



RASTOLL Amélie

Master 2 Droit de l'environnement

Année universitaire 2021/2022

PRÉVENTION DES DOMMAGES À L'ENVIRONNEMENT ÉTUDE DES PROCÉDURES DE RÉFÉRÉS

DIRECTEUR DU MEMOIRE : Professeur Matthieu POUMARÈDE

*L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières des auteurs*

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes plus sincères remerciements à mon directeur de mémoire, le professeur Matthieu Poumarède, d'avoir eu confiance en mon projet dès ses prémices. Nos échanges réguliers, ses conseils avisés et sa bienveillance tout au long de l'évolution de ce travail de recherche m'ont aidé à perfectionner ce travail.

Je remercie également très chaleureusement Maître Émile Cobourg-Gozé pour son soutien constant et son aide dans la réalisation de ce projet universitaire.

De même, j'adresse des remerciements particuliers à Hervé Hourcade qui m'a formée à la pratique juridique au sein de l'association France Nature Environnement Midi-Pyrénées. J'ai ainsi pu enrichir mes recherches grâce à nos échanges sur son expérience associative.

Je remercie mes deux directeurs de formation, le professeur Éric Naim-Gesbert et Monsieur Julien Bétaille pour les conseils qu'ils m'ont apportés tout au long de l'année.

Mes remerciements vont aussi à l'ensemble des professionnels qui ont exprimé leur intérêt pour mon sujet et ont pris le temps de participer à son élaboration. Parmi eux, je remercie particulièrement Monsieur Alain Daguette de Hureaux, magistrat au tribunal administratif de Toulouse, Monsieur Stéphane Hoynck, rapporteur public au Conseil d'État, mais aussi Monsieur Raymond Léost, maître de conférences à l'université de Brest.

Enfin, je remercie ma famille qui m'a apporté son soutien et son aide, ainsi que mes amis Paul, Capucine, et principalement, Gilles.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

a.	Autres
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
AJ	Actualité juridique
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
art.	Article
ASPAS	Association pour la protection des animaux sauvages
C. envir.	Code de l'environnement
C. for.	Code forestier
C. patr.	Code du patrimoine
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. urb.	Code de l'urbanisme
CAA	Cour administrative d'appel
cat.	Catégorie
CCP	Code de la commande publique
CE	Conseil d'État
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
ch.	Chambre
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cne	Commune
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
dir.	Direction
éd.	Édition
EEI	Énergie - Environnement - Infrastructures
et al.	Et autres
FNE	France Nature Environnement
GADE	Grands arrêts du droit de l'environnement
Gaz. Palais	La Gazette du Palais
ibid.	<i>Ibidem</i>
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
IOTA	Installations, ouvrages, travaux et activités
j.	Jours
JCPA	La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales
JLD	Juge des libertés et de la détention
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

<i>loc. cit</i>	<i>Loco citato</i>
LPA	Les Petites affiches
LPO	Ligue pour la protection des oiseaux
MRAe	Mission régionale d'autorité environnementale
n°	Numéro
op. cit.	<i>Opus citatum</i>
ord.	Ordonnance
PUF	Presses universitaires de France
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rép	Encyclopédie Dalloz
RFDA	Revue française de droit administratif
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIIPM	Raison impérative d'intérêt public majeur
RIPCO	Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels
RJE	Revue juridique de l'environnement
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Et suivants
S.	Sirey
SA	Société anonyme
Sté	Société
TA	Tribunal administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
Trib. Confl.	Tribunal des conflits
v.	Voir

SOMMAIRE

PARTIE 1 / L'ADÉQUATION DES VOIES DE RECOURS À LA MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

CHAPITRE 1 / L'EXPLOITATION PARTIELLE DU POTENTIEL DES VOIES DE RECOURS

CHAPITRE 2 / LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE L'URGENCE MODELÉE PAR LA PRÉVENTION DES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT

PARTIE 2 / L'OBTENTION D'UNE RÉPONSE JURIDICTIONNELLE PRÉVENTIVE ADAPTÉE

CHAPITRE 1 / UNE NOUVELLE APPROCHE POUR CONVERTIR LE FAIT EN DROIT DANS LE CONTENTIEUX DE LA PRÉVENTION

CHAPITRE 2 / PRÉSERVER L'EFFET UTILE DES MESURES DE RÉFÉRÉ

INTRODUCTION

1. – **Temporalités.** La prévention anticipe les dommages, nourrie de l'ambition d'empêcher leur survenance. Le contentieux est quant à lui l'ultime solution des justiciables qui souhaitent faire valoir leurs intérêts. La première en amont, le second en aval, leurs temporalités ne les réunit pas de manière évidente. Chacune de ces options semble facultative, si bien qu'étudier le contentieux de la prévention des dommages à l'environnement paraît accessoire. La réparation relève de l'évidence, elle naît du constat d'une injustice avant que l'on envisage de l'éviter. Cependant, Patrick Girod reconnaît lui-même à la première page de sa thèse sur la réparation du dommage écologique que c'est surtout à la prévention que l'imagination du juriste doit s'employer¹. La terminologie n'est pas hasardeuse : prévenir nécessite de s'aventurer à effectuer une représentation de l'avenir. Le contentieux est quant à lui vu comme une contrainte et souvent évité. Ce n'est pas sans raison que les juristes en herbe apprennent avant même de maîtriser la procédure qu'« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». Le droit de l'environnement parachève ce tableau par la « singularité » de sa dimension temporelle² : tantôt dans l'extrême urgence, tantôt soucieux du très long terme, il ne répond à aucun schéma prédéfini.

2. – **Contentieux et prévention.** Malgré leurs temporalités si différentes, le contentieux, la prévention et le droit de l'environnement donnent en réalité naissance à un champ d'étude très étendu et varié. En outre, réunir le contentieux³ et la prévention marque l'ambition de combler les manquements des mesures non juridictionnelles parfois en échec. Cela ne relève pas de la critique ou du négativisme mais du pragmatisme. Les outils de prévention nécessitent l'élaboration de schémas anticipatifs qui laissent nécessairement certaines situations sans solution satisfaisante. Quelle qu'en soit la cause, c'est la conséquence qui compte : la prévention n'est pas assurée. La diligence des requérants serait donc une forme de secours pour y parvenir. Notre étude a pour objectif de participer à l'appréhension de ces litiges par le droit, alors même que ce n'est pas le terrain privilégié du contentieux. Pour cela, il ne s'agit pas seulement de s'intéresser à la procédure en tant que droit du procès⁴ mais bien de l'apprécier dans son ensemble, notamment sa dimension sociale. Cela implique de prendre en compte le rôle indispensable du juge dans le processus juridictionnel⁵. L'humain est, dans toute réflexion juridique, un facteur indispensable à la compréhension des mécanismes en jeu.

¹ P. Girod, *La réparation du dommage écologique*, préface R. Drago, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1974, p. 17.

² J. Makowiak, « À quel temps se conjugue le droit de l'environnement ? », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 263.

³ Le contentieux est ici entendu en son sens le plus large sans qu'il ne renvoie à un ordre de juridiction en particulier. Il représente ainsi l'« ensemble des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux, soit globalement, soit dans un secteur déterminé » : G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020, p. 1217.

⁴ Sens le plus courant d'interprétation du terme procédure, lorsqu'elle correspond à « la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter » : R.-J. Pothier, *Traité de procédure civile, in limine*, Debure, vol. 1, 1722.

⁵ Il faut « entre le litige et cette procédure, un trait d'union, un intercesseur, on pourrait dire un médiateur si ce mot n'était pas chargé d'un autre sens ; il faut un juge, tiers impartial à égale distance des parties » : D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, p. 1217.

3. – Objectif de la prévention. Cependant, appréhender le contentieux de la prévention nécessite d'en saisir les contours, même si ce n'est pas chose aisée. La prévention est avant tout une notion poursuivant un but précis, sa définition l'illustre sans détour. Ainsi, elle vise explicitement « à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc. »⁶. À l'évidence, elle se concrétise donc en contentieux par une pluralité de litiges aux objets radicalement distincts ayant pour seul point commun de concerner une situation en amont d'une atteinte, quelle qu'elle soit. Elle exige donc de la procédure une réponse juridictionnelle qui satisfera sa finalité.

4. – Définition téléologique du droit de l'environnement. Cette approche est commune à la matière environnementale. Elle entretient à ce titre une relation privilégiée avec l'environnement. Michel Prieur est le premier à avoir formulé explicitement la vocation finaliste de ce droit destiné à « l'amélioration progressive de l'environnement »⁷. L'environnement est un élément à part entière de notre réflexion en raison de sa dynamique particulière. À ce titre, notre étude n'a pas pour objectif d'en faire un simple exemple du contentieux de la prévention. Il se distingue, par ses enjeux propres, des réflexions déjà menées en matière de prévention des dommages. « Le droit de l'environnement oblige le juriste à réfléchir autrement »⁸, voilà la pensée qui guide notre démarche. De plus, il représente pour ce domaine un défi à part entière. Le dommage est distingué du préjudice et entendu comme une « notion objective de pur fait »⁹ afin d'inclure toutes les formes d'atteintes à l'environnement. Il s'agit en effet d'une matière extrêmement hétérogène qui entretient des liens avec toutes les branches du droit. Ses dommages présentent néanmoins une similarité dans leurs conséquences. Ces particularités ont influencé la perception de la prévention, si bien que les études les plus remarquables sur le sujet n'ont pu ignorer ce droit de l'environnement, pourtant encore jeune¹⁰.

5. – Principe de prévention. Cette unité entre prévention et droit de l'environnement ne peut trouver meilleure expression que dans la consécration du principe de prévention. Omniprésent¹¹, celui-ci irrigue la matière sans jamais véritablement être nommé, au point d'en devenir « insaisissable »¹². Même les tentatives de systématisation qui ont pu le concerner se sont avant tout intéressées à ses manifestations concrètes afin de déterminer ses contours¹³. Pour cette raison, notre étude ne se réfère que très rarement au principe alors même qu'elle analyse directement ses effets. Loin d'être un oubli, il s'agit du propre de ce principe d'inspirer le droit sans qu'il soit nécessaire de le nommer.

⁶ G. Cornu et Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 796.

⁷ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2019, p. 8.

⁸ « Il allie la démarche herméneutique fondée sur des finalités et des intentions [...] et la démarche positiviste » : J. Morand-Deville, *Le droit de l'environnement*, PUF, coll. Que sais-je ?, 12^e éd., 2019, p. 5.

⁹ D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰ « Préserver l'environnement contre les atteintes [...] constitue l'un des domaines d'intervention privilégiés de la technique conservatoire » : M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 78.

¹¹ De sa naissance en droit international (notamment dans la sentence du Tribunal arbitral de la fonderie du Trail rendue le 11 mars 1941) jusqu'à sa consécration en droit de l'Union européenne (art. 191.2 du TFUE et dans notre droit interne (art. L. 110-1 du C. envir.), il a su s'imposer à tous les niveaux.

¹² É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 88.

¹³ N. De Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, coll. AUPELF/UREF, 1999, p. 114.

6. – Un droit prospectif. De manière beaucoup plus visible, le droit de l'environnement change l'appréhension de la prévention par les défis qu'il représente pour le droit. Sa nature prospective le pousse à exiger une prise de décision immédiate alors même qu'une partie des conséquences du litige ne sera observable qu'à long terme¹⁴. Ce décalage entre la temporalité du contentieux et ses effets s'explique par le caractère irréversible des dommages qu'il prévient. En cela, il peut se montrer extrêmement exigeant quant à la célérité de la réponse juridictionnelle. De la même manière, il renforce l'exigence de prévention en matière de santé, en effet, l'importance des enjeux alimente la sensation d'urgence.

7. – Référés. Cette pression temporelle sur le contentieux donne aux procédures accélérées une importance majeure pour parvenir à prévenir les dommages avec efficacité. Ainsi, notre étude fait le choix de n'étudier que ces voies de droit et donne une place centrale aux réflexions relatives aux questions de délai et d'urgence qui sont propres aux procédures rapides. Le choix de cet angle d'étude met en valeur le rôle incontournable du temps dans le contentieux environnemental. La nécessité d'agir avec célérité ne se limite pas aux cas de risques immédiats. Ces procédures offrent une réponse bien plus polyvalente et se présentent aujourd'hui comme des voies de droit ayant un intérêt processuel bien distinct des procédures au fond. En effet, elles ont pour caractère commun le prononcé de mesures provisoires¹⁵. En raison de la souplesse de cette notion, ces voies de recours ont la capacité de répondre à des demandes aux objets très divers tout en proposant des mesures aux effets radicalement différents. Cette polyvalence place les référés comme de véritables alternatives rapides aux procédures au fond sans pour autant menacer l'équilibre qui les distingue.

8. – Accroissement de leur pratique. Or, depuis quelques années, les juridictions mettent un point d'honneur à offrir aux requérants des procédures simplifiées efficaces. Cela a permis une démocratisation de leur pratique, quel que soit l'ordre de juridiction. Ainsi, les tribunaux administratifs ont traité 46 100 affaires en référés lors de l'année 2021 d'après le rapport d'activité du Conseil d'État¹⁶. Ce document met en valeur une augmentation de 32% des affaires jugées en référés depuis 2019¹⁷. Concernant les juridictions civiles, les tribunaux judiciaires ont rendu 137 548 décisions en référés¹⁸. En conséquence de cet engouement, notre étude a fait le choix de se focaliser sur les décisions de référés. Leur développement récent laisse entrevoir une nouvelle conception de leur rôle dans le contentieux moderne et donc la présence de perspectives d'évolution. Simultanément, le président de la 6^{ème} chambre de la section du contentieux du Conseil d'État, Fabien Raynaud, a constaté que le droit de l'environnement commence à prendre « une place centrale » en contentieux¹⁹. Il s'agit d'un second élément de renouvellement des décisions étudiées, alors même que les juridictions

¹⁴ S. Maljean-Dubois, *Quel droit pour l'environnement ?*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 2008, p. 34.

¹⁵ Y. Strickler, « Regard d'un privatiste sur le référé administratif », *RFDA* 2007, n° 1, p. 76.

¹⁶ « Chiffres clés 2021 de la juridiction administrative », Conseil d'État, 2022.

¹⁷ Le Conseil d'État participe à cette dynamique puisqu'il a traité 937 affaires, soit 99% de plus qu'en 2019. Les comparaisons sont effectuées par rapport à l'année 2019 compte tenu de l'impact de la crise sanitaire sur le contentieux de l'année 2020.

¹⁸ É. Le Caignec, « Les chiffres clés de la justice 2021 », (dir. P. Chevalier), Ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, 2021.

¹⁹ C. Bobo et V. Renauld, « A l'écoute des citoyens, au service de l'État de droit. Bilan annuel 2020 du Conseil d'État », (dir. B. Lasserre), Conseil d'État, 2021, p. 59.

connaissent cette matière depuis plusieurs siècles. Une matière et un contentieux en pleine expansion sont un terreau fertile pour la recherche juridique.

9. – Approche transversale de droit public et droit privé. Afin de pouvoir identifier de la manière la plus exhaustive possible les potentialités de ces procédures, il semble nécessaire d'adapter une vision du contentieux la plus transversale possible. À cet égard, notre étude ne se limite pas à un ordre de juridiction. Au contraire, elle tente de développer une appréciation qui se détache des « cloisonnements et barrières » créés par la *summa divisio*²⁰ pour construire un raisonnement ambitieux et néanmoins respectueux des traditions de nos institutions. Ce n'est pas une approche nouvelle pour le droit de l'environnement, dont la protection ne peut que gagner en force lorsqu'elle est appréciée dans son ensemble²¹. Malgré une utilisation inégale des référés administratifs, civils et pénaux, chacun d'eux fera l'objet d'une attention particulière afin de proposer un tableau d'ensemble représentatif. Ce n'est que par la connaissance de l'ensemble des procédures qui s'offrent au requérant qu'une réflexion utile peut être menée.

10. – Étude jurisprudentielle. Obtenir une véritable compréhension des procédures de référés n'est possible qu'au travers d'une importante étude jurisprudentielle. Cette démarche vise à nourrir notre réflexion d'une approche empirique²² de la prévention des dommages à l'environnement. À cet effet, un échantillon de plus de deux cent cinquante décisions de jurisprudence a fait l'objet d'une analyse individuelle et transversale. Afin de dégager l'essence de cette matière, notre étude distingue les jurisprudences récurrentes des solutions juridictionnelles isolées. Les premières illustrent la trajectoire principale des décisions de référés en matière de prévention des dommages. Les secondes permettent de nuancer le propos, de développer des hypothèses d'évolution futures, de constater la présence de certains freins tout en conservant la mesure de leur impact très relatif. Elles sont aussi le reflet de l'extrême casuistique des procédures de référés. En effet, les jugements rendus en référés sont d'ordinaire le fruit du travail d'un juge unique²³. Ceux-ci se distinguent par leur hétérogénéité, de loin supérieure à celle des décisions au fond, ce qui complexifie l'analyse de la jurisprudence. Toutefois, les référés donnent parfois lieu à des solutions inattendues, fruit du travail de juges qui n'hésitent pas à innover. Sans outrepasser leurs pouvoirs, il leur arrive de s'affranchir des contraintes créées par les habitudes pour renouveler la jurisprudence²⁴. Pour toutes ces raisons, ces procédures se présentent donc comme une source majeure des décisions les plus ambitieuses en matière de prévention des dommages.

11. Sources du corpus de jurisprudences. Néanmoins, la réalisation d'une étude jurisprudentielle, si elle ne repose pas sur l'ensemble des décisions rendues dans le domaine

²⁰ Y. Aguila, « Droit public et droit privé : la nécessité des regards croisés », *AJDA* 2009, n° 17, p. 905.

²¹ Un colloque a ainsi été organisé sur ce thème à Paris le 12 juin 2015 : *Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité ?*, (dir. M. Mekki et É. Naim-Gesbert), LGDJ, coll. Grands colloques, 2016.

²² V. les travaux de Julien Bétaille dans le cadre de son travail de membre junior de l'Institut Universitaire de France sur « L'approche empirique du droit de l'environnement : une méthode pour comprendre la contribution du droit à la protection de l'environnement » : UT Capitole, « Mesurer l'impact des lois sur le réel, le projet IUF de Julien BÉTAILLE », [<https://www.ut-capitole.fr/accueil/recherche/mesurer-limpact-des-lois-sur-le-reel-le-projet-iuf-de-julien-betaille>].

²³ Le président de la juridiction saisie d'une requête en référés sera compétent pour l'instruire.

²⁴ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 3.

objet de l'analyse, présente obligatoirement certaines limites. La nôtre ne fait bien sûr pas exception à la règle. D'abord, l'accès aux jugements de référés est restreint à ceux qui ont fait l'objet d'une publication sur les sites des tribunaux, ceux qui ont été repris sur des bases de données²⁵ et enfin ceux qui ont fait l'objet d'un commentaire de jurisprudence. À ce titre, notre étude comprend nécessairement certains biais. Parmi eux, il est inévitable que les décisions étudiées soient les plus marquantes du contentieux des référés. Par exemple, les rejets les plus succincts sont quasiment d'office écartés de toute publication si leur sujet est ordinaire. En outre, les décisions les plus surprenantes sont souvent les plus visibles et mises en valeur. Toutefois, et pour nuancer cette limite, notre étude a été complétée par l'expérience partagée par l'association France Nature Environnement qui nous a communiqué des décisions représentant un contentieux plus ordinaire des juridictions. Au surplus, certains jugements ont fait l'objet d'une demande ciblée auprès des tribunaux. Cette variété des sources a pour but de limiter le biais qui vient d'être explicité. Enfin, la taille des échantillons retenue pour chacune des analyses retranscrites en annexe est limitée : ces derniers ne sont pas exhaustifs mais donnent des tendances. Ce sont ces dernières, lorsqu'elles étaient suffisamment marquées, qui ont été exploitées pour nourrir nos raisonnements.

12. – Accessibilité inégale. Ensuite, des inégalités persistent entre les référés puisque certains font l'objet d'une plus grande accessibilité que d'autres. C'est notamment le cas des référés administratifs par rapport aux civils. De plus, certains référés sont plus pratiqués que d'autres, la jurisprudence en est donc plus nombreuse. Concrètement, cela impacte l'étude puisque celle-ci doit se satisfaire d'un échantillon davantage limité et donc davantage soumis aux aléas de la casuistique. En tout état de cause, les recherches ont été effectuées par article. Pour cibler la matière environnementale, une première recherche globale a été effectuée en imposant la mention du code de l'environnement dans le corps de la décision. Une recherche complémentaire a permis d'élargir le champ d'étude aux décisions qui concernent un domaine environnemental mais qui figurent dans un autre code. Certains contentieux spéciaux se situant par exemple dans le code du patrimoine, dans le code forestier, ou dans le code de l'urbanisme ont ainsi été ajoutés dans le cas où une législation protectrice de l'environnement était en cause. D'un point de vue temporel, l'étude a été effectuée de manière globale pour les deux dernières années. Toute décision qui intervenait en amont d'un dommage à l'environnement, quel que soit son contenu ou le code auquel elle renvoyait, était étudiée. Quant aux décisions les plus anciennes, elles ont été sélectionnées en fonction de leur publicité. La variété de ces critères a permis de rendre le corpus le plus représentatif possible afin de compenser le fait qu'il ne s'agisse que d'un échantillon.

