Les approches théoriques », *Revue française d'économie*, vol. 16, 2001, pp. 119-147. Ainsi, le pilier social n'apparaît pas clairement.

⁹ Le triangle de la fiscalité optimale, Bouthevillain et al. (2013) et ses trois objectifs (efficacité, équité et désincitation) sont aisément transposables aux trois piliers de la fiscalité environnementale. Or, selon les économistes, seuls deux des trois objectifs sont réalisables simultanément au sein du triangle. Ainsi, une fiscalité optimale peut concilier un objectif de protection de l'environnement et reposer sur l'équité, mais dans ce cadre elle ne sera pas considérée comme efficace (et inversement). BOUTHEVILLAIN C. et DUFRÉNOT G., « Are the effects of fiscal changes in times of crisis and non-crisis? The French case », *Revue d'économie politique*, vol. 121, 2011, pp. 371-407.

également de la difficile conciliation des trois piliers par l'instrument économique de la fiscalité. La fiscalité environnementale serait davantage une fiscalité pour l'environnement (donc en faveur de sa protection), tandis que la fiscalité écologique serait une fiscalité sur l'environnement¹⁰ (renvoyant à l'aspect économique : ensemble des taxes, redevances, droits d'accise, subventions ou encore déductions fiscales basés sur la consommation, la production ou le transport d'un produit ou d'un service qui détériore l'environnement).

Afin d'étudier le rôle attribué à la fiscalité dans la conciliation de ces différents piliers du développement durable, l'étude se concentrera sur la fiscalité environnementale mise en place par deux États membres de l'Union européenne (UE). D'un côté, la France, considérée en retard en matière de fiscalité environnementale par rapport à la plupart des autres pays européens¹¹, et de l'autre le Danemark, qui a longtemps été le pays au sein de l'Union dont la proportion des recettes fiscales environnementales dans son produit intérieur brut (PIB) était la plus élevée¹². Le Danemark, tout en étant le premier pays producteur d'hydrocarbures de l'Union européenne, a décidé par une loi de 2020 sur la carboneutralité¹³ d'abandonner progressivement l'exploitation pétrolière et gazière, et plus récemment a voté en faveur de l'introduction de la première taxe carbone sur l'élevage¹⁴.

Face à ces différences importantes qui demeurent entre les États membres de l'Union, mais également avec les États tiers, de plus en plus d'instances internationales¹⁵ et régionales se sont saisies des outils réglementaires pour venir en aide aux États et assurer une protection plus effective de l'environnement. Outre les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)¹⁶ qui opèrent un véritable travail comparatiste entre les différents mécanismes de fiscalité environnementale mis en place par ses pays membres, les instruments réglementaires adoptés par les institutions de l'UE en matière de protection de l'environnement se révèlent bien plus impactants à l'échelle de l'Union puisque cette dernière dispose d'une compétence partagée avec les États membres en matière environnementale¹⁷. De plus, malgré les limites des compétences fiscales de l'UE¹⁸, l'objectif transversal qu'est la protection de l'environnement¹⁹ ainsi que la réalisation du marché intérieur²⁰, lui permet de plus en plus d'adopter des instruments écologiques fiscaux contraignants et des instruments

¹⁰ LAMBERT T., « Chapitre 1 - La refondation du droit fiscal international » in *L'impôt dans une économie mondialisée*, Bruxelles, Bruylant, 1^e édition, 2021, pp. 27-77, p. 34.

¹¹ OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : France 2016*, Paris, Éditions OCDE, 2016, 272 p, p. 30 : « le poids de la fiscalité écologique dans l'économie reste faible ».

¹² Selon les travaux d'Eurostat, en 2022, les recettes fiscales environnementales représentent 2,02% du PIB dans la moyenne des 27 États membres. Le Danemark comme la France se situe au-dessus de la moyenne européenne avec une part respective de 2,44% et 2,08%. Commission européenne (Eurostat), *Recettes fiscales environnementales, env ac tax*, 2022.

Toutefois, il convient de souligner les limites imputables à cet indicateur qui repose uniquement sur l'aspect économique sans étudier, par ailleurs, la répartition et l'utilisation de ces recettes fiscales.

¹³ Bekendtgørelse af lov om klima (Climat Act), LBK nr 2580 af 13/12/2021 (Gældende), 12 juillet 2023.

¹⁴ L'introduction d'une taxe carbone sur l'élevage, dans le cadre d'un plan visant à verdir l'agriculture a été approuvée par le Parlement le 18 novembre 2024 et entrera en application en 2030. L'accord est disponible sur le site du gouvernement danois : « Bred politisk aftale om Den Grønne Trepårt indgået: Den største forandring af det danske landskab i over 100 år », NYHED, 18 novembre 2024.

¹⁵ Par exemple le Comité d'experts des Nations Unies sur la coopération internationale en matière fiscale.

¹⁶ Ou encore ceux de l'Agence internationale de l'énergie : Agence internationale de l'énergie, *Denmark 2023 – energy policy review*, Paris, 2023, 155 p ; Agence internationale de l'énergie, *France 2021 – energy policy review*, Paris, 2021, 213 p.

¹⁷ Article 4§2, e) du TFUE.

¹⁸ Articles 113 et 115 du TFUE. Compétence conservée par les États membres en matière de fiscalité directe, mais qui doivent l'exercer dans le respect du droit européen, conformément à l'arrêt CJCE, C-279/83, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, 14 février 1995, Rec. p. I-00225, pt 21.

¹⁹ Article 11 TFUE.

²⁰ Article 113 du TFUE en matière de fiscalité indirecte et article 115 du TFUE en matière de fiscalité directe.

règlementaires connexes aux instruments fiscaux, afin de diminuer les disparités existantes entre les législations fiscales des États membres tout en renforçant la protection de l'environnement. Cependant, ces (nouveaux) instruments économiques européens²¹ ne sont pas dépourvus de limites quant à la conciliation des différents piliers du développement durable. Ils réinterrogent dans quelle mesure la fiscalité constitue une solution conciliatrice des différents piliers du développement durable.

Au regard de tous ces éléments, et au prisme de la France et du Danemark, il conviendra d'abord de voir la difficile prise en compte du pilier social par la fiscalité environnementale (I), puis de s'intéresser à l'insuffisante conciliation du pilier économique et environnemental par cet instrument économique ainsi qu'aux solutions limitées apportées par l'Union européenne (II).

I. DES TAXES ENVIRONNEMENTALES « INJUSTES », UNE REMISE EN CAUSE DU PILIER SOCIAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Le pilier social semble être le « grand perdant » de la fiscalité environnementale dont les études ont tendance à se focaliser sur les conséquences économiques et environnementales, en négligeant l'injustice liée au partage de certaines taxes (A), ainsi que la répartition du bénéfice produit par ces écotaxes (B).

A. Une fiscalité environnementale inéquitablement supportée par les pollueurs

Appliqué à la fiscalité environnementale, le pilier social impliquerait l'imposition des pollueurs à proportion de leur contribution environnementale. *De facto*, les écotaxes et impôts écologiques devraient être progressifs et augmentés à mesure des atteintes portées à l'environnement. Or, plusieurs exemples de taxes écologiques contredisent ce postulat. Il est possible de prendre l'exemple de la taxe carbone instituée en France comme au Danemark, qui apparaît dans les deux cas inéquitable²². À noter qu'au sein de l'Union européenne, les taxes carbone mises en place au niveau national doivent coexister avec le système d'échange de quotas carbone européen (SEQE-UE)²³ qui s'applique principalement au secteur industriel²⁴.

En France, de façon simplifiée, la taxe carbone couvre en réalité plusieurs taxes intérieures de consommation (TIC)²⁵, dont une partie est consacrée à l'imposition des émissions de dioxyde de carbone. Il serait alors plus juste d'employer le terme de « *composante carbone des taxes intérieures de consommation* ». Cette composante carbone a été ajoutée par la loi

²¹ Parmi les exemples les plus connus : Directive restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, 2003/96/CE, 27 octobre 2003, *JO L 283*, 31 octobre 2003, p. 51-70. Il existe d'autres instruments règlementaires se rapprochant des effets provoqués par les instruments fiscaux : Directive établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, 2003/87/CE du 13 octobre 2003, *JO L 275*, 25 octobre 2003, p. 32-46, [directive SEQE-UE].

²² La notion d'équité renvoie « à une taxation en fonction des capacités contributives ». CAUDAL S., « Équité et fiscalité environnementale » in MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement*, Bruxelles, Larcier, 1^{ère} édition, 2012, pp. 181-201, p. 181. Dans le cadre de la fiscalité environnementale, une taxation contributive aux activités polluantes.

²³ Directive SEQE-UE, *op. cit.*

²⁴ DAO C., « Chapitre II - Des dispositifs fiscaux variés visant à réguler les externalités environnementales engendrées par les agents économiques » in *La fiscalité environnementale unifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1^{ère} édition, 2021, pp. 73-123, p. 83.

²⁵ La composante carbone est une modalité de calcul des taxes intérieures de consommation (TIC) : taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TIPCE), taxe intérieure sur consommation de gaz Naturel (TICGN), taxe intérieure de consommation sur le charbon (TICC) ; Articles 265 et suivants du Code des douanes.

relative à la transition énergétique pour la croissance verte (LTECV)²⁶, en date du 17 août 2015. Cette loi fixe un prix de 7 euros par tonne de CO₂, et avait vocation à croître jusqu'à atteindre la somme de 100€/tCO₂ d'ici 2030²⁷. Cependant, à la suite de la crise des gilets jaunes en 2018, le prix de la « composante carbone » a été gelé à 44,6€/tCO₂. Le mouvement social des gilets jaunes prend son origine dans l'augmentation de cette taxe carbone qui pèserait plus lourdement sur les ménages les plus modestes. En effet, quand bien même la taxe carbone pèse à la fois sur les particuliers et les professionnels, elle s'avère régressive et pèse davantage sur les faibles revenus. De plus, les ménages participent davantage au financement des recettes environnementales²⁸, alors même que leur consommation est moins polluante que la production et la consommation des industries manufacturières : « en 2022, les ménages représentent 36% du total des émissions de CO₂ par combustion, contre 64% pour les entreprises et les administrations »²⁹. Cette iniquité se retrouve également au sein même de la catégorie des ménages puisque la taxe carbone pèse plus lourdement sur les ménages appartenant au premier décile de revenus (les ménages les plus modestes) que ceux appartenant au dixième décile (les 10% les plus riches des ménages)³⁰, alors qu'ils disposent de moindres possibilités de substitution, par exemple sur les moyens de transport³¹. Cette iniquité est d'autant plus renforcée par les nombreuses exemptions et dérogations nationales et européennes qui bénéficient aux entreprises en vue de privilégier le pilier économique du développement durable³².

Il reste que l'iniquité des taxes écologiques n'est pas un cas spécifiquement français puisque même au Danemark, pays considéré comme l'un des plus verts au monde³³, et disposant des recettes fiscales environnementales les plus élevées parmi les pays de l'OCDE, la taxe sur le dioxyde de carbone a des effets régressifs³⁴. En effet, de façon similaire à la France, cette taxe carbone (qui s'ingère également dans différentes taxes : les taux varient ainsi en fonction du secteur ou de l'agent économique visé), bien plus ancienne (datant de 1992), pèse plus lourdement sur les ménages que sur les entreprises, comme le montrent les études de l'OCDE³⁵. À ce titre, cette dernière invite le Danemark dans son rapport de 2019 à « réduire l'écart de fiscalité énergétique entre les particuliers et les entreprises afin d'égaliser les incitations à économiser l'énergie et à abaisser les émissions de CO₂ »³⁶.

²⁶ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JORF*, 18 août 2015.

²⁷ *Ibid.*, Article 1^{er}.

²⁸ Si la tendance tend à s'inverser dans le dernier Bilan environnemental de la France de 2023, les taxes sur la pollution affectent davantage les ménages. Ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires, *Bilan environnemental de la France – Édition 2023*, Paris, Service des données et études statistiques (SDES), 2024, 121 p, p. 75.

²⁹ Ministère de la transition écologique, *La tarification effective de l'énergie et du carbone en France en 2022 - Document de travail*, Paris, Service de l'économie verte et solidaire (SVES), 34 p, p. 23.

³⁰ Conseil d'analyse économique (CAE), « Pour le climat : une taxe juste, pas juste une taxe », n°50, Paris, 2019, p. 3.

³¹ *Ibid.*, p. 1.

³² Voir *in infra* II)B), p. 12-15.

³³ En juin 2022, le pays a décroché la première place au classement de l'Indice de Performance Environnementale (IPE).

³⁴ WIER M. et al., « Are CO₂ taxes regressive ? Evidence from the Danish experience », *Ecological Economics*, vol. 52, 2005, pp. 239-251.

³⁵ OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Danemark 2019 (Version abrégée)*, Examens environnementaux de l'OCDE, Paris, Éditions OCDE, 2019, 60 p, p. 29 : les taxes énergétiques « sont généralement beaucoup plus élevées pour les particuliers que pour les entreprises ».

³⁶ *Ibid.*, p. 35.

L'équité dans l'écotaxe³⁷ n'est pas le seul élément faisant défaut puisque l'équité grâce à l'écotaxe³⁸ semble aussi peu évidente à mettre en place.

B. Les bénéfices de la fiscalité environnementale inégalement répartis

Outre l'iniquité dans le partage des coûts environnementaux, l'affectation des recettes fiscales³⁹ générées par cette fiscalité verte ne contribue pas nécessairement à la résorption des inégalités sociales. En dépit d'efforts soulignés par l'OCDE, le produit de la fiscalité est trop rarement redistributif et favorable aux ménages les plus fragiles ou modestes. De même, les recettes sont trop rarement utilisées pour réduire les impôts sur le travail et stimuler le marché du travail⁴⁰. De façon générale, les recettes tirées des écotaxes renforcent davantage la protection de l'environnement (pilier environnemental) que la réduction des inégalités sociales (pilier social), tout en consolidant les recettes budgétaires. En apparence, les recettes de la taxe carbone française pourraient permettre de conjuguer le pilier social et environnemental puisqu'une partie des recettes était allouée au financement du crédit d'impôt pour la compétitivité de l'emploi (CICE)⁴¹, et une autre partie, depuis 2017, est affectée au compte d'affectation spéciale pour la transition énergétique (CAS), « contribuant ainsi au financement des énergies renouvelables » remplacé par le programme 345 « Service public de l'énergie »⁴². Or, depuis 2018, le CICE qui avait, entre autres, vocation à inciter les entreprises bénéficiaires à recruter et par conséquent stimuler le marché du travail, a été remplacé par « une baisse pérenne des charges sociales employeurs » en vue de simplifier la fiscalité du travail et ne découle plus directement des recettes fiscales environnementales. Cette suppression témoigne du fait que le « recyclage » des recettes profite concrètement assez peu aux ménages les plus modestes, qui sont pourtant ceux qui contribuent le plus largement à la taxe carbone. De plus, il ne faut pas négliger le fait qu'une « forte part de ces recettes [issues de la fiscalité écologique] ne fait l'objet d'aucune affectation juridique »⁴³ et contribue à alimenter le budget de l'État et consolider les recettes budgétaires⁴⁴. Dans ce cadre, certaines associations économiques proposent différents scénarios pour une meilleure redistribution des recettes de la taxe carbone avec des transferts décroissants avec les revenus⁴⁵.

L'affectation des recettes fiscales découlant de la taxe carbone est quelque peu différente au Danemark car elle repose sur une meilleure information et prise en considération

³⁷ CAUDAL S., « Équité et fiscalité environnementale », *op. cit.*, p. 194.

³⁸ *Ibid.*, p. 197.

³⁹ « Une taxe est dite affectée quand elle est utilisée pour financer directement des activités spécifiques. A l'inverse, une taxe est non-affectée lorsque son produit est versé au budget général, ce qui n'exclut pas qu'il soit finalement utilisé pour des usages environnementaux. » Rapport d'information – impôts et taxes, Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur la fiscalité écologique, présenté par Mme Nicole BRICQ, Députée, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale, Rapport d'information – impôts et taxes, Paris, 1998, 175 p, p. 28.

⁴⁰ OCDE, *L'économie politique des taxes liées à l'environnement*, *op. cit.*, p. 145.

⁴¹ Article 66 de la Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012, *JORF*, 30 décembre 2012. Abrogé par l'article 86 de la Loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, *JORF*, 31 décembre 2017.

⁴² Le compte d'affectation spéciale ainsi que le programme 345 ont été créés par la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, *JORF*, 30 décembre 2015. Puis le compte d'affectation spéciale a été supprimé par la Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, *JORF*, 29 décembre 2019. Le programme 345 assure ainsi depuis 2021 le financement de cinq grandes missions de service public de l'énergie.

⁴³ DAO C., « Chapitre III - Les limites de la fiscalité environnementale française » in *La fiscalité environnementale unifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1^e édition, 2021, p. 125-151, p. 134.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 135 : « La puissance publique est donc juridiquement libre d'utiliser de telles ressources fiscales environnementales aux fins qu'elle désire, que ces dernières soient écologiques ou non ».

⁴⁵ Conseil d'analyse économique (CAE), « Pour le climat : une taxe juste, pas juste une taxe », *op. cit.*, n°50, p. 4. Terra Nova, « Climat et fiscalité : trois scénarios pour sortir de l'impasse », Paris, 2019, 38 p, p. 15.

de ses citoyens, renforçant *in fine* l'acceptabilité des écotaxes. De prime abord, comme la France, la redistribution des bénéfices découlant de la taxe carbone vise à la fois la réduction des inégalités et l'incitation des citoyens et industriels à investir dans des solutions vertes (stimuler l'énergie renouvelable et accroître l'efficacité énergétique notamment via l'innovation). Mais cette redistribution, à la différence de la France, s'accompagne d'un accord politique clair et transparent⁴⁶ qui crée « un climat de confiance »⁴⁷ à l'égard des entreprises et des consommateurs⁴⁸. Cette acceptabilité sociale des consommateurs peut même se réaliser au détriment des bénéfices économiques : le produit des taxes liées à l'environnement a légèrement diminué et représente 3,7% du PIB en 2019 selon l'OCDE⁴⁹, et aujourd'hui 2,44% selon Eurostat⁵⁰. Cette diminution des recettes fiscales environnementales constitue la contrepartie du financement des différents avantages fiscaux octroyés aux ménages et entreprises, comme ceux liés à l'achat et à la propriété d'un véhicule sobre et électrique. Toutefois, il ne faut pas négliger la situation économique du Danemark comme source importante de cette acceptabilité sociale de la fiscalité environnementale⁵¹. Les particuliers et entreprises sont beaucoup plus enclins à contribuer à la fiscalité verte lorsque l'économie est stable, les inégalités faibles et les « finances publiques solides »⁵².

Lors de son dernier rapport sur l'évolution des performances environnementales du Danemark en 2019⁵³, l'OCDE a considéré que le Danemark « est plus proche des Objectifs du développement durable que la moyenne des pays membres de l'OCDE »⁵⁴. Pourtant, cette assertion doit être nuancée que ce soit pour le pilier social mais également au regard de la conciliation des piliers économique et environnemental (II).

II. LA DIFFICILE CONCILIATION DU PILIER ÉCONOMIQUE ET ENVIRONNEMENTAL PAR LES RÈGLES FISCALES NATIONALES ET EUROPÉENNES

L'instrument économique de la fiscalité n'est aujourd'hui pas suffisamment bien utilisé pour assurer une protection effective du pilier environnemental du développement durable (A). À ce titre, plusieurs auteurs et instances internationales insistent sur la nécessaire complémentarité des normes, notamment à l'échelle internationale, pour permettre à la fiscalité de produire pleinement ses effets (B).

⁴⁶ CHIROLEU-ASSOULINE M., « La fiscalité écologique des pays scandinaves », *La revue parlementaire*, 2018. Par exemple : « The Danish borgerting » : une Assemblée des citoyens danois dans le domaine climatique qui vise à impliquer une partie représentative de la population danoise dans l'organisation de la politique climatique danoise ; OCDE, *Green Budgeting in OECD Countries 2024*, Paris, Éditions OCDE, 2024, 44 p, p. 24.

⁴⁷ OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Danemark 2019 (Version abrégée)*, Examens environnementaux de l'OCDE, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 26 : « la participation du public en matière d'environnement est excellente [à propos d'une loi sur l'information environnementale] ».

⁴⁹ *Ibid.*, p. 8. Évalué à 3,3% par Eurostat en 2019.

⁵⁰ Voir note de bas de page 12.

⁵¹ Cette plus grande transparence et prise en compte des parties prenantes n'empêche cependant pas les manifestations d'opposants, comme ce fut le cas en avril 2023, à la suite des annonces du Danemark en faveur du renforcement et de l'élargissement de la taxe carbone aux entreprises participant ou non au système de quotas de carbone de l'UE. Pour plus de détails, voir notamment « Danemark : une centaine de camions rassemblés devant le Parlement contre une taxe carbone » sur *Le Figaro*, publié le 4 avril 2023.

⁵² OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Danemark 2019 (Version abrégée)*, Examens environnementaux de l'OCDE, *op. cit.*, p. 28 : le Danemark « est connu pour présenter des budgets à l'équilibre et avoir une dette publique faible ».

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 7.

A. La protection de l'environnement comme objectif secondaire dans la fiscalité environnementale nationale

« La fiscalité environnementale est une source de revenus modeste mais non négligeable pour les États qui représente en moyenne 2% environ du produit intérieur brut (PIB) »⁵⁵. Cela est particulièrement vrai pour le Danemark qui affiche un « ratio recettes fiscales/PIB » plus élevé que la moyenne des pays de l'OCDE⁵⁶. Bien que la France soit longtemps demeurée en dessous de la moyenne européenne et de celle de l'OCDE, ses recettes fiscales environnementales ne cessent d'augmenter et sont bien supérieures aux pays extra-européens membres de l'OCDE⁵⁷. Toute la question réside dans la réallocation effective de ces recettes en vue de la protection de l'environnement (pilier environnemental du développement durable), alors même que nous venons d'évoquer précédemment que la réallocation de ces recettes en faveur du pilier social est loin d'être évidente⁵⁸.

A priori, les recettes de la fiscalité environnementale doivent permettre le financement de la transition écologique, *via* le financement d'instruments publics de protection des ressources⁵⁹, ou *via* l'octroi de crédit d'impôt ou d'aides⁶⁰ aux entreprises et particuliers pour leur permettre d'investir dans des processus de production et de consommation plus verts et de favoriser les externalités positives (au sens de l'économiste A. C. Pigou). Une multitude d'exemples abondent en ce sens : la TICPE française est partiellement affectée au financement du CAS « Transition énergétique » remplacée en 2021 par le programme 345⁶¹ ; il en va de même pour « la taxe ordinaire sur l'électricité »⁶² danoise réallouée vers le développement de l'énergie éolienne (via des subventions devant être progressivement remplacées par des appels d'offres annuels technologiquement neutres⁶³) qui représente en 2020, 47% de l'électricité consommée⁶⁴.

Cependant, l'intégralité des recettes fiscales n'est pas réallouée au financement de la protection de l'environnement. En effet, une partie plus ou moins grande de ces recettes « peut être utilisée dans le cadre d'une politique économique plus globale »⁶⁵. La balance entre le pilier économique et le pilier environnemental est alors peu évidente. Dans une large mesure, l'objectif économique prime sur la protection de l'environnement. Cela transparaît, par

⁵⁵ OCDE, *La fiscalité, l'innovation et l'environnement*, Paris, Éditions OCDE, 2010, 276 p, p. 36. Si ce chiffre a augmenté au sein des pays de l'UE, la moyenne au sein des pays de l'OCDE a relativement peu évolué, conformément aux dernières statistiques de l'OCDE. Disponible sur : <https://data.oecd.org/fr/envpolicy/taxes-liees-a-l-environnement.htm>.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ OCDE, Base de données sur les taxes liées à l'environnement. Disponible sur : <https://data.oecd.org/fr/envpolicy/taxes-liees-a-l-environnement.htm>.

⁵⁸ Voir *in supra*, I)B), p. 6-8.

⁵⁹ Par exemple, la taxe perçue par les agences de l'eau est reversée aux organismes de gestion de cette ressource : article L213-10 du Code de l'environnement.

⁶⁰ Il faut toutefois noter que la Commission européenne, conformément à l'article 108 du TFUE, procède à un examen des aides d'État, qu'elle peut déclarer incompatible avec le marché intérieur. « L'affectation du produit de la fiscalité écologique à des dépenses prenant la forme d'aides versées à des entreprises emporte un risque contentieux du seul fait de cette affectation, sans considération des caractéristiques de la taxe elle-même ». Conseil des prélèvements obligatoires, de l'économie générale et du plan sur la fiscalité écologique, présenté par M. Cyrille BEAUFILS, Maître des requêtes au Conseil d'État, *Rapport particulier n°2, « Le cadre juridique de la fiscalité environnementale »*, Paris, 2019, 44 p, p. 35.

⁶¹ Voir note de bas de page 42.

⁶² OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Danemark 2019 (Version abrégée)*, Examens environnementaux de l'OCDE, *op. cit.*, p. 29.

⁶³ *Ibid.*, p. 32.

⁶⁴ Direction générale du Trésor, Ambassade de France au Danemark, service économique de Copenhague, affaire suivie par A. DUNY et M. VALEUR, *Bilan énergétique du Danemark*, Copenhague, 2022, 3 p.

⁶⁵ DAO C., « Chapitre III - Les limites de la fiscalité environnementale française », *op. cit.*, p. 134.

exemple, dans un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, à l'époque CJCE) à l'occasion duquel cette dernière est amenée à se prononcer sur la compatibilité de la taxe d'immatriculation des véhicules automobiles neufs instituée au Danemark au regard du droit de l'Union⁶⁶. La Cour précise ainsi que l'objet « principal » de la taxe « est d'alimenter les ressources fiscales »⁶⁷, tandis que les considérations relatives à la protection de l'environnement apparaissent secondaires. Le même constat s'opère au sujet de la fiscalité environnementale française, comme le confirment les travaux du comité pour la fiscalité écologique réalisés en 2013 : la « structure [de la fiscalité de l'énergie] reflète plus une logique de rendement fiscal que d'incitations environnementales »⁶⁸.

De manière plus radicale, plusieurs auteurs considèrent que la fiscalité environnementale, dans cette perspective purement économique, alimenterait finalement un « droit fiscal contre l'environnement »⁶⁹. Dans ce sens, les États maintiennent de nombreuses dérogations et exceptions⁷⁰ au sein de leurs fiscalités nationales qui permettent aux particuliers mais surtout aux entreprises les plus polluantes de ne pas supporter leurs nuisances environnementales, mettant à mal la théorie du double dividende⁷¹. Une nouvelle fois, ces exemptions ne concernent pas que la France⁷², puisque le Danemark fait aussi l'objet de recommandations par l'OCDE⁷³. À titre d'exemple, le secteur aérien bénéficie de nombreuses exemptions, qui représentent, selon la Fédération européenne pour le transport et l'environnement, un manque à gagner de 4,7 milliards d'euros pour le budget de l'État⁷⁴. La France comme le Danemark ne prévoit pas de taxe sur le kérosène, qui demeure l'un des rares carburants exempts de taxes⁷⁵. Le Danemark apparaît, d'ailleurs, moins avancé que la France dans le domaine de l'aviation puisqu'il a annoncé récemment l'institution d'une écotaxe prélevée sur les billets d'avion⁷⁶ applicable progressivement à partir de 2025, alors que la France dispose d'une telle taxe depuis 2005⁷⁷, taxe qui fait plutôt figure d'exception au sein de

⁶⁶ Sur le fondement de l'article 110 du TFUE relatif aux impositions intérieures.

⁶⁷ CJCE, C-383/01, *De Danske Bilimportører contre Skatteministeriet, Told- og Skattestyrelsen*, 17 juin 2003, Rec. Point 11.

⁶⁸ Travaux du Comité pour la fiscalité écologique, sous la présidence de Christian de Perthuis, *Tome 1 : Rapport du Président*, Paris, 2013, 64 p, p. 10.

La focalisation du rapport de la Cour des comptes sur les enjeux financiers de la fiscalité environnementale, réalisé en 2019, témoigne également de la prédominance de l'enjeu économique : Conseil des prélèvements obligatoires, Mme Florence Gomez et M. Philippe Gudefin, Inspecteurs des finances, *Rapport particulier n°1, « Panorama de la fiscalité environnementale en France »*, Paris, 2019, 88 p.

⁶⁹ BIN F., « Droit fiscal international de l'environnement et souveraineté fiscale nationale », *R.E.I.D.F.*, 2024, n°4, pp. 447-454, p. 447.

⁷⁰ « Les taxes liées à l'environnement en vigueur dans les pays de l'OCDE comportent plus de 1150 exemptions. (...) Ces dispositions fiscales tendant à affaiblir l'efficacité environnement des taxes – et à rendre moins efficace la mise en œuvre des objectifs de la politique d'environnement ». OCDE, *L'économie politique des taxes liées à l'environnement*, *op. cit.*, p. 16.

⁷¹ Seul l'objectif économique apparaît préservé. Voir note de bas de page 8.

⁷² Dans une communication de 2016, la Cour des comptes met en lumière les limites des dépenses fiscales relatives au développement : dépenses fiscales « sans cohérence », nombreuses exemptions... Cour des comptes, Communication à la commission des finances du Sénat, *L'efficacité des dépenses relatives au développement durable*, Paris, 2016, 206 p.

⁷³ OCDE, *Examens environnementaux de l'OCDE : Danemark 2019 (Version abrégée)*, Examens environnementaux de l'OCDE, *op. cit.*, p. 53 et suivantes.

⁷⁴ Fédération européenne pour le transport et l'environnement (Transport & Environment), « Aviation tax gap : How much revenues are governments losing out on due to poor aviation taxation? », Bruxelles, 2023, 78 p, p. 28.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 15. Rare sont les États prévoyant une taxe sur le kérosène.

⁷⁶ *Forslag til lov om passagerafgift pa flyrejser* (proposition de loi sur la taxe sur les passagers des voyages aériens), J.nr. 2023-1819, Skatteudvalget 2023-24.

⁷⁷ Le tarif de solidarité de la taxe unique sur le transport aérien de passagers est créée et régie aux articles L. 422-13 et suivants du Code des impositions sur les biens et services (CIBS).

l'Union européenne⁷⁸. Les raisons de ces exonérations et exemptions sont variées mais tiennent principalement à la soumission à d'autres instruments de tarification du carbone, tel le SEQUE de l'UE, ce qui est en partie le cas pour l'aviation⁷⁹, ou bien à la crainte d'une érosion de la compétitivité internationale des secteurs les plus polluants⁸⁰.

Ainsi, face à un problème mondial, il est nécessaire de se référer à des solutions mondiales, ou tout du moins extranationales, qui doivent venir compléter les règles fiscales nationales.

B. Le rôle insuffisant des réglementations européennes dans la conciliation des piliers du développement durable

Une meilleure prise en compte du pilier environnemental impose de compléter la fiscalité par l'édiction de normes⁸¹. Dans ce cadre, en dehors des États, de plus en plus d'instances internationales et régionales se sont saisies de dispositifs réglementaires pour venir en aide aux États et assurer une protection plus effective de l'environnement. Outre les travaux de l'OCDE, les instruments réglementaires adoptés par les institutions de l'UE en matière de protection de l'environnement se révèlent bien plus impactants à l'échelle de l'Union car ils ne nécessitent pas de ratification de la part des États membres⁸² (à la différence des accords internationaux). Tel en est le cas par exemple des récents règlements (UE) 2021/1119, relatif à la neutralité climatique (« loi européenne sur le climat »)⁸³ et (UE) 2023/857, relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030⁸⁴, qualifié plus simplement de « loi européenne sur le climat ». Si ces règlements reprennent « l'objectif de température à long terme »⁸⁵ fixé par l'Accord de Paris, sur le fondement de l'article 192 alinéa 1 du TFUE, l'Union⁸⁶ ajoute des objectifs intermédiaires de réduction des émissions de gaz à effet de serre à atteindre pour 2030⁸⁷ (non prévus

⁷⁸ Fédération européenne pour le transport et l'environnement (Transport & Environment), « Aviation tax gap : How much revenues are governments losing out on due to poor aviation taxation? », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ Les compagnies aériennes bénéficient de quotas gratuits mais qui ne couvrent pas l'ensemble de leurs émissions. Les compagnies doivent donc acheter le reste de leurs quotas sur le marché. Après 2026, les quotas gratuits seront totalement supprimés. Directive modifiant la directive 2003/87/CE en ce qui concerne la contribution de l'aviation à l'objectif de réduction des émissions dans tous les secteurs de l'économie de l'Union et la mise en œuvre appropriée d'un mécanisme de marché mondial, 2023/958, 10 mai 2023, JO L 130, 16 mai 2023, p. 115-133.

⁸⁰ OCDE, *La fiscalité, l'innovation et l'environnement*, *op. cit.*, p. 165 : les mesures fiscales unilatérales peuvent inciter les entreprises à se relocaliser vers des pays fiscalement plus avantageux.

⁸¹ BONTEMS P. et ROTILLON G., « Les instruments des politiques environnementales », in *L'économie de l'environnement*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 51-76.

⁸² Principe d'effet direct du droit de l'Union posé dans l'arrêt CJCE, aff 26-62, *Van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, 5 février 1963, Rec. p. 00003.

⁸³ Règlement établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) no 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »), 2021/1119, 30 juin 2021, JO L 243, 9 juillet 2021, p. 1-17.

⁸⁴ Règlement modifiant le règlement (UE) 2018/842 relatif aux réductions annuelles contraignantes des émissions de gaz à effet de serre par les États membres de 2021 à 2030 contribuant à l'action pour le climat afin de respecter les engagements pris dans le cadre de l'accord de Paris et le règlement (UE) 2018/1999, 2023/857, 19 avril 2023, JO L 111, 26 avril 2023, p. 1-14.

⁸⁵ Article 2§1. a) de l'Accord de Paris : maintenir « l'élévation de la température moyenne de la planète 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 » ; Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques, Accord de Paris, Paris, 2015, 28 p.

⁸⁶ Parlement européen et Conseil de l'UE.

⁸⁷ Article 4 de la loi européenne sur le climat, *op. cit.*

directement dans l'Accord de Paris), en sachant que les progrès des États membres sont soumis au contrôle de la Commission européenne⁸⁸.

En outre, même si l'Union européenne dispose de compétences fiscales limitées, surtout en matière de fiscalité directe, elle peut soit sur la base juridique relative à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur⁸⁹, soit sur la base de l'article 192§2 TFUE⁹⁰ relatif à la protection de l'environnement, adopter des législations comportant des dispositions fiscales et condamner des législations fiscales prises par les États membres⁹¹. Pour certains, le droit international, en l'occurrence ici le droit européen, « permettrait à la fiscalité de l'environnement d'être plus adaptée au problème pour laquelle elle est envisagée comme solution »⁹². Et à ce titre, « seul le cadre très original de l'Union européenne permet actuellement de mettre en œuvre une fiscalité environnementale 'internationale' »⁹³.

Ainsi, a été institué un régime général d'accise⁹⁴ appliqué aux produits énergétiques par deux directives sur le fondement de l'article 113 du TFUE⁹⁵. Les États membres doivent alors respecter un niveau minimum d'imposition fixé par la directive pour l'imposition des produits de l'électricité qui y sont listés⁹⁶. En dépit des nombreuses exonérations et dérogations posées par la directive⁹⁷, la CJUE procède néanmoins à un contrôle « rigoureux » du respect de la directive par les États membres et n'hésite pas à déclarer incompatibles les législations nationales de transposition⁹⁸. Enfin, en guise de dernier exemple, on peut se référer à la directive établissant un système d'échange de droits à polluer⁹⁹, instrument réglementaire fondé sur l'article 192§1 TFUE¹⁰⁰ (et non pas l'article 192§2 du TFUE) : le système d'échange de quotas

⁸⁸ *Ibid.*, articles 7 et 8.

⁸⁹ Article 115 du TFUE en matière d'impôts directs : l'unanimité est toutefois requise : procédure législative spéciale (PLS).

⁹⁰ Adopter conformément à une PLS « des dispositions essentiellement de nature fiscale » en vue de la protection de l'environnement.

⁹¹ CJUE, C-694/22, *Commission européenne contre République de Malte*, 22 février 2024, Rec. La CJUE considère que la République de Malte a manqué à ses obligations en introduisant une taxe annuelle de circulation discriminatoire contraire à l'article 110 du TFUE qui « constitue un complément » aux dispositions relatives à la libre circulation des marchandises. De plus, la taxe ne peut pas être justifiée par la protection de l'environnement qui n'est pas réalisée de manière complète et cohérente.

⁹² BIN F., « Droit fiscal international de l'environnement et souveraineté fiscale nationale », *op. cit.*, p. 450.

⁹³ *Ibid.*, p. 453.

⁹⁴ Les droits d'accise sont des impôts indirects sur la vente ou l'utilisation de certains produits, notamment l'alcool, le tabac et l'énergie.

⁹⁵ Régime général d'accise déterminé par la directive établissant le régime général d'accise (refonte), 2020/262, 19 décembre 2019, JO L 58, 27 février 2020, p. 4-42.

Régime spécifique d'accise pour les produits énergétiques et de l'électricité : directive restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité, 2003/96/CE, *op. cit.*

⁹⁶ *Ibid.*, Article 2 de la directive de 2003/96/CE.

⁹⁷ De multiples articles sont consacrés aux exonérations totales ou partielles ou un taux de taxation réduit que les États membres peuvent appliquer : articles 14 à 19 de la directive de 2003. Si certaines dérogations se justifient dans un objectif de protection de l'environnement et de lutte contre abus et fraude, d'autres apparaissent plus contestables... Par exemple, l'article 14§1. b). exonèrent « les produits énergétiques fournis en vue d'une utilisation comme carburant ou combustible pour la navigation aérienne autre que l'aviation de tourisme privée ». En sachant que « l'aviation de tourisme privée » désigne « l'utilisation d'un aéronef par son propriétaire ou la personne physique ou morale qui peut l'utiliser à la suite d'une location ou à un autre titre, à des fins autres que commerciales ».

Ces exceptions tendent à être réduites par la proposition de directive toujours en discussion ; Proposition de directive du Conseil restructurant le cadre de l'Union de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (refonte), COM(2021) 563 final, 14 juillet 2021.

⁹⁸ CJUE, C-49/17, *Koppers Denmark ApS contre Skatteministeriet*, 6 juin 2018, Rec. Affaire qui vise le Danemark CJUE, C-270/18, *UPM France SAS contre Premier ministre et Ministre de l'Action et des Comptes publics*, 16 octobre 2019, Rec. Affaire qui vise la France

⁹⁹ Directive SEQE-UE, *op. cit.*

¹⁰⁰ Ex-article 175§1 TCE.

d'émission de l'UE (SEQE-UE). « Bien qu'il s'agisse à proprement parler d'un dispositif de marché, il agit de manière similaire à l'instrument fiscal environnemental »¹⁰¹ et permet aux entreprises concernées de pouvoir échanger (acheter ou vendre) des droits d'émissions de CO₂ (les entreprises concernées sont obligées de détenir des quotas d'émission pour leur rejet de CO₂). S'il s'agit d'un marché européen, ce sont les États membres qui décident d'allouer les quotas¹⁰² aux entreprises concernées établies au sein du territoire, dans la limite des quotas autorisés. Ce marché poursuit deux objectifs : conditionner les émissions de CO₂ à la détention de quotas par les agents économiques, qui sont obligés d'acheter des quotas supplémentaires s'ils dépassent les quotas distribués et réduire les émissions de CO₂ en abaissant progressivement la quantité totale de quotas délivrés au sein de l'UE. En dépit de ces avantages¹⁰³, plusieurs lacunes demeurent et tiennent au fait que l'offre de quotas a longtemps été supérieure à la demande des entreprises pour leurs émissions de CO₂ remettant en cause la portée du mécanisme¹⁰⁴. Par ailleurs, le SEQE-UE coexiste avec d'autres dispositifs fiscaux nationaux¹⁰⁵ tels que la taxe carbone évoquée *supra*, mettant à mal le rôle de l'Union européenne dans la fiscalité environnementale. D'autant que les recettes générées par les quotas n'alimentent pas le budget de l'Union mais reviennent aux États membres qui sont libres de décider de l'affectation de ces recettes. Néanmoins, le rapport d'étape sur l'action climatique de l'UE de la Commission européenne énonce qu'une grande partie des recettes générées par le marché carbone ont été dépensées « à des fins climatiques et énergétiques »¹⁰⁶. L'extension du SEQE-UE via le nouveau Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (MACF)¹⁰⁷, pourrait permettre de pallier ce dernier défaut. En effet, la Commission européenne avait énoncé que les recettes générées par la vente des certificats issue du MACF devraient alimenter le budget de l'Union et constituer, à ce titre, des ressources propres¹⁰⁸. Mais encore faut-il que

¹⁰¹ DAO C., « Chapitre I - Les principes constitutionnels, internationaux et européens liant le droit français en matière de fiscalité environnementale » in *La fiscalité environnementale unifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1^e édition, 2021, pp. 55-71, p. 64.

¹⁰² Articles 10 et 11 de la directive SEQE-UE, *op. cit.*

¹⁰³ A ce stade, le marché du carbone européen couvre environ 36 % des émissions de gaz à effet de serre de l'UE. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport d'étape sur l'action climatique de l'UE (2023), COM(2023) 653 final, 24 octobre 2023.

De plus, le SEQE-UE a servi de modèle pour l'instauration de nombreux autres systèmes de marché de droits à polluer. OCDE, *Taux effectifs sur le carbone 2023 (version abrégée) : Tarification des émissions de gaz à effet de serre au moyen de taxes et d'échanges de quotas d'émission*, Paris, Éditions OCDE, Paris, 2023, 59 p, p. 32 et suivants.

¹⁰⁴ D'où les modifications apportées par la directive modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union et la décision (UE) 2015/1814 concernant la création et le fonctionnement d'une réserve de stabilité du marché pour le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre de l'Union, visant à créer une réserve de stabilité, 2023/959 du 10 mai 2023, JO L 130, 16 mai 2023, p. 134-202.

¹⁰⁵ Certains secteurs demeurent exclus du champ d'application du SEQE comme l'agriculture, et ce, en dépit de la création d'un « nouveau système autonome d'échange de quotas d'émission est créé en ce qui concerne les carburants pour les secteurs du bâtiment et du transport routier ainsi que pour des secteurs supplémentaires » ; Conseil de l'Union européenne, Paquet « Ajustement à l'objectif 55 » - ETS, 10509/22, Bruxelles, 25 juin 2022.

¹⁰⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport d'étape sur l'action climatique de l'UE (2023), *op. cit.*

¹⁰⁷ Règlement établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, 2023/956 du 19 mai 2023, JO L 130, 16 mai 2023, p. 52-104, [règlement MACF]. Le MACF complète le SEQE de l'UE en obligeant les importateurs européens à restituer des certificats MACF achetés correspondant aux émissions totales de CO₂ générées par les importations de marchandises étrangères sur le territoire douanier de l'Union.

¹⁰⁸ « Lors de sa réunion tenue du 17 au 21 juillet 2020, le Conseil européen a noté que, à titre de base pour des ressources propres supplémentaires, la Commission présenterait, au cours du premier semestre de 2021, des propositions relatives à un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières et à une redevance numérique en vue de leur introduction au plus tard le 1er janvier 2023 », in Décision relative au système des ressources propres de l'Union européenne et abrogeant la décision 2014/335/UE, Euratom, 2020/2053, 14 décembre 2020, JO L 424, 15 décembre 2020, p. 1-10. Dans une autre communication, la Commission précise « que 75 % des recettes générées

l'Union, à l'instar des États membres, ne privilégie pas les objectifs économiques qui coexistent avec les objectifs environnementaux¹⁰⁹, quand bien même il est désormais affirmé que « le marché intérieur et sa réglementation doivent désormais être considérés comme un moyen de réaliser les objectifs environnementaux à l'échelle européenne »¹¹⁰.

par un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières deviennent une ressource propre pour le budget de l'UE ». Communication de la Commission européenne, La prochaine génération de ressources propres pour le budget de l'UE, COM(2021) 566 final, 22 décembre 2021. Mais les dispositions concrètes du règlement MACF ne sont pas limpides quant aux destinataires des recettes tirées de la vente de certificat MACF.

¹⁰⁹ Le MACF répond « à une logique économique, à savoir le rétablissement de la concurrence avec des produits européens soumis à des normes réglementaires et fiscales souvent plus exigeantes que les produits importés. » ; PEZET F., « Fiscalité environnementale - « Think globally, Tax locally » – Quand le verdissement de la neutralité fiscale n'est pas tout à fait neutre... », *Revue de Droit fiscal*, n°44, 2020.

Par ailleurs, le Parlement européen a déclaré que les recettes « ne devraient pas être affectées à une dépense spécifique du budget de l'Union, compte tenu du principe d'universalité » : Amendement 40 du Parlement européen, adoptés le 22 juin 2022, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (COM(2021)0564). Au contraire, une partie des recettes devrait servir à financer le plan de relance européen « Next Generation EU » puisqu'il a été instauré suite à ce dit plan de relance.

¹¹⁰ NAVEL L., « Le bon fonctionnement du marché intérieur, frein ou moteur pour la fiscalité environnementale ? », *R.E.I.D.F.*, n°4, 2023, pp. 463-471, p. 469.

**L'ÉVOLUTION SINUEUSE DU DROIT INTERNATIONAL DES
INVESTISSEMENTS À L'ÈRE DE L'ANTHROPOCÈNE : LA ZLECAF ET L'ASEAN
À LA LUMIÈRE DU « VERDISSEMENT » DES ACCORDS ÉCONOMIQUES
INTERNATIONAUX**

Sanae BOUYAYACHEN

Doctorante à l'Université Mohammed V de Rabat, Maroc

Résumé : L'analyse de la réforme du droit international des investissements au prisme de l'urgence écologique, révèle des divergences substantielles et procédurales dans la régulation des investissements directs étrangers aux échelles nationale, régionale et continentale. L'urgence écologique expose des tensions substantielles et procédurales entre paradigmes nationaux, régionaux et continentaux. Cependant, une inflexion normative du Sud-Global émerge, rééquilibrant ce droit avec les exigences de sécurité écologique, à travers une flexibilité procédurale innovante et des exceptions environnementales affirmées. Ainsi, cette étude entend démontrer comment ces constructions défient l'hégémonie bilatérale par une gouvernance polycentrique ascendante, préfigurant un ordre juridique écologiquement refondé.

Mots-clés : droit international des investissements ; droit international de l'environnement ; ASEAN ; ZLECAF ; Développement durable.

INTRODUCTION

L'ère de l'Anthropocène laisse place à une redéfinition de la corrélation entre l'économie et l'écologie dans une période de rivalités entre grandes puissances. La polarisation géopolitique à l'ère de la géo-économie¹ fait émerger une nouvelle conceptualisation des relations économiques internationales, accordant une nouvelle priorité à la protection des ressources naturelles et se heurtant donc aux traités bilatéraux d'investissements (TBI) qui protègent les « attentes légitimes » des investisseurs dans des secteurs critiques tels que les énergies fossiles². L'évolution progressive du droit international des investissements (DII) et de la réorganisation de la chaîne de valeur mondiale font surgir la question essentielle de la manière de repenser le droit international des investissements pour concilier protection des ressources naturelles et réalités géo-économiques contemporaines.

Il est primordial d'explorer la manière dont les États émergents du Sud perçoivent la sphère économique internationale et comment ils cherchent à améliorer le bien-être de leur population à travers des initiatives régionales³. Répondre à cette question nécessitera une analyse des modèles qui intègrent à la fois des approches classiques de la croissance économique, de nouvelles approches axées sur une résolution intégrée des problèmes de pauvreté (aspect économique), d'inégalité (aspect social et droits humains) et de durabilité environnementale (aspect environnemental) simultanément.

Au cours des deux dernières décennies, au gré des cas de plus en plus nombreux où les mesures réglementaires d'intérêt public prises par les États, y compris pour protéger l'environnement, ont été contestées par les investisseurs étrangers comme des violations des obligations des traités d'investissement, une critique de plus en plus vive s'est adressée à l'encontre du droit international de l'investissement⁴. La littérature relative à cette tension entre le droit international de l'investissement et la protection de l'environnement⁵ ne s'intéresse guère à la question de la conciliation des piliers social, environnemental et économique du développement durable. Cette étude tente de combler cette lacune en analysant le cas de deux traités régionaux du Sud Global, à savoir l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) et la Zone de Libre-Echange Continentale Africaine (ZLECAf). Sous le prisme des théories tiers-mondistes du droit international et l'analyse du discours juridique du Sud Global, cette étude soutient que la gouvernance environnementale ne se réalise pleinement qu'à travers

¹ LOROT, P., « La géoéconomie, nouvelle grammaire des rivalités internationales », *L'information géographique*, volume 65, n°1, 2001, pp. 43-52.

² DUBIN L., *Traités d'investissement et capitalisme fossile : du désencastrement à la recherche de l'alignement climatique*, JDI/Clunet 2025, n°4, pp. 1-21.

³ ALAM S. (dir.) & al., *International Environmental Law and the Global South*, New York, Cambridge University Press, 2015, 631 p.

⁴ WAIBEL M. (dir.) & al., *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, KLUWER Law International Law, 2010, disponible en ligne sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733346 (site web visité le 10 septembre 2024) ; FRANCK S., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol.73, 2005, pp. 1521-1624 ; BROWER C. et SCHILL S., « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law », *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, n° 2, 2008, pp. 471-498.

⁵ MILES K. (dir.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar publishing editions, 2019, 576 p. ; MANN H., *Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development*, *Lewis & Clark Law Review*, vol.17, 2013, pp. 521-544 ; DI BENEDETTO S., *International Investment Law and the Environment*, Elgar International Investment Law Series 2013, 272 p. ; DUPUY P-M et VIÑUALES J. (dir.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, 493 p. ; VIÑUALES J., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge Studies in International and comparative law, 2012, 423 p. ; KULICK A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge Studies in International & Comparative Law editions, 2012, pp. 225-268.

une appréhension globale des piliers social et économique du développement durable, à la fois de manière adaptative et participative. En outre, cette gouvernance devra éviter le conflit avec le droit international de l'investissement actuel, qui considère l'État comme un acteur de gouvernance intégré devant assurer une gouvernance stable, cohérente et indépendante de toute interférence publique. Il y a un dilemme « ascendant » entre la gouvernance environnementale polycentrique, prônée par l'ASEAN et la ZLECAf, et la gouvernance d'investissement « traditionnelle » hiérarchique de haut en bas.

Il est clair que l'objectif économique des investissements directs étrangers (IDE) est principalement d'obtenir un bénéfice financier à la fois pour l'investisseur et pour le pays d'accueil. Conséquemment, il est facile de considérer que le développement économique est une caractéristique intrinsèque du DII⁶. Ce n'est qu'au cours du nouveau millénaire, et particulièrement ces dix dernières années, que les spécialistes du droit ont exploré d'autres aspects du développement et ont commencé à se pencher sérieusement sur la question de la durabilité⁷. Cette exploration académique a été accompagnée d'une réévaluation partielle du DII, qui a vu l'apparition d'une nouvelle génération d'AII, tentant d'établir un équilibre différent entre les intérêts des investisseurs et ceux des États bénéficiaires de capitaux. Contrairement aux premiers, ces derniers intérêts ne sont pas nécessairement d'ordre économique.⁸ Néanmoins, les ajustements effectués au sein du cadre instable du droit de l'investissement sont dus à une crise de légitimité qui n'a pas grand-chose à voir avec la promotion du développement durable, ainsi qu'à la nature fondamentalement bilatérale du droit de l'investissement, empêchant ainsi une refonte globale du régime. C'est pourquoi aucune définition claire du concept de développement durable n'a encore émergée. Cela ne signifie cependant pas que les actions des États⁹ ne puissent pas apporter des exemples de stratégies légales susceptibles de promouvoir le développement durable, ni que les chercheurs n'aient pas trouvé des éléments de durabilité dans diverses clauses des AII¹⁰. Ces dispositions englobent également celles qui encouragent la participation des parties prenantes, bien que l'intérêt des chercheurs pour ce domaine semble relativement récent. De nombreuses approches visant à

⁶Salini et al c. Maroc, affaire CIRDI N° ARB /00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, para 52. Le test signifie donc que seules les activités économiques transnationales qui impliquent (a) une contribution d'argent ou d'actifs, (b) un risque, (c) une certaine durée et (d) une contribution à l'économie de l'État hôte, peuvent être considérées comme un « investissement » et méritent en tant que telle la protection du droit international des investissements. MUKHERJEE S. et CHAKRABARTI N-K., « Is “Contribution to the Host States Development” an Essential Criterion to Define Investment Under International Investment Law? A Search Through the Lens of Arbitral Awards », vol. 42, Liverpool Law Review, 2021, pp. 429-463. CARKOVIC M. et LEVINE R., « Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth? » in MORAN T., GRAHAM E. et BLOMSTRÖM M. (dir.), *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Institute for International Economics, 2005, pp. 195-220.