13. – Contexte des décisions. Enfin, l'absence de contextualisation des jurisprudences étudiées limite la comparaison de nos résultats avec d'autres procédures. En effet, les décisions ont été analysées sans avoir eu connaissance, à certaines exceptions près, du contenu des requêtes et mémoires, ou des poursuites qu'ont pu connaître les contentieux au fond. De la même manière, le choix effectué de se focaliser sur les procédures de droit interne, au détriment de celles développées notamment en droit de l'Union européenne, s'inscrit dans une volonté de simplification des comparaisons effectuées. Malgré la *summa divisio*, les ordres de juridiction

²⁵ Notre étude a principalement effectué ses recherches jurisprudentielles sur les sites Doctrine.fr et Dalloz.fr.

conserver un mode de fonctionnement très proche. Toutefois, ces éléments n'entravent que très peu l'étude des référés, ils limitent plutôt la portée des conclusions qui peuvent être menées sans pour autant porter atteinte à leur fiabilité. En outre, pour éviter que cette étude n'omette des éléments importants, plusieurs interviews de praticiens du domaine ont été réalisées. Ainsi, M. Stéphane Hoynck, rapporteur public au Conseil d'État, et M. Alain Daguerre de Hureaux, juge administratif au tribunal administratif de Toulouse ont fourni de nouvelles perspectives à certains raisonnements concernant les difficultés rencontrées par les juridictions lorsque les référés sont relatifs à des questions environnementales. De même, M. Raymond Léost, maître de conférences à la faculté de Brest, Maître Émile Cobourg-Goze, avocat au barreau de Toulouse, M. Hervé Hourcade, juriste chez France Nature Environnement Midi-Pyrénées ont apporté à ce mémoire des retours d'expérience complémentaires sur la pratique des référés.

14. – Effectivité du droit. Alimentée d'éléments statistiques et d'exemples de décisions provenant de cette étude, notre analyse souhaite proposer une observation globale de la pertinence du recours aux procédures de référés en matière de prévention des dommages à l'environnement. À cet effet, tous les éléments juridiques qui pourraient influencer, de manière positive ou négative, la prise d'une mesure adéquate en la matière ont fait l'objet d'une attention particulière. Toutes les phases du procès ont été isolées et mises en relation pour mettre en exergue les qualités des procédures ainsi que les entraves à leur bon fonctionnement. Notre étude s'inscrit dans une démarche de contrôle de l'efficacité et de l'effectivité du droit de l'environnement. La première renvoie à la capacité d'une norme à « [atteindre] l'objectif qu'elle vise » tandis que la seconde se réfère au « degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »²⁶. Pour les évaluer, toutes les hypothèses de recherche développées par l'étude théorique de ces procédures ont été confrontées à leur mise en œuvre concrète. Apparaissent de nombreuses discordances entre les attentes qui reposent sur les référés et la réalité de leur pratique. En effet, des éléments parfois très pragmatiques se révèlent être les plus grands obstacles à l'aboutissement de certains recours. Le rejet d'une requête en référé ne doit toutefois pas être assimilé à un manquement à la prévention des dommages. Le contentieux joue aussi un rôle de filtrage et d'équilibrage dans les revendications des requérants, toute demande ne peut donc pas se voir gratifiée d'une mesure lui donnant droit. Ainsi, notre étude a pour objectif d'évaluer les situations de fait qui pourraient obtenir une meilleure réponse juridictionnelle sans que cela ne menace d'autres intérêts.

15. – Droit substantiel et droit processuel. Afin d'y parvenir, une approche combinant l'analyse du droit substantiel et du droit processuel est développée sans que la distinction entre l'un et l'autre ne soit expressément effectuée. Le droit processuel se manifeste comme « la manière dont on (re)construit les rapports du droit »²⁷. La terminologie choisie est fort à propos puisque l'objet de notre étude est justement d'apporter un nouveau regard, prospectif, sur la procédure. Pour cela, l'étude des règles de procédure et des droits dits formels qui en émanent est au cœur de notre réflexion. Parmi eux, le droit d'accès à la justice est au centre des considérations d'effectivité du droit, si bien que sa nature substantielle, plutôt que procédurale,

²⁶ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, p. 19.

²⁷ E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 4^e éd., 2018, p. 35.

fait l'objet de débats doctrinaux²⁸. En réalité, « la prévention transcende cette distinction »²⁹, si bien qu'adopter une approche différenciée de ces droits substantiels et procéduraux n'aurait fait que complexifier notre étude.

16. – Éparpillement des textes. Au regard de tous les éléments que nous avons développés jusqu'à présent, la pertinence d'un travail sur la prévention des dommages à l'environnement ne nous semble plus discutable. Le choix des procédures de référés, lui aussi explicité, offre des possibilités d'étude d'autant plus fournies que celles-ci font l'objet d'un éparpillement des textes. Néanmoins, tout comme cela a pu être constaté pour la diversité des voies de recours entre droit interne et international, la multitude des procédures semble favorable à la prévention grâce à leur complémentarité³⁰. Toutefois, nos réflexions ont aussi eu pour objectif d'identifier plus précisément le rôle que pourrait jouer chaque référé dans la prévention des dommages. Mieux maîtriser leur objet permet de limiter le manque de clarté qui résulte de leur nombre et rend alors leur appréhension par les professionnels moins difficile³¹.

17. – Objet de l'étude. Notre étude a donc pour objectif de déterminer comment les procédures de référés contribuent à la prévention des dommages à l'environnement.

Dans quelle mesure les procédures de référés permettent-elles de prévenir les dommages à l'environnement de manière effective ?

L'intérêt de ce mémoire repose sur la recherche d'une concordance des outils de droit processuel propres aux procédures de référés avec les objectifs de prévention qui sont liés au droit de l'environnement. Le fait que le contentieux soit avant tout l'objet des acteurs du droit incite à avoir une double analyse : d'abord tournée vers les textes et leurs potentialités préventives, ensuite intéressée à la pratique des procédures. Cette étude cherche donc à déterminer dans quelle mesure les fondements théoriques des procédures accélérées permettent l'appréhension de contentieux de plus en plus tournés vers la prévention. L'effectivité est le fil conducteur de ces raisonnements : si la procédure ne parvient pas à prévenir le dommage, elle a échoué à offrir une réponse juridictionnelle satisfaisante. L'effectivité est donc, en matière de prévention, une contrainte imposante pour toutes les étapes procédurales. Notre étude a pour ambition de démontrer que les référés sont des voies de droit indispensables à la prévention des dommages à l'environnement dont l'adéquation peut encore être améliorée pour apporter une réponse juridictionnelle plus adaptée.

18. – Pouvoir introduire un recours et parvenir à une décision satisfaisante. Pour y parvenir, les voies de droit existantes paraissent prometteuses. Néanmoins, la mise en œuvre concrète des outils procéduraux et le déroulement du procès remettent sérieusement en question l'effectivité de la prévention des dommages à l'environnement. L'aboutissement d'une

²⁸ *Ibid.*, p. 280.

²⁹ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 572.

³⁰ E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, « Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », *Mission de recherche Droit & Justice*, 2019, p. 225.

³¹ Un rapport parlementaire récent constatait cette difficulté de lisibilité et proposait à cet effet une « homogénéisation de leur mise en œuvre » : N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale*, 2021, p. 4.

procédure contentieuse résulte d'une succession d'actions procédurales dont chacune participe à la réussite du procès. En tout état de cause, les requérants doivent remplir deux objectifs : introduire un recours adapté à leur demande, puis, parvenir à une décision juridictionnelle adéquate.

En premier lieu, l'introduction du recours adapté dépend des voies de droit disponibles et de leur accessibilité au regard du risque de dommage rencontré. Une voie de droit peut aboutir sur le prononcé d'une mesure adéquate mais présenter des conditions d'accès trop restrictives pour que les requérants soient en mesure d'y parvenir. À l'inverse, des situations très spécifiques ne trouvent parfois pas de référé suffisamment particulier pour répondre à leurs exigences de célérité ou de gravité. L'adéquation des voies de recours générales et communes à toutes les branches du droit est donc un défi pour la matière environnementale et ses exigences particulières (Partie 1).

En second lieu, l'introduction d'une requête ne certifie pas l'aboutissement de la procédure. Des obstacles liés à la charge de la preuve, aux délais de jugement ou aux mesures prononcées peuvent mener à une réponse juridictionnelle insatisfaisante voire totalement inutile pour prévenir le dommage. Dans ce cas, même si juridiquement les requérants ont obtenu justice, il n'en est rien en pratique puisque le dommage est finalement survenu. L'obtention d'une réponse juridictionnelle préventive adaptée est donc indispensable à l'effectivité de ce droit (Partie 2).

PARTIE 1 / L'ADÉQUATION DES VOIES DE RECOURS À LA MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

19. – Procédures générales et communes. Un requérant qui souhaite obtenir une mesure de prévention des dommages à l'environnement doit être en mesure de trouver une voie de recours qui lui permet de faire valoir ses intérêts. Ainsi, il est nécessaire que les procédures générales et communes à toutes les branches du droit puissent être en mesure de répondre au besoin de justice du requérant lésé par un risque d'atteinte à l'environnement. La preuve d'un intérêt à agir est, de manière générale, un élément déterminant pour l'accès au recours. En matière environnementale, elle ne représente pas un obstacle¹ puisque les associations font l'objet d'une très juste reconnaissance de la part des tribunaux. Quant aux particuliers, le lien entre un dommage environnemental à venir, telle une pollution, et leurs intérêts personnels, est maintenant facilement établi.

20. – Situations de fait sans réponse juridictionnelle. Au-delà de ce critère procédural, évaluer la correspondance entre la demande et les référés disponibles n'est pas chose aisée. En effet, l'étude des rejets en la matière montre que les voies de droit existantes peuvent être inadaptées à certaines situations de prévention. Cependant, il faut aussi prendre en compte les situations où les potentiels requérants eux-mêmes n'introduisent pas de recours car aucune voie de droit ne permet, à l'heure actuelle, de satisfaire leur besoin de prévention des atteintes à l'environnement. Moins visible, cette dernière catégorie nécessite de supposer, d'imaginer et d'essayer d'anticiper les besoins en matière de prévention. Ceci est d'autant plus difficile que notre système juridique présente une tendance à se tourner vers la réparation. Afin de structurer les constats qui peuvent résulter d'une étude globale de l'accessibilité des référés en matière de prévention, un fil conducteur peut résider dans l'adéquation des voies de droit aux besoins du réel écologique.

21. Cependant, la complexité du panel de voies de recours disponibles et leurs multiples conditions communes et différenciées mènent à une exploitation seulement partielle de leur potentiel (Chapitre 1). Parmi ces conditions de fond, l'urgence, la plus connue et la plus pratiquée, se distingue nettement. Cependant, sa conception traditionnelle est d'autant plus questionnée qu'elle est de plus en plus confrontée à la nature particulière des dommages à l'environnement (Chapitre 2).

¹ Pour des développements à ce sujet v. D. Hédary, « Modernisation du droit de l'environnement », Groupe de travail sur la réforme du contentieux administratif de l'environnement, 2015, p. 32.

CHAPITRE 1 / L'EXPLOITATION PARTIELLE DU POTENTIEL DES VOIES DE RECOURS

22. – **Articulation des référés.** L'étude des référés mène à des constats particuliers lorsqu'elle est effectuée à travers le prisme de la prévention des dommages à l'environnement. En effet, celle-ci est accompagnée d'enjeux qui se distinguent des différents particularismes des voies de droit. Ainsi, exploiter l'ensemble du potentiel des voies de recours nécessite d'identifier et de comprendre certaines articulations. En effet, les référés se présentent d'abord à de nombreux égards comme des procédures destinées à assurer la prévention des dommages (Section 1). Néanmoins, il apparaît en réalité une pratique très polarisée et inégale des voies de droit au détriment de leurs potentialités globales (Section 2).

SECTION 1 / LA PRÉDISPOSITION DES RÉFÉRÉS À SERVIR LA PRÉVENTION DES DOMMAGES

23. – **Potentiel préventif des référés.** L'étude du potentiel des référés en matière préventive nécessite la prise en compte de nombreux facteurs qui feront l'objet de l'ensemble de cette étude. Une première approche globale permet d'apporter une vision transversale des référés sans qu'elle soit superficielle. En effet, les référés sont *a priori* des procédures prédisposées à la prévention des dommages. Néanmoins, ils disposent tous de caractéristiques très différentes et c'est en revenant à leur essence que l'on peut cerner les potentialités communes de ces derniers. Les conditions de fond se présentent comme le premier filtre de l'accès aux référés pour les requérants. Elles déterminent quelles situations du réel écologique permettront d'agir en référés pour obtenir une mesure préventive adéquate par la suite. Ainsi, il est fondamental d'exploiter leurs particularismes pour en tirer la meilleure articulation possible (§1.). Cependant, malgré leur potentiel préventif, les référés doivent être confrontés à leurs défauts intrinsèques afin qu'ils puissent être pris en compte et minimisés autant que possible (§2.).

§1. Diversifier les possibilités de prévention en exploitant les particularismes des conditions de fond

24. – **Valorisation des atouts des procédures.** Afin de valoriser au maximum les référés, il est nécessaire de déterminer quels sont leurs atouts pour la prévention des dommages environnementaux. Notre étude se concentrera ici sur les référés directement destinés à prendre des mesures préventives. Ainsi, les référés probatoires intervenant à des fins de préservation ou de construction de la preuve seront écartés, en ce qu'ils répondent à des critères particuliers traités ultérieurement². L'étude des conditions de fond des référés fait apparaître que l'urgence s'impose comme le critère classique de légitimation des référés (A.) même si elle est utilement complétée par les conditions d'illicéité et d'évidence (B.).

² Notamment le référé *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile et les référés constat et instruction des articles R. 531-1 et R. 532-1 du code de justice administrative.

A. *L'urgence, critère classique de légitimation des référés*

25. – **Procédures rapides.** En premier lieu, les référés évoquent communément des procédures rapides, dans un contexte où les recours au fond sont souvent synonymes de lenteur procédurale. Cette attente de rapidité de la part des justiciables³ ne constitue pas une requête de confort : l'écoulement du temps peut représenter une menace pour les droits ou, plus généralement, pour la situation des justiciables. Le recours au référé devient donc une solution alternative lorsque le jugement dans un délai raisonnable n'est pas possible au fond⁴. Cela est d'autant plus important en matière de prévention où il est nécessaire d'intervenir en temps utile sous peine d'être confronté au fait accompli. L'urgence, qui se présentait comme la condition de fond la plus adaptée pour justifier une procédure rapide, est ainsi devenue la « condition générale pour le référé »⁵.

26. – **Légitimité de la mesure provisoire.** Les procédures de référés nécessitent, en raison des atteintes qu'elles impliquent aux droits des requérants, notamment en matière de contradictoire, une légitimité accrue. Le recours à une procédure simplifiée doit être justifié par une raison suffisamment impérieuse pour qu'une entorse aux règles classiques de procédure soit effectuée. C'est ainsi que certains auteurs ont vu dans cette notion d'urgence une manifestation de la théorie de la dérogation, à l'image des circonstances exceptionnelles par exemple⁶. L'urgence pourrait donc effectuer un lien avec la nécessité de recourir au référé en tant que « justification essentielle de l'acte conservatoire »⁷. Ainsi, la condition de l'urgence se retrouve dans la majorité des référés. En contentieux administratif, elle est exigée pour tous les référés principaux : le référé-suspension, le référé-liberté et le référé mesures utiles⁸. De même, elle est la condition de référence pour le référé civil de l'article 834 du code de procédure civile⁹.

27. – **Le danger de la normalisation.** L'urgence apparaît souvent comme la condition la plus restrictive des référés alors qu'elle semble relever de leur essence même. En réalité, elle trace une séparation stricte entre les procédures de référés et celles au fond, faisant de la preuve de l'urgence un enjeu majeur pour les requérants. Elle crée ainsi un filtre qui permet d'éviter la normalisation des référés. Il ne faut en aucune circonstance confondre l'augmentation de leur pratique avec une disparition de leur spécificité. La première serait favorable à une meilleure gestion des situations d'urgence puisqu'elle donnerait à des faits ne disposant pas de voie de recours satisfaisante une possibilité de réponse juridictionnelle en temps utile. La seconde menacerait quant à elle tout l'équilibre du droit processuel.

³ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, p. XII.

⁴ R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, coll. Praxis Dalloz, 9^e éd., 2020, §221.71 ; X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 2.

⁵ E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 4^e éd., 2018, p. 578.

⁶ G. Michel, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, p. 9.

⁷ M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 138 ; G. Michel, *op. cit.*, p. 10.

⁸ CJA, art. L. 521-1, L. 521-2 et L. 521-3 respectivement. Il est fait le choix de nommer le référé du L. 521-3 référé mesures utiles plutôt que conservatoire, cela alors même que c'est son nom d'origine afin de ne pas le confondre avec l'alinéa 1^{er} de l'article 835 CPC correspondant au référé conservatoire en matière civile.

⁹ Anciennement CPC, art. 808.

28. Néanmoins, cela n'est pas la seule condition pouvant justifier une intervention rapide du juge, la légitimité des référés peut trouver d'autres fondements.

B. La complémentarité des conditions d'illicéité et d'évidence

29. – **Diversité des fondements.** La condition d'urgence ne suffit pas à appréhender les différentes situations qui peuvent justifier le recours à une procédure rapide telle que le référé. En effet, l'urgence a été jugée « trop restrictive »¹⁰ pour appréhender le réel et des textes reposent sur d'autres conditions de fond. Afin de faciliter la compréhension de notre étude portant sur la complémentarité des conditions de fond, un diagramme de Venn a été réalisé – et figure en annexe¹¹ – pour illustrer la manière dont les conditions de fond se distinguent (1.) et se cumulent au sein des différentes procédures de référé (2.)¹².

1. Un intérêt distinct pour chaque condition de fond

30. – **Justification d'une action rapide.** L'étude des référés et de la diversité de leurs conditions de fond peut donner lieu à un inventaire : le doute sérieux, l'utilité, le caractère manifeste, un trouble, une imminence, etc. L'énumération exhaustive n'apporterait aucune lumière sur leurs différences et leur complémentarité. Cependant, il est possible de dégager deux autres conditions transversales regroupant plusieurs référés et incarnant chacune un aspect différent de la légitimité de ces procédures d'exception. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'enjeu de rapidité, qui est au cœur de la pensée même du référé car ce dernier se distingue de l'urgence en tant que condition du référé¹³. Il s'agit plutôt d'identifier les faits qui pourraient, alors même qu'ils ne relèvent pas forcément d'une situation d'urgence, justifier une action rapide dans un intérêt de bonne administration de la justice. Deux conditions de fond répondent à cette exigence : l'illicéité et l'évidence.

31. – **La condition d'illicéité.** En premier lieu, la condition d'illicéité est constitutive d'un grand nombre de référés qui sont justifiés par l'existence d'une atteinte plus ou moins importante à une règle de droit. En ce qui concerne le référé civil conservatoire¹⁴, Yves Strickler précise que les deux volets qu'il identifie, préventif et curatif, répondent « à la vocation de paix sociale du juge des référés »¹⁵. Cette formulation définit d'une certaine manière l'aspect de légitimation du référé que représente l'illicéité. Indépendamment de l'urgence, elle présente, pour les requérants, un intérêt concret : la cessation de l'illicite dans le plus bref délai. La continuation d'une situation illicite peut représenter, pour l'environnement, une menace immédiate et donc urgente, mais aussi un danger futur, parfois incertain. Or, un fait illicite ne devrait pas exister en ce qu'il constitue un écart dans notre système juridique. À ce titre, il

¹⁰ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 37.

¹¹ Le diagramme de Venn est défini par le dictionnaire en ligne Larousse comme une « représentation graphique d'opérations telles que réunion, intersection, etc., effectuées sur des ensembles considérés comme parties d'un référentiel ».

¹² Annexe 1 / Le diagramme de Venn : Une représentation de l'articulation des conditions de fond.

¹³ O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020, p. 401.

¹⁴ CPC art. 835 al. 1^{er} (anciennement art. 809) qui permet la prise de mesures conservatoires à la suite de l'identification d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent, cela sans condition d'urgence.

¹⁵ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, p. 192.

justifie une action rapide, même si ses conséquences concrètes sont parfois incertaines. L'illicéité est, selon la place qu'elle occupe dans l'accès au référé, plus ou moins en mesure de changer l'objet de la preuve : prouver l'existence d'un fait illicite est souvent plus simple qu'apporter la preuve d'un risque de dommage. À ce titre, elle offre un relais aux référés centralisés autour de la condition d'urgence sans effectuer de doublon.

32. – La condition d'évidence. En second lieu, l'évidence est une notion centrale en matière de référé, le juge étant souvent qualifié de « juge de l'évidence »¹⁶. Cette terminologie ne renvoie pas à une condition de fond mais bien à un constat de l'encadrement des pouvoirs du juge du provisoire : en raison de la procédure accélérée, le juge n'est pas en mesure de s'appesantir sur les détails et doit se contenter de statuer sur des éléments relevant de l'évidence. Ainsi se forme « un contentieux de l'évidence » qui vient libérer le juge du fond déjà très sollicité¹⁷.