⁷VAN AAKEN A. et LEHMANN T-A, « Sustainable Development and International Investment Law: A Harmonious View from Economics » in Echanti R. et Sauvé P. (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, CUP, 2013, pp. 317-339. International Institute for Sustainable Development, *Investment Treaties & Why They Matter to Sustainable Development: Questions & Answers*, International Institute Sustainable Development 2012, disponible en ligne sur : https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf (site web visité le 10 septembre 2024), pp. 27-29. COTULA L., « Rethinking Investment Contracts Through a Sustainable Development Lens » in BLANCO E. et RAZZAQUE J. (dir.), *Natural Resources and the Green Economy: Redefining the Challenges for People, States and Corporations*, Brill, 2012, pp. 13-35.

⁸AUST V., MORAIS A-I. et PINTO I., « How Does Foreign Direct Investment Contribute to Sustainable Development Goals? Evidence from African Countries », *Journal of Cleaner Production*, vol. 245, n°3, 2020, pp. 1-10.

⁹MAROTTI L., « L'interpretazione autentica dei trattati in materia di investimenti », *Diritto del commercio internazionale*, vol. 32, n°3, 2018, pp. 651-680.

¹⁰LEVASHOVA Y., « Role of Sustainable Development in Bilateral Investment Treaties: Recent Trends and Developments », *Journal Sustainable Finance & Investment*, vol. 1, 2011, pp. 222-229. *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, affaire CIRDI N° ARB /14/21, sentence, 30 novembre 2017.

favoriser la participation du public dans les questions liées à l'investissement ont été identifiées. La problématique réside dorénavant dans la compréhension du degré de favorisation du développement durable¹¹. La conciliation de la protection des droits environnementaux avec les piliers social et économique du développement à l'aune des réformes régionales asiatiques et africaines du DII font-elles renaître le concept, s'il en est un, de développement durable ?

La croissance a trop souvent été réduite à son aspect quantitatif, pourtant l'impact qualitatif a largement pris le dessus et s'est imposé comme une réalité incontournable. Face à cela, la réforme actuelle du régime des IDE semble être une voie prometteuse pour favoriser une croissance plus écologique¹². De plus, cette croissance dite « verte » doit être considérée comme complémentaire au développement durable et non comme une alternative. Il est donc crucial de promouvoir des activités pouvant attirer des IDE en faveur à la fois du développement durable et de la création de richesse, surtout dans les pays où les activités économiques polluantes sont le moteur de l'économie et le seul moyen de développement économique et social¹³. Toutes ces hypothèses, nous amènent à évaluer l'émergence généralisée d'une construction normative du développement durable dans l'élaboration des accords internationaux d'investissement (AII)¹⁴ (I) dans un dilemme stabilité-flexibilité¹⁵ (II).

I. L'ÉMERGENCE GÉNÉRALISÉE D'UNE CONSTRUCTION NORMATIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS L'ÉLABORATION DES AII

Les tendances normatives régionalisées du DII dans le Sud Global (A) ont instauré une réforme verte et une approche flexible et durable du règlement des différends (B).

¹¹De BRABANDERE E., GAZZINI T. et KENT A. (dir.), *Public Participation and Foreign Investment Law: From the Creation of Rights and Obligations to the Settlement of Disputes*, Brill, 2021, 445 p.; El-HOSSENY F., *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects*, Brill, 2018, 335 p.; MAVROMATI C. et SPOTTISWOOD S., « Voices That Shape Investment Treaties: Inside, Outside and Among States » in TITI C. (dir.), *Public Actors in International Investment Law*, Springer, 2021. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, 2011, pp. 200-224; HARRISON J., « Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Promoting Social Justice? » in DUPUY P.-M., FRANCONI F. et PETERSMANN E.-U (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, OUP, 2009, pp. 396-421. Affaire T-9/19 ClientEarth contre Banque européenne d'investissement (2021) Tribunal (deuxième chambre, composition élargie) (annulant une décision de la BEI qui avait rejeté une demande en vertu du règlement Aarhus de réexamen interne d'une décision de financement d'une centrale électrique à biomasse en Espagne). Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Claude Reyes c. Chili*, arrêt, 16 septembre 2006, série C n° 151 (reconnaisant le droit d'une ONG d'accéder aux informations détenues par le Comité des investissements étrangers du Chili afin d'exercer un contrôle social sur un projet d'exploitation du Río Códor).

¹² RUDALL J., « Greening International Investment Agreements », *Netherlands Yearbook of International Law* 2021, vol. 52, 2023, pp. 133-160.

¹³ Selon un rapport du groupe d'experts international sur les ressources du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE), l'extraction de matériaux devrait augmenter de 60 % d'ici à 2060 et risque de compromettre les objectifs mondiaux en matière de climat, de biodiversité, de pollution, de prospérité économique et de bien-être humain. Le rapport intitulé Perspectives des ressources mondiales 2024 (*Global Resource Outlook 2024*), réalisé par le Groupe international d'experts sur les ressources (IRP) et rédigé par des auteurs du monde entier, a été présenté lors de la sixième session de l'Assemblée des Nations unies pour l'environnement. Disponible en ligne sur : <https://www.unep.org/fr/resources/Global-Resource-Outlook-2024> (site web visité le 10 septembre 2024).

¹⁴ NELSON T.-G., « Human Rights Law and BIT Protection : Areas of Convergence », *Transnational Dispute Management*, vol. 1, 2013, disponible en ligne sur : <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1936> (site web visité le 10 septembre 2024).

¹⁵ MOUYAL L., *International Investment Law and the Right to Regulate. A Human Rights Perspective*, Routledge, 2016, 282 p.

A. Les tendances normatives régionalisées de la réforme du DII dans le Sud Global

En réponse au défi du changement climatique, l'Union africaine met en place en 2023 le protocole sur l'investissement de la ZLECAf (PI), réaffirmant les engagements pris dans le cadre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et de l'Accord de Paris. Il traduit également cette perspective africaine des *Third World approaches to international law* (TWAIL)¹⁶ et régleme les incitations aux investissements durables, en mettant en exergue le droit inhérent des États à réglementer sur les questions environnementales¹⁷, notamment en autorisant et en encourageant les incitations aux investissements durables¹⁸ à faible émission de carbone¹⁹. Le chapitre relatif au développement durable²⁰ comporte également des dispositions visant à promouvoir et faciliter les investissements spécifiquement liés à l'action climatique. Il inclut également l'engagement des nations à maintenir des normes environnementales²¹. Le protocole confirme également la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public pour relever les défis posés par le changement climatique²². L'article 13 prévoit des exceptions à l'obligation pour les États parties d'accorder un traitement national, notamment pour la protection de l'environnement. Cette disposition est cruciale car elle permet aux États africains de favoriser leurs investisseurs locaux dans les secteurs verts (énergies renouvelables, agriculture durable) sans violer le principe de non-discrimination, tout en défavorisant légitimement les projets extractifs fossiles polluants. D'autres dispositions tenant compte du climat peuvent prendre forme dans l'inclusion du terme « dans des circonstances similaires »²³, qui autorise une différenciation raisonnable entre investissements selon leur impact écologique, par exemple, traiter différemment un projet solaire d'un projet pétrolier. Contrairement au processus du « carve-out » fossile dans la modernisation du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE)²⁴, la ZLECAf opère un désinvestissement implicite via ses exceptions environnementales.

À l'inverse, le langage environnemental des accords d'investissement de l'ASEAN traduit une plus modeste perspective des TWAIL. Néanmoins, il comprend des clauses d'exception générale²⁵ (neuf traités), des dispositions interdisant une réglementation non

¹⁶ CHIMNI B-S., « The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue », *Trade Law and Development Journal*, vol. 3, n°1, 2011, pp. 14-25.

¹⁷ Préambule, PI ZLECAf ; voir TITI C., *The right to regulate in international investment law*, Munich, Nomos, 2014.

¹⁸ Article 8, PI ZLECAf, « ... Les États parties peuvent instaurer des mesures incitatives afin d'attirer, de retenir et d'accroître les investissements qui favorisent leur développement durable. Ces mesures incitatives peuvent notamment comprendre : a. des incitations financières et fiscales, telles que l'assurance-investissement, des subventions ou des prêts à taux préférentiels ; b. infrastructures ou services subventionnés et préférences du marché ; c. des incitations axées sur le développement pour encourager les programmes de marchés préférentiels et les investissements spécifiques en Afrique, notamment dans les secteurs liés à la réalisation du développement durable ; d. incitations à la technologie, à l'assistance technique, au transfert de technologie et à la recherche et au développement ; e. garanties d'investissement ; f. des incitations aux investissements à faibles émissions de carbone ; ou g. des incitations visant à encourager les investisseurs à adopter une conduite commerciale responsable. ... »

¹⁹ Article 26, PI ZLECAf.

²⁰ Chapitre 4, PI ZLECAf.

²¹ Article 25, PI ZLECAf.

²² Article 24, PI ZLECAf.

²³ Article 12 qui traite du traitement national, PI ZLECAf.

²⁴ DUBIN L., *op. cit.* pp. 1-21.

²⁵ RCEP (2020); ASEAN - Hong Kong, China SAR Investment Agreement (2017); ASEAN - India Investment Agreement (2014); ASEAN - China Investment Agreement (2009); ASEAN - Korea Investment Agreement (2009); AANZFTA (2009); ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009); ASEAN - India Framework Agreement (2003); ASEAN - China Framework Agreement (2002); AIA (1998).

discriminatoire comme base de réclamations pour expropriation indirecte²⁶ (cinq traités), des exceptions au traitement national (TN)²⁷ (un traité), des rapports d'experts sur les questions environnementales demandés par l'arbitrage d'investissement²⁸ (un traité). Les trois premières catégories traitent des questions de fond, tandis que la quatrième concerne les procédures destinées à aider les tribunaux à évaluer les preuves environnementales sans modifier les droits et obligations des parties en litige. Il convient également de noter l'utilisation simultanée de plusieurs références environnementales dans un seul et même AII. Par exemple, l'accord d'investissement ASEAN-Inde de 2014 aborde les questions environnementales dans trois dispositions distinctes²⁹. Cependant, ces dispositions sont souvent ambiguës ou formulées de manière restrictive, limitant ainsi leur efficacité à protéger les droits des États à régler les questions environnementales³⁰. Les clauses d'exception générales, largement utilisées dans les accords d'investissement de l'ASEAN³¹, sont souvent calquées sur les accords de l'Organisation Mondiale du Commerce et sont critiquées pour ne pas tenir pleinement compte des subtilités du droit international de l'investissement. Elles visent à protéger le droit des États à discriminer entre différents investisseurs et investissements en fonction de critères autres que la nationalité et dans les dispositions environnementales des accords d'investissement, abordant les questions environnementales uniquement dans le cadre de dispositions spécifiques telles que celle de l'expropriation indirecte³² ou du principe du traitement national³³. Ces clauses établissent néanmoins des critères stricts pour l'adoption de mesures exceptionnelles, limitant ainsi la flexibilité des États hôtes dans la défense de leurs intérêts face à des litiges avec des investisseurs étrangers. De plus, la liste exhaustive des exceptions ne couvre parfois pas tous les aspects de la protection de l'environnement. En effet, les retombées positives des IDE sur le climat ne sont pas automatiques et une rédaction lacunaire ou trop vague pourrait entraîner des interprétations restrictives préjudiciables aux États.

À un niveau extra-régional, une tendance verte plus modeste apparaît en Afrique avec la ratification du premier accord de facilitation des investissements durables entre l'Union européenne et l'Angola³⁴. Il est possible de citer aussi l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Kenya³⁵. Tous deux garantissent des engagements mutuels en faveur du développement durable, de la protection de l'environnement et des droits du travail. En Asie, la mise en place du plan d'action 2023-2027 entre l'UE et l'ASEAN³⁶ met l'accent également sur le développement durable, en citant quarante-sept fois le mot « développement durable » dans le texte. Ainsi, l'intégration économique régionale s'inscrit dans un débat réformiste visant à redéfinir et contester l'hégémonie de la conception traditionnelle des impacts du DII sur les

²⁶ RCEP (2020); ASEAN - Hong Kong, China SAR Investment Agreement (2017); ASEAN - India Investment Agreement (2014); AANZFTA (2009); ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009).

²⁷ ASEAN - India Investment Agreement (2014).

²⁸ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009) Accord global d'investissement de l'ASEAN.

²⁹ Les exceptions générales (article 21), les exceptions au traitement national (article 3.5) et les clauses interdisant une réglementation non discriminatoire comme base de demandes d'expropriation indirecte (article 8.9).

³⁰ En général, ces clauses énoncent les conditions d'adoption de mesures exceptionnelles et une liste d'objectifs politiques exceptionnels. Établissant ainsi des normes élevées pour invoquer ces exceptions, limitant de ce fait l'applicabilité de cette clause d'exception générale. La liste exhaustive des exceptions ne couvre que certaines mesures liées à l'environnement et pas nécessairement la protection de l'environnement et du changement climatique (par exemple : protection des ressources naturelles rares, des végétaux, des animaux ...).

³¹ Article 16, Agreement on investment of the framework agreement on comprehensive economic cooperation between the people's republic of China and the ASEAN.

³² Annex on expropriation and compensation, ASEAN Australia New Zealand Free Trade Area.

³³ Article 3.3, Agreement on investment under the framework agreement on comprehensive economic cooperation between the ASEAN and the Republic of India.

³⁴ Accord de facilitation des investissements durables entre l'Union Européenne et la république d'Angola, signé en mars 2024.

³⁵ Accord de partenariat économique entre l'Union Européenne et le Kenya, signé en décembre 2023.

³⁶ Plan of Action to Implement the ASEAN-EU Strategic Partnership (2023-2027).

droits humains, les identités culturelles, la souveraineté étatique, les politiques fiscales, la protection diplomatique et, ce faisant, à repenser la protection environnementale à l'échelle régionale selon les réalités économiques des Suds³⁷.

Cependant, l'intégration régionale et les traités régionaux de nouvelle génération mettent en lumière les erreurs de cette conception westphalienne³⁸, en ce qui concerne le droit des investissements, à travers des politiques économiquement injustes imposées par le néolibéralisme occidental tout en imposant davantage de restrictions et contraintes aux dépens des investisseurs intra-régionaux principalement³⁹. Ainsi, les investisseurs issus des États extra-régionaux n'ayant pas opéré une refonte de leurs AII, peuvent toujours imposer des conditions d'investissement injustes toujours régis par des traités d'investissements « d'anciennes génération », qui favoriseront toujours les investisseurs extrarégionaux dans l'exploitation des ressources naturelles⁴⁰, malgré la volonté affirmée de réforme des États du Sud. Par exemple, refuser des extensions de permis pour des projets d'investissement en raison de préoccupations environnementales peut entraîner des réclamations pour violations du TJE⁴¹, tandis que le refus de permis pour l'extraction de combustibles fossiles peut donner lieu à des réclamations directes d'expropriation⁴². De plus, suite à la cessation de l'énergie au charbon aux Pays-Bas, des investisseurs ont engagé des actions en justice contre l'État pour avoir enfreint diverses obligations stipulées dans le Traité sur l'énergie. Ces plaintes vont au-delà des clauses de protection et d'expropriation indirecte, englobant également des violations des engagements de ne pas compromettre les investissements par des mesures déraisonnables et d'assurer une protection et une sécurité pleine et entière.

Ainsi, une refonte plus flexible du règlement des différends, adaptée aux réalités politiques et sociales des États du Sud⁴³, permettrait de contester cette hégémonie en matière de protection du droit à un environnement sain en tant que droit humain. Elle garantirait cette protection pour tous les citoyens, tout en résistant aux conséquences économiques, environnementales et sociales des politiques d'investissement préétablies et du droit international⁴⁴.

B. La flexibilité de l'approche durable du règlement des différends d'investissements

D'après les statistiques du CIRDI, au cours de l'année 2024, 341 affaires ont été administrées, soit plus que les 329 affaires de l'année précédente. Cela représente le deuxième plus grand nombre d'affaires jamais traitées par le CIRDI au cours d'une seule année, ce qui

³⁷ CHIMNI B-S., *op. cit.*, pp. 14-25.

³⁸ ENAKSHI J., « Twail and investmentlaw: the perpetualstruggle », *NLIU Law Review*, vol. 5, 2016, pp. 217-235.

³⁹ SORNARAJAH M., « Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law », *Trade Law and Development Journal* 203, vol. 3, 2011, pp. 203-232.

⁴⁰ ADITYA K. et SINDHURA C., « A Mutlilateral Investment Agreement: A Poison or an Antidote », *Sri Lankan Journal of International Law*, vol. 22, 2010, pp. 89-106.

⁴¹ Voir affaire *Tecmed c. Mexique*, Affaire CIRDI No. ARB (AF)/00/2 et affaire *Eco Oro c. Colombie*, Affaire CIRDI No. ARB/16/41.

⁴² Voir affaire *Lone Pine c. Canada*, Affaire CIRDI No. UNCT/15/2.

⁴³ LYNCH C., « Political Activism and The Social Origins of International Legal Norms », in CARR, E. (dir.) *Law and Moral Action in World Politics*, OUP, 2000, pp. 140-174.; BAXI U., « What may the third world expect from International Law », *Third World Quarterly*, vol. 27, n°5, 2006, pp. 713-725.; voir *Aguasdel Tunari, S.A. c. République de Bolivie*, Affaire CIRDI No. ARB/02/3.; *Tecmed c. Mexique*, Affaire CIRDI No. ARB (AF)/00/2.

⁴⁴ ONYANGO O. et UDIGAMA D., Rapport de l'ONU: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 1999/8, June 15, 2000, disponible en ligne sur: <https://digitallibrary.un.org/record/419551?v=pdf> (site web visité le 10 septembre 2024).

équivalait à 34% de l'ensemble des procédures CIRDI, soit un total de 991 affaires régies par la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire au 30 juin 2024⁴⁵.

La question soulevée par Christophe Schreuer dans son article intitulé « A-t-on besoin d'un arbitrage en matière d'investissement ? » est d'une grande pertinence⁴⁶. Cette problématique peut être résumée par l'objectif ultime de l'arbitrage international en matière d'investissement évoqué par l'auteur lui-même, à savoir : « éloigner le différend du domaine politique et le placer dans le domaine du droit »⁴⁷, cela serait d'autant plus pertinent dans l'optique des nouvelles normes environnementales internationales. Par conséquent, toute réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) doit viser à garantir une plus grande cohérence, tout en permettant une certaine flexibilité pour s'écarter des décisions précédentes lorsque cela est nécessaire, notamment quand le traité est de nouvelle génération⁴⁸. L'un des défis majeurs de toute réforme consiste à trouver un juste équilibre entre l'indépendance judiciaire et la responsabilité de toutes les parties prenantes⁴⁹.

En effet, entre la version provisoire du protocole de la ZLECAf de 2021, et celle adoptée en 2023, les États africains ont opéré un virage en adoptant lors de la version finale l'article 46.3 qui dispose que le RDIE reste en négociation. Une option potentiellement envisagée dans le cadre de l'accord de la ZLECAf, en référence aux recommandations du troisième groupe de la CNUDCI, serait l'inclusion d'une clause RDIE à options multiples⁵⁰. Cette clause viserait à offrir un éventail diversifié de choix aux États et aux investisseurs, tout en garantissant une protection adéquate contre les défis futurs qui pourraient menacer la sécurité du continent, en fonction de leurs besoins spécifiques. Les CER africaines offrent également des possibilités de recours aux tribunaux régionaux, à condition d'opérer une relecture du droit à un environnement sain en tant que droit humain. Cette flexibilité régionale est cruciale car les clauses de survie des TBI exposent encore les États du Sud à des contentieux RDIE intentés par des investisseurs en fossiles⁵¹.

Lorsqu'il a été décidé d'intégrer le RDIE en tant que mécanisme de règlement des différends, l'ACIA a pris en compte avec flexibilité les divers contextes historiques, économiques et politiques des États membres de l'ASEAN, ainsi que les cadres juridiques et les systèmes judiciaires en vigueur dans ces États⁵². Malgré sa vocation à être un accord régional complet, l'Accord global d'investissement de l'ASEAN (ACIA) est en réalité restreint à certains secteurs d'activité⁵³, ce qui pourrait impacter la possibilité de recours dans les

⁴⁵ CIRDI, Rapport Annuel du CIRDI de 2024, disponible en ligne sur : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID-AR2024-FRE-WEB.pdf> (site web visité le 10 septembre 2024).

⁴⁶Schreuer C., « Do We Need Investment Arbitration? », in KALICKI J-E et JOUBIN-BRET A. (dir.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill, 2015, pp. 879-889.

⁴⁷*Ibid*, p.882.

⁴⁸Alschner W., *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes*, Oxford Academic University Press, 2022, 352 p.

⁴⁹Vargiu P., « Down the Rabbit Hole of Investment Arbitration and Ethics », *International Investment Law Journal*, vol. 4, n°2, 2024, pp. 137-153.

⁵⁰ Voir article 287 de la Convention de Montego Bay ; Gabrielle Kaufman-Kohler, « Indépendance et impartialité du juge et de l'arbitre dans le règlement des différends entre investisseurs et États », *RCADI*, Vol 427, 2022, pp.9-50.

⁵¹ DUBIN L., *op. cit.* pp. 1-21.

⁵² HSU L., « Trade and investment dispute settlement mechanisms in ASEAN: The evolving landscape and major developments », *ASEAN Law Association 12th General Assembly Workshop on Trade and Investment Dispute Settlement Mechanisms in ASEAN*, Singapore Management University Publications, 2015, pp. 1-12, disponible en ligne sur : https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4539&context=sol_research (site web accédé le 10 septembre 2024).

⁵³ Article 3, ACIA : « L'accord ne s'applique pas aux mesures fiscales, à l'exception des articles 13 (Transferts) et 14 (Expropriation et

différends initiés suite à une démarche visant la protection de l'environnement. Les signataires ont émis plusieurs réserves qui réduisent la portée du traité⁵⁴, et peuvent de ce fait ne pas bénéficier d'un équilibre au cas par cas des piliers environnemental, économique et social. De plus, seuls certains types d'investisseurs⁵⁵ sont admissibles aux avantages de l'ACIA, ce qui pourrait impacter le droit de réglementer des États, si les investisseurs choisissent de recourir au CIRDI au titre de contrats ou traités bilatéraux d'investissements (TBI) d'ancienne génération. Les entités juridiques sont considérées comme des investisseurs, alors que les individus ne le sont pas⁵⁶. De plus, les investisseurs détenus ou contrôlés par des non-membres de l'ASEAN et ayant peu d'activité dans leur État d'origine ne sont pas éligibles⁵⁷.

En outre, une des principales limites du mécanisme de règlement des différends d'investissements inhérent à l'ASEAN est sa forte dépendance à l'ACIA⁵⁸, limitant ainsi les domaines d'investissement soumis à l'arbitrage, et questionnant la praticabilité du mécanisme dans son ensemble.

En outre, les membres de l'ASEAN et de la ZLECAf peuvent convenir de limiter le recours à l'arbitrage international pour régler les différends en matière d'investissement. Il peut s'agir par exemple d'exiger des négociations, des médiations ou des conciliations administrées par un organisme local⁵⁹ de règlement des différends, élément qui pourrait fortement impacter les mesures prises par les États en vue de protéger les piliers social et environnemental.

L'établissement d'un Tribunal Régional d'investissement pourrait également transformer la résolution des différends d'investissement au sein des États de l'ASEAN. Ce tribunal serait essentiel pour améliorer les accords d'investissement et renforcer la confiance régionale en proposant un processus de règlement des différends unifié, modernisé et efficace pour les questions environnementales⁶⁰, en introduisant une procédure d'appel notamment⁶¹.

In fine, les États doivent accepter qu'il n'y ait pas de modèle parfait en matière de conception institutionnelle pour le règlement des différends d'investissements, et qu'ils devront faire des compromis. Il faudra prévoir une certaine flexibilité institutionnelle afin d'ajuster le fonctionnement du mécanisme en fonction de l'expérience acquise. La prise en considération des systèmes juridiques nationaux et internationaux dans cette approche pourrait atténuer certains différends des pays du Tiers monde, étant donné que leurs contextes et leurs distinctions

Indemnisation, aux subventions ou aides accordées par un État membre, aux marchés publics, aux services fournis dans l'exercice de l'autorité gouvernementale par l'organisme ou l'autorité compétente d'un État membre. Aux fins du présent Accord, un service fourni dans l'exercice de l'autorité gouvernementale s'entend de tout service qui n'est fourni ni à titre commercial ni en concurrence avec un ou plusieurs prestataires de services et aux mesures adoptées ou maintenues par un État membre affectant le commerce des services en vertu de l'Accord-cadre de l'ASEAN sur les services signé à Bangkok (Thaïlande) le 15 décembre 1995 (« AFAS »). 5. Nonobstant le paragraphe 4 e), aux fins de la protection des investissements en ce qui concerne la prestation de services par le biais d'une présence commerciale ».

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Article 4, ACIA.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Section B Investment Dispute Between an Investor and a Member State, ACIA.

⁵⁹ Par exemple, le Centre régional d'arbitrage de Kuala Lumpur (KLRCA) en Malaisie intègre des règles adaptées aux litiges basés sur le droit islamique. Le Centre international d'arbitrage de Singapour (SIAC) est une autre institution d'arbitrage de premier plan qui propose des règles innovantes. En ce qui concerne les procédures accélérées et les arbitres d'urgence, le SIAC a été la première institution asiatique à les introduire en 2010. Le KLRCA, quant à lui, a inclus diverses dispositions spécifiques à l'ASEAN, notamment la clause modèle d'arbitrage islamique du KLRCA, rendant ses règlements plus conformes aux intérêts de l'AMS (Règles d'arbitrage en ligne du KLRCA).

⁶⁰ VIDA A. et PRITA A., « ASEAN Investment Dispute Settlement Mechanism Through Regional Investment Court Framework », *Jurnalporos Hukum Padjadjaran*, vol. 4, n°2, 2023, pp. 277-293.

⁶¹ CALAMITA N-J., et GIANNAKOPOULOS C., *ASEAN and the Reform of Investor-State Dispute Settlement: Global Challenges and Regional Options*, Edward Elgar Publishing, 2022, 296 p., p. 113.

pourraient être pris en compte dans les divers systèmes en matière de règlement des différends d'investissement⁶².

II. LARECHERCHE FRAGMENTÉE D'UN « ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL » JUSTE ET VERT

La nécessité d'une écologisation des IDE bénéficiant au développement des États du Sud Global (A) a renforcé la nécessité d'une intégration des multinationales en tant que nouvel acteur du droit international (B), dans le cadre de l'instauration d'une durabilité à plus long terme.

A. Le dilemme de l'écologisation des investissements étrangers à l'aune du droit au développement des pays du Sud global

Le recours à des IDE économiquement attractifs, mais portant atteinte aux droits sociaux et environnementaux des peuples profite de l'absence de la concrétisation de la définition universelle donnée au « droit au développement »⁶³. Néanmoins, le droit au développement est un droit fondamental dans le cadre de la Déclaration des droits de l'Homme de l'ASEAN pour tous les êtres humains et les peuples de l'ASEAN, leur permettant de participer, contribuer et bénéficier de manière équitable et durable au développement économique, social, culturel et politique. Ce droit doit être mis en œuvre de manière à répondre aux besoins actuels et futurs de développement durable et de préservation de l'environnement. L'absence de développement ne peut justifier les violations des droits humains⁶⁴. Les États membres de l'ASEAN devraient mettre en place des programmes de développement significatifs, démographiquement ciblés et prenant en compte les questions de genre, afin de réduire la pauvreté, assurer la protection de l'environnement et permettre à tous les peuples de l'ASEAN de jouir de leurs droits de manière équitable. L'ASEAN vise ainsi à réduire progressivement les disparités de développement⁶⁵. Les pays membres de l'ASEAN reconnaissent que la mise en œuvre du droit au développement nécessite des politiques nationales efficaces, des relations économiques équitables, une coopération internationale et un environnement économique favorable. Ils doivent intégrer les différents aspects du droit au développement dans les projets de construction de la communauté de l'ASEAN et travailler en collaboration avec la communauté internationale pour favoriser un développement équitable, des pratiques commerciales justes et une coopération internationale efficace⁶⁶. En Afrique, on pourrait se questionner sur le rôle spécifique de l'évolution d'une idéologie commune dans les instruments juridiques régionaux⁶⁷ récents, visant à atténuer les

⁶² PERKAMS M., « The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law - Searching for Light in The Dark » in SCHILL S. (dir), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2011, pp. 107-150.

⁶³ Résolution 41/128, Déclaration on the Right to Development adoptée le 04 décembre 1986 par l'Assemblée générale des Nations Unies ; article 23 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, articles 1 et 2 de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, section III (article 11) de la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, Objectifs de développement durable, Consensus de Monterrey (Rapport du Secrétaire général, « Outcome of the International Conference on Financing for Development » (A/57/344, 23 août 2002)), article 22 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et article 37 de la Charte arabe des droits de l'homme, la Déclaration des droits de l'homme de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est de 2012, et la Déclaration d'Abou Dhabi de l'Organisation de la coopération islamique de 2016.

⁶⁴ Article 35, Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN.

⁶⁵ Article 36, Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN.

⁶⁶ Article 37, Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN.

⁶⁷ Article 2, PI ZLECAF.

risques liés aux changements climatiques et aux crises environnementales⁶⁸, à travers la jurisprudence du droit de réglementer des États⁶⁹ mais aussi l'intégration de l'article 28 portant sur le développement économique dans le cadre du chapitre 4 portant sur le développement durable dans le PI. Cette tendance témoigne peut-être de l'émergence d'un droit au développement économique à la lumière des normes environnementales dans le contexte de la régulation des IDE africains⁷⁰. De même, ne serait-il pas révélateur de l'émergence d'un ordre public africain⁷¹ distinct de l'ordre public international ?

Néanmoins, ces approches peuvent être restreintes par l'approche sélective adaptée à chaque pays pour réguler des situations spécifiques⁷², prenant en compte les spécificités de chaque État membre. Le souhait de favoriser le développement des continents Africain et Asiatique et de réduire les crises sociales et économiques conduit certains pays africains et asiatiques à mettre en œuvre des politiques visant à encourager les investissements dans les secteurs minier et pétrolier⁷³. En effet, les AII régionaux établissent un lien entre le développement durable et le changement climatique, tout en confirmant que les États membres ont le droit inhérent de réglementer sur leurs territoires et de prendre des mesures pour atteindre leurs objectifs de politique publique nationale⁷⁴. La situation en question est de nature interne à un État membre, basée sur des considérations économiquement objectives, parfaitement justifiables en DII en gardant une approche de l'État développementaliste⁷⁵.

En effet le droit au développement concerne des problèmes multi-systémiques et devrait appréhender le clivage Nord-Sud de manière plus éclairée⁷⁶ et plus réaliste à la lumière des nouvelles pratiques internationales pertinentes. En outre, la place importante des

⁶⁸La loi tanzanienne de 2017 sur les richesses et les ressources naturelles (souveraineté permanente) et la loi tanzanienne de 2017 sur les contrats de richesses et de ressources naturelles (révision et renégociation des conditions abusives) ; le projet panafricain de la Grande muraille verte (GMV) ; la National Environmental Management : Air Quality Act (loi sur la qualité de l'air en Afrique du Sud).

⁶⁹African Commission on Human and Peoples' Rights, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council c. La République du Kenya, Communication No. 276/2003 du 25 novembre 2009. African Commission on Human and Peoples' Rights, Democratic Republic of the Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda, Communication 227/99 du 29 mai 2003 ; Bakweri Land Claims Committee c. Cameroun, African Commission on Human and Peoples' Rights, 2002 ; Affaire CIRDI (fond et compétence), 5 Août 2005, n° ARB/05/22 Biwater Gauff (Tanzania) Limited c/ République de Tanzanie ; Affaire CIRDI (fond), 18 Juin 2010, affaire n° ARB/07/24, Gustav O Hamester GmbH & Co KG c/ Ghana ; Affaire CIRDI (fond), Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA c. Uruguay, n° ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016 ; Serap c. République fédérale du Nigéria, arrêt N° ECW/CCJ/JUD/18/12, CCJELR.

⁷⁰ La consécration du droit constitutionnel de vivre dans un environnement sain en Afrique du Sud (2024), loi environnementale n°49-17 marocaine (2020), prémices de l'instauration de taxes carbone dans plusieurs pays africains (Cameroun, Maroc ...), ASEAN Socio-cultural community (ASCC) (2015).

⁷¹ Article 8, PI ZLECAf.

⁷² A titre d'exemple la nouvelle loi pétrolière du Nigeria, voté en 2021, et la loi ougandaise qui n'interdit pas l'exploration pétrolière dans les zones protégées, l'abandon par la Malaisie en 2020 du Transboundary Haze Pollution Act de 2014 malgré le fait que de nombreuses entreprises malaisiennes soient liées aux incendies de forêt en Indonésie.

⁷³ À titre d'exemple, la tenue de l'ECOMOF 2024 encourageant les investissements dans les secteurs miniers et pétroliers important pour l'économie mais en tentant de prendre en compte le développement durable. Le Conseil national de l'énergie Indonésien a proposé d'abaisser la cible pour la part des renouvelables dans le mix indonésien à 17-19% à horizon 2025, contre 23% initialement.

⁷⁴ Préambule, PI ZLECAf.

⁷⁵ DUCHERE Y., « L'État-parti et la ville. Le moment post-moderne de l'urbanisation vietnamienne », *Géococonfluences*, janvier 2023, disponible en ligne sur : <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-regionaux/asie-du-sud-est/articles-scientifiques/urbanisation-vietnam> (site web accédé le 10 septembre 2024).

⁷⁶ BOURON J-B., CARROUE L. et MATHIAN H., « Représenter et découper le monde : dépasser la limite Nord-Sud pour penser les inégalités de richesse et le développement », *Géococonfluences*, décembre 2022, disponible en ligne sur : <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-thematiques/inegalites/articles/decoupage-economique-mondial>. (site web accédé le 10 septembre 2024).

multinationales dans l'ordre juridique international soulève des questions complexes liées aux interactions normatives entre différents systèmes de droit, déplaçant ainsi la production juridique vers des pouvoirs privés économiques⁷⁷. La première forme se concrétise par la conclusion de nombreux contrats transnationaux avec les États dans le but d'investir. La deuxième forme se montre à travers le développement de partenariats directs ou indirects avec les OI comme l'ONU, pour l'élaboration de normes telles que le *Codex Alimentarius*, les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, les *ODD*, certains standards ou normes techniques, voire des nouvelles pratiques spécifiques⁷⁸. Reste à mesurer si cette participation des personnes privées aux normes régissant leurs activités économiques favorise leur prise en compte des questions relatives à la souveraineté sur les ressources naturelles, à l'autodétermination et à l'égalité des chances en tant que droits humains favorisant le développement⁷⁹ dans leurs pratiques afin d'en faire des acteurs responsables moralement et juridiquement de leurs actions.

B. La responsabilisation des multinationales en tant qu'acteur de la durabilité du droit international des investissements dans le Sud global

L'institutionnalisation de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) pourrait progressivement, par son intervention et sa légitimité dans le système juridique, pallier aux faiblesses des lois environnementales et devenir un vecteur de production de normes juridiques⁸⁰ à l'intersection entre les objectifs de compétitivité des entreprises multinationales, les considérations économiques des pays et la mise en place d'instruments appropriés et contraignants⁸¹ en vue de protéger l'environnement. Cette pratique se concrétise avec la mise en place de l'article 38 du Protocole de la ZLECAF sur l'investissement (PI) qui souligne que les investisseurs doivent s'efforcer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de contribution au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale, par l'adoption d'un degré élevé de pratiques socialement responsables. De plus, si la Charte africaine identifie les États comme les principales parties responsables, la législation reconnaît également que les sociétés, en particulier les multinationales, ont des responsabilités envers les détenteurs de droits⁸². Ces responsabilités découlent du constat que le non-respect de ces obligations peut créer un vide dans lequel ces entités opèrent en ignorant les droits humains. Conformément à la Charte africaine, les obligations de ces entités envers les détenteurs de droits ont une base légale claire. En outre, l'article 34 du PI met en exergue l'obligation pour les investisseurs de respecter le droit à un environnement propre, sain et durable, tel que reflété dans l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et dans la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/76/300, obligeant ainsi l'investisseur à agir en ce sens. Concernant la responsabilité pénale, les actes dont les entreprises peuvent être tenues responsables sont définis

⁷⁷ ARNAUD A.-J., « Introduction », in Clam J. et Martin G. (dir.) *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 75 -84 ; FARJAT G., « Les pouvoirs privés économiques » in CREDIMI (dir.) *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, 2000, p. 613-615.

⁷⁸ Dans le domaine de l'investissement, on peut citer l'exemple de financement par l'*Open Society Initiative for Southern Africa* des fermiers expropriés par l'État Zimbabwéen (Affaire CIRDI No. ARB/05/6).

⁷⁹ DE SCHUTTER O., « L'approche fondée sur les droits humains et la réduction des inégalités multidimensionnelles », in Lamara, F. et Rabier, S. (dir.) *Une combinaison indissociable à la réalisation de l'Agenda 2030*, 2022, pp. 1-71.

⁸⁰ CLAIRE A.-B., *Les nouveaux pouvoirs. Approche pluraliste des nouveaux foyers de création du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 194 p., p. 6.

⁸¹ Article 38, PI.

⁸² Discours prononcé au cours de l'Assemblée générale inaugurale de la Coalition africaine pour la responsabilité d'entreprise - Commissaire Solomon AyeleDersso, Président du Groupe de travail sur les industries extractives, disponible en ligne sur : www.achpr.org/news/2016/07/d226/ (site web accédé le 10 septembre 2024).

notamment par le Protocole de l'UA portant amendements au protocole établissant le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme⁸³, on pourrait en citer principalement l'exploitation des ressources naturelles en négligeant les normes en matière de protection de l'environnement et de la sécurité des populations et du personnel. D'autres obligations incombent aux investisseurs, liées principalement aux droits des personnes affectés à la terre et aux ressources naturelles⁸⁴ visant à mettre en place des mesures de précaution nécessaires⁸⁵ pour atténuer les impacts écologiques, en réalisant des études d'impact environnemental⁸⁶.

De manière plus modeste⁸⁷, au sein de l'ASEAN, il n'existe pas de traité régional global instaurant des devoirs environnementaux pour les investisseurs. Cependant, c'est dans une perspective régionale durable que l'ABAC (ASEAN Business Advisory Council) et l'ACN (ASEAN CSR Network) de l'ASEAN ont fondée l'ARAIBA (*ASEAN responsible and inclusive business alliance*), un réseau d'entreprises régionales encourageant la responsabilité, l'inclusion, la résilience et la durabilité des entreprises. En tant qu'organisations de l'ASEAN, l'ABAC conseille les dirigeants de la région sur les questions commerciales, tandis que l'ACN promeut la responsabilité des entreprises au sein de l'ASEAN. Ainsi, l'ARAIBA vise à atteindre les objectifs de la Charte de l'ASEAN et du plan directeur "ASEAN 2025 : Forger Ensemble", tels que définis dans les plans de travail des communautés politiques, sécuritaires, économiques et socioculturelles⁸⁸. Au niveau extra régional, si la délocalisation des industries polluantes⁸⁹ vers des pays dotés de normes environnementales moins contraignantes, est une pratique courante pour les multinationales; le « verdissement » réglementaire régional peut entraîner un désavantage en termes de compétitivité pour les entreprises internationales africaines, soumises donc à des réglementations plus strictes en matière de protection de l'environnement, mettant en évidence les lacunes dans les zones de conflits et dans les industries extractives nécessitant des approches participatives⁹⁰. À titre d'exemple, malgré l'existence du droit OHADA, l'incohérence des réglementations en vigueur en Afrique subsaharienne a toujours constitué un obstacle à la compétitivité des entreprises socialement responsables. Néanmoins tant pour l'ASEAN que pour l'Afrique, l'un des avantages du principe des responsabilités communes mais différenciées est également sa justification par la supériorité financière et technique des pays développés, acquise grâce à leur développement économique ignorant les limites de la planète. Cette idée est confortée par l'existence du concept de responsabilités communes mais différenciées qui a été introduit lors de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement établie en 1964, où les pays en développement ont demandé l'adoption de nouvelles règles pour faciliter leur commerce et leur développement⁹¹. Plus tard, lors de la Conférence des Nations Unies sur

⁸³ Si le Protocole de Malabo n'est pas encore entré en vigueur, il constitue un exemple du consensus croissant entre les États africains sur les types d'actes pour lesquels la responsabilité pénale des compagnies pourrait être évoquée.

⁸⁴ Article 27 de la Charte africaine ; voir également ACHPR/Res. 367 (LX) 2017, Résolution relative à la Déclaration de Niamey visant à garantir le respect de la Charte africaine dans le secteur des industries extractives.

⁸⁵ Article 9 de la Charte africaine, Principes de Ruggie, Principe 11 ; ACHPR/Res. 367, 2017.

⁸⁶ Article 27 de la Charte africaine.

⁸⁷ L'article 28 de la Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN, souligne que toute personne a droit à ...un environnement sûr, propre et durable.

⁸⁸ Voir texte de ARAIBA disponible en ligne sur https://www.asean-csr-network.org/c/images/ARAIBA/ARAIBA_Code-for-Responsible-and-Inclusive-Business-14-Aug-2020.pdf (site web visité le 10 septembre 2024).

⁸⁹ MACE G., La délocalisation internationale des activités industrielles. In : L'information géographique, volume 60, n°3, 1996. pp. 103-109.

⁹⁰ Bureau international du Travail, Département des entreprises Genève, Les pratiques inclusives dans les industries extractives en Afrique : note d'orientation des TBI, 2016, p. 26.

⁹¹ RAJAMANI L., *Differential treatment in international environmental law*, vol. 175, Oxford University Press, 2006, 304 p., p.33.

l'environnement et le développement à Rio en 1992⁹², l'équité est devenue un élément central, avec les principes 3 et 6 de la Déclaration de Rio, soulignant la nécessité de justice distributive entre les pays développés et les pays en développement. Il est en outre possible d'affirmer qu'il y a une différence dans les engagements des pays développés et des pays en développement, en accord avec la seconde partie du principe 7 de la Déclaration de Rio « des responsabilités communes [...] mais différenciées ». On peut voir ce principe comme le prix que les pays développés doivent payer pour que les pays en développement prennent en compte les enjeux environnementaux dans leur développement, à travers des obligations pour les investisseurs issus des pays du Nord. La stratégie de différenciation a été appliquée avec succès dans de nombreux accords environnementaux auxquels les pays en développement ont adhéré. À titre d'illustration, il est possible de citer le Protocole de Montréal de 1987⁹³ sur les substances appauvrissant la couche d'ozone ou la Convention sur la diversité biologique de 1992⁹⁴, malgré la faible codification de ce principe coutumier⁹⁵.

In fine, en rendant obligatoire le devoir de vigilance pour les entreprises établies en dehors de l'Europe, l'UE se dote enfin d'un outil pour lutter contre le dumping social et environnemental. En tant que mécanisme d'une transition équitable, l'émergence d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne devrait permettre aux multinationales européennes ainsi qu'aux PME des deux continents de développer des chaînes de valeur plus responsables, capables de relever le défi de l'industrialisation de l'Afrique, et pérenniser l'attractivité de l'ASEAN⁹⁶ en créant un pacte de confiance, entre les économies du Sud et du Nord. Il représente un levier pour promouvoir des chaînes de valeurs plus proches, dans l'intérêt de toutes les parties, de l'environnement, de la biodiversité et des jeunes générations⁹⁷.

CONCLUSION

Cette analyse révèle l'aspect contraignant de plus en plus présent des mesures environnementales. Au fil des réformes des lois économiques, leurs retombées sociales et financières gagnent en importance. De plus, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a approuvé la résolution 39/9 qui appelait à la création d'un instrument juridiquement

⁹² La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement met en lumière deux grandes préoccupations qui sont apparues au cours des 20 dernières années : la dégradation de l'environnement, en particulier de sa capacité à soutenir la vie, et l'interdépendance de plus en plus évidente entre le progrès économique à long terme et la nécessité de protéger l'environnement.

⁹³ Le protocole de Montréal est une convention multilatérale internationale sur l'environnement qui a été adoptée le 22 mars 1985 en remplacement de la convention de Vienne sur la protection de la couche d'ozone. Il visait à diminuer à terme et à éliminer totalement les éléments qui fragilisent la couche d'ozone. Le 16 septembre 1987, 24 pays et la Communauté économique européenne ont signé ce traité.

⁹⁴ Les objectifs de la Convention sur la diversité biologique (CDB) sont au nombre de trois : préserver la diversité biologique, favoriser une utilisation durable de la diversité biologique et échanger de manière juste et équitable les bénéfices de l'utilisation des ressources génétiques. Son objectif principal est de promouvoir des actions qui aboutiront à un avenir durable. Le 5 juin 1992, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, connue sous le nom de « Sommet de la Terre » de Rio, a ouvert la voie à la signature de la Convention. Jusqu'à présent, elle comprend 196 parties.

⁹⁵ LAVALLEE S. et BARTENSTEIN K., « Le principe des responsabilités communes, mais différenciées au service du développement durable » in Michelot A. (dir.), *Équité et environnement : Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?* Larcier, Bruxelles, 2012, p.377-386.

⁹⁶ Agence vietnamienne d'information, « L'ASEAN demeure une destination attractive pour les investissements », *Revue Vietnam Illustré*, 2024, disponible en ligne sur : <https://vietnam.vnanet.vn/french/long-form/lasean-demeure-une-destination-attractive-pour-les-ide-363624.html> (site web accédé le 10 septembre 2024).

⁹⁷ HATCHUEL A., et SEGRESTIN B., « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et société*, vol. 3, n° 106, 2020, pp.667-682.

contraignant sur le droit au développement, suivant le cheminement adopté par l'Assemblée générale de l'ONU en 1986, créant la Déclaration sur le droit au développement dans le but de promouvoir un nouvel ordre économique international plus juste⁹⁸. Toutefois toutes ces réformes n'apportent que peu de solutions concrètes, applicables au volet procédural. Pour exemple, dans la perspective d'encourager la production d'énergie renouvelable, les États pourraient vouloir favoriser les investisseurs dans ce secteur par rapport à ceux engagés dans la production de combustibles fossiles⁹⁹. De même, un État pourrait être enclin à réglementer une opération de manière plus stricte, et donc moins favorablement, qu'une autre opération similaire, en raison de son emplacement dans une zone à l'environnement fragile. Le rôle grandissant mais limité des instances régionales (africaines, asiatiques) pour essayer d'aboutir à une meilleure prise en compte du pilier environnemental, traite des spécificités régionales en matière de protection de l'environnement, dont l'appréhension diffère (entre les pays du Nord et du Sud). Les disparités régionales empêchent une réelle multilatéralisation et appréhension globale de la conciliation des piliers économiques et sociaux et environnementaux. Un traité modificatif multilatéral excluant les fossiles des TBI, tel que préconisé par la doctrine¹⁰⁰, alignerait le DII sur la diligence climatique de la CIJ¹⁰¹, prenant appui sur les prototypes régionaux ZLECAf-ASEAN du Sud Global. La solution se trouverait donc au niveau régional pour le moment en appui du nouveau rôle des multinationales¹⁰². Le dilemme ascendant entre gouvernance environnementale polycentrique, prônée par l'ASEAN et la ZLECAf, et gouvernance d'investissement traditionnelle hiérarchique de haut en bas dessine l'avenir du DII. Ces modèles régionaux, par leur flexibilité procédurale et leurs exceptions écologiques, incarnent une rupture tendant vers une gouvernance ascendante, ancrée dans les réalités du Sud Global et qui défie l'hégémonie descendante des TBI et du CIRDI. Ils préfigurent un ordre juridique où les États hôtes, et non plus les seuls investisseurs, définissent les règles du jeu écologique et économique. Ainsi, les optiques à la fois divergentes de l'approche des pays du Sud et du Nord sur le plan procédural et substantiel (lois, procédures, régimes de régulation ...) convergent sur le plan théorique (recherche d'une coalition optimale et adéquate entre les besoins économiques et les nécessités environnementales).

⁹⁸ Assemblée générale des Nations Unies, A/HRC/RES/39/9, Conseil des droits de l'homme Trente-neuvième session 10-28 septembre 2018, Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 27 septembre 2018, résolution 39/9 relative au Droit au développement.

⁹⁹ Article 12.2.b, PI ZLECAf.

¹⁰⁰ DUBIN L., *op. cit.* pp. 1-21.

¹⁰¹ CIJ, avis consultatif du 23 juill. 2025 sur les Obligations des États en matière de changement climatique.

¹⁰² Danic O, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », in LEBEN Ch. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, pp. 531-571.

III. L'ARBITRAGE ÉTATIQUE DES INTÉRÊTS AU FONDEMENT DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

LA RÉGULATION INDÉPENDANTE EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE : LEÇONS SUR LA CONSTRUCTION ET LA DÉCONSTRUCTION DU MODÈLE AMÉRICAIN

Nikos GKEKAS

*Doctorant à l'Université Paris-Panthéon Assas
Avocat au barreau de New York*

Résumé : Alors que le modèle européen du droit de l'environnement s'oriente ces dernières années vers une logique des droits de l'homme, le droit public américain, marqué par un esprit (néo-) libéral rejetant l'existence des « droits-créances », établit une autre voie pour la protection de l'environnement : celle de la régulation. En effet, depuis les années 1970, le législateur états-unien a opté pour la création d'un droit de l'environnement construit autour d'une autorité fédérale de régulation, l'Agence sur la protection de l'environnement (*Environmental Protection Agency*), qui dispose du premier et du dernier mot pour toute mesure individuelle ou publique susceptible de menacer l'environnement. L'objectif de ce choix est clair : promouvoir une mise en balance des impératifs, parfois contradictoires, grâce à l'expertise favorisée par un cumul de pouvoirs administratifs de nature différente. Toutefois, ledit modèle n'est pas sans problèmes. Ces dernières années, il a fait l'objet de nombreuses critiques liées à la légitimité constitutionnelle d'attribuer une question aussi fondamentale que l'environnement à des organes non élus par le peuple. L'objectif de la présente étude consiste à analyser cette problématique en deux temps. L'analyse de l'élargissement des pouvoirs de l'administration environnementale, grâce à une interprétation juridictionnelle extensive, entamera cette étude. Puis, il conviendra de s'intéresser ensuite à la tendance de déconstruction de ce modèle, fortement orientée par la majorité conservatrice de la Cour suprême. Cette évolution nourrira la réflexion sur un potentiel changement de paradigme en matière de protection environnementale.

Mots-clés : Agence sur la protection environnementale ; autorités administratives indépendantes ; États-Unis ; réglementation environnementale ; contrôle juridictionnel.

INTRODUCTION

Le droit de l'environnement n'est pas un phénomène juridique nouveau influençant l'action étatique. En effet, depuis les années 1970, on pourrait facilement remarquer une tendance à la multiplication de sources de protection environnementale au niveau international¹, une évolution qui n'a pas laissé intact les ordres juridiques internes et régionaux. Dans les pays européens, une nouvelle catégorie des droits et libertés fondamentaux a été reconnue : le droit à un environnement sain² et à un climat stable³, faisant partie de la troisième génération des droits fondamentaux⁴. La lecture de certains droits classiques de la Convention européenne des droits de l'homme, tels que le droit à la vie ou le droit à la vie privée et familiale, évolués désormais⁵ pour s'adapter à cette nouvelle finalité⁶.