33. – Distinction notionnelle. Cependant, comme le soulève à juste titre Benjamin Hachem, le juge administratif statue rarement après avoir identifié une « vérité juridique » mais plutôt sur le fondement de « ce qui s'en rapproche ou en revêt les apparences » en tant que « juge de la vraisemblance »¹⁸. De ce fait, il développe principalement son raisonnement autour du référé-suspension qui nécessite le constat d'un doute sérieux, notion qu'il décrit comme « antinomique » avec celle d'absence de contestation sérieuse propre au juge civil des référés. Ces réflexions amènent à effectuer une distinction entre, d'une part, l'évidence en tant qu'élément conceptuel des référés, d'autre part, l'évidence en tant que condition de fond du référé. La première conception renvoie à l'interdiction de préjudicier au principal et aux distinctions doctrinales¹⁹ concernant les notions d'actes provisoires, conservatoires ou anticipatoires, le juge étant, selon les cas, plus ou moins contraint par une éventuelle décision au fond. Sans s'étendre sur ces réflexions terminologiques, il peut être conclu que l'interdiction de préjudicier au principal « empêche le juge [...] de porter un pré-jugement sur le litige, de trancher, à ce stade, une question de droit et d'orienter ainsi la solution du différend »²⁰.

34. – Préjugement du fond. C'est cependant la seconde conception qui concerne particulièrement notre étude : l'évidence peut s'imposer comme condition de fond de certains référés. Cette conception découle directement de la première mais se distingue en ce qu'elle vient, de manière formelle et pour certains référés ciblés, exiger un niveau de certitude concernant la situation à l'origine du recours. Pierre-Laurent Frier met en lumière le lien entre ces deux facettes de l'évidence : « en édictant des ordonnances de référé chaque fois qu'il n'y a pas de contestation sérieuse sur le fond du droit, le juge de l'urgence épuise, pour partie, le

¹⁶ F. Moderne, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA* 2007, n° 1, p. 91.

¹⁷ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 3.

¹⁸ B. Hachem, « Le juge administratif des référés, juge de l'évidence ou de la vraisemblance ? », *LPA* 2011, n° 252, p. 5.

¹⁹ V. pour approfondir ce sujet M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 166 s. ; S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 96.

²⁰ P.-L. Frier, *L'urgence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1987, p. 315.

litige et rend un préjugement »²¹. La question de l'évidence devient, en matière de prévention, un élément fondamental. En effet, elle diminue potentiellement l'accessibilité aux recours en question, mais, elle offre en contrepartie des possibilités de mesures plus vastes car elle permet d'empiéter sur les pouvoirs du juge du fond.

35. – Les deux manifestations de la certitude. À ce titre, l'exemple le plus probant est celui du référé-liberté qui exige la preuve d'une illégalité manifeste. Cela est d'autant plus intuitif que le terme est utilisé pour la définition du mot évidence décrite comme « ce qui ressort comme manifestement vrai »²². Cette évidence peut prendre une autre forme : l'absence de contestation sérieuse, l'adjectif « incontestable » empruntant ici l'acception d'« évident »²³. La distinction entre les deux notions repose sur leur objet. En effet, la contestation sérieuse ne doit pas porter sur l'objet de la demande tandis que le caractère manifeste s'applique à un élément de preuve. L'une se présente principalement par le biais du débat contradictoire entre les parties, l'autre vient quant à elle imposer une preuve plus solide.

36. – Une bonne administration de la justice. Cette condition d'évidence trouve sa légitimité dans la recherche de la satisfaction de l'intérêt du requérant ou dans celle d'une bonne administration de la justice²⁴. En effet, elle repose sur la pensée selon laquelle il ne faut pas laisser perdurer un conflit juridique alors même que son issue contentieuse ne crée aucune difficulté. La condition d'évidence ne peut cependant fonder des référés sans être cumulée à au moins une des deux autres conditions de fond.

2. *L'enjeu de l'addition et de la modulation des conditions de fond*

37. – Schéma de compréhension. L'intérêt préventif de l'existence d'une multitude de référés repose sur la possibilité de les cumuler et, de ce fait, de les moduler les uns avec les autres. L'utilisation des trois conditions précédemment identifiées permet de proposer un schéma de compréhension de cet entrecroisement afin d'en dégager des lignes directrices et des intérêts communs²⁵.

38. D'une part, l'urgence, en ce qu'elle représente la condition des référés par excellence, se cumule à chacune des deux autres conditions sans difficulté.

39. – Urgence et illicéité. D'abord, son cumul avec l'illicéité est classique du droit administratif : le référé-suspension permet la prise d'une mesure en présence d'une urgence et d'un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. En l'occurrence, les deux critères se complètent pour former un référé équilibré et donc plutôt accessible pour des situations de prévention classiques. En partie en raison de sa nature de référé de droit commun, il s'agit du référé le plus

²¹ *Ibid.*, p. 317.

²² G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020, p. 422.

²³ *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴ O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020, p. 394.

²⁵ Raisonnement mené en s'appuyant sur l'Annexe 1 / Le diagramme de Venn : Une représentation de l'articulation des conditions de fond.

pratiqué en la matière²⁶. Les référés spécifiques à l'environnement²⁷ fonctionnent sur la même base et complètent l'intérêt porté au binôme urgence-illicéité, même s'il s'agit pour ces derniers d'une urgence présumée.

40. – Urgence et évidence. Ensuite, l'urgence peut être cumulée avec la condition d'évidence par l'ajout d'un critère d'absence de contestation sérieuse : c'est le cas du référé civil d'urgence dans l'une de ses branches²⁸ et du référé mesures utiles²⁹. Ce cumul semble connaître une réception plus mitigée en raison de l'absence d'illicéité. Cela paraît d'autant plus surprenant que l'évidence et l'urgence semblent amplement suffisantes pour justifier le recours à une procédure d'exception. En outre, la sécurité juridique est maximisée pour ce type de recours : l'absence de contestation sérieuse, bien plus que le caractère manifeste, assure des suites paisibles au référé. En effet, le juge ne doit pas être amené à prendre parti « entre deux thèses susceptibles de se défendre aussi légitimement l'une que l'autre »³⁰.

41. – Cumul des trois conditions. Enfin, les trois conditions peuvent se cumuler pour créer un référé extrêmement restrictif mais offrant un traitement tout aussi dérogatoire à la procédure de droit commun. Ainsi, le référé-liberté se présente comme une procédure d'extrême urgence permettant un jugement en quelques jours seulement. Or, une telle rapidité nécessite une forme d'évidence assurée par la condition de l'atteinte manifeste illégale à une liberté fondamentale. L'illicéité, renforcée par l'évidence, parachève le tout en légitimant les pouvoirs étendus du juge et le délai extrêmement réduit d'intervention. Cette combinaison maximale permet d'offrir une solution préventive de dernier recours pour une situation alarmante.

42. – Illicéité et évidence. D'autre part, l'urgence peut être écartée au profit de l'évidence de l'illicéité. Ainsi, le trouble manifestement illicéité est prévu comme condition unique du référé conservatoire civil³¹. Cette voie permet une purge des situations illicéités sans prendre en compte leur urgence. Elle est complétée par un double volet pénal qui présente seulement une condition d'illicéité : les référés des articles L. 216-13 et L. 415-4 du code de l'environnement. Ces derniers³² offrent une continuité pénale au référé civil en permettant au juge des libertés et de la détention de prendre des mesures provisoires. Dans ces référés particulièrement, la prévention est au cœur de la réflexion puisqu'il s'agit d'anticiper le dommage au maximum en sanctionnant le trouble qui pourrait le causer.

²⁶ Annexe 2 / Études statistiques, 1. Statistiques sur les voies de recours, Figure 3. V. aussi N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021.

²⁷ C. envir., art. L. 122-2 pour le référé étude d'impact, art L122-11 pour le référé évaluation environnementale et art. L. 123-16 pour le référé enquête publique.

²⁸ Le référé de l'article 834 du code de procédure civile laisse comporte deux options, l'absence de contestation sérieuse ou l'existence d'un différend, qui conditionnent les mesures qu'il peut prendre.

²⁹ La condition est un ajout jurisprudentiel issu de l'arrêt CE, 6 avril 2001, n°230000, Ministre de l'Éducation nationale. V. B. Huglo et M. Babes, *Guide pratique des référés administratifs*, Berger Levrault, coll. Les indispensables, 2021, p. 104.

³⁰ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 285. Consulter pour plus de précisions sur l'intensité de l'investigation du juge p. 25 s.

³¹ CPC, art. 835 al. 1^{er}.

³² Ils concernent respectivement un domaine délimité du droit des pollutions et les établissements en infraction par rapport à la législation relative aux espèces protégées.

43. – Conclusion. Les différents référés existants se différencient principalement par leurs conditions de fond. Ces dernières impactent de manière importante l'accessibilité à ces procédures mais aussi les mesures qu'ils permettent de prendre, et donc leur intérêt pour les requérants. Ainsi, les différents référés se cumulent et se complètent, jouant de la modulation de ces trois conditions principales, pour former une pluralité de voies de recours distinctes qui permettent d'offrir une solution juridictionnelle au réel écologique dans toute sa complexité. Il serait possible de concevoir d'autres référés qui viendraient éventuellement proposer une articulation plus pertinente et optimisée de ces conditions mais telle n'est pas l'ambition de notre étude. Il s'agit plutôt de proposer des modifications mineures de ces conditions qui exploiteraient le potentiel de prévention décrit afin d'offrir une meilleure prévention des dommages à l'environnement.

44. Dans cet objectif, et après avoir identifié les particularismes exploitables de ces référés, il convient d'apporter un second regard transversal sur les référés, cette fois dans une optique plus pratique pour prendre en compte les difficultés concrètes qui peuvent faire obstacle à une prévention efficace.

§2. L'inadéquation paradoxale des référés aux situations de prévention

45. – Accès à la justice limité. La multitude des référés à disposition des requérants et leur complémentarité théorique ne sont pas suffisantes pour assurer un accès à la justice qualitatif. Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, cette étude tentera de mettre en exergue les principales difficultés communes aux référés pouvant être identifiées. Pour cela, elle s'appuiera sur un ensemble de témoignages de professionnels et sur les constats généraux qui peuvent être tirés de l'étude particulière de chacun des référés. L'analyse de l'ensemble de ces procédures rapides amène à remarquer que leur attractivité pour les praticiens est finalement relative (A.). En outre, des complexités pratiques sont issues de l'équilibre fragile trouvé entre la rapidité et les garanties procédurales nécessaires aux référés (B.).

A. *L'attractivité relative des procédures de référés pour les praticiens*

46. – Recours exceptionnel aux référés. Les référés devraient être, par leur essence même de procédures rapides, la voie de droit privilégiée des acteurs qui souhaitent agir en matière environnementale lorsque le dommage n'est pas encore intervenu. Or, à plusieurs égards, les référés deviennent, dans la pratique, une procédure exceptionnelle réservée à des situations très spécifiques.

47. – Complexité de l'articulation des voies de recours. D'une part, le principal obstacle à la pratique de ces procédures réside dans la complexité de l'articulation des voies de recours. En effet, notre étude met à jour une multiplicité de procédures dont les conditions de fond, le prononcé des mesures, ou même les exigences de preuve pourront connaître des variantes selon le référé choisi. À défaut de maîtriser parfaitement ces subtilités, un recours peut vite échouer alors même qu'une situation d'urgence était présente. Si ces procédures présentent le mérite

d'être complémentaires³³, elles ne répondent pas aux exigences de clarté que l'on pourrait attendre d'un système juridique cohérent.

48. – Caractère transversal du droit de l'environnement. En outre, la nature transversale du droit de l'environnement ne simplifie pas la donne. Au carrefour des branches du droit, il emprunte à chacune et peine à trouver son unité au sein des analyses institutionnelles³⁴. Les conséquences pratiques de cette situation sont malheureuses : les requérants préfèrent parfois recourir aux procédures les plus pratiquées et moins susceptibles d'échec. Cela s'explique aussi par le fait que le référé exige une rapidité dans la construction des dossiers qui ne facilite pas l'expérimentation juridique. Or, si le nombre de recours est faible, les procédures sont moins confrontées à la casuistique ce qui ne favorise pas les avancées jurisprudentielles.

49. – Création de référés dédiés à l'environnement. Afin de remédier à cet état de fait, il a été proposé de simplifier cette articulation par la création de deux référés dédiés aux questions environnementales, dans le respect du dualisme juridictionnel³⁵. L'intérêt théorique de la création d'un tel référé se comprend aisément : comme le souligne Olivier Le Bot, il s'agirait de fournir aux requérants un « guichet unique » qui permettrait au juge de retenir et d'exercer en fonction de chaque situation le pouvoir le mieux adapté³⁶. Concrètement, cela éviterait aux requérants de devoir identifier les voies de droit adaptées à leur requête. Actuellement, une erreur de moyens entraîne le rejet de la requête sans qu'elle soit étudiée sur le fond, au détriment d'une prévention qualitative des dommages à l'environnement³⁷.

50. – Dangers d'un référé commun. Cependant, un référé spécial, qu'il soit administratif ou judiciaire, doit s'accompagner d'une consécration textuelle précise et adaptée : une rédaction manquant d'ambition risquerait de mener à une protection de l'environnement affaiblie. Si l'on considère qu'il serait tout aussi envisageable d'améliorer les procédures existantes, la question de l'opportunité d'une telle évolution se pose donc. En outre, le droit de l'environnement est une matière transversale, le soumettre à un référé unique créerait donc de nouvelles barrières au sein d'autres branches du droit, l'entreprise semble donc périlleuse. Cela n'empêche toutefois pas des réflexions sur la lisibilité de l'articulation des procédures ou la recherche de moyens de pallier les erreurs de recours. Les éventuelles solutions auraient le mérite d'améliorer la qualité du droit au-delà de la matière environnementale. Ainsi, le « dialogue entre les juridictions administratives et judiciaires » préconisé³⁸ semble tout à fait nécessaire pour participer à une meilleure prévention des dommages.

³³ E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, « Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », Mission de recherche Droit & Justice, 2019, p. 226.

³⁴ B. Cinotti, J.-F. Landel, D. Agoguet *et al.*, « Une justice pour l'environnement : Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », CGEDD - IGJ, 2019, p. 17 s. Les données relatives au contentieux environnemental sont « difficiles à collecter et à comparer » car elles ne sont jamais considérées comme relevant d'un même champ d'étude. V. p. 29 s. pour un exemple de ce morcellement en matière pénale.

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁶ Interview de O. Le Bot dans E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, *op. cit.*, p. 267.

³⁷ CE, 29 juill. 2002, Ministre de l'Équipement, du transport et du logement, n°244754, mentionné aux tables du recueil Lebon. Le juge s'est prononcé au-delà des conclusions dont il est saisi en rejetant les moyens formulés au titre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative pour les accueillir sur le fondement des articles L. 521-3 et 532-1 du même code et ainsi prononcer les mesures les plus adéquates.

³⁸ V. Delbos, D. Agoguet et D. Atzenhoffer, « Le droit de l'environnement est trop éclaté », *Gaz. Palais* 2020, n° 20, p. 12.

51. – Coût et temps investi par les requérants. D'autre part, les requérants doivent prendre en compte des considérations plus pragmatiques. En effet, les référés sont souvent accompagnés d'une requête au fond, au minimum en matière administrative, et fréquemment pour les référés probatoires. À ce titre, ils demandent du travail supplémentaire anticipé dans des délais parfois courts, et donc un investissement plus important. C'est particulièrement le cas des référés probatoires qui nécessitent l'avancement de la somme qu'ils impliquent par le demandeur.

52. Toutes ces raisons expliquent le manque d'attractivité des référés malgré leur nécessité en matière de prévention des dommages. Des raisons liées à la rapidité des référés et à leur organisation procédurale peuvent aussi être avancées pour compléter ce constat.

B. Les référés, tiraillés entre rapidité et garanties procédurales

53. – Procédures simplifiées. Les référés sont caractérisés par leurs procédures accélérées : l'objectif est de fournir « au citoyen une protection juridictionnelle immédiate, à titre provisoire, dans tous les cas où la durée d'un procès ordinaire pourrait lui porter préjudice »³⁹. Inévitablement, des simplifications doivent être apportées, au détriment de certaines garanties procédurales. La légitimité d'une telle atteinte repose sur le caractère provisoire de la mesure. Cependant, à certains égards, ces simplifications s'avèrent paradoxalement des obstacles à la pratique des référés.

54. – Manque de lisibilité des décisions. En premier lieu, le manque de motivation des jugements administratifs peut être constaté. Xavier Braud impute cette difficulté à l'absence d'appel⁴⁰. Même si le contrôle effectué par le Conseil d'État inclut l'erreur de droit et la dénaturation, les délais permettant une prévention effective de l'atteinte à l'environnement étant souvent dépassés, les requérants ne forment pas forcément un pourvoi en cassation. À cela s'ajoute la possibilité pour le juge de recourir à l'économie des moyens⁴¹. La conséquence concrète de ces éléments est le manque de lisibilité de la jurisprudence des référés. Or, cette motivation est d'autant plus importante que les requérants « n'ont pas été éclairés par les conclusions du commissaire du gouvernement et qu'il n'existe pas d'appel »⁴². En l'absence de transparence sur les moyens permettant d'obtenir une décision favorable du juge administratif, il devient difficile pour les requérants d'anticiper l'aboutissement de leur recours.

55. – Appréciation du juge. En outre, l'appréciation globale des conditions des référés par le juge complexifie encore la lisibilité du contentieux. En effet, si le référé-suspension présente deux conditions distinctes, l'urgence et le doute sérieux quant à la légalité de la décision⁴³, il y a en réalité de fortes probabilités pour qu'elles influent l'une sur l'autre. Cela serait notamment

³⁹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 35^e éd., 2020, p. 1387.

⁴⁰ X. Braud, « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », *RJE* 2003, vol. 28, n^o 2, p. 205.

⁴¹ B. Huglo et M. Babes, *Guide pratique des référés administratifs*, Berger Levrault, coll. Les indispensables, 2021, p. 61. L'économie des moyens est la possibilité pour le juge « de se fonder sur l'un des moyens opérants de la requête pour faire droit aux conclusions du requérant sans avoir besoin de se prononcer sur l'ensemble des moyens opérants de la requête ». L'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme interdit d'y recourir en matière d'urbanisme.

⁴² M. Guyomar et P. Collin, « Référé et contrôle de cassation, synthèse de la jurisprudence du Conseil d'État des cinq premiers mois depuis l'entrée en vigueur du Code de justice administrative », *AJDA* 2001, n^o 5, p. 465.

⁴³ CJA, art. L. 521-1.

facilité par le caractère très subjectif de la condition d'urgence en matière administrative. Appréciée *in concreto*, elle laisse une grande marge de manœuvre au juge. Elle peut ainsi être plus facilement caractérisée en présence d'une illégalité manifeste. *A contrario*, une liaison conjointe des conditions peut mener à un rejet. Ainsi, la présomption d'urgence du référé enquête publique n'est pas considérée comme remplie si la réserve non levée n'est pas liée à l'objet du doute sérieux⁴⁴. Cette subjectivité est d'autant plus importante que le juge des référés, sauf exception, est un juge unique. L'ensemble de cette configuration ne favorise pas la prise de risque ni l'inventivité même si quelques arrêts très ambitieux – à tort ou à raison – peuvent bien sûr servir de contre-exemples⁴⁵.

56. – Abandon des dossiers les moins graves. Ensuite, rendue encore plus malléable par la pesée des intérêts qu'elle implique, l'urgence devient une notion difficilement anticipable pour les requérants contrairement au doute sérieux qui repose solidement sur des notions juridiques établies et une preuve plus classique. L'ensemble de ces éléments amènent les requérants à sélectionner avec précaution leurs contentieux destinés aux procédures de référés : cela aboutit indirectement à l'abandon des dossiers les moins graves. La prévention souffre, en pratique, d'un manque de réponse juridictionnelle aux dossiers les plus ordinaires : pollutions peu impressionnantes, atteintes mineures à la biodiversité, etc.

57. – Jurisprudence hétérogène. Enfin, et à une échelle plus globale, les référés sont des procédures moins liées par la jurisprudence. En effet, ils ne sont pas perçus comme participant à sa construction. Les juges sont ainsi censés tirer leur appréciation des interprétations rendues au fond. Cette entrave à l'office du juge des référés n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle « limite ses possibilités d'analyse, et, concrètement, restreint [leurs] pouvoirs »⁴⁶. En outre, le juge dispose de peu de temps pour construire une argumentation juridique solide. Ainsi, notre étude permet de constater la coexistence de décisions menant à des solutions juridiques différentes, voire opposées. L'interprétation de l'urgence est un exemple. Alors même que la notion est guidée par une définition prétorienne, elle connaît des interprétations très variées⁴⁷.

58. – Contraintes temporelles. Ce manque d'anticipation est renforcé dans des matières techniques comme l'est le droit de l'environnement. Peu compatible avec des procédures rapides, il demande la constitution de dossiers imposants, reposant parfois sur des éléments techniques volumineux comme les études d'impact. La marge de manœuvre octroyée au juge dans l'interprétation des données scientifiques et dans la place qu'il leur donne au sein de son raisonnement est aussi un facteur important. D'une part, cela ne facilite pas une étude globale

⁴⁴ TA Toulouse, ord., 6 déc. 2021, France Nature Environnement Midi-Pyrénées et a., n°2106355 : La réserve du commissaire enquêteur exigeait l'organisation d'une concertation préalable. « Toutefois, si cette réserve ne peut en l'état être regardée comme ayant été levée, elle est sans portée sur la demande de dérogation au titre des destructions des milieux naturels et des individus des 71 espèces protégées présentes sur le site. »

⁴⁵ Pour un exemple en référé-suspension récent : TA Guyane, 27 juill. 2021, France Nature Environnement et a., n°21000957. Annulé en cassation, le jugement effectuait un contrôle du respect de la trajectoire carbone de la France à l'encontre d'une autorisation de construction d'une centrale électrique.