Toutefois, le modèle d'un droit de l'environnement construit autour des déclarations des droits et d'une logique d'extension des libertés fondamentales n'est pas, d'une part, le seul modèle possible pour une protection efficace des objectifs environnementaux, tandis qu'il présente, d'autre part, une importante faiblesse. Comme cela est illustré dans le contentieux relatif à l'application de la Charte de l'environnement, c'est un paradigme qui promeut une mise en balance entre les droits environnementaux et d'autres impératifs d'intérêt général, ce

¹ V. par ex la Déclaration finale de Stockholm, Texte intégral Mon. TP 24 juin 1972, p. 35 et extraits, dans KISS C., *La protection internationale de l'environnement*, « Notes et études documentaires », 17 oct. 1977, La documentation française.

² Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992, Principe 1 : soulignant que « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont un droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». ; V. aussi CEDH, 9 décembre 1994, 16798/90, *Lopez c/Ostra*, §51 : La Cour européenne des droits de l'homme, sans reconnaître expressément un droit à un environnement sain, estime qu'« une grave pollution de l'environnement peut porter atteinte au droit à la vie privée et familiale sans pour autant mettre en grave danger la santé ».

³ V. par ex Accord de Paris, 12 décembre 2015, entré en vigueur le 4 novembre 2016, Préambule : soulignant que « Les Parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour lutter contre les changements climatiques, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations relatives aux droits de l'homme [...] » ; AGNU, Rés. *Droit à un environnement propre, sain et durable*, A/RES/76/300, 28 juillet 2022 : reconnaissant de manière universelle le droit à un environnement sain.

⁴ Sur les récentes tendances de « *fondamentalisation* » du droit de l'environnement V. PERRUSO C., « Le droit à un environnement sain, propre et durable saisi par le droit international », Titre VII [en ligne], n°13, *L'environnement*, 2024, lien : <https://www.conseilconstitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-a-un-environnement-sain-propre-et-durable-saisi-par-le-droit-international>. ; LE BRIS C. et TORRE-SCHAUB M., « La construction d'un droit fondamental à un climat stable : évolutions, difficultés et perspectives », *RIDC* 2022, p.71 et s.

⁵ Traditionnellement les juges de Strasbourg allaient dans l'autre sens V. CEDH, 22 mai 2003, n°41666/98, *Kyrtatos v. Grèce* : soulignant que « ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel » ; Cour EDH, 24 juin 2019, n° 54414/13 et 54264/15, *Cordella c. Italie*, § 100 : confirmant n'est pas protégé « en tant que tel » par les dispositions de la CEDH.

⁶ CEDH, 9 décembre 1994, n°16798/90, *Lopez Ostra c/ Espagne, préc.* ; V. aussi CEDH, 27 janvier 2009, n°67021/01, *Tatar c/Roumanie* : dégageant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « un droit des intéressés [...] à la jouissance d'un environnement sain et protégé ». CEDH, 9 avril 2024, n°53600/20, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz c. Suisse*, note CHARDEAUX M.-A. : estimant que l'article 8 de la Convention inclut un droit à une protection effective par les autorités publiques contre les conséquences du changement climatique susceptibles de porter atteinte à la vie, santé ou le bien-être des citoyens ; Sur les juridictions des autres États membres de la CEDH V. aussi Cour suprême néerlandais, 20 décembre 2019, ECLI :NL :HR:2019:2006, Hoge Raad, 19/00135, *État des Pays-Bas c/ Fondation Urgenda* : entérinant le lien entre protection environnementale et droits de l'homme pour reconnaître l'obligation de l'État néerlandais d'assurer le « *minimum absolu* » de sa part d'émissions.

qui peut arriver à la réduction de la portée des premiers⁷. Ce phénomène paraît logique, dans la mesure où, d'un côté l'environnement comme c'est le cas de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux doit se concilier avec d'autres exigences constitutionnelles⁸, et d'autre côté la notion du développement durable, qui constitue le centre de la matière environnementale⁹, notamment dans sa vision française¹⁰, se compose de différents piliers, parfois contradictoires entre eux, un facteur qui permet aux politiques publiques de favoriser la partie du développement du marché au détriment des objectifs purement environnementales¹¹. En conséquence, compte tenu que le droit de l'environnement invite toujours à une conciliation entre l'environnement et les libertés économiques, le paradigme de la régulation, c'est-à-dire un arbitrage d'intérêts opéré par une autorité spécialisée à la base de l'expertise et de la technicité, pourrait paraître plus pertinent.

Ledit paradigme a été privilégié aux États-Unis, qui sont à l'origine de la création des autorités administratives indépendantes, dont la mission principale est la régulation, à savoir une fonction de puissance publique « *tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et d'autres impératifs* »¹². Plus précisément, en raison de l'esprit (néo-)libéral du constitutionnalisme américain, qui rejette l'existence des « droits-créances » exigeant une intervention positive de l'État pour qu'ils soient protégés¹³, la présence d'un régulateur indépendant ayant l'expertise requise pour assurer un équilibre entre les différents piliers du développement durable, tels que l'équité environnementale¹⁴, l'identification des dangers et les

⁷ Cons. const., 28 avr. 2005, déc. n° 2005-514 DC, *AJDA* 2005, p.975 ; *RTD civ.* 2005, p.556, obs. ENCINAS DE MUNAGORRI R. ; CE, 17 mars 2010, n°314114, *Alsace Nature*, Lebon ; *AJDA* 2010, p.581 ; *Constitutions* p.433, obs. AGUILA Y. et GOUPILLIER C.

⁸ Conseil const., 31 janvier 2020, déc. n°2019-823 QPC, §4/6 : S'agissant d'une décision portant sur la conciliation entre protection environnementale et liberté d'entreprendre opérée par le législateur. Le Conseil constitutionnel qualifia la protection environnementale, érigée nouvellement érigée en OVC, de « *patrimoine commun des êtres humains* », afin de conclure que « *le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger* ».

⁹ V. Article 6, Charte de l'environnement du 2004 : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. ».

¹⁰ Pour un regard à l'étranger V. par ex Article 45 §1 et §2 de la Constitution espagnole : La loi fondamentale espagnole adopte une approche plus « *subjective* » quant à la protection de l'environnement en disposant que « *Tous ont le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer leur personnalité et le devoir de le conserver* » ainsi que « *Les pouvoirs publics veilleront à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, afin de protéger et améliorer la qualité de la vie et de défendre et restaurer l'environnement, en ayant recours à l'indispensable solidarité collective* » ; Pour plus de détails sur la protection constitutionnelle de l'environnement à l'étranger V. MORAND-DEVILLIER J., « L'environnement dans les constitutions étrangères », *Nouv.cahiers du Conseil const.*, n°43, 2014.

¹¹ Sur cette question V. GOESEL-LE BIHAN V., « Conciliation entre principes dans la jurisprudence constitutionnelle relative à la protection de l'environnement », Titre VII [en ligne], n° 13, *L'environnement*, novembre 2024. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/conciliation-entre-principes-dans-la-jurisprudence-constitutionnelle-relative-a-la-protection-de-l->

¹² LOMBARD M., « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA* 2005, p. 531.

¹³ V. sur ce point SUNSTEIN C., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, N° 124, 2001).

¹⁴ Il s'agit d'un concept avancé par la doctrine américaine du droit de l'environnement V. sur ce point LAZARUS R., Pursuing "Environmental Justice" : The Distributional Effects on Environmental Protection, *NW.U.L.REV.*, Vol.87, 1993, p.792/796 : Le concept d' « *équité environnementale* » vise à une redistribution égale tant des coûts que des bénéfices relatives à l'implémentation des politiques publiques environnementales. ; Pour une application de cette doctrine dans le droit positif V. Exécutif Order 12, 898, Federal Actions go Address Environmental Justice in Minority Populations and Low-Income Populations, 59 *FED.REG.* 7629 (Feb.16, 1994) : Adopté par le président Clinton, ce décret impose à l'ensemble des autorités administratives fédérales de prendre en compte l'objectif de l' « *équité environnementale* » lorsqu'elles adoptent des décisions touchant la santé publique ou l'environnement.

moyens pour y remédier, ou les éléments de nature économique qui doivent être pris en compte, a semblé une solution plus pertinente¹⁵.

Sur ce point, il est important de clarifier la notion d'autorité administrative aux États-Unis, ainsi que l'indépendance de certaines autorités. Aux États-Unis, le terme « *agence* » est l'équivalent de l'autorité administrative dans le système français. Il existe deux types d'agences : les agences exécutives (*executive agencies*), qui sont totalement soumises et dépendent de la volonté du président, comme c'est le cas des départements ministériels, et les agences indépendantes (*independent agencies*), dont le fonctionnement est autonome par rapport aux politiques publiques présidentielles¹⁶. Alors qu'en droit français, l'indépendance des autorités administratives indépendantes (AAI) se manifeste par l'évitement de la hiérarchie de la centralisation administrative, ce que Martine Lombard qualifie comme « *extraterritorialité juridique* »¹⁷, le droit américain n'a jamais développé une théorie de centralisation ou de hiérarchie administrative à la française. C'est pourquoi la doctrine américaine se concentre sur d'autres critères pour définir l'indépendance, tels que les procédures bipartites de nomination de leurs membres, la durée déterminée de leur mandat et surtout la révocabilité de leur dirigeant¹⁸.

Cependant, après cette petite parenthèse il est essentiel d'aborder à la question environnementale qui nous intéresse. En effet, dans les années 1970, durant la troisième vague de création des agences administratives, consistant aux agences visant à améliorer la qualité de la vie¹⁹, le Congrès américain a décidé de construire un droit de l'environnement qui n'est plus centré sur les différentes doctrines de *common law* ou sur des lois isolées, mais qui se développe autour de l'agence fédérale sur la protection environnementale, la fameuse EPA (*Environmental Protection Agency*)²⁰, une agence *sui generis* qualifiée par la loi de semi-indépendante, ou plus précisément d' « *autorité exécutive indépendante* »²¹. Elle est exécutive dans le sens où le Président est libre quant à la nomination et révocation de ses membres, mais en même temps, organiquement indépendante, dans la mesure où elle n'est pas rattachée aux départements présidentiels. Ladite autorité a le dernier mot sur les études d'impact environnemental exigées pour l'avancement de tout projet public²², pour la détermination des substances dans l'air

¹⁵ FARBER D., CARLSON A., BOYD W., *Cases and Materials on Environmental Law*, American Casebook Series, 2019, p.117.

¹⁶ Pour un regard français V. ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : Dalloz, 2011, p.

¹⁷ LOMBARD M., DUMONT G., 13^e éd., *Droit administratif*, Paris : Dalloz, 2021, p.142.

¹⁸ *Humphrey's Ex'r v. United States* US 602, 624, 625-26 (1935) : Ce critère est considéré comme le plus crucial pour distinguer une autorité exécutive d'une autorité indépendante. Plus précisément, alors que le président dispose d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article II de la Constitution, pour révoquer le chef d'une autorité exécutive, il ne peut révoquer le directeur d'une autorité indépendante que « pour cause », c'est-à-dire en cas de faute grave conformément aux procédures d'*impeachment* prévues dans la Constitution. S'agissant du principe d'irrévocabilité des directeurs des AAI françaises V. CE, Ass., 7 juillet 1989, *Ordonneau* ; Rec. CE, p.161 ; *AJDA* 1989, p.598 chr. Honorat et Baptiste ; V. Loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes : posant un principe général d'irrévocabilité des membres des autorités administratives ou publiques indépendantes en encadrant également les conditions de leur mandat et de leur nomination.

¹⁹ ZOLLER E., « Les agences fédérales, la régulation et la démocratie », *RFDA* 2004, p.751/752.

²⁰ Sur l'histoire du droit de l'environnement aux États-Unis V. LAZARUS R., "The greening of America and the graying of the United States Environmental Law: Reflections on Environmental Law's First Three decades in the United States", *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 20, 2001, p.75 et s. ; V. aussi ANDREWS R., "The EPA at 40 : An historical perspective", *DUKE ENV. L. & POL. FORUM*, Vol.21, 2011, p.223 et s.

²¹ Reorganization Plan No. 3 of 1970, 84 Stat. 2086 (Dec. 2, 1970).

²² Clean Air Act § 309, 42 U.S.C. § 7609 : à propos de l'examen et de la publication des commentaires sur les études d'impact élaborées par les autorités administratives en vertu de la loi NEPA par rapport à leurs projets. Dans

susceptibles de nuire à la santé humaine²³, et pour la régulation, quasiment, de toute activité humaine qui touche la matière environnementale. Comme c'est le cas pour tout secteur régulé de cette manière, l'efficacité se manifeste par le cumul des pouvoirs de nature différente dans les mains d'un seul organe²⁴. Dans ce cadre, l'agence fédérale en question dispose d'un pouvoir réglementaire assez large pour mettre en œuvre ses politiques publiques environnementales, tandis qu'au même temps elle peut adopter des décisions administratives individuelles de plusieurs types, comme des sanctions ou des autorisations administratives²⁵.

Ces considérations ont conduit une partie de la doctrine française à se pencher sur l'utilité de créer une autorité administrative indépendante chargée de la protection environnementale²⁶. Cependant, même aux Etats-Unis, le développement des pouvoirs de l'EPA n'était pas anodin posant de nombreuses questions relatives à son bien-fondé. L'objectif de ladite étude consiste à se pencher sur les problèmes de légitimité démocratique et constitutionnelle que la régulation environnementale peut entraîner. Les experts de l'administration sont-ils bien placés pour produire un droit concernant la vie de tous les citoyens, comme le droit de l'environnement ? De plus, est-ce que les entités fédérées doivent jouer un rôle plus important dans cette matière ?

Dans ce cadre, il est essentiel d'examiner comment l'administration environnementale a vu ses pouvoirs s'étendre par une interprétation constitutionnelle extensive (I) avant de se focaliser sur le processus actuel de déconstruction de l'EPA, et, par conséquent, du droit de l'environnement par une majorité conservatrice de la Cour suprême. Il s'agit de se demander, donc, si ladite tendance conduira le droit de l'environnement américain à changer de paradigme, à savoir l'orienter vers une logique des droits de l'homme (II).

I. UN MODÈLE LÉGITIMÉ PAR LA CONSTITUTION

La Constitution américaine ne contient aucune disposition sur l'environnement. Or, ce constat pourrait s'expliquer par son ancienneté. Contrairement à la Constitution française, qui inclut désormais un corpus dédié à la protection de l'environnement²⁷, les préoccupations environnementales étaient logiquement absentes de la pensée des Pères fondateurs en 1787. Les constituants n'ont pas non plus abordé la notion d'administration, qui était étrangère à leur conception originale de la séparation des pouvoirs. Donc, construire un modèle environnemental dans un tel contexte constitutionnel constituait un véritable défi. L'Agence de protection de l'environnement (EPA), ainsi que ses pouvoirs, doivent, cependant, se conformer

le cas où l'EPA juge le projet extrêmement nuisible pour l'environnement, elle peut saisir le Conseil de Qualité Environnementale (Council of Environmental Quality) pour le bloquer définitivement. Sur la loi NEPA V. National Environmental Policy Act of 1969, Pub. L. No. 91-190, 83 Stat. 852 (1970), *codifié in* 42 U.S.C. §§ 4321–4370h

²³ Clean Air Act Amendments of 1970, Pub. L. No. 91-604, 84 Stat. 1676 (1970), *codifié in* 42 U.S.C. §§ 7401–7671q.

²⁴ BENDOR A., YADIN S., « Regulation And The Separation of Powers », *SOUTH.CAL. INTERD. L.JOU.*, Vol.28, n°2, 2019, p.360 ; Pour un regard français sur cette problématique V. EPRON Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA* 2011, p.1007.

²⁵ Pour une analyse générale des outils décisionnels de l'EPA V. GLICKSMAN R., MARKELL D., « Unraveling the Administrative State : Mechanism Choice, Key Actors , and Regulatory Tools », *VIR.ENV. L. J.*, Vol.36, n°3, 2018, p. 318.

²⁶ BETAÏLLE J., DELZANGLES H., « Pour une autorité publique indépendante dans le domaine de l'environnement », *AJDA*, 2023, p. 1201.

²⁷ V. par ex à propos de l'article 3 de la Charte de l'environnement de 2004 ; CE, ass., 12 juillet 2013, n°344522, *Fédération nationale de la pêche en France*, concl. CORTOT-BOUCHER E., note ROBBE J. *RFDA* 2014, p.97 : « C'est aux autorités administratives de veiller au respect du principe énoncé dans cet article 3 lorsqu'elles sont appelées à préciser les modalités de mise en œuvre de la loi définissant le cadre de la prévention ».

à une constitution qui met en avant les droits économiques²⁸, et reste complètement silencieuse sur les valeurs environnementales. Pourtant, le droit de l'environnement américain évolue par un processus de « *constitutionnalisation* », à savoir une démarche prétorienne cherchant à identifier et interpréter ses fondements constitutionnels. Cette « *constitutionnalisation* » s'appuie sur une interprétation constructive des principes classiques du constitutionnalisme américain, et tente de trouver des réponses à deux problématiques présentes également en droit français : le bien-fondé du pouvoir réglementaire environnemental (A) et l'articulation entre les niveaux central et local (B).

A. La légitimité d'un pouvoir réglementaire environnemental

Le pouvoir réglementaire est un concept étranger au droit public américain. Alors que la Constitution française reconnaît un domaine matériel spécifique pour les règlements dans son article 37²⁹, permettant même l'adoption de règlements généraux et autonomes³⁰, la Constitution américaine ne traite pas de l'administration ni de ses actes³¹. Le texte fondateur de la République américaine ne fait aucune référence textuelle à la « *quatrième branche du gouvernement* », à savoir l'administration³². Toutefois, il existe une doctrine juridique sur le concept d'acte administratif puisant ses sources dans la jurisprudence de la Cour suprême.

Les pouvoirs administratifs sont considérés comme des pouvoirs « *délégués* » par les autres branches du gouvernement. Dans ce cadre, le pouvoir d'adopter un acte administratif individuel est perçu comme un pouvoir juridictionnel délégué, ou quasi-juridictionnel (*adjudication*), tandis que le pouvoir réglementaire (*rule-making*) est analysé comme un pouvoir législatif délégué³³. Étant donné que la récente tendance jurisprudentielle met l'accent sur la question du bien-fondé de ce dernier pouvoir, au détriment du pouvoir d'adoption des

²⁸ V. sur ce point le XIV^e amendement de la Constitution états-unienne qui dispose que « *nul ne peut être privé de sa vie, liberté, et propriété sans une procédure régulière de droit (due process of law)* ». Cette disposition donna lieu à un héritage d'interprétation constitutionnelle libérale, communément appelée par la doctrine « *ère Lochner* ». V. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) : prévoyant, en vertu d'une interprétation assez extensive du XIV^e amendement, un contrôle très approfondi sur les lois fédérées encadrant l'exercice des activités économiques. La clause de *due process of law* devient ainsi le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre qui obtient jusqu'aux années du *New Deal* une portée quasi-absolue ; *Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) : renversant la doctrine *Lochner* en reconnaissant un principe de déférence aux politiques économiques du législateur. Pour plus de détails V. NOURSE V., « *A Tale of Two Lochners : The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights* », *CALIF.L.REV.*, Vol.97, 2009, p.751 et s.

²⁹ Article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 : sur le domaine du règlement.

³⁰ La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire général et autonome précède l'adoption de la Constitution de 1958 V. sur ce point : CE, 8 août 1919, n°56377, *Labonne*, Rec., p.737 : reconnaissant un pouvoir réglementaire général et autonome au chef d'État de la III^e République dans le contexte de l'exercice de ses pouvoirs de police. S'agissant du droit administratif contemporain V. également l'article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958 : qualifiant le Premier Ministre de la Ve République comme titulaire principal du pouvoir réglementaire. La jurisprudence du Conseil d'État se fonde dans certaines décisions tant sur l'article 21 que sur l'article 37 de la Constitution afin de justifier le pouvoir réglementaire général et autonome du Premier Ministre V. sur ce point CE, 4 juin 1975, n°92685, *Bouvet de la Maisonneuve*, Rec., p.330 : soulignant au gouvernement le pouvoir « *de prendre, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution de la Constitution, les mesures de police applicables sur l'ensemble du territoire* » ; Pour une analyse détaillée V. FRIER P.-L. et PETIT J., *Droit administratif général*, 13^e éd., LGDJ, Paris, 2019, p.340/341.

³¹ Sur ce point V. MASHAW J., « *Government Practice and Presidential Discretion* », *WILLAM. L.REV.*, Vol.45, n°3, 2009, p.1 : caractérisant la Constitution américaine comme « *remarquablement delphique* » en ce qui concerne l'administration.

³² STRAUSS P., « *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch* », *Columbia Law Review*, Vol. 84, 1984, p.573 et s.

³³ ZOLLER E., « *L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis* », *RDP* 2014, p.379 et s.

décisions individuelles, notre étude restera concentrée sur une brève analyse des règlements en matière environnementale.

En ce qui concerne l'histoire du *rule-making*, bien que la Cour suprême ait posé, dès le XIXe siècle, un principe de non-délégation (*non-delegation doctrine*) du pouvoir législatif aux structures administratives, cette interdiction ne s'appliquait qu'en théorie³⁴. En pratique, la Cour suprême permettait les habilitations législatives aux agences sous certaines conditions : l'exigence d'un principe intelligible (*intelligible principle*). En substance, comme cela est également reconnu par la jurisprudence constitutionnelle française³⁵, la loi d'habilitation conférant à l'agence son pouvoir réglementaire doit définir un cadre matériel pour son exercice, déterminant les grands principes de son application³⁶. Cette condition est appliquée souplesment. La Cour suprême n'a invalidé que deux habilitations législatives aux organes administratifs pour violation de l'exigence du principe intelligible, et ces deux hypothèses se sont produites durant la période tendue du *New Deal*, marquée par un conflit entre le Président Roosevelt et la Cour suprême³⁷.

La doctrine de non-délégation était jusqu'à récemment considérée comme une « *lettre morte* » du droit constitutionnel américain. En général, le législateur, en vertu de l'article I de la Constitution, délègue en des termes très larges, abstraits et ambigus un pouvoir de *rule-making* aux agences administratives. Cette flexibilité constitue le cadre idéal pour un droit de l'environnement élaboré par une autorité de régulation. À ce titre, c'est le législateur qui attribue à l'EPA la compétence de fixer les standards relatifs à l'assainissement dans le cadre des activités industrielles³⁸, ainsi que de déterminer les substances considérées comme

³⁴ V. par ex *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692-693 (1892) : à propos de la constitutionnalité du *Tariff Act* du 1830, qui habilitait le Président à suspendre les avantages tarifaires accordés aux pays imposant des droits déraisonnables aux produits américains. L'opinion du juge HARLAN, tout en soulignant « *Le fait que le Congrès ne peut pas déléguer un pouvoir législatif au Président est un principe reconnu universellement comme étant vital pour l'intégrité et la conservation du système de gouvernement établi par la Constitution.* », valida la loi dès lors que le pouvoir conféré au Président consistait à l'exercice d'une « *détermination factuelle* », nécessaire à la mise en oeuvre des politiques publiques définies par le Congrès. Il s'agit d'une approche fondée sur la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation du Président en matière de la violation des atteintes aux droits des États-Unis sur le plan international. Sur ce dernier point V. *The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382, 386-388 (1813) : relative à la confiscation des produits d'un navire commercial en application du *Non-Intercourse Act* du 1809, qui autorisait le Président à lever la suspension des échanges commerciaux avec la France et la Grande-Bretagne s'il estimait que les deux pays ont « *cessé de porter atteinte au commerce neutre des États-Unis* ». En effet, lorsque la durée d'application de ce régime prit fin en 1810, le Congrès, par une nouvelle loi, a prolongé son application, en subordonnant désormais la suspension à l'égard d'un État à l'appréciation présidentielle du respect, ou non, du commerce neutre. Ainsi, le Président MADISON ayant estimé que la France satisfaisait aux conditions posées par le législateur, la suspension ne fut réactivée qu'à l'égard de la Grande-Bretagne, ce qui a mené les autorités américaines à saisir les marchandises d'un navire britannique. Saisi d'un recours contestant la constitutionnalité de la loi précitée, au motif d'un transfert illégal du pouvoir législatif au Président, la Cour suprême rejeta l'argument, en affirmant qu'« *il n'y avait aucune raison suffisante pour que le législateur ne puisse exercer son pouvoir discrétionnaire en rétablissant [la suspension initiale], que ce soit de manière expresse ou conditionnelle, selon ce que son appréciation dicterait* ». La Haute juridiction américaine reconnut ainsi la faculté du Congrès de subordonner l'application de sa législation « *à la survenance de toute combinaison d'évènements ultérieurs* », et, ce faisant, elle a admis implicitement l'attribution d'un pouvoir au Président d'un pouvoir de détermination factuelle.

³⁵ Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-127 DC, *Liberté de Communication*, §58, *Annuaire internationale de justice constitutionnelle* 1986, p.430 et s., note GENEVOIS B. ; *AJDA* 1987, note WACHSMANN P. : prévoyant que l'attribution législative d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative autre que le Premier Ministre et le Président de la République est permise à condition qu'elle intervienne « *dans un domaine déterminé et dans un cadre défini par les lois et règlements* ».

³⁶ *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 US 394, 409 (1928).

³⁷ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 US 295 (1935) ; *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388 (1935).

³⁸ Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972, Pub. L. No. 92-500, 86 Stat. 816 (1972), codifié à 33 U.S.C. §§ 1251-1387 ; V. surtout Clean Water Act, §33 U.S.C. §1311 : à propos de l'imposition des standards relatifs aux effluents des installations industrielles.

menaçantes pour la qualité de l'air³⁹ ou de l'eau⁴⁰. Cela est relativement analogue au pouvoir de police exercé par l'administration environnementale dans ces domaines en France.

Cependant, cette solution soulève de nombreuses questions d'ordre démocratique. Le corps des experts de l'administration environnementale est-il le mieux placé pour décider ou statuer sur des aspects concernant notre environnement ? Les principes démocratiques de nos constitutions exigent-ils que ce soit le peuple qui en décide ? Aux États-Unis, cette problématique ne concerne pas seulement l'EPA mais l'ensemble des autorités administratives. Plus précisément, le courant conservateur dénonce la présence d'un « *État administratif* » exerçant des fonctions qui devraient normalement être exercées par le peuple et ses représentants⁴¹. Or, le droit administratif américain a trouvé la réponse, une réponse qui n'est pas totalement absente du droit de l'environnement européen et français. Cette réponse repose sur l'information et la participation du public. L'*Administrative Procedure Act* (la loi sur la procédure administrative non contentieuse de 1946) établit une procédure participative pour l'adoption des actes administratifs réglementaires. Sans entrer dans les détails concernant les modalités procédurales du *rule-making*, la procédure de droit commun, à savoir celle de *notice and comment*, exige que l'agence informe toutes les parties intéressées de son intention d'adopter le règlement et leur permettant de présenter leurs commentaires ou observations sous forme écrite ou par voie d'audition devant ses représentants⁴².

Même si ce principe ne s'applique pas de manière générale à l'adoption des décisions réglementaires en France, il est bien présent en droit de l'environnement. En effet, on considère la matière environnementale comme suffisamment fondamentale pour nos vies afin de justifier la participation des citoyens à son élaboration⁴³. Ainsi, la Convention d'Aarhus, inspirée de la conception administrative américaine⁴⁴, a reconnu, au niveau international, le principe d'accès à l'information et de participation du public au processus décisionnel environnemental⁴⁵, un principe appliqué depuis longtemps en droit français⁴⁶, avant qu'il remonte au rang constitutionnel avec l'adoption de la Charte de l'environnement⁴⁷.

On résout le problème d'un pouvoir décisionnel puissant avec une « *démocratie administrative* ». Aux États-Unis, la dernière affaire concernant *stricto sensu* les habilitations législatives était l'affaire *Whitman v. American Trucking* qui portait sur le pouvoir donné à l'EPA de fixer les indices de qualité de l'air ambiant⁴⁸. Selon l'opinion majoritaire rédigée par

³⁹ Clean Air Act, 42 U.S.C. §7408 et §7409 : à propos de l'identification des polluants atmosphériques et de la fixation des standards nationaux de qualité d'air.

⁴⁰ V. Clean Water Act, 33 U.S.C. §1317 : sur l'identification des substances nuisibles pour la qualité de l'eau.

⁴¹ Pour un regard français sur le concept d'« État administratif » V. MICHAUT (M.), *L'État administratif aux États-Unis*, Thèse, Université Paris- Panthéon Assas, 2021, p.1 et s.

⁴² *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C. § 553(c).

⁴³ Les principes d'information et de participation dépassent la matière environnementale en servant dans certaines hypothèses de rééquilibrage des relations entre l'administration et l'administré V. sur ce point RIVERO (J.), « L'administré face au droit administratif », *AJDA* 1995, n° spéc., p.1995.

⁴⁴ Sur ce point V. JENDROSKA J., « Accès à la justice et Convention d'Aarhus : remarques sur le statut juridique et le champ des obligations de la Convention d'Aarhus dans le contexte du droit de l'Union Européenne », *RJ envir.* 2009, p.31/32.

⁴⁵ V. *RJ envir.* 1999, n° spéc., « La Convention d'Aarhus ».

⁴⁶ V. par ex Loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement : imposant un principe d'information préalable du public en matière environnementale ; Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement : reconnaissant une obligation de participation du public aux décisions administratives ayant un impact environnemental. V. aussi Art. L.110-1 anc. Code de l'environnement :

⁴⁷ V. Articles 2 et 7 de la Charte de l'Environnement.

⁴⁸ *Whitman v. American Trucking Associations, Inc. et alii*, 531 US 457 (2001) : concernant l'interprétation d'une disposition de la loi sur la qualité de l'air (*Clean Air Act*) prévoyant que les indices fixés par l'EPA pour « protéger la santé publique » devaient prendre en compte une « marge raisonnable de sécurité ».

le juge Scalia, la disposition habilitant l'EPA devait être lue comme opérant une délégation suffisamment large pour que l'administration environnementale ne restreigne pas elle-même son champ d'action⁴⁹. Depuis cette décision, la doctrine de la non-délégation est considérée quasiment comme une lettre « morte ». Les lois environnementales contiennent des standards très vagues, – comme « *marge raisonnable de sécurité* » ou « *niveau convenable* »⁵⁰ –, pour permettre à l'administration environnementale de combler les lacunes par sa propre interprétation. Par ailleurs, la position prétorienne traditionnelle pose un principe de déférence juridictionnelle aux interprétations législatives des autorités administratives. C'est la seule manière de reconnaître l'exercice d'un pouvoir normatif aussi puissant. Cependant, cette constatation est régulièrement remise en cause ces dernières années. Avant d'étudier ladite « déconstruction », il est essentiel d'examiner comment la Constitution règle les conflits entre l'échelon local et l'échelon central en droit de l'environnement.

B. L'émergence d'un « fédéralisme environnemental »

L'articulation entre les différentes sources du droit de l'environnement pourrait constituer un problème complexe dans tout pays, même unitaire. En France, ladite question se manifeste à travers les fameux concours de police. On peut observer des concours entre la police administrative centrale et la police administrative locale⁵¹, ainsi qu'entre la police administrative générale et la police administrative spéciale⁵². Ainsi, même si une activité semble être réglementée au niveau central, le maire peut intervenir lorsque les « *circonstances locales* » l'exigent⁵³ ou en cas de péril imminent⁵⁴. Toutefois, la réglementation environnementale repose, la plupart du temps, sur l'exercice d'un pouvoir de police spécial, qui est en grande partie exclusif⁵⁵. Comme le montre la fameuse décision *Commune de Valence*⁵⁶, l'attribution d'un pouvoir de police spéciale au ministre concernant la réglementation des OGM empêche le maire d'intervenir dans ce domaine en invoquant les intérêts de sa commune.

Aux États-Unis, la question est plus complexe en raison de la structure fédérale de l'État. Dans une architecture étatique et normative de « *souveraineté divisée* »⁵⁷, la régulation environnementale, en tant que fonction de la puissance publique, est également divisée. En examinant la Constitution américaine, on constate que le législateur ne légifère pas dans une

⁴⁹ *Idem* : justifiant le choix de l'agence de ne pas opérer une analyse coûts-avantages dans l'adoption de son règlement.

⁵⁰ V. *Clean Air Act*, 42 U.S.C., §109(b)(1).

⁵¹ CE, 18 avril 1902, n°04749, *Commune de Nérès-les-Bains*, Rec., p.275 ; CE, 8 août 1919, n°56377, *Labonne*, préc. : estimant que, tandis que les mesures de police adoptées au niveau central s'imposent aux autorités locales, ces dernières peuvent agir en matière de police en adoptant des mesures plus rigoureuses.

⁵² V. CE, 30 juillet 1935, *Éts Satan*, Rec., p.847 : reconnaissant un principe d'exclusivité en faveur de l'autorité de police spéciale ; Sur les concours de police V. HOEPFFNER H., JANICOT L., « Le règlement des concours de police obéit-il à des principes directeurs ? », *AJDA* 2020, p.1211 et s.

⁵³ MAYRAS M., Concl. sous CE, 18 décembre 1959, *Société des films Lutétia*. 1960. 94. ; V. par ex CE, 4 février 2022, n°454933 : s'agissant du domaine de la chasse. Bien que la compétence de principe appartienne au préfet, le maire peut élargir le périmètre interdit à la chasse en prenant en compte la sécurité des habitations de sa commune.

⁵⁴ CE, 2 décembre 2009, n°309684, *Commune de Rachecourt-sur-Marne* : estimant que le niveau excessivement élevé des nitrates d'eau constitue un péril imminent permettant au maire d'employer ses pouvoirs de police, même s'il s'agissait d'un domaine sous la compétence du préfet à titre de ses pouvoirs de police spéciale.

⁵⁵ V. CE, 30 juillet 1935, *Éts Satan*, préc. : à propos de la police spéciale des chemins de fer ; CE, 10 avril 2002, n°238212, *Min. Équip.* Rec., p.123 : à propos de la police spéciale de circulation aérienne.

⁵⁶ CE, 24 septembre 2012, n°342990, *Commune de Valence*, *AJCT* 2012, p.33, note MOLINER-DUBOST M. ; V. aussi CE, Ass., 26 octobre 2011, n°326492, *Commune de Saint-Denis*, Rec., p.592, *RDP* 2012, p.1245, et. HOEPFFNER H. et JANICOT L.

⁵⁷ V. sur ce point *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (Dall.) 419 (1793) ; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

table rase. Le texte fondamental établit une répartition des compétences. Plus précisément, son article I relatif au pouvoir législatif énumère de manière exhaustive les domaines de compétence du gouvernement fédéral, tandis que le Xe amendement de la Constitution américaine prévoit que toutes les autres matières non-énumérées relèvent de la compétence générale des entités fédérées, qui l'exercent par le biais de leurs pouvoirs de police (*police powers*)⁵⁸.

Dans ce contexte, le droit de l'environnement est une matière partagée, relevant à la fois de la compétence du gouvernement fédéral et des États fédérés. En ce qui concerne la régulation environnementale fédérale, son fondement se trouve dans la fameuse clause de commerce de l'article I de la Constitution américaine, qui confère au Congrès le pouvoir de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les différents États et avec les tribus indiennes* »⁵⁹. Ladite disposition, appliquée pour la première fois par la Cour Marshall au XIXe siècle⁶⁰, a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle assez extensive depuis le *New Deal*, permettant au Congrès de réglementer même des aspects économiques locaux dans l'objectif de réglementer l'économie nationale⁶¹. Même si la Cour suprême a tenté de réduire son champ d'application ces dernières années⁶², elle reste le fondement constitutionnel principal du droit de l'environnement. Dans ce cadre, la Cour suprême valida la Loi sur le contrôle et la réhabilitation des mines (*Mining control and reclamation Act*), qui réglementait l'usage des terres agricoles locales, s'appuyant sur le son lien avec le « *commerce interétatique* »⁶³. De plus, la jurisprudence constitutionnelle interprète la Clause de commerce de manière extrêmement constructive, empêchant ainsi les États, même en l'absence de loi fédérale, d'intervenir dans les activités économiques qui devraient être réglementées par les autorités fédérales⁶⁴.

Néanmoins, il est essentiel de souligner que la réglementation environnementale constitue une question complexe car, d'une part, elle relève de la compétence fédérale en vertu de la clause de commerce, et d'autre part, les entités fédérées peuvent ajouter des réglementations en application de leurs pouvoirs de police (*police powers*). La question de la compétence environnementale est souvent débattue tant par la doctrine que par les prétoires et la législation. Alors que pour une partie de la doctrine publiciste américaine, la décentralisation des politiques publiques environnementales constitue la solution la plus judicieuse, étant donné la variation des coûts et avantages du droit de l'environnement en fonction des particularités de chaque région⁶⁵, d'autres, qualifiant l'environnement de bien national (*national good*) soutiennent que l'État fédéral doit avoir la charge de sa protection⁶⁶. En réalité, la réponse à cette question se trouve sur la notion de « *fédéralisme coopératif* », une démarche qui n'est pas

⁵⁸ Xe amendement de la Constitution des États-Unis : « *Les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple* », traduction par ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010, p.879.

⁵⁹ Article I, section 8, de la Constitution des États-Unis.

⁶⁰ *Gibbons v. Ogden* 22 U.S. 1 (1824).

⁶¹ V. par ex *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

⁶² *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) : à propos de l'encadrement matériel de la Clause de commerce ; *NFIB v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012) : à propos des activités sans lien direct avec le commerce interétatique, comme c'était le cas du programme de sécurité sociale dit Obamacare.

⁶³ *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264 (1981).

⁶⁴ Sur cette interprétation de la Clause de commerce, appelée par la doctrine prétorienne « Clause de commerce dormante » (*Dormant commerce clause*) V. *Gibbons v. Ogden*, préc. §189 et 223 et s.; *Pike v. Bruce Church*, 397 U.S.137, 142 (1970) ; En matière des réglementations environnementales V. *Energy and Environmental Law Institute v. Epel*, N° 14-1216 (10th circuit. 2015).

⁶⁵ V. par ex REVESZ R, "The Race to the bottom and Federal Environmental Regulation: A Response to critics", *MINN. L. REV.*, vol.82, 1997, p.535 et s.

⁶⁶ STEWART R., "Environmental Quality as a National Good in a Federal State", *U.CHI. LEGAL. F.*, vol.1997,1997, p.199.

omise par la législation fédérale elle-même. Ainsi, il revient régulièrement que le Congrès fédéral répartisse souvent les responsabilités entre le régulateur national et les régulateurs locaux. À titre d'illustration, la loi sur la qualité de l'air (*Clean Air Act*) confère à l'EPA la seule compétence pour énumérer et identifier les substances toxiques et nuisibles pour l'atmosphère, tout en permettant aux régulateurs fédérés de mettre en œuvre les normes fédérales de l'EPA, en tenant compte des circonstances locales et des objectifs économiques régionaux⁶⁷. Nonobstant, la loi n'omet pas de reconnaître aussi des régimes exceptionnels pour certains États. Ainsi, elle a accordé à l'État de Californie un régime plus restrictif en matière d'émissions provenant des sources mobiles, tout en permettant à d'autres États d'y adhérer à condition qu'ils expriment ouvertement leur intention devant le régulateur fédéral⁶⁸. Ledit schéma n'est pas si différent de celui prévu par la jurisprudence administrative française en matière de concours entre polices générales⁶⁹.

Pourtant, si le modèle régulateur de protection environnementale, tel qu'il s'est construit dans la seconde moitié du vingtième siècle, a parvenu à surmonter les tensions dérivant de l'application de la Constitution états-unienne, il a été progressivement remis en cause par une lecture constitutionnelle orientant la mise en balance entre environnement et libertés économiques en faveur de ces dernières.

II. UN MODÈLE CONSTITUTIONNELLEMENT CRITIQUÉ

Il est essentiel de souligner que, bien que le paradigme actuel de « régulation indépendante » en droit de l'environnement ait connu son âge d'or dans les années 1980 et 1990, il se trouve aujourd'hui en péril. En effet, cela est dû à un changement de conception concernant l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis. La jurisprudence de la Haute juridiction américaine est marquée par des approches conservatrices d'interprétation constitutionnelle. Désormais, le canon d'interprétation est l'*originalisme*, impliquant une lecture de la Constitution conformément à la pensée des pères fondateurs, à savoir selon les idées qui les ont guidés⁷⁰. Cette tendance a pour conséquence de menacer la légitimité des pouvoirs administratifs, notamment dans le domaine du droit de l'environnement. Dans ce contexte, on observe un changement dans le contentieux environnemental. La tendance actuelle consiste à refuser ou à minimiser le pouvoir normatif de l'EPA. Sur ce point, il est nécessaire de préciser que, même si le contentieux environnemental en France repose sur un contrôle progressivement poussé sur les actes de l'administration environnementale⁷¹, le changement de paradigme dans la jurisprudence américaine n'a rien à voir avec ce contrôle approfondi. Il s'agit presque de nier les pouvoirs de l'EPA dans leur totalité. Cela soulève la question de la nécessité

⁶⁷ Clean Air Act, §108 Listing; §109 National Ambient Air Quality Standards (NAAQS), §110 State Implementation Plans (SIPs).

⁶⁸ Clean Air Act, § 209 ; Clean Air Act, § 177.

⁶⁹ CE, 18 avril 1902, n° 04749, *Commune de Nérès-Les-Bains*, Recueil Lebon 1902, 567 ; CE, 8 août 1919, n° 56377, *Labonne*, Recueil Lebon 1919, *préc.* : reconnaissant la possibilité de l'adoption des mesures plus rigoureuses par l'autorité de police locale. Toutefois, il ne faut pas omettre que la réglementation environnementale constitue une activité de police spéciale, régie, en conséquence, par le principe d'exclusivité : V. sur ce point CE, 15 janvier 1986, n°47836, *Société Pec-Engineering*, Recueil Lebon 625 ; CE, 29 septembre 2003, n°218217, *Houillères du bassin de Lorraine*, *AJDA* 2003. 2164, concl. OLSON T. : à propos des installations classées ; CE, 2 décembre 2009, n°309684, *Commune de Rachecourt*, *Lebon* 481 : à propos de la police de l'eau ; CE, 24 septembre 2012, n°342990, *Commune de Valence*, *préc.* : à propos des OGM.

⁷⁰ Sur la doctrine de l'originalisme V. BALKIN J., *Le constitutionnalisme américain : au-delà de la Constitution des origines et de la Constitution vivante*, Paris, Dalloz, 2016

⁷¹ V. par ex L. 181-17 du code de l'environnement ; mettant en place un contrôle de plein contentieux sur les autorisations environnementales ; Pour une analyse détaillée du contentieux environnemental V. FAURE Y., MALVERTI « Environnement : quand le juge cultive son jardin », *AJDA* 2019, p.513 et s. ; ROTOULLIÉ J.-C., « Le contentieux de l'environnement », *AJDA* 2020, p.209 et s.

de rechercher un nouveau modèle pour les États-Unis, un modèle qui permettrait de protéger l'environnement autant que possible tout en construisant un droit légitime échappant aux critiques constitutionnelles.

A. La « doctrine des questions majeures » en tant que principe de démantèlement du pouvoir réglementaire

La déconstruction précitée du droit de l'environnement se manifeste principalement dans la doctrine des questions majeures (*major questions doctrine*), appliquée ces deux dernières années par la Cour suprême dans le but d'attaquer les pouvoirs de réglementation environnementale de l'EPA⁷². Cependant, pour traiter le démantèlement actuel du droit des agences fédérales, il est nécessaire de donner quelques précisions sur le contentieux administratif américain. Bien que la loi américaine sur la procédure administrative (*Administrative Procedure Act*) mette l'accent sur la procédure d'adoption de l'acte administratif, notamment sur la participation du public, elle prévoit également un contrôle (*judicial review*) sur le fond de la décision⁷³, qui prend parfois une forme assez approfondie susceptible de paralyser⁷⁴. Il importe de relever, sur ce point, que les questions relatives à l'intensité du contrôle juridictionnel ne constituent pas une spécificité de l'actualité américaine. Le droit français n'y est pas non plus indifférent et répond à cette problématique par une tendance générale au renforcement du contrôle exercé par le juge administratif. Dans ce contexte, si l'on observe le contentieux administratif français qui repose depuis longtemps sur la dichotomie classique entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, on constate une évolution progressive de ce dernier. Le droit de l'environnement n'échappe pas à cette dynamique, puisque les pouvoirs de substitution et de réformation du juge administratif deviendront de plus en plus visibles dans diverses matières⁷⁵.

En ce qui concerne le droit américain, malgré la rigueur du contrôle sur les décisions administratives, la capacité de substitution était traditionnellement absente de l'office du juge. Cela est principalement dû au standard jurisprudentiel issu de la fameuse affaire *Chevron*⁷⁶, célèbre pour son caractère fondamental en matière du contentieux administratif et environnemental. Dans cette affaire concernant le pouvoir de l'EPA de réglementer les « sources » de pollution atmosphérique⁷⁷, la Cour suprême a établi le principe selon lequel, lorsque les termes d'une loi appliquée par une autorité administrative sont ambigus ou abstraits, le juge qui contrôle son règlement d'application doit respecter l'interprétation adoptée par l'autorité administrative⁷⁸. En substance, le juge ne peut pas intervenir dans la marge

⁷² V. sur ce point

⁷³ *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C. § 706(2)(A) : sur le contrôle « arbitrary and capricious » portant sur les déterminations factuelles de l'agence dans l'adoption d'une décision administrative.

⁷⁴ V. la version poussée de l' « arbitrary and capricious review » qualifiée par la doctrine comme « hard look control » *Motor Vehicles Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* 463 U.S. 29 (1983).

⁷⁵ V. par ex CE, 10 novembre 2023, n° 474431 : sur le pouvoir de régularisation du juge de plein contentieux en matière des installations classées ; Pour plus de détails sur l'office du juge administratif en droit de l'environnement V. ROTOULLIÉ (J.-C.), « Le contentieux environnemental », *op.cit.*, p.209 et s.

⁷⁶ *Chevron U.S.A., Inc., v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 387 (1984).

⁷⁷ *Idem* : La question portait sur l'interprétation du terme « source polluante » figurant dans le *Clean Air Act*. Alors que la réglementation de l'EPA considérait ce terme comme englobant l'ensemble des équipements d'une centrale électrique, les organisations environnementales requérantes soutenaient, quant à elles, que chaque équipement d'une centrale devait être considéré séparément comme une « source polluante ».

⁷⁸ *Idem* : La « doctrine Chevron », telle que formalisée par la Cour suprême prévoit un raisonnement juridictionnel en deux étapes. Dans la première étape (*Step 1*), le juge chargé du contrôle de l'acte réglementaire vérifie si « Le Congrès s'est exprimé directement sur la question précise en cause », à savoir si l'habilitation législative a été formulée en des termes clairs et précis. Si la loi est ambiguë, le juge passe alors à la deuxième étape (*Step 2*), qui

d'appréciation de l'administration. L'autorité administrative dispose de l'expertise et, pour cette raison, son appréciation doit prévaloir sur celui du juge.

La doctrine *Chevron* a profondément marqué le droit administratif américain. Il ne serait pas erroné d'affirmer que la construction d'une conception environnementale progressiste repose en grande partie sur la déférence juridictionnelle accordée aux politiques publiques de l'EPA. Comme le souligne le professeur Daniel Farber, l'administration environnementale doit bénéficier d'une certaine flexibilité pour mettre en œuvre la législation de manière à répondre aux nouveaux défis émergents, tels que l'élaboration des stratégies pertinentes pour réduire l'usage du charbon dans la production d'énergie électrique⁷⁹. Cependant, si ce standard de déférence est perçu comme progressiste par une partie de la doctrine, les courants conservateurs, dominants au niveau doctrinal et jurisprudentiel, voient une déviation des principes libéraux de la Constitution, voire une forme de « *totalitarisme administratif* ». Ainsi, le célèbre courant « *New Coke* » dénonce une violation du principe de séparation des pouvoirs⁸⁰, tandis que le constitutionnaliste libertarien Philip Hamburger constate la construction d'un droit administratif « *illégal* » basé sur la « *doctrine Chevron* »⁸¹.

Dans ce contexte, la domination de la pensée conservatrice dans les prétoires américains va conduire à une remise en cause progressive des pouvoirs normatifs de l'administration-environnementale. Plus précisément, après quelques décisions isolées marquant un recul de l'application de la « *déférence Chevron* » par la Cour suprême⁸², la Haute juridiction américaine va passer à la « *destruction* » totale de la doctrine. Le processus se manifeste en deux temps. En effet, la première frappe sera donnée dans la décision *West Virginia v. EPA* de 2022 qui généralise la « *doctrine des questions majeures* »⁸³. Il s'agissait d'une question sur la légalité du *Clean Power Plan*, un programme réglementaire adopté par l'EPA sous l'administration d'Obama. Le règlement visait à mettre en œuvre l'article 111 de la loi sur la qualité de l'air, habilitant l'EPA à « *déterminer le meilleur système de polluants* » et à établir des « *standards de performance correspondants* », prévoyant une réduction significative du pourcentage des émissions de dioxyde de carbone d'ici 2030, ainsi qu'un remplacement progressif des sources classiques de gaz et d'électricité par des sources d'énergie renouvelable⁸⁴.

Malgré son objectif ambitieux pour la lutte contre le changement climatique, les juges de Washington ne semblent pas favorables, estimant que l'EPA n'avait pas la compétence d'adopter un tel règlement car il s'agissait d'une « *question majeure* », à savoir une question de « *grande importance* ». Selon l'argumentation de la Cour, lorsque l'habilitation législative porte sur une question fondamentale, sur la Constitution ou sur l'économie nationale, le principe de

consiste à examiner si l'action de l'agence est « *fondée sur une interprétation admissible de la loi* ». C'est à ce stade que s'applique la « *déférence Chevron* ». La jurisprudence postérieure a ajouté une troisième étape, dite étape zéro (*Step Zero*) qui implique que le juge vérifie en amont si le « *Congrès a délégué à l'agence, de manière générale, le pouvoir d'établir des règles ayant force de loi* », c'est-à-dire si l'habilitation législative attribuée à l'agence le pouvoir d'adopter des normes impératives. Sur l'étape zéro V. *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218 (2001).

⁷⁹ FARBER D., « *Playing fast and loose with reality* », Legal Planet (5 juillet 2024), <https://legal-planet.org/2024/07/05/playing-fast-and-loose-with-reality/>.

⁸⁰ Sur le courant de « *New Coke* » V. SUNSTEIN C., VERMEULE A., *Law and Leviathan : Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020, 208 pages.

⁸¹ HAMBURGER P., *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014, 648 pages.

⁸² V. *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S.120 (2000); écartant la doctrine *Chevron* dans la réglementation du tabac par la *Food and Drug Administration (FDA)* ; *King v. Burwell*, 576 U.S. 473 (2015); à propos du pouvoir réglementaire attribué à l'administration fiscale par l'*Affordable Care Act*, c'est-à-dire la loi « *Obamacare* ».

⁸³ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. 697 (2022).

⁸⁴ *Idem*.

déférence à l'administration de l'arrêt *Chevron* ne joue pas⁸⁵. Le principe de séparation des pouvoirs exige, dans ce cas-là, que la parole revienne au Congrès, et non à l'administration. Pour que l'administration puisse se prononcer sur une telle question, le législateur doit lui avoir accordé l'habilitation dans des termes précis et explicites. Cette interprétation soulève évidemment de nombreuses questions. En fait, les juges ne fournissent pas de précisions suffisantes sur les critères permettant de déterminer si telle ou telle une question est majeure. Ils ont seulement déclaré que les grands schémas réglementaires, comme celui du *Clean Power Plan*, pourrait entraîner des répercussions sur l'économie nationale.