Pour un exemple en référé-liberté : TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardenne et a., n° 0500828, 0500829, 0500830. Le juge consacrait l'art. 1^{er} de la Charte de l'environnement comme liberté fondamentale.

⁴⁶ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 179.

⁴⁷ V. § 121 s.

des référés comme celle dans laquelle s'inscrit notre étude. D'autre part, cela complexifie d'autant plus la situation pour les requérants qui ne sont pas en mesure de s'appuyer sur la jurisprudence.

59. – Procédure orale. En second lieu, la procédure devant le juge administratif est accélérée par une place accrue accordée à l'oralité. Il a pu être avancé que cela représentait une menace pour les requérants les moins habitués aux procédures juridiques⁴⁸. Il est difficile d'être certain de cette affirmation, d'autant plus qu'elle a le mérite d'éloigner le requérant non professionnel des artifices des écrits juridiques. Il pourrait être présumé que le juge est plus à même de comprendre les motivations du requérant et de discerner la pertinence de l'argumentaire des parties dans un discours direct allant à l'essentiel du débat.

60. – Conclusion. Exploiter les conditions de fond des référés pour en tirer la meilleure application préventive n'est pas aisé. Même si le système juridique offre un panel de voies de recours variées, les référés sont accompagnés d'un certain nombre de contraintes intrinsèques qui ont parfois pour effet de dissuader les requérants. Ainsi, seules certaines affaires seront portées devant le juge, celles qui présentent le plus de chances d'aboutir. Or, ce choix intervient avant même qu'une réelle étude des conditions d'accès ait été réalisée : ce filtre anticipatif, opéré par le requérant potentiel lui-même, est invisible lors d'une étude jurisprudentielle puisqu'il ne se matérialise pas juridiquement. Cependant, il a un impact majeur sur la prévention puisqu'il se traduit par une forme d'acceptation de l'impossibilité de prévenir le dommage.

61. Concrètement, cela mène à une polarisation de la pratique des référés : certaines voies d'accès seront préférées au détriment d'autres.

SECTION 2 / UNE PRATIQUE DES RÉFÉRÉS POLARISÉE

62. – Préférences de la pratique pour certains référés. Adopter une vision transversale et globale des référés amène, même sans que cela soit l'objet principal de l'étude, à constater une polarisation de la pratique des procédures. Par polarisation s'entend le constat d'une pratique optant préférentiellement pour certaines voies de recours plutôt que d'autres. En matière de prévention des dommages à l'environnement, la pratique se polarise à deux niveaux intrinsèquement liés. Il apparaît une prédilection des praticiens pour le recours à des référés qui présentent une condition d'illicéité (§1.). Cependant, si sa modulation est encourageante, elle ne fait pas l'objet d'une attention à la hauteur de ses promesses (§2.). En parallèle, la pratique, en raison de notre séparation des autorités administratives et judiciaires, se traduit par une préférence pour l'un ou l'autre ordre de juridiction selon les contraintes de l'espèce. Intrinsèquement liés en raison des règles de procédure, ces deux aspects s'influencent mutuellement.

§1. L'illicéité : condition de prédilection commune aux ordres de juridiction

63. – Séparation des autorités administratives et judiciaires. Le système juridique français est marqué par la séparation des autorités administratives et judiciaires depuis la loi

⁴⁸ X. Braud, « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », *RJE* 2003, vol. 28, n° 2, p. 205.

des 16-24 août 1790 et le décret du 16 Fructidor An III. Les référés ne font pas exception à la règle et doivent respecter cette dichotomie. Or, chaque ordre de juridiction a développé des procédures distinctes qui présentent une forte variabilité au niveau de la consistance de la condition d'illicéité. Il faut, avant de l'étudier, constater que le rôle du juge administratif est prépondérant (A.) tandis que l'action du juge judiciaire est subsidiaire et, de surcroît, entravée par la *summa divisio* (B.).

A. *La prépondérance du rôle du juge administratif*

64. – Prédominance de la police administrative. Depuis son développement au XIX^e siècle⁴⁹, le droit de l'environnement entretient un lien particulier avec la matière administrative. Comme le constate Gilles Martin, ce recours à l'intervention administrative dès l'ère industrielle est à l'origine d'une réglementation prolifique et éparpillée⁵⁰. Se constate ainsi de nos jours la prédominance de la police administrative en droit de l'environnement, parfois même décrite comme la « quintessence » de ce dernier⁵¹. Cette omniprésence de la police en matière d'environnement, notion intrinsèquement liée à celle d'ordre public⁵², a mené à la théorisation de l'ordre public écologique. Si cette notion alimente des débats doctrinaux quant à sa définition positive ou négative⁵³, elle vise à autonomiser la « police écologique »⁵⁴ par rapport aux conceptions classiques de l'ordre public.

65. – Compétence étendue du juge administratif. La police est intrinsèquement liée à la notion de prévention et occupe donc une place toute particulière dans l'anticipation des dommages. *A contrario*, la réparation et la répression de ces atteintes peuvent dépendre, de manière beaucoup plus équilibrée, des deux ordres de juridiction⁵⁵. En outre, la prédominance du droit public en la matière est complétée par un développement de la réglementation. Elle marque la diversification des outils de prévention. Ainsi, la planification ne repose pas uniquement sur des mesures de police, mais compte également sur le développement d'instruments de régulation économique comme les quotas d'échange de gaz à effet de serre. De nos jours, ces règles émanent principalement de l'Union européenne. Tous ces outils de droit public entraînent naturellement une compétence classique du juge administratif. En effet, qu'il s'agisse de recours concernant le non-respect de la réglementation ou de recours en contestation de la légalité des règlements eux-mêmes, la voie administrative est incontournable pour introduire des actions en faveur de la prévention des dommages.

⁴⁹ Des prémices ont précédé cette naissance du droit de l'environnement mais ses « fondements modernes » sont issus, pour le droit des pollutions, du décret du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers insalubres, incommodes et dangereux ; pour le droit de la biodiversité, de la loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments ayant un intérêt historique ou artistique : É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 13 s.

⁵⁰ G. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit de l'Environnement*, Lyon-Trévoux : Publications périodiques spécialisées, 1978, p. 6.

⁵¹ É. Naim-Gesbert, *op. cit.*, p. 87.

⁵² G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020, p. 767.

⁵³ F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, préface J. Rivero, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1981, p. 31 s. ; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2019, p. 45 s. ; É. Naim-Gesbert, *op. cit.*, p. 227 s.

⁵⁴ F. Caballero, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁵ R. Romi, G. Audrain-Demey et B. Lormeteau, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit public, 11^e éd., 2021, p. 124.

66. – Polarisation autour du référé-suspension. Une fois cette prédominance de la justice administrative constatée, il apparaît une autre polarisation autour du référé-suspension⁵⁶. Ainsi, en 2020, il représentait 250 des 299 référés administratifs de première instance en matière d'environnement⁵⁷. Or, il apparaît que ce référé, qui inclut des procédures spécifiques à l'environnement⁵⁸, octroie une place particulière à l'illicéité aux côtés de l'urgence. En effet, il repose sur la démonstration d'un « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »⁵⁹. Or, le doute se distingue grandement de l'illicéité avérée, il nécessite seulement des éléments corroborant de manière suffisante l'hypothèse d'une illégalité de l'acte.

67. – Le doute sérieux. Cette approche apparaît, du moins théoriquement, comme extrêmement favorable à la prévention puisqu'elle se trouve être moins exigeante que la preuve d'une illégalité certaine ou d'une absence de contestation sérieuse, comme cela peut être le cas devant le juge civil. Le référé-suspension paraît donc plus adéquat pour répondre à la technicité du droit de l'environnement : une certitude n'est pas nécessaire pour obtenir la suspension. L'examen complet du dossier est alors repoussé à la date de l'examen au fond. À ce moment, les praticiens auront eu le temps de constituer des dossiers plus solides permettant une décision du juge réellement éclairée. Les référés-environnement confirment la pertinence de cette condition de fond puisqu'elle devient centrale lorsque la condition spéciale à l'environnement est complétée.

68. – Degré de recherche exigé de l'analyse juridique. Cependant, comme le soulignent justement Jacques et Xavier Vuitton, « tout dépend du degré de recherche en droit qui est exigé du juge des référés » en pratique⁶⁰. C'est l'approfondissement de son analyse de la densité des éléments corroborant le doute qui va placer le curseur de l'accessibilité de cette procédure, la condition d'urgence mise à part. Cependant, l'étude jurisprudentielle du doute sérieux est entravée par la possibilité donnée par le Conseil d'État au juge administratif de ne pas motiver son rejet⁶¹. Il peut donc se satisfaire d'une argumentation expéditive sans même examiner la présence de la condition d'urgence⁶². Ainsi, il devient difficile de savoir si une argumentation plus solide aurait pu suffire au dossier ou si un élément de droit identifié par le juge créait un obstacle incontournable.

⁵⁶ Annexe 2 / Études statistiques, 1. Statistiques sur les voies de recours, Figure 3.

⁵⁷ N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, p. 7.

⁵⁸ C. envir., art. L. 122-2 pour le référé étude d'impact, art L122-11 pour le référé évaluation environnementale et art. L. 123-16 pour le référé enquête publique : l'urgence est remplacée par une condition particulière propre à la matière environnementale.

⁵⁹ CJA, art. 521-1 : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. [...] »

⁶⁰ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 283.

⁶¹ X. Braud, « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », *RJE* 2003, vol. 28, n^o 2, p. 210.

⁶² Pour des exemples récents : TA Nîmes, 9 oct. 2020, LPO, n^o2002951 pour un arrêté autorisant des tirs de prélèvement du loup ; TA Strasbourg, 20 sept. 2018, Association Alsace Nature, n^o1805487 pour un arrêté préfectoral portant déclaration du projet emportant mise en compatibilité du plan local d'urbanisme.

69. – Examen du juge facilité. Néanmoins, l'étude des décisions de suspension nous éclaire au moins partiellement sur la pratique de ce référé. Il apparaît ainsi que la preuve du doute sérieux est facilitée dans certains domaines par l'exigence des textes concernant les atteintes à l'environnement. Ainsi, cela est notamment le cas en matière d'urbanisme où certaines règles ne laissent aucune place à l'hésitation. Le juge n'a pas besoin d'un examen approfondi lorsque la construction, alors même qu'elle se situe dans un espace remarquable au niveau du littoral, n'a pas recueilli l'accord du gestionnaire du domaine public maritime et ne se trouve pas en continuité de l'urbanisation⁶³.

70. – Faisceau d'indices. Cependant en pratique, la condition d'évidence est rarement présente et la prévention repose sur des dossiers beaucoup plus complexes. Le juge est donc plus fréquemment amené à forger son avis sur la base d'un faisceau d'indices qui lui laissent présager un doute. Cela est particulièrement visible depuis que la soumission des projets d'installations classées à la procédure de l'étude d'impact se fait par examen au cas par cas. En effet, un contrôle contentieux doit porter sur la nécessité d'y recourir. Le juge a ainsi considéré que la condition du doute sérieux était constituée de deux avis négatifs du parc régional et de la chambre d'agriculture pour atteinte irréversible à la biodiversité et à la trame verte et bleue, de la présence d'espèces protégées dans cet espace remarquable et de la nature de réservoir écologique de la rivière au sens du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux.⁶⁴

71. – Subjectivité de l'appréciation. Or, c'est justement à cette étape que le raisonnement théorique s'écroule parfois : il apparaît que le doute sur la légalité, une notion *a priori* très rationnelle, est finalement l'objet d'une grande part de subjectivité en matière environnementale⁶⁵. Ce constat introduit ici notre raisonnement futur sur les enjeux de la preuve en matière d'environnement. En effet, face à des argumentaires similaires, voire identiques, le juge ne statue pas dans le même sens. Le contentieux de la chasse du grand tétra en fournit un exemple de premier plan.

72. – Contentieux du grand tétra. Cet oiseau, appartenant à l'ordre des galliformes, est menacé et donc protégé⁶⁶. En 2016, le juge du tribunal administratif de Pau avait suspendu⁶⁷ l'arrêté relatif à la chasse à tir du grand tétra en raison de la régression de leurs effectifs entre 2010 et 2015 de 6% à 13% selon les zones géographiques. Les tirs compromettaient donc les efforts de conservation dans la région. Cependant, le même arrêté n'a pas été suspendu⁶⁸ dans sa version de 2017 alors qu'il prévoyait un quota de coqs similaire : 16 au lieu de 18. De manière extrêmement surprenante, le seul fait que le dernier rapport de l'observatoire national des galliformes de montagne précise que l'effectif est devenu « stable » écarte la menace de cet arrêté pour les efforts de conservation. Or, l'effectif de coqs a diminué de 21 individus selon ce même rapport et l'indice de reproduction déjà bas en 2016 – il était de 1,1 – est passé à 0,9. De manière encore plus étrange, c'est l'augmentation de ce taux dans certaines zones qui justifie

⁶³ TA Toulon, 21 janv. 2021, SC et a., n°2003456.

⁶⁴ TA Lyon, 16 avril 2018, Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature, n°1802041 et 1802133.

⁶⁵ X. Braud, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁶ INPN, « *Tetrao urogallus* Linnaeu, 1758 », [https://inpn.mnhn.fr/espece/cd_nom/2964]

⁶⁷ TA Pau, 19 oct. 2016, FNE Midi-Pyrénées, n°160163.

⁶⁸ TA Pau, 25 oct. 2017, FNE Midi-Pyrénées et a., n°1701977.

le maintien de la chasse. En 2019, le tribunal continue à autoriser la chasse⁶⁹ : il constate la stagnation du nombre total d'individus, mais le fait que la préfecture ait opté pour un traitement différencié selon les zones géographiques semble suffisant. Or, le juge concède lui-même que ces zones où la chasse est autorisée « sont voisines de régions dans lesquelles l'indice de reproduction est très faible ». Cette saga juridique s'étend sur plusieurs décennies et s'est terminée le 1^{er} juin 2022, le Conseil d'État ayant imposé un moratoire de 5 ans sur la chasse au grand tétra⁷⁰. Il est d'autant plus surprenant de constater qu'il s'appuie sur les mêmes faits, parmi lesquels se trouvent la stratégie nationale d'action en faveur du grand tétra 2012-2021 et des rapports de l'observatoire des galliformes de montagne. Sans entrer dans des considérations chiffrées, ce dernier précisait expressément le « mauvais état de conservation » de l'espèce, condition légale nécessaire à une politique de chasse.

73. – Un obstacle parfois infranchissable. Le doute sérieux est une notion initialement destinée à faciliter la prévention, d'autant plus dans des situations irréversibles comme celles liées à la chasse. Cette étude de cas montre dans quelle mesure il devient finalement un obstacle quasiment insurmontable. Cette difficulté est particulièrement présente en droit de l'environnement, car ce dernier renvoie à « des notions impliquant une forte dose d'appréciation subjective »⁷¹. Or, il est intéressant de voir que le Conseil d'État, alors même qu'il ne statue pas en urgence, revient finalement à des notions essentielles et très juridiques du dossier pour justifier le moratoire. Le juge des référés est donc amené à trouver le degré d'étude technique adéquat afin de ne pas être submergé par des débats techniques⁷².

74. Le droit de l'environnement est marqué, dans certains de ses domaines majeurs comme l'urbanisme, les installations classées et la protection de la biodiversité, par une forte présence de la matière administrative. Or, le juge judiciaire a tout de même un rôle à jouer dans cette construction d'un droit préventif efficient, malgré les difficultés rencontrées, tant son action est entravée par la prédominance du juge administratif.

B. *L'action subsidiaire du juge judiciaire entravée par la summa divisio*

75. – Compétence du juge civil. À plusieurs égards, l'intervention du juge judiciaire est nécessaire en matière de prévention des atteintes à l'environnement. Le rôle prépondérant du juge administratif ne doit en aucun cas mener au délaissement des voies de recours civiles qui s'avèrent être des compléments irremplaçables dans certaines situations. Il semble nécessaire de préciser, avant tout développement, que les référés sont des procédures spécifiques qui impliquent une dimension provisoire. À ce titre, la juridiction compétente est principalement celle qui l'est pour conduire « l'opération juridictionnelle de rattachement » en raison du « caractère d'ordre public des règles de répartition des compétences »⁷³. Or, le juge civil détient

⁶⁹ TA Pau, 14 oct. 2019, FNE Midi-Pyrénées et a., n°1902143.

⁷⁰ CE, 1^{er} juin 2022, FNE Midi-Pyrénées et a., n°453232

⁷¹ X. Braud, *op. cit.*, p. 205.

⁷² Pour une approche plus complète v. § 211.

⁷³ M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 57.

une compétence exclusive⁷⁴ dans certains domaines : il est le gardien de la liberté individuelle, de la propriété privée et de l'état des personnes. C'est principalement son deuxième rôle qui a toute son importance en matière d'environnement : la pollution ou la destruction d'une part de biodiversité peuvent toutes deux prendre la forme d'une atteinte à la propriété par l'ingérence d'une tierce personne. Une fois cela rappelé, il apparaît alors que les deux ordres de juridiction vont devoir coexister et organiser leur intervention.

76. – Prépondérance du référé conservatoire. En matière de référés, le champ d'intervention du juge civil est en réalité très réduit, mais incontournable. En effet, les requérants ne disposent presque exclusivement que des référés des articles 834 et 835 du code de procédure civile. Le premier pose une condition d'urgence, mais est, dans la pratique, délaissé au profit du second⁷⁵ : parmi la soixantaine de jugements analysés au cours de cette étude, seuls sept concernaient ce référé d'urgence. Au sein de l'article 835, c'est le référé conservatoire⁷⁶ qui est préféré, et plus précisément, le trouble manifestement illicite. Le dommage imminent n'aboutit de manière autonome qu'occasionnellement⁷⁷. Les référés injonction et provision⁷⁸ sont quant à eux des procédures plus anecdotiques, souvent complémentaires au référé conservatoire. Le trouble manifestement illicite s'impose donc comme la voie de recours principale devant le juge civil des référés.

77. – Référé instruction. Elle est complétée par les référés probatoires qui sont bien sûr pratiqués, puisqu'indispensables à certaines situations. Le référé instruction⁷⁹ est particulièrement utile en matière de prévention et coexiste efficacement avec ses équivalents administratifs. Dans la mesure où il est parfois envisageable de mener une action devant les deux ordres de juridiction, le Tribunal des conflits se montre pragmatique et estime que « le litige ne relève manifestement pas de la compétence du seul ordre administratif » pour permettre une mesure d'instruction devant le juge judiciaire lorsque la poursuite du contentieux n'est pas déterminée⁸⁰.

78. Compétence subsidiaire du juge civil. En ce qui concerne le trouble manifestement illicite, la polarisation de l'action du juge judiciaire autour de cette voie de recours a créé une dynamique particulière : il intervient principalement comme relais de l'action administrative lorsqu'un manquement à la réglementation est constaté⁸¹. De manière plus occasionnelle, le

⁷⁴ Cons. const., 23 janv. 1987, 86-224 DC, Conseil de la concurrence : considérant 15, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

⁷⁵ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 44.

⁷⁶ CPC, art. 835 al. 1^{er}.

⁷⁷ Notre étude montre qu'il aboutit seulement 2 fois de manière autonome et 5 fois cumulé au trouble manifestement illicite.

⁷⁸ CPC, art. 835 al. 2.

⁷⁹ CPC, art. 145.

⁸⁰ Trib. confl., 23 oct. 2000, n°3220, publié au recueil Lebon.

⁸¹ Les jugements concernent principalement des constructions illicites, v. par exemple : Poitiers, ch. 1, 8 mars 2022, n°21/02352. V. concernant une ICPE : Paris, pôle 1, ch. 3, 18 nov 2020, n°19/18854.

juge est amené à constater le non-respect d'une règle de droit privé contractuelle – contrat de bail, cahier des charges⁸² – ou délictuelle⁸³. Force est alors de constater qu'il a une compétence subsidiaire.

79. – Articulation des compétences. Les difficultés relatives à l'articulation des compétences des deux ordres de juridiction en matière de prévention sont anciennes. Il s'agissait de déterminer si le juge judiciaire pouvait prendre des mesures ajoutant ou contredisant des prescriptions administratives dans le cadre de dommages actuels, mais aussi à venir pour les tiers, et cela sans contredire le principe de séparation des pouvoirs⁸⁴. En 1927, le Tribunal des conflits a statué pour préciser que les « tribunaux judiciaires ont compétence pour se prononcer, tant sur les dommages-intérêts à allouer aux tiers lésés par le fonctionnement d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode, que sur les mesures propres à faire cesser le préjudice que cet établissement pourrait causer dans l'avenir, à condition que ces mesures ne contrarient point les prescriptions édictées par l'administration dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publiques »⁸⁵. En pratique, le juge judiciaire est parfois amené à intervenir concomitamment à des autorités administratives. La Cour de cassation rappelle donc qu'avant de prononcer une injonction à l'égard d'une station de traitement à l'origine d'une pollution, le juge des référés doit s'assurer qu'il ne contrarie pas, en prenant des mesures, les prescriptions de l'arrêté de mise en demeure pris par le préfet⁸⁶. Cette articulation fait apparaître certaines difficultés d'un point de vue préventif.