Toutefois, malgré cette lecture obscure de la Cour, les sages de Washington ne vont pas hésiter à aller encore plus loin dans leur processus de déconstruction de la réglementation environnementale. Ainsi, dans l'arrêt *Loper Bright Enterprises v. Raymondo* du 2024, portant sur la réglementation de la pêche par le Service national des pêches maritimes en vertu de la *Stevens Fishery Conservation and Management Act*, la Cour suprême mettra un point final à la « déférence *Chevron* », en ajoutant également que la marge d'appréciation de l'administration en matière réglementaire doit bénéficier d'un standard de protection beaucoup plus bas, voire faible, par rapport à celui prévu par la jurisprudence *Chevron*⁸⁶. Si l'on se penche sur l'effet combiné des deux dernières grandes décisions, une seule conclusion s'impose avec certitude ; la vision « anti-réglementaire » ou « anti-environnementale » de la Cour. Certes, même si les juges n'ont pas retiré le pouvoir réglementaire de la carte constitutionnelle états-unienne, il est désormais plus difficile pour une autorité administrative de statuer sur les questions de ses compétences. Il n'est donc pas surprenant que les dernières décisions environnementales aient sanctionné les règlements adoptés par l'EPA⁸⁷. L'administration environnementale doit recevoir des habilitations législatives rédigées en des termes plus précis. Or, comment atteindre un tel niveau de précision en matière environnementale, compte tenu des clivages au sein du Congrès concernant ce domaine ? On assiste ainsi à un rééquilibrage des composants du développement durable par un nouveau « gouvernement des juges »⁸⁸. Il convient également de rappeler que cette dernière notion est apparue dans un contexte analogue, marqué par une primauté accordée aux libertés économiques au détriment des réglementations congressionnelles⁸⁹. Ces considérations nous amènent à nous interroger sur la nécessité d'une éventuelle réorientation du paradigme environnemental américain.

⁸⁵ *Ibidem*, §724 et s. : La Cour suprême apporte peu de précisions quant aux questions pouvant être qualifiées de véritables « questions majeures », justifiant ainsi la non-application de la « déférence *Chevron* ». Les seuls éléments permettant d'éclairer sa position se trouvent dans l'opinion concurrente du juge Gorsuch qui identifie trois cas des « questions majeures » : 1) Les questions d'importance politique, 2) les questions d'importance économique, et 3) les questions concernant les rapports entre le gouvernement fédéral et les États fédérés. V. *Ibidem*, §736 et s.

⁸⁶ *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S. 369 (2024) : Le standard actuel se trouve dans la jurisprudence *Skidmore v. Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944): La Cour suprême a estimé dans cette décision que les décisions de l'agence « constitue un ensemble d'expériences et de jugements éclairés auxquels les tribunaux et les parties du litige peuvent à juste titre recourir pour être guidés » dans l'interprétation des lois. Le degré de déférence à l'égard du point de vue de l'agence dépendra de la rigueur évidente de son examen, de la validité de son raisonnement, de sa cohérence avec les déclarations antérieures et ultérieures, et de tous les facteurs qui lui donne le pouvoir de persuader, à défaut du pouvoir de contrôler ».

⁸⁷ *Ohio v. Environmental Protection Agency*, 603 U.S. 279 (2024) : La Cour suprême met en suspens la réglementation de l'EPA dite « *Good Neighbor Rule* » qui visait à réduire les émissions d'oxydes d'azote en obligeant les États de réduire la pollution atmosphérique susceptible de toucher leurs États voisins.

⁸⁸ LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf MODERNE F., Paris, Dalloz, 2005, 276 p. .

⁸⁹ *V. Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) : à propos de la reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le biais d'une interprétation constructive de la clause de *due process* du XIV^e amendement.

B. Une évolution vers une logique des droits de l'homme ?

Le droit de l'environnement américain est menacé. Ce n'est pas seulement le pouvoir réglementaire en matière de qualité d'air qui est en péril. Les juges fédéraux ont adopté une solution similaire concernant la réglementation des eaux⁹⁰. Le modèle régulateur de l'EPA est en cours de démantèlement. En France la situation est différente. Si le contentieux environnemental repose sur un contrôle juridictionnel particulièrement rigoureux, le positionnement du Conseil d'État relève, néanmoins, un certain *self-restraint* lorsqu'il est confronté à des décisions élaborant des politiques publiques⁹¹. Par ailleurs, même en dehors des hypothèses d'un éventuel contrôle sur des décisions de *policymaking*, le juge administratif cherche un équilibre entre les impératifs de protection environnementale et ceux de légalité et de sécurité juridique, en préservant ainsi le pouvoir de l'administration d'élaborer des politiques publiques environnementales. Ainsi, il arrive que le juge de plein contentieux utilise son pouvoir de régularisation pour protéger une autorisation environnementale contre l'annulation⁹². Aux États-Unis, la tendance récente suit une trajectoire opposée. Cette évolution a d'ailleurs conduit certaines organisations environnementales à chercher à réorienter le contentieux vers une approche inspirée du modèle européen, celle de la « *fondamentalisation* » du droit de l'environnement, autrement dit, de la reconnaissance des droits environnementaux.

Cet argument nous amène à évoquer l'affaire *Juliana v. USA*⁹³. En ce qui concerne son origine, 21 jeunes requérants ont attaqué en justice le gouvernement fédéral pour avoir encouragé l'exploitation des sources d'énergie fossile, violant ainsi son obligation souveraine de protéger la santé de ses citoyens. Dans le cadre de leur requête, ils demandent à la Cour de district de reconnaître, sur la base de la clause de *due process* substantiel, prévue dans le XIV^e amendement de la Constitution, un droit à une vie saine, incluant un droit à la protection des générations futures, et d'obliger le Congrès et le Président à diminuer les émissions de gaz à effet de serre.

Ce cas rappelle clairement l'*Affaire du siècle*⁹⁴, qui a marqué la jurisprudence administrative ces dernières années, ou encore la décision du Conseil constitutionnel qui donna une lecture transgénérationnelle au droit à un environnement sain⁹⁵. Toutefois, la Cour de

⁹⁰ *North Carolina Coastal Fisheries Group v. Capt. Gaston LLC*, No. 21-2184, 2023 WL 5000246 (4th Cir. Aug. 7 2023).

⁹¹ V. CE, 11 octobre 2023, n°467771, *Ligue des droits de l'homme*, Rec., p.306, concl. ROUSSEL F. : à propos d'une décision de refus du ministre de l'Intérieur de prendre des mesures pour assurer le respect par les forces de l'ordre de l'obligation de port visible de l'identifiant individuel. Le Conseil d'État souligna que « *Lorsque le juge administratif est saisi d'une requête tendant à l'annulation du refus opposé par l'administration à une demande tendant à ce qu'elle prenne des mesures pour faire cesser la méconnaissance d'une obligation légale lui incombant, il lui appartient, dans les limites de sa compétence, d'apprécier si le refus de l'administration de prendre de telles mesures est entaché d'illégalité et, si tel est le cas, d'enjoindre à l'administration de prendre la ou les mesures nécessaires. Cependant, et en toute hypothèse, il ne lui appartient pas, dans le cadre de cet office, de se substituer aux pouvoirs publics pour déterminer une politique publique ou de leur enjoindre de le faire.* » ; Sur l'application de cette position en matière environnementale V. CE, 6 novembre 2024, n°471039, *Société Éolise* : à propos d'une demande faite au Premier Ministre d'adopter des mesures relatives à la sécurité de chasse.

⁹² CE 22 mars 2018, n° 415852, *Association Novissen*, Lebon, ; *AJDA* 2018. 1451, note POUTHIER T.; CE 26 juill. 2018, n° 416831, *Association Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Hautcourt-en-Cambresis*, Lebon avec les concl., ; *AJDA* 2018. 1583 ; et 2449, note RADIGUET R. ; Pour plus de détails V. ROTOULLIÉ, *op.cit.*, p.212.

⁹³ *Juliana v. United States*, Civ. 6:15-cv-01517-AA (D. Or. Dec. 29, 2023)

⁹⁴ TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

⁹⁵ CC, 27 octobre 2023, n°2023-1066 QPC, *RFDA* 2023, p.1129, note HEITZMANN-PATIN M.

district ainsi que la Cour suprême⁹⁶ n'ont pas suivi la logique des juridictions françaises ou européennes. Plus précisément, la première juridiction, qui a eu l'occasion de statuer sur le fond, a refusé de reconnaître un tel droit constitutionnel imposant aux institutions politiques d'agir pour réduire les émissions, estimant que le principe de séparation des pouvoirs l'empêche d'ordonner aux deux autres branches du gouvernement ce qu'elles doivent faire⁹⁷. Cependant, on observe une tendance des organisations environnementales américaines à adopter des stratégies similaires à celles de leurs homologues européennes. Dans un contexte de déréglementation environnementale, elles doivent chercher d'autres leviers juridiques pour atteindre leurs objectifs. S'appuyer sur une administration mettant en œuvre les politiques publiques d'un président conservateur anti-environnement, ou d'une administration parfois progressiste contrainte de composer avec la majorité actuelle très conservatrice de la Cour suprême paraît désormais illusoire. C'est pourquoi, en parallèle des moyens visant à la fondamentalisation de la protection environnementale, certaines associations cherchent à s'appuyer sur la responsabilité extracontractuelle issue de la *common law* traditionnelle⁹⁸. Par ailleurs, il est important de souligner qu'une alternative importante se trouve dans le droit fédéré. En effet, si l'administration fédérale environnementale est en cours de démantèlement, tandis que le rattachement de l'environnement à des libertés fondamentales est rejetée, ce n'est pas le cas à l'échelon fédéré. En effet, la plupart des constitutions étatiques protègent le droit de l'environnement en tant que droit fondamental⁹⁹. On pourrait ainsi constater que la déconstruction du droit de l'environnement fédéral pourra s'accompagner avec une reconstruction du droit de l'environnement fédéré.

CONCLUSION

Alors que la Cour de Strasbourg a récemment condamné l'État suisse pour manquement à son obligation d'atténuer les effets du changement climatique¹⁰⁰, la Cour suprême américaine refuse de suivre cette voie. Toutefois, la déconstruction du modèle régulateur permet de se pencher sur une éventuelle redirection du droit de l'environnement vers un paradigme de « *fondamentalisation* » ou de reconnaissance des grands principes. Le droit français, quant à lui, semble rapprocher son modèle d'un droit de l'environnement façonné par des autorités administratives indépendantes (AAI). Depuis les 20 dernières années, trois AAI sont intervenues dans ce domaine : la Commission nationale du débat public, l'Autorité de sûreté nucléaire et l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires. Néanmoins, leur intervention

⁹⁶ *V. Juliana v. United States*, 604 U.S. (2025) certiorari denied : Refus de la Cour suprême d'étendre l'affaire pour des raisons procédurales. La Cour n'a pas statué sur le fond.

⁹⁷ *Juliana v. United States*, Civ. 6:15-cv-01517-AA (D. Or. Dec. 29, 2023).

⁹⁸ V. sur ce point *American Electric Power Co., Inc., et al. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 131 S. Ct. 2527: Rejet par la Cour suprême des actions fondées sur la notion de « nuisance publique » (*public nuisance*) à l'encontre des sociétés émettrices de dioxyde de carbone, estimant que l'habilitation accordée à l'EPA pour réglementer les émissions exclut l'intervention du droit de la responsabilité délictuelle en la matière. Toutefois, le démantèlement du pouvoir réglementaire de l'EPA pourrait raviver la problématique de la *common law* en tant qu'outil de protection environnementale. Sur la question *V. EWING B., KYSAR D.*, « Prods and Pleas : Limited Government in an Era of Unlimited Harm », *YALE L. JOUR.*, vol.121, 2011, p.121 et s.

⁹⁹ Pour une analyse détaillée *V. DERNBACH J.*, *The Environmental Rights Provisions of U.S. State Constitutions : A Comparative Analysis*, Widener University Commonwealth Law School Legal Studies Research Paper Series no. 23-05, p.1 et s.

¹⁰⁰ CEDH, 9 avril 2024, n°53600/20, *VereinKlimaSeniorinnen et a.c/ Suisse*, *Actualité juridique*, 2024, note CHARDEAUX M.-A.

reste partielle¹⁰¹. L'acteur principal du droit de l'environnement français reste toujours l'administration centrale. Pour créer un modèle à l'américaine, il faudrait fusionner la partie majoritaire du droit de l'environnement sous l'égide d'une seule autorité administrative, indépendante ou non, comme c'est le cas du modèle de l'EPA, dans l'objectif de renforcer l'expertise scientifique et technocratique dans le contexte du *decision making* environnemental.

Cependant, une telle action soulèverait évidemment des questions relatives à la participation citoyenne dans l'élaboration des normes environnementales et au conflit entre échelon local et échelon central. Comme nous l'avons vu, le droit de l'environnement est le droit du développement durable, toujours marqué par des conflits entre plusieurs impératifs : économiques, environnementaux et sociaux. Ces conflits donnent lieu à des tensions additionnelles, comme c'est le cas de la dialectique entre décentralisation et centralisation ou celle entre démocratie et technocratie en matière de protection environnementale. En conséquence, un arbitrage entre les diverses composantes du développement durable implique une mise en balance entre les divers échelons de réglementation, ainsi qu'un *decision making* opéré par le peuple lui-même, comme exigent les principes fondant le caractère démocratique du droit de l'environnement en tant que bien commun.

¹⁰¹ V. sur la problématique des AAI en matière environnementale V. PRIEUR M., BÉTAILLE J., et autres, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 9^e éd., 2023, p.483 et s.

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES ACCORDS HORIZONTAUX : APPROCHE COMPARÉE UE-ETATS-UNIS

Emma BURSZTEJN

*Doctorante à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne
Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Paris I Panthéon
Sorbonne*

Résumé : Cet article analyse, dans une perspective comparée, l'intégration des objectifs de développement durable dans le contrôle des accords horizontaux en droit de la concurrence au sein de l'Union européenne (UE) et des États-Unis. Il montre que l'UE a progressivement articulé concurrence et durabilité, notamment à travers l'article 101 TFUE, les règlements d'exemption et les lignes directrices de 2023, offrant un cadre juridique permettant certaines coopérations environnementales entre concurrents. À l'inverse, le droit antitrust américain demeure largement silencieux sur ces enjeux, privilégiant une approche stricte centrée sur la protection du surplus du consommateur et la préservation du jeu concurrentiel, malgré quelques ouvertures jurisprudentielles via la *rule of reason*.

Mots clés : développement durable, accords horizontaux ; droit de la concurrence comparé ; Article 101 TFUE ; droit antitrust américain.

INTRODUCTION

Le développement durable s'est imposé comme un enjeu central de la régulation des pratiques économiques, en ce qu'il remet en cause une conception strictement concurrentielle des accords horizontaux entre entreprises. Initialement conçus pour prévenir les risques de collusion et préserver l'efficacité des marchés, ces accords sont désormais confrontés à la nécessité d'intégrer des objectifs environnementaux et climatiques reconnus par le droit international et, en particulier, depuis le Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, qui le définit comme un développement « répondant aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »¹. Tant l'Union européenne (UE) que les États-Unis – deux grandes puissances économiques – reconnaissent l'importance de ces objectifs, mais adoptent des approches distinctes dans l'intégration du développement durable dans leurs cadres juridiques respectifs.

Cette étude propose une analyse comparative des politiques de concurrence de l'Union européenne et des États-Unis en matière d'accords horizontaux, en se concentrant sur la manière dont le développement durable est pris en compte par les autorités de concurrence. Alors que l'Union européenne a entrepris des réformes législatives pour favoriser une transition vers une économie verte, notamment à travers le Pacte vert pour l'Europe, les États-Unis montrent une réticence plus marquée, malgré l'adoption récente de l'*Inflation Reduction Act* (IRA). Si l'*Inflation Reduction Act* marque un engagement financier substantiel en faveur de la transition énergétique, il s'inscrit avant tout dans une logique de politique industrielle et de préférence nationale, révélant une approche différente de celle adoptée par l'Union européenne dans le cadre du Pacte vert. Cette divergence met en lumière non seulement les différences réglementaires, mais aussi des visions distinctes du rôle que doit jouer la politique de concurrence dans la promotion du développement durable.

Comparer l'approche américaine et européenne permet de mieux comprendre les défis et les opportunités associés à l'intégration du développement durable dans les accords horizontaux. Cette analyse se concentrera d'abord sur l'examen des textes législatifs et des politiques en vigueur (I), puis sur leur application pratique à travers la jurisprudence (II).

I. LA DURABILITÉ DANS LES TEXTES

Après avoir établi les enjeux de durabilité dans les accords horizontaux, il convient d'examiner leur prise en compte dans les cadres législatifs des deux ordres juridiques. Nous analyserons d'abord l'intégration de la durabilité dans les textes législatifs de l'Union européenne (A), avant d'examiner son absence explicite dans la législation américaine, tout en mettant en lumière un changement de cap notable dans le droit de la concurrence aux États-Unis (B).

A. L'intégration au sein du cadre juridique européen

Au sein de l'Union européenne, l'article 101§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prohibe les accords restrictifs entre entreprises². Cette interdiction

¹ Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Our Common Future* (rapport Brundtland), Nations Unies, 1987, spéc. chap. 2.

² Article 101 (ex-article 81 TCE), JO n° 115 du 09/05/2008 pp. 88 - 89. « [...] sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques

peut être levée si les accords créent des gains d'efficacité, conformément à l'article 101§3 du TFUE. C'est le cas si ces accords contribuent à améliorer la production ou la distribution des biens ou des services ou à promouvoir des progrès techniques ou économiques, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Ces accords ne doivent imposer que des restrictions indispensables pour atteindre ces objectifs et ne pas éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause. Bien que le lien explicite entre la notion de gain d'efficacité et celle de développement durable ne soit pas inscrit dans le Traité, la révision du paquet « restrictions horizontales » par la Commission européenne en 2023 témoigne de la volonté d'intégrer les priorités environnementales actuelles dans l'application de cet article. Cette évolution témoigne d'une prise de conscience croissante de la nécessité d'adapter le droit de la concurrence aux objectifs de durabilité. Plus précisément, elle permet aux entreprises de coopérer pour atteindre des objectifs environnementaux sans risquer d'enfreindre les règles de concurrence. Toutefois, les critères précis justifiant une telle intégration restent à clarifier.

Au sein du droit souple et de la régulation du droit de la concurrence, la notion de développement durable a été prise en compte par l'UE. Pour intégrer les objectifs de durabilité dans l'application de l'article 101 du TFUE, une clarification a été nécessaire pour aligner les pratiques commerciales avec les priorités environnementales actuelles. En témoigne la révision du paquet « restrictions horizontales »³ par la Commission européenne, le 1^{er} juin 2023, à la suite du tournant marqué par le *Pacte vert*. En effet, des règlements d'exemption accompagnent l'article 101 du TFUE. Ils détaillent les conditions d'exemption de l'article 101§1 du Traité, applicables aux accords de Recherche et Développement (R&D) et de spécialisation qui répondent clairement aux critères de l'article 101§3 du TFUE visant à garantir une sécurité juridique pour les entreprises.

Tout particulièrement, le Règlement (UE) 2023/1066 de la Commission présente plusieurs points intéressants, soulignant l'approche ambitieuse de l'Union européenne en ce qui concerne la promotion du développement durable. En vertu de ce texte, la coopération au sein des activités de recherche doit être facilitée, notamment par des mécanismes permettant l'exploitation conjointe des résultats, ce qui peut inclure, de manière encadrée, des échanges d'informations strictement nécessaires à la production, à l'utilisation ou à la diffusion des résultats issus de la recherche⁴. Ainsi un accord permettant l'introduction rapide de produits ou technologies nouvelles ou améliorées ou à une réduction des prix sera estimé comme compatible avec le Traité⁵.

Les lignes directrices de la Commission européenne sur les accords de coopération horizontale établissent également des orientations contraignant la Commission pour l'interprétation du règlement d'exemption par catégorie et l'application de l'article 101 à

concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ».

³ Règl. (UE) 2023/1066, 1er juin 2023, relatif à l'application de l'art. 101, § 3, TFUE à certaines catégories d'accords de R&D, JOUE L 143, 2 juin 2023, p. 9 ; Règl. (UE) 2023/1067, 1er juin 2023, relatif aux accords de spécialisation, JOUE L 143, 2 juin 2023, p. 20 (régime transitoire jusqu'au 30 juin 2025 pour les accords relevant du règl. (UE) n° 1217/2010).

⁴ Règl. (UE) 2023/1066, p. 10, spéc. : l'exploitation conjointe des résultats peut prendre diverses formes (production, utilisation de technologies ou procédés, cession ou licence de droits de propriété intellectuelle, communication de savoir-faire), dès lors qu'elle contribue de manière substantielle au progrès technique ou économique.

⁵ *Ibid.*, p. 16, sous couvert, pour les accords de recherche et de développement, que la part de marché cumulée de la partie qui finance et de l'ensemble des parties avec lesquelles la partie qui finance a conclu des accords de recherche et de développement concernant les mêmes produits ou technologies contractuels ne dépasse pas 25 % sur les marchés de produits et de technologie en cause.

d'autres accords horizontaux⁶. La grande nouveauté de ces lignes directrices réside dans la création d'un nouveau chapitre sur les « accords de durabilité »⁷. Celui-ci précise les conditions dans lesquelles des accords entre concurrents visant un objectif de développement durable sont autorisés⁸. Les nouvelles lignes directrices adoptent une définition large des objectifs de développement durable, s'appuyant sur celle des Nations unies, qui englobe les dimensions économique, sociale et environnementale de la durabilité⁹. Malgré cette évolution, les lignes directrices fournissent de nombreux exemples d'accords de développement durable qui, en général, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 101§1 du TFUE, permettant ainsi aux entreprises de s'entendre dans une optique de développement durable sans craindre une censure *a posteriori*. Les lignes directrices illustrent par exemple qu'un accord volontaire de normalisation environnementale de l'emballage, élaboré de manière ouverte et transparente et n'imposant que des restrictions minimales, peut ne pas restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, voire satisfaire aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, en raison des gains d'efficacité générés¹⁰. Les nouvelles règles prévoient également un cadre de sécurité souple pour les accords de normalisation de la durabilité, à condition de remplir six critères¹¹. Parmi ceux-ci figure la possibilité d'une augmentation non significative des prix, reconnaissant ainsi que l'application de ces normes peut entraîner des coûts supplémentaires. Cette dérogation est particulièrement originale compte tenu de la protection habituellement stricte accordée aux prix par le droit de la concurrence. Ainsi, comme le précise Madame Margrethe Vestager, alors vice-présidente exécutive chargée de la politique

⁶ Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale*, JOUE C 259 du 21 juill. 2023.

⁷ Pour un descriptif détaillé de tous les aspects des nouvelles lignes directrices voir l'étude d'Anne-Sophie Choné-Grimaldi, « Accords horizontaux : La Commission européenne publie un paquet "restrictions horizontales" composé pour l'essentiel des deux règlements d'exemption révisés relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et développement, auxquels s'ajoutent des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale », *Concurrences* N° 3-2023, Art. N° 113206, pp. 80-84.

⁸ Le nouveau règlement étend l'exemption aux activités rémunérées de recherche issues d'accords de R&D financés par une partie et réalisées par une autre, sous réserve que la part de marché cumulée du financeur et de ses partenaires de R&D pour les mêmes produits ou technologies ne dépasse pas 25 %.

⁹ *Ibid.* Les Nations Unies définissent le développement durable comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». Cette approche intègre trois dimensions indissociables : économique, sociale et environnementale. Voir <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>

¹⁰ Comm. eur., *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords horizontaux*, JOUE C 259 du 21 juill. 2023, pt 331, p. 69-70.

¹¹ *Ibid.*, p. 8 : « Premièrement, la procédure d'élaboration de la norme de durabilité doit être transparente et tous les concurrents intéressés doivent pouvoir participer au processus conduisant à la sélection de la norme. Deuxièmement, la norme de durabilité ne doit pas imposer aux entreprises qui ne souhaitent pas y participer une obligation directe ou indirecte de s'y conformer. Troisièmement, afin de garantir le respect de la norme, des exigences contraignantes peuvent être imposées aux entreprises participantes, mais celles-ci doivent rester libres d'appliquer des normes de durabilité plus élevées. Quatrièmement, les parties à la norme de durabilité ne doivent pas échanger d'informations commercialement sensibles qui ne sont pas objectivement nécessaires et proportionnées pour l'élaboration, la mise en œuvre, l'adoption ou la modification de la norme. Cinquièmement, un accès effectif et non discriminatoire aux résultats du processus d'élaboration de la norme doit être garanti. Il s'agit notamment de permettre un accès effectif et non discriminatoire aux exigences et aux conditions d'utilisation du label, du logo ou du nom de marque convenu, et de permettre aux entreprises qui n'ont pas participé au processus d'élaboration de la norme d'adopter cette dernière à un stade ultérieur. Sixièmement, la norme de durabilité doit satisfaire à au moins l'une des deux conditions suivantes : (a) la norme ne doit pas entraîner une augmentation significative du prix ou une réduction significative de la qualité des produits concernés ; (b) la part de marché cumulée des entreprises participantes ne doit pas dépasser 20 % sur tout marché pertinent affecté par la norme. ».

de la concurrence de la Commission (DG COMP), « *la révision des lignes directrices est un outil essentiel pour faire avancer la transition verte et numérique* ». ¹²

La politique de concurrence de l'Union européenne, en ce qui concerne les accords horizontaux, articulée autour de l'article 101 du TFUE et enrichie par des règlements d'exemption et des lignes directrices, vise ainsi à concilier efficacité économique et durabilité. La révision des lignes directrices et des règlements d'exemption par la Commission témoigne de l'engagement de l'Union à intégrer des objectifs de développement durable dans le cadre des accords commerciaux. Cette approche, en théorie, devrait permettre aux entreprises de coopérer dans une optique de durabilité sans craindre des sanctions, tout en soutenant la transition verte et numérique de l'Europe.

La position adoptée par les États-Unis offre une perspective distincte, dans laquelle la protection du consommateur par la maîtrise des coûts supportés par celui-ci, ainsi que la préservation du jeu concurrentiel, apparaissent comme les objectifs principaux du droit de la concurrence. À la différence de l'Union européenne, qui a intégré de manière explicite les considérations de durabilité dans ses politiques de concurrence, l'approche américaine demeure marquée par une conception plus étroite où les objectifs de développement durables ne sont pas consacrés dans le cadre législatif antitrust.