80. – Première difficulté. D'abord, le requérant se trouve facilement écarté d'une procédure qui le concerne en premier lieu. Victime directe de la nuisance en question, il est obligé de s'en remettre à une action administrative qui ne dépend en aucun cas de sa diligence. Une action en responsabilité serait alors son seul recours, mais ce n'est souvent pas l'objectif de la victime. En effet, contraignante, elle n'assure pas un aboutissement couronné de succès ; curative, elle ne permet pas la cession du trouble et la prévention de son aggravation.

81. – Seconde difficulté. Ensuite, un jugement en référé est assorti d'une astreinte et d'un délai plutôt court pour régulariser la situation. Le recours à l'intermédiaire des autorités administratives allonge potentiellement la procédure alors même que le requérant subit un dommage. Ainsi, le tribunal de grande instance d'Angers a pu rejeter une requête au motif qu'un délai de huit mois avait été octroyé à la société pour régulariser les nuisances sonores provenant de son installation⁸⁷. De plus, s'est ajouté un recours en nullité contre la mise en demeure. Il faudrait cependant une étude de terrain massive pour analyser correctement l'impact de ce

⁸² Nouméa, ch. civile, 17 juin 2021, n°20/00195 : « L'écoulement litigieux intervient en violation du cahier des charges du lotissement ».

⁸³ TGI Nanterre, 23 oct. 2012, n°12/01457 : « Le Jury de la Déontologie Publicitaire [...] a décidé que ces publicités renvoyaient à des comportements contraires à la protection de l'environnement », « En outre, l'article 362-4 du Code de l'environnement prohibe toute forme de publicité directe ou indirecte présentant des véhicules en situation d'infraction ».

⁸⁴ G. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit de l'Environnement*, Lyon-Trévoux : Publications périodiques spécialisées, 1978, p. 90.

⁸⁵ Trib. confl., 23 mai 1927, Consorts Neveux et Kohler c/ Sté métallurgique de Knutange, S. 1927, 3, *Jur.* p. 94.

⁸⁶ Civ. 1^{re}, 9 sept. 2020, n°19-17.271 ; *AJDA* 2020, n° 30, note. E. Maupin.

⁸⁷ TGI Angers, 10 déc. 2015, FNE Pays de la Loire, n°15/00596.

transfert total de compétence au juge administratif. Il semble néanmoins que les droits des tiers perdent, dans certaines situations, une véritable voie d'expression juridictionnelle.

82. – Compétence réappropriée. En outre, cette articulation crée une importante rupture avec les cas d'espèce où l'administration n'intervient pas. À ce moment-là, le juge judiciaire se réapproprie une réelle compétence de contrainte et peut suspendre sous astreinte l'exercice d'une activité régulière pour trouble anormal de voisinage⁸⁸. La Cour de cassation a confirmé cette possibilité dans un arrêt considéré comme favorisant la complémentarité des interventions administratives et judiciaires » dans une « solution qui permette à la réserve des droits des tiers de jouer efficacement son rôle »⁸⁹. En l'occurrence, le délai n'était pas le plus adéquat puisque la régularisation était permise pendant un an. En revanche, il apparaît ici surprenant que le juge civil détienne non seulement des pouvoirs bien plus étendus, mais aussi que ceux-ci soient applicables en présence d'une activité régulière. L'illicéité résulte ici d'un trouble anormal, comme cela est aussi parfois le cas en matière de pollution des sols. Le juge civil devient véritablement dans ces situations un relais efficace à la prévention administrative des dommages.

83. – Entraves légales. Il se peut que les incohérences soulevées proviennent avant tout de la casuistique propre aux référés administratifs et des courts délais d'instruction moins favorables à une jurisprudence éclairée. Un lecteur attentif repère facilement des jurisprudences étranges comme cela vient d'être fait, illustrant à quel point l'action du juge civil est parfois entravée⁹⁰. Néanmoins, certains obstacles sont organisés légalement : par exemple la démolition d'une construction illicite. Le code de l'urbanisme⁹¹ limite la démolition à l'annulation du permis de construire par le juge administratif. Le fait qu'il soit manifestement illégal ne suffit pas à justifier l'intervention du juge civil⁹². Cette spécificité qui vise à sécuriser les opérations d'urbanisme est en réalité un véritable obstacle pour les requérants qui devront multiplier leurs requêtes. De manière plus spécifique aux référés, le juge civil ne peut même pas suspendre des travaux manifestement illicites au regard de la réglementation en présence d'un permis de construire. En effet, « l'interprétation du contenu du permis de construire et de la portée juridique de l'étude d'impact » ne relèvent pas de sa compétence : il ne peut « ordonner la suspension de travaux réalisés en vertu d'une autorisation administrative exécutoire »⁹³.

84. – Marge de manœuvre du juge civil. S'il n'est pas question de discuter la légitimité de la séparation des pouvoirs, elle pourrait faire l'objet d'une appréciation plus souple. Le meilleur moyen d'y parvenir serait de laisser une plus grande marge de manœuvre au juge civil. La

⁸⁸ À noter que la compétence pour trouble manifestement illicite est la même que celle pour trouble anormal de voisinage comme cela est explicitement rappelé dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, 99-20339, « la cour d'appel a jugé, à bon droit, que la compétence exclusive du préfet en matière d'installation classée ne faisait pas obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de l'exploitant pour trouble de voisinage devant le juge judiciaire et donc à la constatation d'un trouble manifestement illicite par le juge des référés ».

⁸⁹ Civ. 1^{re}, 13 juill. 2004, n°02-15.176 ; *RDI* 2005, n° 1, note. F.G. Trébulle, p. 40.

⁹⁰ Une autrice mentionne notamment une jurisprudence concernant l'impossibilité de consacrer un trouble manifestement illicite, même après l'annulation de l'autorisation, dans la mesure où un appel - pourtant non suspensif - avait été formulé : D. Guihal, « Les pouvoirs du juge civil à l'égard des installations classées », *Recl. Dalloz* 1996, n° 19.

⁹¹ C. urb., art. L. 480-13.

⁹² N. Cayrol, « Référés judiciaires et juridictions administratives », *Rép Procédure Civ.* 2021, § 196.

⁹³ TJ Bourg-en-Bresse, 13 juill. 2021, n°21/00289.

subtilité pourrait provenir du prononcé de mesures qui n'impactent pas définitivement la situation, limitant ainsi l'empiètement du juge civil sur le droit administratif⁹⁴.

85. – Délaissement du référé civil d'urgence. Enfin, quelques éléments développés peuvent expliquer l'absence de pratique du référé civil d'urgence. Doté de conditions de fond en apparence peu contraignantes, il apparaît comme l'équivalent civil idéal du référé-suspension. Il ne requiert que deux éléments : une urgence et une condition alternative, l'absence de contestation sérieuse ou la demande d'une mesure justifiée par un différend⁹⁵. Cependant, au regard des éléments évoqués concernant la *summa divisio*, et malgré le manque de données jurisprudentielles, il peut être supposé que ce manque de pratique soit dû au critère de la contestation sérieuse. En effet, il renvoie implicitement à une condition d'évidence. Cela rend la matière civile plus contraignante en matière de preuve, ce qui n'est pas favorable à des matières techniques comme le droit de l'environnement. Ce référé devient donc bien moins accessible que ne l'est le référé-suspension. Cela se ressent en pratique puisqu'en la matière un seul jugement a donné droit aux requérants⁹⁶, le relais a rapidement été pris par le juge des référés administratif⁹⁷.

86. – Conclusion. La structuration très polarisée de la pratique des référés satisfait une grande partie des contentieux en la matière, même si des améliorations sont toujours identifiables. Cependant, les particularismes des dossiers environnementaux peuvent vite rencontrer des difficultés en raison de la séparation nette entre les ordres de juridiction, brouillant alors la clarté du choix de la voie de recours adaptée pour les requérants.

87. La condition de l'illicéité se présente néanmoins comme une solution adaptée à la prévention des dommages car elle permet d'offrir une diversité de voies de recours qui n'est encore que partiellement exploitée.

§2. L'illicéité : une condition modulable pleine de promesses

88. – Potentialités. L'intérêt pour la condition de l'illicéité a été démontré, il convient donc de s'attarder sur ses potentialités, notamment par le biais de sa modulation. L'autonomisation de la condition d'illicéité est un premier élément prometteur, le critère du trouble se suffisant à lui-même, il permet alors d'explorer une conception des procédures rapides différente (A.). Au-delà, le renforcement de l'illicéité est une seconde option qui permet de diversifier les référés en filtrant l'accès à une procédure d'exception (B.).

A. L'autonomisation de l'illicéité : le trouble, critère suffisant

89. – Nouvelle approche des référés. L'autonomisation de l'illicéité par rapport à l'urgence crée un nouveau champ d'action pour les praticiens du droit. En effet, les procédures qu'elle concerne reposent sur la notion de trouble qui permet une approche différente des procédures

⁹⁴ V. pour plus de précisions les raisonnements § 344 s.

⁹⁵ CPC, art. 834 (anciennement 808).

⁹⁶ TGI Paris, 18 déc. 2015, 15/60067 : urgence caractérisée par l'imminence des travaux d'extension du site de Roland Garros et potentielle atteinte aux serres et jardins de Jean-Camille Formigé.

⁹⁷ TA Paris, ord., 9 mars 2016, Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France et a., n°1520290/7-2 : suspension de l'arrêté octroyant le permis de construire avant la fin de la suspension prononcée au civil.

en référés. Centré sur l'atteinte au réel et non sur le dommage, le trouble vise des situations précises qui pourraient ne pas recevoir de réponse satisfaisante au sein des procédures qui présentent une condition d'urgence. Ce champ des possibles a été ouvert par le référé conservatoire basé sur le trouble manifestement illicite, sa pertinence ne fait dorénavant plus de doute (1.). Cependant, la voie pénale reste délaissée au détriment de procédures certes confuses mais perfectibles (2.).

1. *Une voie de recours éprouvée : le trouble manifestement illicite*

90. – Le trouble. Au premier abord, le référé conservatoire civil⁹⁸ semble laisser le choix entre prévenir un dommage – option du dommage imminent – et le faire cesser – option du trouble manifestement illicite. Il peut donc paraître étrange de poursuivre un développement sur la notion de trouble manifestement illicite, visiblement peu appropriée pour la prévention des dommages. En réalité, cela serait une erreur de s'arrêter à cet *a priori*. Certains auteurs en viennent même à constater la « négligence du rôle préventif » de ce référé⁹⁹. En effet, le trouble, notion centrale de cette condition, ne doit pas être confondu avec le dommage. Le trouble constitue un « acte ou une abstention s'inscrivant en méconnaissance de l'ordre juridique établi »¹⁰⁰. Ainsi, les juridictions judiciaires définissent de manière constante le trouble manifestement illicite « comme toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la norme juridique obligatoire, qui peut être délictuelle ou contractuelle »¹⁰¹.

91. – Trouble et dommage. Cependant, ce trouble n'entraîne pas de manière automatique un dommage. Ainsi, le stockage de déchets en violation du contrat de bail constitue un trouble manifestement illicite¹⁰². Cependant, ce stockage n'impliquera un dommage à l'environnement que s'il entraîne une pollution par la suite, le juge constate donc la présence d'un « risque de pollution durable ». Ce référé peut donc intervenir dans une situation purement préventive du dommage, le trouble n'étant que son élément déclencheur à plus ou moins long terme.

92. – Prévention et cessation. Plus généralement, le trouble manifestement illicite intervient dans une situation hybride : le trouble a entraîné un dommage, mais il pourrait s'aggraver ou se multiplier. Le juge est alors amené à prendre des mesures curatives, mais aussi préventives, la distinction entre les deux perd alors en netteté. Par exemple, la situation précédente devient hybride lorsque le dépôt de déchets est effectué, non seulement en méconnaissance des règles d'urbanisme, mais aussi et surtout sur une zone qui présente un espace vert protégé¹⁰³. Ici, le dommage à l'environnement est déjà existant puisque l'atteinte est portée à cette zone particulière. La condamnation à la remise en état permet donc à la fois

⁹⁸ CPC, art. 835 al. 1^{er} : « Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. [...] »

⁹⁹ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 51.

¹⁰⁰ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 59.

¹⁰¹ Civ. 1^{re}, 9 sept. 2020, n°19-17.271, Publié au bulletin.

¹⁰² Paris, pôle 1, ch. 8, 27 nov. 2020, n°20/03824.

¹⁰³ TGI Grasse, 23 mai 2018, n°17/01799.

la cessation du dommage et la prévention de son aggravation. Il en est de même en présence d'une construction illicite sur un terrain appartenant à un espace boisé classé¹⁰⁴.

93. Si l'intérêt préventif du référé pour trouble manifestement illicite ne fait plus de doute, la question de son interprétation plus ou moins favorable à l'environnement se pose.

94. – Autonomisation de l'illicéité. Tout d'abord, le trouble manifestement illicite se distingue en ce qu'il se présente comme la seule voie de recours n'imposant pas de condition d'urgence : l'illicéité s'autonomise¹⁰⁵. Ainsi, la frontière entre procédure de référés et procédure au fond s'amenuise, ce qui laisse une « option »¹⁰⁶ à la victime qui peut recourir à une procédure d'urgence si elle satisfait la condition d'illicéité manifeste.

95. – Contestation sérieuse. La doctrine s'est longuement interrogée sur l'interprétation qui devait être faite de cette condition, notamment sur son articulation avec la notion de contestation sérieuse. Comme développé précédemment, ces deux éléments sont antinomiques¹⁰⁷. Selon l'article 835 du code de procédure civile, des mesures peuvent être prononcées même en présence d'une contestation sérieuse. Or, cette dernière empêche normalement la constatation du caractère manifeste, l'illicéité du trouble ne peut donc plus être évidente¹⁰⁸. La doctrine déduit que seule une contestation sérieuse portant sur le trouble manifestement illicite lui-même fait obstacle au référé pour préserver la cohérence de cette procédure¹⁰⁹. Même si cette interprétation paraît être la plus sensée, certaines jurisprudences choisissent d'imposer au juge de se prononcer, même s'il pèse sur le trouble manifestement illicite un doute caractérisant une contestation sérieuse¹¹⁰. Il semble problématique d'inciter le juge à statuer de cette manière car le référé perd une partie de son essence, la certitude de l'évidence, ce qui menace les droits des parties et la qualité de la mesure préventive.

96. – Pratique selon le domaine du droit de l'environnement. Ensuite, en ce qui concerne l'environnement plus précisément, une pratique très disparate du texte peut être constatée selon le domaine législatif concerné. Ainsi, lorsque l'illicéité repose sur le manquement à une réglementation d'urbanisme, ce qui est fréquemment le cas, la plus petite violation de cette dernière suffit¹¹¹. Cette rigidité a pour objectif d'assurer le respect de la réglementation et d'éviter les constructions illégales. Elle permet indirectement la protection de la nature dans son existence la plus ordinaire. La nature spéciale, quant à elle, se voit protégée plus particulièrement au moment où le juge décide de la mesure. Dans cet arrêt, le classement de la parcelle en espace boisé classé est sans importance lors de l'étude des conditions de fond, même s'il est mentionné. Cependant, la distinction s'effectue au moment de la mesure puisque le juge a exigé en tant que remise en état « la plantation de boisement conformément au classement ».

¹⁰⁴ Paris, pôle1, ch. 2, 2 déc. 2021, n°21/09786.

¹⁰⁵ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, p. 11.

¹⁰⁶ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 39.

¹⁰⁷ V. § 34.

¹⁰⁸ Civ. 2^e, 3 mars 2022, n°21-13.892 ; *Dalloz Actual.* 29 mars 2022, note. N. Hoffschir.

¹⁰⁹ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 63.

¹¹⁰ Com., 31 mai 2011, n°10-13.541 ; *RTC Civ sept.* 2011, note. R. Perrot, p. 590.

¹¹¹ Chambéry, 13 janv. 2015, n°14-01312 : travaux illicites en zone naturelle du plan d'occupation des sols.

De la même manière, les requérants ont su s'emparer de cette voie de recours en ce qui concerne le domaine des pollutions. Ainsi, le juge se satisfait d'un dépassement des seuils d'émissions indiqués dans l'arrêté préfectoral pour estimer que l'installation classée est à l'origine d'un trouble manifestement illicite¹¹².

97. – Illicéité objective. Cependant, la place accordée à la législation des espèces protégées dans l'appréciation de ce référé semble beaucoup plus incertaine. Un premier arrêt surprenant avait été rendu par la cour d'appel de Caen. Sans se prononcer sur les moyens liés à la violation de la réglementation d'urbanisme, elle a estimé que la destruction d'une espèce végétale protégée constituait à elle seule un trouble manifestement illicite¹¹³. À ce sujet, Raymond Léost constate que la destruction d'une espèce protégée constitue « un acte objectivement illicite »¹¹⁴. Or, ce n'est pas sans conséquence : la cour casse l'arrêt de première instance qui prenait en compte la faible étendue de la zone et la présence de la plante en abondance à proximité¹¹⁵. En d'autres termes, non seulement la présence d'une autorisation administrative n'était pas étudiée, mais de plus, le contrôle effectué ne laissait aucune place à une atteinte mineure¹¹⁶.

98. – Compétence administrative. Il n'est pas nécessaire de s'attarder longuement sur cette jurisprudence puisque la directive Habitats¹¹⁷ a été ratifiée par la France le 1^{er} juillet 1994, ce qui a fait entrer en vigueur un tout nouveau régime relatif aux espèces protégées. Ainsi, cette ancienne jurisprudence ne pouvait perdurer puisqu'il est dorénavant nécessaire d'obtenir une dérogation particulière afin d'être en mesure de porter atteinte à une espèce protégée. En présence de cette dernière, la compétence du juge civil sera logiquement écartée ; en son absence, il pourra constater une illicéité manifeste au regard du manquement à cette obligation de dérogation¹¹⁸. Cette nouvelle législation est bien plus satisfaisante car elle permet un premier contrôle du juge en amont de la décision, au moment de l'octroi de la dérogation. Néanmoins, la voie civile est délaissée au profit de la voie administrative en raison de sa particulière efficacité.

99. – Ordre public environnemental. Un second arrêt surprenant est intervenu en la matière : la Cour de cassation a permis la destruction d'une mare pour trouble anormal de voisinage¹¹⁹. En effet, elle était abritée par « une colonie de batraciens » dont le coassement excédait les inconvénients normaux de voisinage, notamment en raison de la proximité des habitations. Cependant, il s'est avéré, même si l'argument n'avait pas été soulevé dans le contentieux, que la mare abritait plusieurs espèces protégées. De manière paradoxale, il aurait donc été possible d'invoquer un trouble manifestement illicite résultant de l'exécution même

¹¹² Angers, ch. A, 10 avril 2019, n°19/00821.

¹¹³ Caen, 1^{er} ch. civile, 6 sept. 1994 ; *RJE* 1995, vol. 20, n° 1, note. R. Léost, p. 122.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 127.

¹¹⁵ TGI Coutances, 3 juin 1994 ; *Ibid.*, p. 125.

¹¹⁶ Il a pu être constaté la présence de la plante sur certaines zones des fairways : *Ibid.*, p. 123.

¹¹⁷ Directive 92/43/CEE dite Habitats du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, 31992L0043, 22 juill. 1992.

¹¹⁸ Aix-en-Provence, 12 mai 2011, n°11/00276 : construction autorisée d'une centrale solaire qui, en pratique, vient empiéter sur un secteur nécessitant une dérogation pour atteinte aux espèces protégées. Le rejet est toutefois prononcé en raison du fait accompli : les travaux restants ne concernent plus la zone présentant des espèces protégées.

¹¹⁹ Civ 2^e, 14 déc. 2017, n°16-22.509.

d'un arrêt de la Cour de cassation¹²⁰. Cela pose la question de l'existence, en droit de l'environnement, d'« un ordre public dont la protection aurait pu être soulevée d'office par les magistrats »¹²¹. Cette solution apparaît comme nécessaire pour assurer une bonne articulation entre les deux ordres de juridiction : sans dérogation en bonne et due forme, l'atteinte aux espèces protégées ne doit pas être permise.

100. – Mesures non définitives. La question des droits des tiers confrontés à un trouble d'origine environnementale se pose alors. Comme développé précédemment, l'intervention du juge civil n'est pour l'instant pas possible et notre étude, afin de développer une prévention respectueuse de la séparation des pouvoirs, n'envisage que la prise de mesures réversibles¹²². En l'occurrence, le juge n'aurait pu qu'envisager des mesures d'atténuation du bruit. Les autorités publiques peuvent quant à elles en prononcer des plus contraignantes, comme le déplacement de la mare à un autre endroit du terrain pour l'éloigner du voisinage. Cet exemple montre l'équilibre qui doit être recherché en matière de référés, car la facilitation d'une procédure dans l'intérêt de l'environnement peut, comme c'est ici le cas avec le trouble anormal de voisinage, créer des atteintes à l'environnement si elle est utilisée à d'autres fins. La prudence est de mise, les procédures administratives contraignantes ne doivent pas pouvoir être entravées par des décisions civiles définitives.

101. Le trouble manifestement illicite présente un important potentiel qui pourrait être développé si les acteurs s'en emparaient de manière plus automatique, son efficacité en matière environnementale n'ayant plus à être démontrée. De manière encore plus marquée, la voie pénale est en pratique délaissée alors qu'elle contient des procédures au grand potentiel préventif.

2. *Le délaissement de la voie pénale : des procédures confuses à parfaire*

102. – Rôle préventif du droit pénal. Le droit pénal inspire avant tout une politique curative : la sanction par la loi pénale d'un « fait contraire à l'ordre social »¹²³. Cependant, la prévention n'est pas absente du raisonnement pénal. Elle intervient sous la forme de l'anticipation des comportements incriminés. Certains auteurs concluent même que « les mesures préventives doivent donc se trouver au premier plan pour mener à bien une politique criminelle efficace »¹²⁴. Dans ce contexte, se pose donc la question du rôle que pourrait jouer le droit pénal dans la prévention des dommages. Or, cela a déjà été partiellement tranché par le législateur lorsqu'il a créé deux procédures rapides qui permettent au juge des libertés et de la détention (JLD) de prendre toute mesure utile en matière de pollution pour l'une et d'atteinte aux espèces protégées pour l'autre¹²⁵.

103. – Complexité du champ d'application. Si le choix des termes pour décrire ces procédures rapides est très imprécis, c'est avant tout car leur champ d'application matériel est

¹²⁰ G. Leray, « Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal de voisinage expose à une condamnation pénale », *Recl. Dalloz* 2018, n° 18, p. 995.

¹²¹ *Ibid.* V. § 64.

¹²² V. § 84.

¹²³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 27^e éd., 2021, p. 5.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁵ C. envir., art. L. 216-13 et L. 415-4.

très peu lisible. En effet, les deux fonctionnent par renvoi, depuis le code de l'environnement, à d'autres articles listés¹²⁶. Dans les deux cas, le constat d'un trouble est l'élément déclencheur de la compétence conservatoire du juge. Contrairement au trouble manifestement illicite, il est ici directement lié à la matière environnementale. Il faut ainsi qu'un acte entre dans l'un des domaines visés par les textes et puisse, après une analyse plus poussée, constituer une infraction. Cette rédaction nécessite toutefois une connaissance affinée des infractions environnementales. Cela s'avère exigeant pour des magistrats obligés d'être polyvalents. En outre, l'extension par strates du champ d'application complexifie encore l'interprétation du premier de ces textes : d'abord limité au domaine de l'eau, il s'étend maintenant plus largement à une grande partie des activités polluantes¹²⁷. Il ne faut pas chercher plus loin pour trouver l'une des pistes les plus convaincantes expliquant le manque de pratique de ces articles.

104. – Jurisprudences anecdotiques. Ainsi, ce sont seulement trois arrêts qui peuvent être répertoriés concernant ces procédures. Tous relèvent de la même affaire et concernent l'article L. 216-13 du code de l'environnement¹²⁸. Dans cette affaire le procureur de la République s'était saisi de la procédure pour demander au JLD de prendre des mesures conservatoires à l'égard du dépassement, par un syndicat intercommunal, des seuils réglementaires de concentration de l'eau en nitrites. L'objectif était la cessation de l'aggravation du dommage par l'arrêt des rejets illicites. Cependant, il était discuté la nécessité de prouver une faute pénale à la suite du prononcé, par le JLD, d'une mesure de suspension des rejets sous astreinte pendant six mois. La Cour de cassation, contrairement à la Cour d'appel, a estimé que la faute de nature à engager la responsabilité pénale d'une personne n'a pas à être constituée. L'objectif est bien de « mettre un terme à une pollution ou [d'en] limiter les effets dans un but de préservation de l'environnement et [de] sécurité sanitaire ».

105. – Critère de l'anomalie. Cette appréciation du texte présente l'avantage de s'inscrire dans une dynamique de prévention pure et « va dans le sens de la nécessité d'envisager plus globalement le contentieux environnemental »¹²⁹. C'est ce choix de la Cour de cassation qui a mené la doctrine à adopter la terminologie de « référé pénal environnemental »¹³⁰. En effet, les seuls éléments détenus par les enquêteurs à ce moment-là sont des « anomalies relevées quant aux concentrations réglementaires dans le cours d'eau » sans qu'une quelconque infraction à la loi pénale ne puisse être caractérisée à ce stade. Cependant, elles suffisent à l'identification d'un trouble pouvant déclencher des mesures conservatoires. Si la preuve d'une faute ou de la constitution d'une infraction avait été exigée, l'article aurait été vidé de sa substance. En effet,

¹²⁶ C. envir., art. L. 216-13 : « En cas de non-respect des prescriptions imposées au titre des articles L. 181-12, L. 211-2, L. 211-3 et L. 214-1 à L. 214-6 ou des mesures édictées en application de l'article L. 171-7 du présent code ou de l'article L. 111-13 du code minier [...] ».

C. envir., art. L. 415-4 : « En cas de constatation de l'infraction prévue au 5° de l'article L. 415-3 [...] ».

¹²⁷ Ce ne sont pas moins de 4 lois qui sont venues réformer ce texte depuis la rédaction du code de l'environnement en 2000 : son régime juridique a été refondu par l'ordonnance 2012-34 du 11 janvier 2012, la durée maximale des mesures a été étendue par la loi 2016-1087 du 8 août 2016, et finalement, ont été ajoutés des renvois au nouveau régime de l'autorisation environnement par l'ordonnance 2017-80 du 26 janvier 2017 mais aussi aux installations illicites ou au code minier par la loi Climat-Résilience 2021-1104 du 22 août 2021.

¹²⁸ TGI Lyon, ord. JLD, 5 sept. 2018 ; Lyon, ch. de l'instruction, 9 nov. 2018 ; Crim., 28 janv 2020, n°19-80.091.

¹²⁹ E. Monteiro, « Pollution des eaux : le référé pénal environnemental de l'article L. 216-13 du code de l'environnement », *RSC* 2020, n° 02, p. 336.

¹³⁰ V. pour l'origine de cette expression : A. Dumas-Montadre, « Le référé pénal environnemental : précisions de la Cour de cassation », *AJ Pénal* 2020, n° 3, p. 135.

il n'aurait plus été possible d'agir en amont de la procédure pénale, une fois l'anomalie constatée.

106. Au regard de l'intérêt que présentent ces procédures pour la prévention, il s'agit dorénavant de chercher à en faire des voies de droit réellement exploitées.

107. – Première proposition. Tout d'abord, il a été proposé d'élargir le champ d'application de ces textes à l'ensemble de la matière environnementale¹³¹. Comme cela a pu être mis en exergue, la séparation des deux textes, leur champ d'application très circonscrits et leur manque de lisibilité global ne favorise pas la pratique de ces voies de recours. Cette extension serait donc bienvenue pour apporter clarté et cohérence à ces voies de recours qui pourraient être fusionnées dans un référé pénal unique. Il offrirait une voie de recours générale complétée par des textes plus spécifiques propres à des domaines environnementaux ressortant d'autres codes¹³².

108. – Deuxième proposition. Ensuite, il a été envisagé d'élargir les possibilités de saisine pour l'instant entièrement détenues par le procureur de la République¹³³. Cependant, cette initiative peut lui être demandée par l'autorité administrative, la victime ou une association agréée de protection de l'environnement. Une extension de la saisine elle-même pourrait sembler favorable à la prévention de prime abord. Cependant, il faut rappeler qu'en matière de référés, la règle selon laquelle « le criminel tient le civil en l'état » ne s'applique pas¹³⁴. Ainsi, une procédure pour trouble manifestement illicite peut être engagée alors même qu'une procédure pénale est en cours. Elle peut donc porter sur les faits qui font l'objet des poursuites et intervenir avant que la culpabilité d'une personne ait été établie car ce sont des mesures conservatoires prises au regard d'éléments de faits sans considération de leur auteur. En outre, l'article 423 du code de procédure civile donne même la possibilité au ministère public d'agir au civil, et donc d'entreprendre une procédure en référés, « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci »¹³⁵. En matière d'environnement, la question de l'existence d'un ordre public écologique persiste.

109. – Alternative à la procédure civile. Les liens entre le référé civil et la procédure pénale qui viennent d'être énoncés mènent à deux constats. D'une part, ces procédures se présentent comme une alternative, au sein du droit pénal, au trouble manifestement illicite. Le lien entre la matière pénale et le référé conservatoire est depuis longtemps reconnu par la Cour de cassation¹³⁶. Ainsi, elles s'adressent aux magistrats pénalistes et leur évitent de devoir recourir

¹³¹ N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, p. 11 ; R. Léost, « Propositions de France Nature Environnement pour le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », France Nature Environnement, 2021, p. 10. Il était aussi envisagé un champ d'application moins ambitieux mais plus lisible portant sur les « Livres I, II à l'exception du chapitre VIII du titre Ier, III et IV du code de l'environnement ».

¹³² V. par exemple C. for., art. L. 363-4, et C. rur., art. L. 211-29.

¹³³ N. Moutchou et C. Untermaier, *op. cit.*

¹³⁴ Civ. 2^e, 4 déc. 1985, n°84-14.691. Pour un exemple récent v. TJ Ajaccio, 7 sept. 2021, n°21/00188.

¹³⁵ D. Guihal, T. Fossier et J.-H. Robert, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 5^e éd., 2021, p. 90.

¹³⁶ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1987, n°86-22.945, publié au bulletin : « le droit donné aux associations agréées d'exercer l'action civile en réparation d'un dommage causé par une infraction à la loi pénale implique nécessairement pour ces associations la faculté de saisir le juge des référés pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui en découle ».

à la passerelle de l'article 423 du code de procédure civile : ils sont en mesure, par le biais d'une voie de droit purement pénale et rapide de prononcer des mesures conservatoires. D'autre part, les requérants ordinaires n'ont pas d'intérêt à utiliser les procédures pénales analysées. Ils détiennent déjà une voie de recours qui leur permet d'aboutir à des mesures conservatoires en présence d'un acte illicite de manière très satisfaisante. Cependant, en ce qui concerne les requérants particuliers, les autorités administratives, la victime et les associations agréées, ils se voient alors dotés d'une option. Le référé pénal leur offre la possibilité d'attirer l'attention du procureur de la République. Si ce dernier partage leur vision, ils peuvent alors bénéficier d'une procédure très accélérée et d'une charge de la preuve facilitée par le caractère inquisitoire de la procédure. La voie civile, certes plus restreinte car requérant un illicite manifeste, offre une alternative.

110. – Autres propositions. Enfin, des modifications plus anecdotiques pourraient être apportées à ces procédures pour inciter à leur pratique mais aussi assurer leur efficacité. Ainsi, l'association France Nature Environnement a pu rédiger un modèle d'article transversal qui permet notamment le renouvellement des mesures à leur échéance. Il était aussi proposé l'ajout d'une possibilité pour le parquet de prendre des mesures conservatoires en attente de la décision du magistrat du siège, le tout pour un délai maximal de quatre jours¹³⁷.

111. Il n'est pas nécessaire d'approfondir plus cette démonstration pour montrer la volonté du législateur et de la haute juridiction de favoriser le développement d'une voie préventive au sein du droit pénal, à l'avant-poste de la gestion des dommages à l'environnement. La souplesse de ces procédures et leur visée purement préventive en font des voies de droit à valoriser. Cependant, l'affaiblissement du critère de l'illicéité n'est pas forcément le seul moyen de parvenir à une prévention pertinente, son renforcement offre aussi d'autres possibilités.

B. *L'illicéité renforcée : filtre mais pas obstacle*

112. – La procédure exceptionnelle du référé-liberté. En matière d'environnement, le rôle attribué au référé-liberté¹³⁸ reste encore à déterminer. En effet, il permet au juge de prendre une mesure d'extrême urgence en présence d'une « atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale. Il s'agit donc d'un référé extrêmement contraignant à visée exceptionnelle puisqu'il exige à la fois une urgence renforcée et une illicéité certaine. L'articulation avec la matière environnementale de cette notion de liberté fondamentale, nécessaire à la caractérisation de la condition d'illicéité pose deux difficultés majeures : déterminer si l'environnement peut être considéré comme l'objet d'une liberté fondamentale et, si cela est le cas, dans quelle mesure.

113. – Liberté fondamentale. La situation est incertaine car le Conseil d'État ne s'est jamais prononcé explicitement sur l'existence d'une liberté fondamentale liée au droit de

¹³⁷ R. Léost, « Propositions de France Nature Environnement pour le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », France Nature Environnement, 2021, p. 10.

¹³⁸ CJA, art. 521-2 : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

l'environnement. Ainsi, s'il a eu l'occasion de statuer à plusieurs reprises sur des affaires relevant de cette matière, il les a toutes rejetées sans trancher cette question : la haute juridiction semble réticente à ce sujet mais ne rejette pas l'hypothèse. Si la consécration d'une liberté fondamentale en matière d'environnement avait pu faire douter la doctrine lors de la création du référé-liberté en 2000¹³⁹, les choses ont bien changé depuis. Ainsi, le débat s'est orienté vers la capacité de l'environnement à être l'objet d'une telle notion. Il est difficile de dégager une théorie en faveur ou en défaveur d'une telle consécration puisque la notion de liberté fondamentale dépend de la volonté du juge administratif, en effet « les juges des référés ne se montrent liés par aucune qualification préalable qui serait intervenue en ce sens »¹⁴⁰.

114. – Consécration en droit de l'environnement. Néanmoins, la doctrine s'y est essayée après le premier arrêt favorable rendu en la matière. En 2005, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a donné droit aux requérants en estimant que la valeur constitutionnelle de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement¹⁴¹ impliquait nécessairement d'« ériger le droit de l'environnement en liberté fondamentale de valeur constitutionnelle »¹⁴². Un des arguments mis en avant pour mettre en doute la légitimité de cette consécration reposait sur la nécessité d'un lien avec l'homme pour que la notion de liberté fondamentale soit utilisable. Ainsi, Laurence Corre identifie le contenu de l'article 1^{er} comme un droit-créance et distingue en son sein un droit défensif et un principe de politique sociale¹⁴³. Elle estime alors que « la décision est contestable car le droit à l'environnement ici invoqué n'était pas un droit défensif, aucune « liberté » n'étant menacée ». De manière similaire, Laurent Fonbaustier estime qu'il ne faut pas aboutir à une « protection de l'environnement en tant que tel » par le biais de ce référé¹⁴⁴. Ces réflexions s'inscrivent dans la continuité de la pensée du référé-liberté décrit par la doctrine organique comme « un instrument autonome et transversal de protection des droits fondamentaux de la personne »¹⁴⁵.

115. – Influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une réelle possibilité pour l'environnement d'être l'objet d'une liberté fondamentale apparaît alors, *a minima* dans sa dimension subjective¹⁴⁶ puisque cette dernière implique l'atteinte à une personne. Cela fait directement écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'appuie, pour consacrer le droit à un environnement sain, sur les articles 2, relatif au droit à la vie, et 8,

¹³⁹ P. Trouilly, « L'environnement et les nouvelles procédures d'urgence devant le juge administratif », *Environnement* 2002, n° 8-9, chron. 15, p. 7.

¹⁴⁰ V. Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2019, p. 55. V. aussi L. Corre, « Les « droits-créances » et le référé-liberté », *DA* 2012, n° 2, étude 3.

¹⁴¹ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051, 2 mars 2005, art 1^{er} : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. ».

¹⁴² TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardenne et a., n° 0500828, 0500829, 0500830. L. Fonbaustier, « Viole de façon grave et manifeste le droit de vivre dans un environnement équilibré le refus préfectoral d'interdire une réunion musicale de type rave party prévue sur un site d'une très haute valeur environnementale », *RDI* 2005, n° 4, p. 265. ; *JCP A* 2016, n° 21, comm. 1216, note. P. Billet. L'espèce concerne l'organisation d'un *rave party* accueillant des milliers de participants sur un terrain accueillant des espèces protégées et classé zone naturelle d'intérêt écologique, faunistique et floristique.

¹⁴³ L. Corre, *op. cit.*

¹⁴⁴ L. Fonbaustier, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁵ J.-M. Sauvé, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », Conseil d'État et Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015.

¹⁴⁶ V. concernant la « dualité du droit de l'homme à l'environnement » et ses dimensions objective et subjective : R. Radiguet, « Référé-liberté », *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, p. 432 s.

relatif à la vie privée et familiale, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). La jurisprudence de la Cour européenne donne une idée du potentiel que pourrait avoir une telle transposition en droit français¹⁴⁷, même si bien sûr, l'utilisation du référé-liberté reste plus anecdotique en raison du caractère exceptionnel de la procédure. À titre d'exemple, et malgré plusieurs échecs¹⁴⁸, un tribunal administratif a accepté un moyen fondé sur le droit à la vie de la CESDH¹⁴⁹.

116. Adaptabilité de la notion de liberté fondamentale. Cet arrêt consacrait aussi la dimension objective du droit à l'environnement sur le même modèle que l'arrêt de 2005 : en s'appuyant sur l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement. Il s'agissait en l'espèce de l'arrivée de deux cents caravanes sur un terrain mis à disposition par la préfecture alors même qu'il se trouvait en site Natura 2000, pour partie en zone naturelle, et en zone naturelle d'intérêt écologique, faunistique et floristique¹⁵⁰. La légitimité de ces jurisprudences pourrait être remise en question pour les raisons évoquées. Cependant, il s'agit avant tout d'un débat éthique et non juridique : la notion de liberté fondamentale est adaptable et le texte de l'article 1^{er} est suffisamment large pour le permettre¹⁵¹. Au regard des potentialités que représente cet article pour la protection de l'environnement et de l'absence d'alternative équivalente, une telle consécration semblerait ne pouvoir que bénéficier à la qualité de notre État de droit. En outre, cela resterait une procédure d'exception, comme le prévoit Michel Prieur, « l'obstacle le plus difficile consistera à satisfaire aux autres conditions » du référé¹⁵².

117. – Conclusion. L'illicéité est une condition phare qui doit être exploitée sous toutes ses formes. Même si certaines procédures peuvent apparaître comme très spécifiques et donc dédiées à des situations anecdotiques, les délaisser reviendrait à ne prévenir que les atteintes les plus communes à l'environnement. En outre, la pratique des mécanismes appelle le changement en les mettant à l'épreuve de la casuistique.

Conclusion du premier chapitre

118. Les voies de droit sont marquées par une très grande diversité. Toutefois, de nombreux rapprochements et nuances peuvent être identifiés pour comprendre leur articulation. Malgré tout, leur sollicitation par les requérants s'avère finalement très inégale et ne permet pas d'exploiter l'intégralité de leur potentiel. La polarisation de la pratique amène à considérer en

¹⁴⁷ « Environnement et Convention européenne des droits de l'homme », Cour européenne des droits de l'homme, Unité de la presse, Fiche thématique, 2022.

¹⁴⁸ CE, 17 févr. 2022, Collectif des maires anti-pesticides et a., n°461263. V. aussi concernant les néonicotinoïdes : CE, ord., 15 mars 2021, Association Terre d'abeille et a., n° 450194, 450199 ; *JCP A* 2021, n° 14, Actualités 214, note. A. Lami. L'obstacle à l'acceptation d'une telle requête en référé-liberté résulte de la nécessité des néonicotinoïdes pour l'exploitation de la betterave sucrière.

¹⁴⁹ TA Nice, ord, 7 juill. 2017, Commune de Gilette, n°1702655 ; *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, note. R. Radiguet, p. 423.

¹⁵⁰ Pour un autre arrêt consacrant la dimension objective : TA Montreuil, ord, 29 janv. 2021, Commune de Mitry-Mory, n°2101144. En l'espèce, les travaux de la SNCF étaient exécutés sans que n'ait été constatée l'absence d'espèce protégée. Une suspension sous astreinte est prononcée afin qu'une expertise convenable soit effectuée.

¹⁵¹ L. Fonbaustier, *op. cit.* : « Le fait est que le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé peut être analysé de différentes manières, la texture ouverte de la formule retenue s'accommodant indiscutablement d'interprétations contrastées ».

¹⁵² M. Prieur, « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement* 2005, n° 4, étude 5.

tant que tels des obstacles juridiques qui ne le sont peut-être pas. La prévention globale des atteintes à l'environnement pâtit de ce manque de diversité. Le réel écologique nécessite des réponses plus malléables car il est un élément sur lequel l'homme n'a pas d'emprise mais qui évolue sans cesse. Ainsi, ce sont les voies de droit qui doivent être en mesure d'offrir des conditions d'accès satisfaisant ces particularités. C'est principalement le cas de la condition d'urgence dont la conception traditionnelle se modèle petit à petit pour permettre une meilleure prévention des dommages.

CHAPITRE 2 / LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE L'URGENCE MODELÉE PAR LA PRÉVENTION DES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT

119. – Condition centrale. En tant que condition centrale des référés, l'urgence joue un rôle important dans la capacité des requérants à obtenir une voie de recours correspondant aux contraintes du réel écologique. Néanmoins, il s'agit avant tout d'une condition de fond commune à toutes les branches du droit. Pour reprendre la distinction opérée par Jacques et Xavier Vuitton, elle présente deux aspects qui permettent son appréciation¹. D'une part, un caractère objectif résultant de la nature du litige. D'autre part, un caractère relatif dépendant de la capacité pour le requérant d'obtenir satisfaction en temps utile devant un juge ordinaire. Ces deux aspects vont influencer la capacité à prévenir efficacement les dommages à l'environnement. Il peut alors être envisagé de repenser les critères classiques de l'urgence sans que cela implique de revenir sur son essence théorique (Section 1). De plus, l'urgence peut être adaptée à la prévention des dommages pour mettre à profit sa modulation (Section 2).