B. L'absence de traitement particulier aux États-Unis

Le droit américain est silencieux sur le rapport entre politique de concurrence et développement durable. Les lois antitrust américaines ne prévoient aucune exemption ou sphère de sécurité pour les activités sociales ou liées au climat, et les collaborations qui pourraient donner lieu à un risque antitrust, même lorsque leurs objectifs sont conformes aux priorités scientifiques et à celles des politiques publiques, sont illégales ¹³. Les agences fédérales peuvent difficilement engager des discussions sur la durabilité en raison du climat politique actuel aux États-Unis. En outre, dans un système fédéral caractérisé par le partage des compétences avec les entités fédérées, l'application du droit de la concurrence dépend des choix politiques des différents États. Sous le mandat du Président Joe Biden, la dynamique consistait en un renforcement du contrôle rigoureux exercé par les autorités fédérales de contrôle de la concurrence (la *Federal Trade Commission* (FTC) et la *Division antitrust du département de la Justice* (DOJ)), ¹⁴ en matière de pratiques anticoncurrentielles, et ce malgré les oppositions exprimées par certains courants conservateurs ¹⁵. Ainsi, le 9 juillet 2021, le président Biden a publié un décret sur la promotion de la concurrence dans l'économie américaine ¹⁶. Il a donné naissance à un Conseil de la concurrence de la Maison Blanche avec pour mission d'endiguer la concentration dans de nombreux secteurs industriels. Avec le retour de Donald Trump au pouvoir

¹² Traduction en français du texte original: “*This up-to-date guidance is a key tool to push forward the green and digital transitions*”. Communication de la Commission européenne, *Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guideline*, 1 juin 2023.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990.

¹³ V. not., Areeda P. E. et Hovenkamp H., *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 5e éd., Wolters Kluwer, 2023. V. égal. *Texas c/ BlackRock, Inc.*, U.S. District Court for the Eastern District of Texas, aff. n° 6:24-cv-00437, 1er août 2025, dans laquelle l'État du Texas reproche à plusieurs gestionnaires d'actifs d'avoir coordonné leurs politiques d'investissement liées aux objectifs climatiques, en particulier via des engagements ESG, en violation alléguée du droit fédéral antitrust.

¹⁴ Aux États Unis, la FTC et la DOJ se partagent la compétence du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁵ Hearn, Denise, et al. *Antitrust and Sustainability: A Landscape Analysis*. Rapport, Sabin Center for Climate Change, 26 juillet 2023, p. 20.

¹⁶ Executive Order No. 14036, 80 Fed. Reg. 36,987, 9 juillet 2021.

en janvier 2025, la politique antitrust des États-Unis risque de connaître un ralentissement et une approche plus favorable aux entreprises. Le président Trump a nommé Andrew N. Ferguson à la tête de la FTC et Gail Slater au poste d'assistante du procureur général pour la division antitrust du DOJ. Ces nominations illustrent une volonté de rupture avec le mandat précédent, mais les deux juristes sont toutefois connus pour leur défense d'une application robuste des lois antitrust et leur lutte contre le pouvoir des plateformes en lignes¹⁷.

L'approche américaine, privilégiant l'application rigoureuse du droit de la concurrence avant même de considérer ses impacts environnementaux ou sociaux dans le cadre d'un contrôle concurrentiel, devrait perdurer. Le décret du 9 juillet demande ainsi à la FTC et au DOJ de respecter strictement les lois antitrust et de contester éventuellement les mauvaises fusions approuvées par les administrations précédentes.

Aux États-Unis, la Section 1 du *Sherman Act* déclare illégaux les accords horizontaux restreignant la concurrence de manière déraisonnable¹⁸. La plupart des États fédérés disposent de lois parallèles régissant le comportement concurrentiel en leur sein. L'un des principes clés de la législation antitrust américaine est que les entreprises concurrentes ne peuvent pas s'entendre pour fixer les prix ou limiter la production de façon directe ou indirecte¹⁹. En outre, le système de *common law*, qui prévaut aux États-Unis, implique que les règles en matière de concurrence sont également façonnées par les précédents jurisprudentiels, ce qui renforce l'interprétation et l'application de ces lois. Les violations *per se*²⁰ illégales incluent des pratiques telles que la fixation des prix, la répartition des clients et des territoires, ainsi que les accords de boycott. Ces pratiques sont considérées comme nuisibles à la concurrence sans nécessiter une analyse approfondie de leurs effets sur le marché²¹. Cependant, certains accords horizontaux peuvent être examinés sous l'angle de la *rule of reason*²² s'ils présentent des éléments pro-concurrentiels, tels que la création d'un nouveau produit ou une coopération en matière d'innovation. Ainsi, dans l'affaire *Broadcast Music Inc. v. CBS*²³, la Cour Suprême a trouvé qu'un accord de licence globale²⁴, bien qu'il puisse sembler établir une fixation des prix, avait des effets favorables à la concurrence. La Cour a estimé qu'en améliorant l'efficacité et en réduisant les coûts de transaction, l'instauration de licences globales, examinée sous l'angle de la *rule of reason* plutôt que comme une infraction *per se*, ne constituait pas nécessairement une fixation illégale des prix. De même, dans l'affaire *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*²⁵, la Cour a appliqué la règle de raison en se fondant sur la nature particulière des ligues sportives où certaines restrictions sont nécessaires pour préserver la nature compétitive et l'intégrité des manifestations sportives, justifiant ainsi une analyse plus nuancée des impacts anticoncurrentiels

¹⁷ McCabe D., « *The nominee for the Justice Department's antitrust chief expressed concern about online platforms' power.* », New York Times, 12 février 2025, disponible en ligne : 2024 <https://www.nytimes.com/live/2025/02/12/us/trump-news-gabbard-rfk?searchResultPosition=1#the-nominee-for-the-justice-departments-antitrust-chief-expressed-concern-about-online-platforms-power>.

¹⁸ Sherman Antitrust Act (1890) Sec. 1.: « *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.* », traduction libre en français : Tout contrat, combinaison sous forme de trust ou autre, ou conspiration, visant à restreindre les échanges ou le commerce entre les différents États, ou avec les nations étrangères, est déclaré illégal.

¹⁹ Areeda, P., Kaplow, L., Edlin, A. and Hemphill, C., *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases* (8th ed.), 2021, p. 116.

²⁰ En droit américain, le terme *per se illegal* signifie que l'acte est intrinsèquement illégal, sans qu'une preuve extrinsèque d'illégalité soit nécessaire.

²¹ Introduction manuel de droit de la concurrence US.

²² « La règle de raison » en français. Les tribunaux utilisent un test global pour déterminer si ces pratiques, malgré leurs aspects restrictifs, favorisent ou entravent la concurrence sur le marché.

²³ *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979).

²⁴ L'autorisation d'utiliser un ensemble de documents médiatiques protégés par le droit d'auteur.

²⁵ *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

ou pro-concurrentiels²⁶. Ainsi, même sans application explicite dans la pratique, les accords horizontaux intégrant des objectifs de développement durable pourraient également être examinés sous la règle de raison, si ces accords présentent des avantages pro-concurrentiels, tels que l'innovation environnementale ou la promotion de pratiques commerciales durables. Cette application de la *rule of reason* est essentielle car elle permet de considérer les aspects positifs des accords durables dans une analyse équilibrée des effets pro- et anti-compétitifs. Ces accords ne seraient pas systématiquement prohibés du fait de leur nature même. Cependant, les entreprises devraient démontrer que leurs actions sont justifiées par des raisons commerciales légitimes, évitant ainsi des sanctions au titre des lois antitrust américaines.

Malgré un climat politique complexe et une compétence partagée entre les niveaux fédéré et fédéral, le retour de Donald Trump pourrait entraîner un changement d'approche en matière d'application des lois antitrust. Contrairement à l'administration Biden, qui avait montré son engagement en faveur d'une application rigoureuse de ces lois, notamment par le décret de juillet 2021, la nouvelle administration pourrait privilégier une interprétation plus favorable aux entreprises. Toutefois, certains accords horizontaux continueront d'être examinés sous la règle de raison s'ils présentent des avantages pro-concurrentiels, comme l'innovation environnementale. Ils pourraient alors être autorisés. Bien qu'aucun décret récemment adopté par le président Trump ne concerne directement la politique de concurrence américaine, il est probable que l'innovation environnementale ne constitue pas un argument clé pour justifier des accords horizontaux sous l'administration républicaine. Ainsi, au sein de l'Union européenne, nous constatons une volonté affirmée d'intégrer les objectifs de développement durable dans la politique de concurrence, tandis que les États-Unis maintiennent une approche plus traditionnelle et stricte, axée sur la protection de la concurrence et des consommateurs. Cette divergence illustre des priorités et des méthodologies distinctes dans l'application des lois antitrust des deux côtés de l'Atlantique. Il est désormais pertinent d'examiner comment ces cadres sont appliqués en pratique.

II. LA PRISE EN COMPTE DE LA DURABILITÉ EN PRATIQUE

Nous nous intéresserons maintenant à l'application de ce cadre juridique, au sein de l'Union européenne (A) ainsi qu'aux États-Unis (B).

A. Une application mesurée au sein de l'Union européenne

Au sein de l'Union européenne, la prise en compte de facteurs de durabilité lors du contrôle de la concurrence a été effective avant même l'adoption des nouvelles lignes directrices de 2023²⁷. Il y a plus de 24 ans, le 24 janvier 2000, la Commission a en effet adopté une décision d'exemption concernant un accord du Conseil européen des fabricants d'appareils domestiques (CECED), portant sur des enjeux de développement durable, démontrant les prémisses d'une prise en compte de l'environnement dans le champ de la concurrence²⁸. Il s'agissait d'un accord contraignant entre fabricants d'appareils électroménagers ayant pour effet d'exclure du marché les lave-linge, chauffe-eau, et lave-vaisselle les moins performants énergétiquement, malgré l'augmentation corrélative des prix pour les consommateurs. La Commission a autorisé l'accord au motif que les économies d'énergie réalisées par les consommateurs l'emportaient sur le coût

²⁶ La Cour a, en l'espèce, conclu que le plan de télévision de la NCAA violait les lois antitrust en restreignant indûment la concurrence et en fixant les prix.

²⁷ *Ibid*, note 10.

²⁸ Commission européenne, CECED, COMP/36.718, 24 janvier 2000, pour une description détaillée de l'affaire voir : Martinez Lopez M., « The EU Commission approves an agreement to improve the energy efficiency of washing machines (CECED) », *e-Competitions*, Art. N° 39299, Janvier 2000.

plus élevé de ces appareils, en soulignant les avantages environnementaux dans sa décision finale²⁹. Cet accord a marqué un tournant significatif dans l'approche de la Commission en matière de durabilité, en montrant qu'une réglementation potentiellement anticoncurrentielle pouvait être compatible avec des objectifs environnementaux. Cette affaire illustre donc le compromis mis en œuvre – sans texte spécial – par la Commission entre coûts et durabilité.

Depuis, la Commission n'a cessé de « verdir » son approche du contrôle concurrentiel. Sur la page introductive du site web de la DG COMP, les autorités de la concurrence affichent l'ambition d'apporter leur contribution à la transformation économique de l'Europe pour que celle-ci devienne neutre en carbone d'ici à 2050³⁰. Comme l'a déclaré, le 30 novembre 2023, Madame Margrethe Vestager, la politique de concurrence a un rôle actif à jouer dans la transition écologique : « La question est plutôt de savoir si nous pouvons faire plus, appliquer nos règles de manière à mieux soutenir le Pacte vert. [...] Pour réussir, tout le monde en Europe devra jouer son rôle – chaque individu, chaque autorité publique. Et cela inclut les autorités chargées de l'application des règles de concurrence »³¹.

Un exemple récent permet toutefois de constater l'approche sévère, en matière de concurrence, de la Commission. Le 30 novembre 2023, cette dernière a émis un avis préliminaire accusant plusieurs fabricants de batteries de démarrage automobiles et l'association professionnelle Eurobat de pratiques anticoncurrentielles³². L'accord inclut un système de primes pour fixer les prix des batteries vendues aux constructeurs automobiles dans l'espace économique européen, entre 2004 et 2017. Ces pratiques, si elles sont confirmées, constituent une violation des règles de concurrence au sein de l'Union européenne, exposant les parties prenantes à des sanctions potentiellement sévères, notamment des amendes significatives. Cette approche illustre la vigilance de la Commission, qui surveille activement les ententes illicites susceptibles de fausser le marché, y compris lorsqu'elles concernent un secteur lié au développement durable, comme celui des batteries électriques.

Bien que la Commission européenne ait progressivement élargi son champ d'action pour intégrer les objectifs de développement durable dans l'application du droit de la concurrence, cette évolution n'a pas été accompagnée d'un assouplissement systématique du contrôle des accords horizontaux. Les préoccupations de durabilité ont été prises en compte de manière progressive dans l'exercice du contrôle de la concurrence par la Commission européenne. Elles occupent désormais une place centrale dans son action, les objectifs de durabilité — et en particulier de verdissement de l'économie — s'étant affirmés comme un axe structurant de son intervention, traduisant une volonté accrue de soutenir la transition écologique. Néanmoins, la Commission reste vigilante et refuse de relâcher son encadrement, notamment dans certains secteurs stratégiques qui jouent un rôle crucial dans la transition énergétique européenne.

²⁹ Affaire COMP/36.718 au paragraphe 55 : « *Bien que l'électricité ne soit pas une ressource rare et que les réductions de consommation ne s'attaquent pas aux émissions à la source, les coûts de la pollution peuvent également être pris en compte* ».

³⁰ V. Comm. eur., *Paquet législatif « Fit for 55 »*, visant à réduire d'au moins 55 % les émissions nettes de gaz à effet de serre de l'Union européenne d'ici à 2030 par rapport aux niveaux de 1990, conformément au règlement (UE) 2021/1119 établissant le cadre pour parvenir à la neutralité climatique.

³¹ Le 4 février 2021, la DG Concurrence a organisé une conférence afin de débattre de la manière dont les règles de concurrence et les politiques de développement durable peuvent fonctionner ensemble : https://competition-policy.ec.europa.eu/about/green-gazette_en Traduction libre depuis l'anglais.

³² Communication de la Commission européenne, La Commission adresse une communication des griefs à six entreprises et à une association professionnelle dans l'affaire d'entente concernant les batteries de démarrage automobiles, le 30 novembre 2023, disponible sur : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5254.

Alors que l'Union européenne commence à démontrer une approche mesurée mais progressive dans l'intégration de la durabilité au sein de ses pratiques concurrentielles, les États-Unis, quant à eux, adoptent une position plus conservatrice, comme en témoignent plusieurs récentes affaires.

B. Le mouvement de lutte contre les mesures durables aux États-Unis

Aux États-Unis, les accords industriels visant à atteindre des objectifs de durabilité sont considérés comme pouvant enfreindre les règles de la concurrence et sont abordés avec le même souci de conformité au droit de la concurrence que toute autre entente horizontale. Le climat politique actuel se traduit par une hostilité vis-à-vis des préoccupations de durabilité au sein du droit antitrust. Il est même craint que des juges aillent dans le sens opposé de la prise en compte des facteurs de développement durable avec le « *Anti-ESG movement* »³³ (*Environnement, Social, Gouvernance*)³⁴. Ce courant vise également à contester, au regard du droit de la concurrence, les coalitions d'institutions financières telles que la *Global Financial Alliance for Net Zero* (GFANZ). Ces institutions ont pris des engagements volontaires pour endiguer le changement climatique en excluant par exemple les investissements dans les industries de production d'énergie fossile.

Toutefois, ces engagements volontaires, portés par des coalitions d'institutions financières telles que la *Global Financial Alliance for Net Zero* (GFANZ), ont rapidement suscité de vives contestations aux États-Unis. En particulier, ils ont été perçus par certains acteurs publics comme susceptibles de détourner les institutions financières de leurs obligations traditionnelles. C'est dans ce contexte qu'intervient, le 19 octobre 2022, l'initiative du procureur général du Missouri, Eric Schmitt, qui, avec le soutien de dix-neuf États, a ouvert une enquête visant six grandes banques, les accusant de recourir aux critères ESG dans leurs pratiques d'investissement au détriment des exigences du droit de la consommation et des obligations fiduciaires³⁵. Ces dernières pourraient violer certaines lois en matière de protection des consommateurs et dévier des obligations fiduciaires traditionnelles, en mettant en avant des considérations non financières au détriment des intérêts des clients.

De son côté, le procureur général du Texas, Monsieur Ken Paxton, a lancé une enquête le 28 septembre 2022 sur l'utilisation des critères ESG par S&P Global dans ses notations de crédit. Monsieur Paxton allègue que l'intégration de ces facteurs dans les évaluations de crédit pourrait potentiellement enfreindre les lois de protection des consommateurs, en faussant les critères d'évaluation financière standards et en introduisant des biais qui ne reflètent pas les véritables risques économiques³⁶. Ces affaires reflètent une montée en puissance de la

³³ Hanawalt C., Hearn D., « The Slippery Notion of Boycotts in the Anti-ESG Movement », Article de Blog du Sabin Center for Climate change, 14 juin 2023, disponible sur : <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2023/06/14/the-slippery-notion-of-boycotts-in-the-anti-esg-movement/>.

³⁴ En septembre 2021, la législature du Texas a demandé aux agences de l'État de se désinvestir des sociétés d'investissement qui promeuvent prétendument des causes ESG et de « boycotter » les actions dans le secteur de l'énergie. Le 24 août 2022, le contrôleur du Texas a annoncé la liste précise des fonds interdits.

³⁵ Voir Schmitt E., « Missouri Attorney General Leads 19 State Coalition in Launching Investigation Into Six Major Banks Over ESG Investing », Communiqué de presse, 19 octobre 2022, disponible sur : <https://ago.mo.gov/home/news/2022/10/19/missouri-attorney-general-leads-19-state-coalition-in-launching-investigation-into-six-major-banks-over-esg-investing>.

³⁶ Paxton K., « Paxton Launches Investigation into S&P Global's Use of ESG Factors in Credit Ratings, Potentially Violating Consumer Protection Laws », Communiqué de presse, Ken Paxton Attorney General of Texas, 28 septembre 2022, disponible sur : <https://www.texasattorneygeneral.gov/news/releases/paxton-launches-investigation-sp-globals-use-esg-factors-credit-ratings-potentially-violating>.

résistance à l'intégration des critères ESG dans les pratiques économiques aux États-Unis, en particulier dans les États gouvernés par des responsables conservateurs. Ceux-ci estiment que ces comportements constituent une violation de la législation antitrust, affirmant qu'il s'agit de comportements coordonnés constituant un « *boycott collectif* »³⁷.

Au cours de l'année 2023, les procureurs généraux d'États républicains et des membres du Congrès ont ciblé des banques, des gestionnaires d'actifs et des compagnies d'assurance participant aux alliances visant le net zéro, alléguant que ces initiatives pourraient restreindre l'offre de capitaux et de services de souscription aux secteurs à forte intensité de production carbone, en violation présumée des lois sur la concurrence. Le 30 mars 2023, les procureurs généraux de seize États conservateurs³⁸ ont cosigné une lettre ouverte condamnant ces comportements d'institutions financières et soulignant leur caractère illégal³⁹. Si certaines affaires ont déjà échoué⁴⁰, la récente décision de la Cour d'appel du cinquième circuit annulant les règles de la SEC illustre la tendance des juridictions conservatrices à limiter l'accès à des mesures ESG⁴¹. Bien que certains avocats et professeurs ne soient pas inquiets de leur issue⁴², il est toutefois possible que l'un de ces cas soit porté devant la Cour Suprême⁴³. Si cela devait advenir, au regard de l'actuelle couleur politique de la Cour Suprême, l'issue des affaires pourrait être dangereuse pour ces mesures ESG, qui pourraient être censurées notamment au regard de l'actuelle politique de Donald Trump. En effet l'avenir des politiques ESG sous l'actuelle présidence américaine laisse peu de place à l'optimisme. Les entreprises peuvent s'attendre à un recul des réglementations ESG instaurées sous l'administration Biden, au profit d'une priorité accordée à la croissance économique plutôt qu'aux préoccupations environnementales. Cette évolution devrait entraîner une augmentation des litiges et un renforcement des pressions réglementaires aux niveaux national et international, provoquant sans doute des ajustements dans

³⁷ Ibid, Cynthia Hanawalt et Denise Hearn, *The Slippery Notion of Boycotts in the Anti-ESG Movement*.

³⁸ Austin Knudsen, procureur général du Montana; Jeff Landry, procureur général de la Louisiane; Sean Reyes, procureur général de l'Utah; Steve Marshall, procureur général de l'Alabama; Christopher M. Carr, procureur général de la Géorgie; Theodore E. Rokita, procureur général de l'Indiana; Kris Kobach, procureur général du Kansas; Lynn Fitch, procureur général du Mississippi; John M. Formella, procureur général du New Hampshire; Tim Griffin, procureur général de l'Arkansas; Raúl Labrador, procureur général de l'Idaho; Brenna Bird, procureur général de l'Iowa; Daniel Cameron, procureur général du Kentucky; Andrew Bailey, procureur général du Missouri et Dave Yost, procureur général de l'Ohio.

³⁹ Knudsen A., et al. « Open letter to asset manager industry participants to raise our concerns about the ongoing agreements between asset managers to use Americans' savings to push political goals during the upcoming proxy season », 30 mars 2023, disponible sur : https://ago.mo.gov/wp-content/uploads/2023-03-30-asset-manager-letter-press-final.pdf?sfvrsn=b453e208_2.

⁴⁰ Voir en ce sens, la motion de censure de la Cour Suprême de New York, *Wong v. New York City Employees' Retirement System*, n°652297/2023, 23 octobre 2023.

⁴¹ *National Association of Private Fund Managers v. Securities and Exchange Commission*, 5th Cir. No. 23-60471, 5 juin 2024. La Cour a annulé l'ensemble des règles adoptées par la SEC en août 2023, lesquelles visaient à renforcer la transparence et la gouvernance des fonds privés. Les règles exigeaient des rapports détaillés sur la performance et les frais des fonds privés, ce qui aurait permis aux investisseurs d'évaluer plus précisément la conformité des fonds aux critères ESG. Leur annulation réduit cette transparence et complique la surveillance des pratiques ESG par les investisseurs.

⁴² La distinction entre l'établissement de normes et les boycotts a été établie en 1988 par l'affaire *Allied Tube & Conduit v. Indian Head*. Les Professeurs Hanawalt et Hearn trouvent que ces mesures ESG correspondent à une évolution d'une industrie vers l'utilisation de meilleures technologies et codifient cela dans une norme industrielle, ce qui ne pose pas de problème au regard du Droit. Cynthia Hanawalt et Denise Hearn, *The Slippery Notion of Boycotts in the Anti-ESG Movement*, 2023.

⁴³ Webb D., « Anti-ESG Cases Could End up before Supreme Court, Warns Former DC Attorney General », Responsible Investor, 17 août 2023, disponible sur : <https://www.responsible-investor.com/anti-esg-cases-could-end-up-before-supreme-court-warns-former-dc-attorney-general/>.

la forme des ESG⁴⁴. Toutefois, il reste incertain que la substance et l'orientation de ces politiques s'atténuent à long terme.

CONCLUSION

En comparant ces deux approches distinctes, il devient évident que les dynamiques concurrentielles au sein de l'Union européenne et aux États-Unis sont façonnées par des priorités différentes. À la question de cette ouvrage collectif qui demande si on assiste à une renaissance de la question du développement durable, notre étude, prenant ancrage dans les accords horizontaux aux États-Unis et au sein de l'Union européenne, aboutit à une réponse plutôt sceptique. En Europe, bien que le concept de développement durable soit désormais solidement ancré dans les textes encadrant la politique de concurrence et que les récents développements aient apporté une clarification des termes et une sécurité juridique renforcée, il serait exagéré de parler d'une renaissance. Ce qui se manifeste est davantage une consolidation des acquis, une intégration progressive plutôt qu'une rupture avec les approches précédentes. Aux États-Unis, l'idée même d'une renaissance est encore plus éloignée de la réalité. Pour qu'un tel renouveau puisse être envisagé, il serait d'abord nécessaire de construire une base solide où la durabilité occupe une place centrale dans le droit de la concurrence, ce qui n'est pas encore le cas. La durabilité demeure, à ce jour, une considération marginale dans le contrôle des accords horizontaux, éclipsée par des préoccupations plus traditionnelles, comme la protection de la concurrence et des consommateurs.

Néanmoins, cette période de transformation industrielle majeure pourrait marquer le début d'une évolution plus significative, bien que celle-ci semble, pour l'instant, davantage portée par l'Europe que par les États-Unis. Alors que les pressions pour intégrer les objectifs de durabilité dans les politiques concurrentielles s'intensifient face à l'urgence des défis environnementaux, le contexte politique américain actuel freine ces avancées au niveau fédéral. À l'inverse, l'Union européenne continue de renforcer son cadre réglementaire en faveur du développement durable, consolidant son rôle de chef de file en matière d'intégration des considérations environnementales dans les règles de concurrence. Ainsi, si une renaissance des politiques ESG aux États-Unis paraît incertaine à court terme, les fondations d'une transformation durable semblent se poser progressivement en Europe.

⁴⁴ Boyapati M., « The Future of ESG: Under the Trump Administration », Michigan Journal of Economics, 10 janvier 2025, disponible sur : <https://sites.lsa.umich.edu/mje/2025/01/10/the-future-of-esg-under-the-trump-administration/>

L'importance donnée à la protection de l'environnement n'est plus à démontrer dans les arènes juridiques. À côté de nombreuses déclarations de principe, le droit international ne cesse de produire et d'affiner certains concepts relatifs au droit de l'environnement. Droit de compromis « globalisé », celui-ci reste néanmoins d'abord caractérisé par sa faible effectivité, du fait de sa mise en tension permanente avec les deux autres piliers du développement durable et notamment son pilier économique.

L'inflation des réglementations environnementales, leur cohabitation entre différents degrés de normativité et la multiplication des acteurs impliqués induisent également une confusion parfois dommageable, ayant des conséquences néfastes sur certains enjeux liés au pilier social du développement durable. L'état de vulnérabilité des agriculteurs français face aux contraintes juridiques liées à la multiplication des normes environnementales nationales et européennes avait ainsi par exemple été mis en lumière dans le Rapport d'information n° 451 (2020-2021), *Suicides en agriculture*, déposé par le Sénat le 17 mars 2021.

Le 7 mai 2024, la troisième édition des Semestrielles de l'EDDC a ainsi eu pour objectif de réunir comparatistes, publicistes, privatistes, historiens du droit et professionnels afin d'éprouver l'effectivité du droit de l'environnement à l'aune des piliers économique et social du développement durable.



PANTHÉON SORBONNE
UNIVERSITÉ PARIS 1