SECTION 1 / REPENSER LES CRITÈRES CLASSIQUES DE L'URGENCE SANS LA DÉNATURER

120. – Interprétation des critères de l'urgence. La condition d'urgence relève de l'essence même des procédures rapides, elle vient justifier le recours à la procédure d'exception qu'est le référé : la notion d'acte conservatoire est liée à l'urgence². Ainsi, comme nous avons pu le démontrer³, les conditions de fond des référés sont des filtres nécessaires à leur existence car elles les légitiment. Les référés d'urgence doivent donc s'approprier cette condition centrale pour conserver leur cohérence. Notre étude vise directement à étudier les relations qu'entretient l'urgence et ses critères avec le droit de l'environnement pour chercher à rééquilibrer leurs rapports sans porter atteinte à son essence même. L'analyse de l'appréciation de l'urgence fait ressortir un manque de considération des enjeux de prévention (§1) tandis que la marge de manœuvre qui la caractérise menace parfois la sécurité juridique en créant des situations imprévisibles (§2.).

§1. Le manque de considération des enjeux de prévention dans l'appréciation des critères de l'urgence

121. – Enjeux de prévention. Les référés, s'ils sont caractérisés par une procédure accélérée, n'ont pas été pensés dans un enjeu spécifique de prévention. Il s'agissait avant tout d'intervenir plus rapidement dans des situations où le temps nécessaire « au travail serein des juges du fond » ne permettait pas « d'éviter que le justiciable ne se trouve seul face à une alternative incompatible avec l'État de droit »⁴. La prévention exige quant à elle un changement de perception, en effet l'intervention doit absolument anticiper le dommage. Or, la conception

¹ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 15.

² M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 93.

³ V. § 24 s.

⁴ X. Vuitton et J. Vuitton, *op. cit.*, p. 14.

théorique de l'urgence et son application dans la jurisprudence s'articulent difficilement avec cet objectif. Elle est marquée par une intervention en amont de l'atteinte difficile (A.) et se présente donc, actuellement, comme un frein à la prévention des dommages environnementaux (B.).

A. *Une intervention difficile en amont de l'atteinte*

122. – Éléments substantiel et temporel. L'urgence, en tant que condition de fond, ne peut être décrite tant elle est insaisissable. Cependant, elle présente des caractères propres qui se retrouvent dans toutes les voies de droit. Ainsi, l'urgence renvoie, comme le décrit Geoffroy Michel, à la réunion de deux éléments : substantiel et temporel⁵. Ces deux critères ne représentent *a priori* pas un obstacle pour la prévention des dommages à l'environnement. C'est cependant dans le développement de leur appréciation que les limites de l'urgence apparaissent. En effet, celle-ci mène à une appréciation du temps trop restrictive (1.) et ne permet pas de mesurer correctement la substance du dommage environnemental (2.).

1. *Une appréciation trop restrictive de la temporalité*

123. – Critère temporel. La temporalité est une notion phare de la prévention puisque c'est ce qui la distingue de la réparation. Or, le présent, qui peut être décrit comme « le temps de l'urgence », prend une forme particulière en matière environnementale, il incarne la nécessité de « lutter contre l'irréversibilité des dommages environnementaux »⁶. Qu'il s'agisse de la matière civile ou administrative, la temporalité de l'urgence découle de concepts similaires tels que l'imminence⁷ et l'immédiateté⁸. Il convient de distinguer le sens de ces notions de l'appréciation qui en est faite par le juge. En effet, au fil des jurisprudences se crée une vision plus acérée des notions afin d'éclairer les requérants sur leur nature. Ainsi, comme le précise justement Pierre-Laurent Frier, l'appréciation de ces critères repose sur le moment où le juge estime, « au-delà d'un certain seuil et d'une certaine date, qui restent souvent délicats à déterminer [que] l'urgence devient indéniable ».

124. – Appréciation restrictive par le juge administratif. Or, il apparaît que ce seuil est fixé de manière assez contraignante par le juge administratif, ce qui mène à une appréciation restrictive de l'urgence. La doctrine constate, dès l'entrée en vigueur des nouveaux référés issus

⁵ G. Michel, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, p. 12.

⁶ J. Makowiak, « À quel temps se conjugue le droit de l'environnement ? », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 273.

⁷ Concernant le référé civil d'urgence, CPC, art. 834 : TGI Paris, 18 déc. 2015, n°15/60067 : « En l'espèce, l'urgence est caractérisée, comme souligné précédemment, par l'imminence des travaux que la FFT entend engager pour la construction d'un nouveau court de tennis dans l'enceinte du Jardin des Serres d'Auteuil. »

Concernant le référé conservatoire pour dommage imminent, CPC, art. 835 al. 1^{er} : TGI Paris, 19 juill. 2019, n°19/56310 : « Le dommage imminent s'entend du dommage qui n'est pas encore réalisé mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer. »

⁸ Considérant de principe en matière administrative : CE Sect., 19 janv. 2001, Confédération nationale des radios libres, n°228815, publié au recueil Lebon : « La condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ».

de la loi de 2000⁹, que le juge exige que les effets de la décision « soient susceptibles d'être déjà constatés ou imminents »¹⁰. Cette affirmation est toujours d'actualité dans le cadre de certaines jurisprudences même s'il ne peut être constaté un mouvement général en ce sens qu'au niveau du référé mesures utiles. Ainsi, de manière inhabituelle, le juge de la suspension a estimé que la requête n'était pas urgente au motif que les travaux n'allaient avoir lieu que quelques mois plus tard, une fois que le juge du fond aurait statué¹¹. Alors que la commune avait déjà manqué à ses engagements concernant les mesures compensatoires, le juge a estimé suffisante l'intervention préfectorale. Ce cas très particulier illustre une réalité plus générale pour les requérants : l'urgence exige une précision importante pour être acceptée, l'introduction de la requête ne doit être ni prématurée, ni trop tardive. En outre, la prévention n'est pas au cœur de la réflexion du juge : il est fort probable que le juge du fond n'intervienne pas avant le début du défrichage et des travaux d'aménagement fixés seulement dix mois après l'audience.

125. – Appréciation souple par le juge civil. Le juge civil adopte, lors de l'appréciation de la temporalité de l'urgence, une approche beaucoup plus souple afin de s'adapter à la casuistique des contentieux. Ainsi, la Cour d'appel a dénoncé « une contradiction évidente » dans un jugement exposant que l'action avait été invoquée trop tôt, « l'urgence se confondant avec la nécessité de prévenir un dommage imminent » mais aussi trop tardivement au regard de « l'inaction des demandeurs »¹². Elle considère l'urgence constituée par l'approche de la floraison du maïs transgénique, objet du contentieux.

126. – Définition prétorienne. L'appréciation de l'urgence est d'autant plus inadaptée à la prévention qu'elle prend en compte la diligence du requérant¹³. Ainsi, le juge du référé mesures utiles a pu prendre en compte le fait que l'atteinte à l'environnement était connue depuis au moins 2010, soit dix ans plus tôt, pour rejeter la requête¹⁴. Or, « l'état dégradé de l'étanchéité de la station d'épuration et l'asphyxie des terres et du milieu forestier environnant » ainsi que les « dommages subis par les requérants » n'étaient pas contestés. Le juge rejette le recours au motif qu'ils n'établissent pas « un danger immédiat ». Cette approche très caractéristique du référé mesures utiles n'est pas cohérente avec la définition prétorienne de l'immédiateté qui exige qu'elle soit appréciée par rapport au délai d'intervention au fond¹⁵. L'immédiateté devrait donc plutôt résider dans la capacité du juge des référés à prendre une décision pertinente avant

⁹ Loi 2000-897 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JUSX9900017L, JORF n°151 du 1^{er} juill. 2000.

¹⁰ P. Trouilly, « L'environnement et les nouvelles procédures d'urgence devant le juge administratif », *Environnement* 2002, n° 8-9, chron. 15, p. 7.

¹¹ TA Nîmes, ord., 16 nov. 2020, Association Collectif pour la sauvegarde de l'Uzège et a., n°2003212.

¹² Agen, ch. civ., 12 juill. 2007, n°07/00842.

¹³ J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 8^e éd., 2022, p. 280.

¹⁴ CE, 7^e et 2^e ch. réunies, ord., 5 juin 2020, Syndicat intercommunal des eaux de Vienne, n°435126, considérant 7 : « Il résulte de l'instruction que si l'état dégradé de l'étanchéité de la station d'épuration et l'asphyxie des terres et du milieu forestier environnant qui en résulte sont connus depuis au moins 2010 et si les dommages subis par les requérants ne sont pas sérieusement contestés, ces derniers n'apportent toutefois aucun élément permettant d'établir un danger immédiat sur le plan sanitaire ou environnemental. » ; *Droit Environ.* 2021, n° 299, note. G. Audrain-Demey et B. Lormeteau.

¹⁵ CE, Sect., 28 févr. 2001, Préfet des Alpes-Maritimes, n°229562, 229563, 229721 : « qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond »

l'intervention du juge du fond. Ainsi, concernant un hippopotame en situation de détention, le juge de la suspension a pu étudier sa capacité à créer « une modification immédiate de [sa] situation »¹⁶. Ce changement de perception tourné vers l'avenir à court terme permettrait déjà une meilleure prévention des dommages. La possibilité que le juge puisse prendre une décision pertinente l'encourage à agir. Le juge a déjà pu juger que rejeter pour défaut d'urgence, alors que les travaux allaient intervenir six mois plus tard, était « en contradiction avec les règles de procédure contentieuse »¹⁷.

127. – Adaptabilité de l'urgence. Cette perspective d'appréciation déjà pratiquée dans certaines circonstances est cohérente avec la définition prétorienne, mais aussi en accord avec la conception théorique de l'urgence. En effet, l'urgence est suffisamment souple pour s'adapter au caractère prospectif du droit de l'environnement¹⁸ : à temps variable, l'environnement peut subir des dommages instantanés comme des atteintes courant sur des décennies. Pierre-Laurent Frier défend cette thèse en constatant qu'un « risque permanent de déclenchement soudain d'un incendie » n'est pas au sens strict un danger imminent mais doit être pris en compte sous peine de vider le texte de sa substance¹⁹. La nécessité d'une approche plus globale de l'urgence n'est donc pas limitée au contentieux des référés, il s'agit d'une question ancienne qui concerne toute action de prévention des dommages.

128. Si l'appréciation du critère temporel de l'urgence est parfois peu favorable, l'appréciation de sa dimension substantielle est encore plus difficilement en accord avec la matière environnementale.

2. *L'irréversibilité : mesure imprécise de la substance du dommage environnemental*

129. – Irréversibilité et gravité. L'articulation du critère de gravité et de la matière environnementale pose une difficulté théorique. En effet, les dommages environnementaux sont caractérisés par leur nature irréversible. Or, cette notion, à plusieurs égards, s'articule difficilement avec celle de gravité.

130. – Perspective globale de l'irréversibilité. En premier lieu, l'irréversibilité s'inscrit dans une appréhension globale de l'environnement. C'est une notion qui ne peut être détachée des deux drames de notre temps : le changement climatique et l'érosion de la biodiversité, intrinsèquement liés. Ainsi, parler d'irréversibilité implique d'envisager chaque atteinte à l'environnement comme un des éléments qui, à plus grande échelle, participe, même de manière minimale, à l'aggravation de ces problématiques écologiques. À ce titre, Martine Rémond-

¹⁶ TA Grenoble, ord., 29 août 2017, Association One Voice, n°1704330, considérant 5.

¹⁷ TA Grenoble, ord., 7 déc. 2020, n2006572 : « Par ailleurs, la circonstance que la première phase des travaux soit achevée à ce jour, n'a pas pour effet de retirer au présent recours son urgence dès lors que la seconde phase est prévue pour être entreprise [...] au mois de mai 2021. À cet égard, ce serait en contradiction avec les règles de procédure contentieuse en matière de référés ainsi qu'avec la réalité du phasage de l'opération que la condition d'urgence pourrait être déniée, pour cette raison, à ce stade. »

¹⁸ S. Maljean-Dubois, *Quel droit pour l'environnement ?*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 2008, p. 33.

¹⁹ P.-L. Frier, *L'urgence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1987. Il s'appuie sur l'arrêt CE, 28 oct 1977, Commune de Merfy, n°95537 01493 et les conclusions du commissaire du Gouvernement, p. 37.

Gouilloud précise que l'irréversibilité est la « marque d'un processus »²⁰. Elle identifie trois caractères qui complexifient l'appréhension de cette notion par le droit : sa temporalité très variable, sa nature inéluctable aux conséquences cumulées inquiétantes et sa dimension incertaine. Ce dernier point s'explique par le fait que même une irréversibilité qui paraît certaine, « c'est-à-dire lorsqu'une modification « définitive » - à l'échelle humaine - de la situation existante apparaît inéluctable », n'est que relative car ses conséquences réelles sur le long terme sont incertaines²¹. Il est possible de retrouver, dans cette assertion, la référence à un changement d'échelle géographique et temporelle, mais aussi à l'inéluctabilité.

131. – Différence de degré. Ainsi, même si des liens peuvent être faits entre gravité et irréversibilité dans certaines situations, l'une n'implique pas l'autre²². En effet, « l'urgence [...] n'implique pas un risque d'irréversibilité »²³, un dommage pouvant être grave mais non irréversible dans la mesure où il n'est pas inéluctable. Or, cela interroge sur la validité de l'hypothèse inverse : l'irréversibilité implique-t-elle la gravité ? La doctrine semble s'accorder sur ce point : il s'agit d'une différence de degré²⁴, en sa présence « la condition d'urgence devrait évidemment être considérée comme remplie »²⁵. L'étude de la jurisprudence a tendance à confirmer que l'irréversibilité certifierait l'urgence en tant que degré supérieur de la gravité. Ainsi, le fait que des travaux soient entamés et représentent des sommes importantes ne permet pas d'écarter l'urgence lorsque le projet « est susceptible de causer aux espèces protégées présentes sur le site une atteinte irréversible »²⁶. Cet argument est repris en matière d'introduction d'espèces²⁷, où le juge fait même preuve de souplesse en évoquant le « caractère difficilement réversible » de la mesure. Ainsi, sur l'ensemble des jurisprudences administratives de notre étude²⁸, quasiment toutes celles qui font référence à l'irréversibilité donnent droit au requérant²⁹.

132. – Effet label. En second lieu, c'est l'absence d'irréversibilité qui fait s'interroger. Afin de confirmer qu'elle est bien entendue comme un degré de gravité, il faut que la jurisprudence ne considère jamais des situations irréversibles comme non graves. Le risque est qu'elle recourt à un « effet label » dans les situations de suspension notamment, sans lien avec le réel

²⁰ M. Rémond-Gouilloud, « L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement », *RJE* 1998, vol. 23, n° HS, p. 9. V. Plus généralement sur le sujet le volume hors-série de la *RJE* 1998 dont est issu l'article intitulé « L'irréversibilité ».

²¹ G. Martin, « Mesures provisoires et irréversibilité en droit français », *RJE* 1998, vol. 23, n° HS, p. 131.

²² M. Rémond-Gouilloud, *op. cit.*, p. 8.

²³ G. Martin, *op. cit.*, p. 133.

²⁴ M. Rémond-Gouilloud, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ G. Martin, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶ CE 6^e et 5^e ch. réunies, ord., 3 juill. 2020, Ministre de la Transition écologique et solidaire, n°430585, considérant 13.

²⁷ TA Nîmes, 7 avril 2015, Collectif des éleveurs de la région des causses de la Lozère et leur environnement, n°1500777, considérant 8. V. aussi en matière de destruction d'espèces : TA Amiens, 28 sept. 2020, Association Aves France et a., n°2002842, considérant 3.

²⁸ Sur l'ensemble des jurisprudences étudiées, 9 jugements utilisent ce terme.

²⁹ V. quelques exceptions : TA Lille, Ord., 14 août 2017, Groupement pour la défense de l'environnement de l'arrondissement de Montreuil-sur-Mer et du Pas-de-Calais, n° 1706635 ; *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, note. V. Delval, p. 418. TA Toulouse, ord., 6 déc. 2021, n°2106355 : « En se bornant à soutenir que les destructions des milieux naturels et des individus des 71 espèces protégées seront irréversibles, sans démontrer la gravité des risques d'atteinte à ces espèces protégées, les associations requérantes ne justifient pas de l'urgence à suspendre à bref délai les effets de l'arrêté contesté. »

écologique. Or, l'étude jurisprudentielle vient confirmer le constat effectué. En effet, si la terminologie d'irréversibilité n'est parfois pas utilisée, une situation qualifiée en tant que telle dans un jugement ne mène jamais à un rejet pour défaut de gravité dans un autre. Ainsi, le classement d'une espèce protégée en espèce nuisible a fait l'objet d'un rejet pour défaut de gravité³⁰. Il apparaît ici que l'irréversibilité est donc une notion détachée de l'inéluctable puisque les atteintes à des spécimens vivants ne sont pas toutes concernées. Visiblement, seules celles qui concernent des espèces protégées le sont. Cela pourrait être justifié par le manque des autres critères de l'irréversibilité. En effet, cette appréciation ne fait aucune référence à des conséquences à une échelle géographique et temporelle importante.

133. – Absence de critère d'irréversibilité. La cohérence théorique de l'ensemble est assurée mais sa réalité pratique n'est pas certaine. Il est peu probable que le juge ait véritablement fait de l'irréversibilité un critère en tant que degré de gravité. Il peut légitimement être supposé que l'irréversibilité est plutôt un outil de langage qui permet de simplifier la preuve de la gravité lorsqu'elle semble évidente au juge. En toute hypothèse, la gravité est rarement un critère de rejet des référés, il est prononcé principalement dans des domaines sans jurisprudence établie³¹.

134. Ainsi, principalement en raison de l'interprétation du critère d'immédiateté, l'urgence peut se présenter comme un frein à l'introduction de recours en matière préventive.

B. L'urgence, frein actuel à la prévention des dommages environnementaux

135. – Condition restrictive. Étudier les critères de l'urgence amène à identifier les éléments qui peuvent créer des obstacles dans la mesure où ils s'articulent mal avec les exigences de prévention. Les conséquences d'une condition de fond trop restrictive peuvent être plus ou moins importantes.

136. – Accessibilité du référé-suspension. Dans le cas du référé-suspension, ces conséquences sont plutôt mesurées. En effet, même s'il connaît des jurisprudences à l'interprétation défavorable à l'environnement, ces rejets ne sont pas systématiques. Le grand nombre de jurisprudences rendues montre en effet que cette procédure permet régulièrement d'obtenir gain de cause malgré le filtre que représente l'urgence. Ainsi, même si anticiper les rejets n'est pas facile, ce référé offre une voie de recours accessible³². Toutefois, ces données proviennent de France Nature Environnement, une association spécialisée en contentieux de l'environnement. Il est peu probable que les statistiques soient aussi satisfaisantes lorsque les recours sont portés par des requérants ordinaires qui maîtrisent moins les ressorts procéduraux, mais surtout, n'ont pas la possibilité de choisir les dossiers les plus susceptibles d'aboutir.

³⁰ CE 1^{ère} et 6^e sous-sections réunies, 5 juin 2007, ASPAS, n°303525.

³¹ CE, 8 juin 2012, FNE, n°359570 : pas d'atteinte grave et immédiate aux paysages et au cadre de vie résultant de la nouvelle réglementation applicable aux enseignes et aux bâches de publicité.

³² « Note de réflexion sur la question des référés en matière d'environnement », France Nature Environnement, 2021. En annexe de ce rapport effectué par l'association figure une étude basée sur le dépôt de 87 requêtes en référé-suspension : 43 ont donné lieu à suspension. 22 rejets reposaient sur l'absence de doute sérieux, 19 sur l'absence d'urgence.

137. – Abandon du référé mesures utiles. Cependant, une condition de fond trop restrictive peut aussi mener à l'abandon de la pratique d'une voie de recours. C'est l'hypothèse du référé mesures utiles³³. En effet, le critère du danger immédiat tel que présenté crée un obstacle incontournable à l'obtention d'une mesure par le biais de cette procédure. Or, son potentiel préventif n'est pas dénué d'intérêt. En effet, le référé conservatoire administratif est une voie de droit particulièrement intéressante³⁴ qui permet au juge de prendre toute mesure utile.

138. – Objet du référé mesures utiles. Si le cumul des conditions d'urgence, d'utilité de la mesure et d'absence d'obstacle à l'exécution d'une décision administrative qui l'accompagne semble très contraignant, ce n'est en théorie pas le cas. En effet, la « fonction [d'un acte dit conservatoire] doit s'arrêter à ce stade préventif : neutraliser la menace »³⁵. La lecture des développements de Marcel-René Tercinet sur la notion d'acte conservatoire donne sens aux conditions de ce référé. L'utilité résulte logiquement de son but : elle doit être appréciée au regard de sa capacité à prévenir provisoirement une menace. À défaut, cette procédure ne remplit pas son objectif. L'absence d'obstacle à une décision administrative résulte d'une articulation avec le référé-suspension qui doit rester la référence en présence d'une décision³⁶. Ce caractère subsidiaire du référé mesures utiles a été expressément consacré par le Conseil d'État pour éviter son détournement au profit de situations susceptibles d'être appréhendées par les deux autres référés d'urgence³⁷. Enfin, l'absence de contestation sérieuse³⁸, forme de critère d'évidence, apparaît en cohérence avec le fonctionnement des référés : prendre des mesures conservatoires nécessite la plupart du temps des injonctions. Cela pourrait être débattu, cependant, cette condition ne représente pas – du moins pour l'instant – un obstacle pratique important.

139. – Potentialités préventives. Ces éléments précisés, il convient de s'attarder sur les potentialités préventives du référé mesures utiles. En premier lieu, cette procédure peut être utilisée par l'administration lorsqu'elle souhaite obtenir l'expulsion d'un occupant sans titre du domaine. Cela permet une prévention indirecte des dommages à l'environnement lorsque la propriété est instrumentalisée à des fins environnementales. Il en est ainsi des acquisitions de

³³ Seulement 18 référés mesures utiles ont été répertoriés en première instance en 2020 sur les 299 soumis à l'étude. N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, p. 8.

³⁴ CJA, art. L. 521-3 : « En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. »

³⁵ M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 106.

³⁶ TA Nîmes, ord., 21 août 2018, Fédération nationale de défense du pastoralisme, n°1802510, considérant 6 : « le préfet de la Lozère a pris le 31 mai 2018 un arrêté portant délimitation des zones d'éligibilité à l'opération de protection de l'environnement dans les espaces ruraux (OPEDER) grands prédateurs [...] ; que les mesures demandées [...] sont de nature à faire obstacle à l'exécution de cet arrêté ».

³⁷ CE sect., 5 févr. 2016, M. Benabdellah, n°393540, publié au recueil Lebon, considérant 3 : « qu'en raison du caractère subsidiaire du référé régi par l'article L. 521-3, le juge saisi sur ce fondement ne peut prescrire les mesures qui lui sont demandées lorsque leurs effets pourraient être obtenus par les procédures de référé régies par les articles L. 521-1 et L. 521-2 »

³⁸ Condition prétorienne issue de l'arrêt CE ass., 3 mars 1978, Lecocq, Lebon 116. V. J.-C. Bonichot, P. Cassia et B. Poujade, *Grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 8^e éd., 2022, p. 404.

terrain par le Conservatoire du littoral³⁹. D'autres utilisations, notamment en matière de services publics environnementaux pourraient être envisagées. En second lieu, le recours à des fins environnementales peut être exercé par des requérants privés. Une des voies les plus utilisées concerne la communication immédiate de documents : elle peut aussi servir indirectement la protection de l'environnement⁴⁰. Une deuxième voie, sans conteste la plus prometteuse, concerne les dommages issus de travaux publics ou ouvrages publics.

140. – Danger immédiat. Or, comme cela a déjà été explicité⁴¹, le critère de l'urgence prend une dimension particulière lorsqu'il s'agit de ce référé : le danger immédiat⁴². En pratique, cette condition est un obstacle quasiment insurmontable en matière environnementale. En effet, il n'a pas été caractérisé par le juge alors même que des inondations étaient survenues aux saisons des pluies précédentes et que l'état du réseau d'eau laissait présager que cela pourrait se reproduire⁴³. Le danger ne semblait pas non plus questionnable en raison des dommages qu'avait déjà dû subir la société du fait du dépôt de boue au rez-de-chaussée de son bâtiment. La doctrine n'a pu que constater l'exigence de ce critère qui a pu être qualifié d'« excessif, voire illusoire »⁴⁴.

141. – Un assouplissement nécessaire. Néanmoins, les potentialités préventives de ce référé sont réelles, puisque le Conseil d'État a pu confirmer une ordonnance enjoignant la sécurisation d'un navire échoué chargé d'hydrocarbures et de matériel polluant⁴⁵. Le fait que la demande provienne de l'administration et s'adresse à une société privée amenuisait grandement les conditions d'accès à cette procédure, le danger immédiat n'étant plus requis. La pertinence de cette jurisprudence montre à quel point il est nécessaire d'assouplir le critère du danger immédiat. Au demeurant, on peut noter la présence de garde-fous préexistants puisque le dommage doit être imputé à la personne publique – la faute, le dommage et le lien de causalité doivent être établis – et l'intérêt général ou le droit des tiers peuvent faire obstacle à la mesure⁴⁶. Or, l'ensemble de ces éléments aurait pu être réuni dans les jurisprudences étudiées.

142. Si les critères de l'urgence peuvent constituer des obstacles procéduraux, des entraves moins évidentes peuvent être constatées. En effet, la marge de manœuvre laissée au juge ne favorise pas la prévisibilité des décisions rendues en référés, l'urgence en est l'exemple type en la matière.

³⁹ TA Rennes, 29 févr. 2012, Conservatoire du littoral, n°1200467 : l'évacuation sous 24H est ordonnée, le Conservatoire souhaitant démolir les constructions dans l'objectif de restaurer le paysage.

⁴⁰ CE 6^e et 3^e ch. réunies, 12 juill. 2017, M^e A, n°406327 : concernant la demande de la communication d'un contrat d'assurance par le port de Rouen au liquidateur de la société afin de financer la dépollution du site.

⁴¹ V. § 126.

⁴² CE sect., 18 juill. 2006, M^{me} Elissondo Labat, n°283474, publié au recueil Lebon : « le juge des référés peut, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, enjoindre au responsable du dommage de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou mettre un terme aux dangers immédiats présentés par l'état de l'immeuble ».

⁴³ CE, 28 févr. 2019, Sodifram, n°424005 ; *Gaz Palais* 2019, n° 14, note. A. Minet-Leleu, p. 14.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 6. ; C. Feulié, « Référé mesures utiles : le Conseil d'État exige la démonstration d'un danger immédiat sur le plan sanitaire ou environnemental », *Gaz Palais* 2020, n° 28, p. 38.

⁴⁵ CE 6^e et 5^e ch. réunies, 19 nov. 2020, n°439912, Inédit au recueil Lebon. Confirme TA Polynésie française, 18 mars 2020, n°2000056.

⁴⁶ CE sect., 18 juill. 2006, M^{me} Elissondo Labat, n°283474, publié au recueil Lebon.

§2. La marge de manœuvre dans l'appréciation de l'urgence, un enjeu de sécurité juridique

143. – **Casuistique des référés.** L'appréciation des critères classiques qui composent l'urgence présente déjà une certaine forme d'imprévisibilité comme cela a pu être démontré précédemment. Cet aléa est dû à la casuistique des référés et crée, intrinsèquement, un obstacle à la prévisibilité du contentieux et menace donc la sécurité juridique⁴⁷. Cependant, cette marge de manœuvre est d'autant plus importante que le contrôle de l'urgence est très variable (A.). Dans ce contexte, assurer une meilleure prévention des dommages demanderait de clarifier l'interprétation du critère de l'urgence pour la rendre plus prévisible (B.).

A. L'imprévisibilité du contrôle

144. – **Contrôle propre aux référés.** Le contrôle de l'urgence est caractérisé par une forme propre aux référés : le bilan des urgences. En raison de sa particularité, il fait l'objet de nombreuses critiques quant à sa légitimité (1.). En outre, sa pratique n'est pas homogène et sa définition prétorienne fait souvent l'objet de diverses entorses qui viennent le dénaturer (2.)

1. La pesée des intérêts : une légitimité questionnée

145. – **Bilan des urgences.** Le recours à un contrôle de proportionnalité, qui s'assurerait de l'adéquation de la mesure au but, serait nécessaire en raison de la nature exceptionnelle qui accompagne l'urgence⁴⁸. En l'occurrence, cette exception se manifeste par le prononcé de mesures sans que le juge ait statué au fond. Cependant, il ne s'agit pas d'un contrôle de proportionnalité au sens commun. En effet, il ne semble pas qu'il offre les mêmes garanties. Un contrôle classique de proportionnalité est un « contrôle du raisonnable » qui prend la forme d'une « balance entre les moyens utilisés par l'administration, d'une part, et le but visé par l'administration d'autre part »⁴⁹. En matière de référés, la jurisprudence a modifié son appréciation⁵⁰. Le juge confronte l'urgence à suspendre par rapport à l'urgence à poursuivre dans ce qui a pu être appelé un « bilan des urgences »⁵¹. Or, la préservation de l'environnement occupe une place particulière dans cette appréciation puisqu'elle est depuis longtemps reconnue d'intérêt général⁵² : elle correspond donc à l'un des intérêts publics en mesure de peser dans la balance⁵³. L'environnement obtient donc une place préférentielle dans cette pesée des intérêts puisqu'il aura tendance à primer sur les intérêts privés.

146. - **Primauté des intérêts publics.** L'étude des quatre situations qui peuvent résulter de cette confrontation des urgences proposée par Benoît Caviglioli est édifiante à ce sujet⁵⁴. La

⁴⁷ V. § 53 s.

⁴⁸ P.-L. Frier, *L'urgence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1987, p. 118.

⁴⁹ G. Kalfèche, « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », *Petites Affiches* 2009, n° 46 spécial, p. 46.

⁵⁰ CE, ord., 10 déc. 2001, Ministre de l'Intérieur, n°234896 : « que, dans ces conditions, la condition d'urgence, qui doit s'apprécier objectivement et globalement, n'est pas remplie ».

⁵¹ M. Guyomar et P. Collin, « Référé et contrôle de cassation, synthèse de la jurisprudence du Conseil d'État des cinq premiers mois depuis l'entrée en vigueur du Code de justice administrative », *AJDA* 2001, n° 5, p. 465.

⁵² M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2019, p. 39.

⁵³ CE, ord., 5 nov. 2001, Commune de Cannet-des-Maures, n°234396.

⁵⁴ B. Caviglioli, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA* 2003, n° 13, p. 642.

première hypothèse concerne les suspensions qui ne se heurtent à aucun intérêt public, le bilan est alors écarté. Le contentieux de l'urbanisme en est un exemple, ce qui explique la plus grande facilité avec laquelle la condition d'urgence est constituée⁵⁵. Pour la seconde hypothèse, la suspension va dans le sens d'un intérêt public puisque la décision lui porte atteinte. La troisième hypothèse fait référence au cas de l'alliance d'un intérêt privé avec un intérêt général pour le faire prévaloir sur un autre intérêt d'ordre public. Il s'agit de l'option où la confrontation des intérêts est la plus importante mais aussi la plus délicate. Enfin, la dernière hypothèse renvoie à la situation où un intérêt privé contredit un intérêt public : l'intérêt public prime dans quasiment tous les cas. La prévention de l'environnement, selon les situations de fait, se situera dans l'une des trois dernières hypothèses : dans le second et le quatrième cas, elle primera sans difficulté, c'est la troisième hypothèse qui fait débat. Cela précisé, et sans s'attarder sur la problématique d'un système qui défavorise les intérêts privés, il peut être constaté qu'elle est *a priori* plutôt favorable à l'environnement et généralement prévisible, sauf en présence d'un autre intérêt public.

147. – Choix du contrôle. Malgré cela, la doctrine semble nourrir une certaine appréhension quant à l'opportunité que peut dissimuler l'appréciation de l'urgence puisque le juge effectuerait un « contrôle de l'opportunité de l'exécution » de l'acte⁵⁶. Dans ce cadre, la question de la primauté de l'utilité sur la légalité se pose. Ce sentiment est renforcé par le choix de recourir à un contrôle sous forme de pesée des intérêts. Il faut préciser que, déjà en matière d'excès de pouvoir, le juge administratif dispose en réalité d'une totale liberté quant au type de contrôle qu'il souhaite effectuer. Ainsi, il décide de celui qui lui semble le plus adapté selon les faits de l'espèce⁵⁷. En matière de référés, le contrôle dépend directement des conditions de fond, il est donc guidé. Celui imposé en matière de référé-liberté est nécessairement plus exigeant puisqu'une urgence caractérisée est nécessaire. Cependant, l'ajout prétorien d'une pesée des intérêts menace l'équilibre global du contrôle du juge.

148. – Déséquilibre. En réalité, le bilan des urgences effectué porte atteinte à la cohérence de ces voies de droit. En effet, l'urgence doit s'apprécier par rapport au requérant et à son intérêt, elle ne doit pas faire l'objet d'un contrôle prenant en compte des intérêts concurrents. Elle dépend des faits de l'espèce, la prise en compte d'autres éléments s'éloigne de la notion d'urgence. En outre, il s'agit effectivement d'une possibilité de rejeter la requête pour des raisons externes à l'acte alors même que la légalité de ce dernier n'a pas fait l'objet d'une analyse.

149. – Véritable contrôle de proportionnalité. Ce contrôle paraît d'autant plus surprenant lorsqu'il est comparé à la pratique civiliste. Ainsi, lorsqu'un contrôle de proportionnalité a été intégré lors de l'appréciation du trouble manifestement illicite du référé civil conservatoire⁵⁸,

⁵⁵ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, p. 611.

⁵⁶ B. Caviglioli, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁷ F. Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rép Contentieux Adm.* 2019, § 45.

⁵⁸ J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 7^e éd., 2019, p. 358. Ce contrôle de proportionnalité est effectué par le juge « au regard d'un principe garanti par la Convention ou la Cour européenne des droits de l'homme ». V. aussi Civ. 1^{re}, 2 févr. 2022, n°20-16.040 ; *Procédures* 2022, n° 4, note. Y. Strickler.

les mêmes remarques ont été formulées. En matière judiciaire, la loi peut être écartée par le juge au profit d'un autre intérêt, au détriment de la sécurité juridique qui assure la prévisibilité des jugements⁵⁹. Cependant, ce contrôle n'est en réalité pas du tout de la même nature. Il s'agit d'un véritable contrôle de proportionnalité qui étudie l'importance de l'atteinte constatée et la met en balance avec d'autres droits en concurrence. L'illicéité ayant déjà été caractérisée à ce stade de la procédure, elle constitue l'élément le plus important de ce contrôle. Il faut donc une atteinte extrêmement importante pour écarter l'application de la mesure. En matière environnementale, cela se manifeste par un contrôle qui porte sur l'intérêt de démolir une construction illicite ainsi que sur l'atteinte que cela représente pour le droit au respect du domicile. Le juge s'appuie sur un faisceau d'indices pour déterminer s'il y a atteinte⁶⁰. Cette dernière est reconnue dans des cas très particuliers telle que la vulnérabilité particulière de l'occupant⁶¹. Certes, la condition du doute sérieux est moins contraignante que celle de l'illicéité manifeste. Il serait donc normal qu'un contrôle de proportionnalité soit moins exigeant si le juge y recourait en matière administrative.

150. L'exemple du contrôle de proportionnalité en matière civile illustre la pertinence d'y recourir. Cela est d'autant plus justifiable qu'il s'agit de mesures portant parfois des atteintes conséquentes aux droits des personnes alors même qu'elles font l'objet d'une procédure rapide. Toutefois, le bilan des urgences effectué par le juge administratif ne présente pas du tout les mêmes avantages. La dénaturation de ce contrôle menace la cohérence des référés administratifs et les rend imprévisibles.

2. La dénaturation du contrôle

151. – **Complexité du contrôle.** La présence d'un véritable contrôle de proportionnalité serait pertinente en matière administrative. Celui-ci pourrait remplacer la pesée des intérêts actuellement effectuée dans le cadre de l'urgence. Cette dernière conserverait alors sa nature initiale relative aux intérêts du requérant. Toutefois, un tel contrôle ne serait pertinent qu'une fois tous les éléments de l'espèce analysés par le juge. En effet, son but consiste à examiner « si l'acte était le mieux adapté à la situation litigieuse et si n'existait aucune autre solution plus satisfaisante »⁶². À plusieurs égards, ce type de contrôle se développe en matière de référés. Cela montre la volonté du juge d'étendre son appréciation globale, pour l'instant limitée à l'interprétation de la condition d'urgence. Cependant, l'exercice de son contrôle par le juge est parfois dénaturé, si bien qu'il en devient imprévisible.

⁵⁹ P.-Y. Gautier, « La substitution, par présupposé, de la « balance des intérêts » au syllogisme judiciaire », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 11.

⁶⁰ Poitiers, 1^{re} ch., 8 mars 2022, n°21-02352 : « Dans l'appréciation du caractère proportionné de la sanction de démolition, il doit être tenu compte de la nature de l'irrégularité de la construction, éventuellement depuis son origine, de la connaissance qu'avait la personne de l'illégalité de la construction entreprise, de la nature précise de l'intérêt protégé et des possibilités de relogement existantes, au regard de l'importance et de l'ancienneté de l'implantation des personnes concernées. » En l'absence d'une difficulté de relogement et en raison de la connaissance de l'illégalité de la construction dès l'origine de sa construction, le juge fait primer sans difficulté « l'impératif de protection de l'environnement, d'intérêt général ».

⁶¹ Paris, pôle 1 ch. 2, 18 nov. 2021, n°21/08658 : « Aussi, en dépit du non-respect des règles d'urbanisme constitutif d'un trouble manifestement illicite, l'expulsion sollicitée porterait, au vu des éléments ci-dessus exposés, une atteinte disproportionnée au droit de M. X au respect de son domicile, à défaut pour la commune de justifier du besoin social impérieux de le voir expulsé et de l'absence de solution de relogement malgré sa vulnérabilité ».

⁶² F. Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rép Contentieux Adm.* 2019.

152. Contrôle de la condition du doute sérieux. Tout d'abord, il peut être constaté la pratique d'une forme de contrôle de proportionnalité lors de l'étude du doute sérieux. L'idée n'est pas problématique, notre étude propose justement l'association de la proportionnalité avec l'étude de la légalité de l'acte. Cependant, le poids accordé aux éléments pris en compte n'est alors pas en cohérence avec le but de la mesure. Ce cas est notamment observé en matière de dérogation à la protection intégrale des espèces protégées⁶³ avec l'exemple particulier des raisons impératives d'intérêt public majeur (RIIPM)⁶⁴. En effet, dans le cadre de ces « dérogations espèces protégées », deux conditions communes doivent être remplies : l'absence d'autre solution satisfaisante et l'absence d'obstacle au maintien de l'espèce dans un état de conservation favorable. Enfin, une condition de motif est exigée et laisse l'alternative entre un motif scientifique, la prévention des dommages agricoles et la RIIPM. Or, cette dernière a gagné en importance dans le contentieux français jusqu'à éclipser les deux autres. Ainsi, le contrôle des juges se focalise sur cette condition, même si l'une des deux premières aurait pu justifier la suspension. Un contrôle de chacune des conditions ne serait pas défavorable à l'environnement. Il permettrait au contraire, en cas d'incertitude sur la RIIPM, d'effectuer un contrôle au regard « des atteintes effectives aux espèces protégées »⁶⁵. En effet, la RIIPM est paradoxalement une condition « extrinsèque » à l'atteinte aux espèces⁶⁶.

153. Acceptabilité de l'atteinte. Or, l'appréciation de ces dérogations mène à un contrôle de proportionnalité puisqu'elle exige que le juge s'assure que le projet répond, « par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, tels que notamment le projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une [RIIPM] »⁶⁷. Cependant, cette appréciation est problématique : la notion de RIIPM, déjà fortement empreinte de subjectivité, permet donc de prendre en compte la compensation écologique. La logique est alors inversée : ce n'est plus l'intérêt public majeur qui justifie l'atteinte, mais l'atténuation de l'atteinte elle-même. Il s'agit de « rendre acceptable l'atteinte », les mesures compensatoires venant « lester l'intérêt public majeur d'ordre économique et social »⁶⁸. Le contrôle qui devrait être exercé par le juge est dénaturé : la proportionnalité demande l'étude de l'adéquation des moyens investis par rapport au but poursuivi. L'acceptabilité ne devrait pas être l'objet d'une analyse lors de l'analyse de conditions de dérogation aussi sévères.

154. – Critère de gravité. La dénaturation du contrôle du juge se manifeste aussi par le déplacement du bilan des urgences au sein de l'appréciation du critère de gravité. La mise en balance des intérêts se faisant au moment de l'appréciation de l'urgence, le juge rejette parfois pour défaut de gravité. Or, la fusion des deux dénature parfois la pesée des intérêts qui « s'écarte alors substantiellement de celle utilisée en principe »⁶⁹. Ainsi, l'intérêt à exécuter se trouve

⁶³ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2019, p. 441.

⁶⁴ C. envir., art. L. 411-2.

⁶⁵ S. Hoynck, « Les sables mouvants de la « raison impérative d'intérêt public majeur » », *Droit Environ.* 2022, n° 308, p. 51.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁷ TA Toulouse, ord., 17 févr. 2022, FNE Midi-Pyrénées et a., n°2200362.

⁶⁸ R. Radiguet, « Protection de la nature », *RJE* 2013, vol. 38, n° 3, p. 496.

⁶⁹ V. Delval, « Droit national - Protection de la nature », *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, p. 418.

remplacé par « l'objectif de protection de l'espèce concernée »⁷⁰. Cette pratique se rapproche d'un contrôle de proportionnalité dans la prise en compte du but de la mesure, mais ne permet toujours pas qu'il remplisse son objectif. En effet, il est toujours limité à l'appréciation de l'urgence et détaché de la légalité.

155. – Approche globale. Ces deux exemples montrent que, selon l'espèce, le contrôle du juge peut considérablement changer, sans que cela soit vraiment prévisible. La tendance du juge à vouloir adopter une approche plus globale dans son appréciation des référés semble cependant tout à fait légitime, ce qui pose la question du moment opportun pour le faire. Il a pu être suggéré qu'il s'exerce au moment de l'appréciation des pouvoirs du juge⁷¹. En effet, le contrôle de proportionnalité brouille les distinctions entre les critères, ce qui n'est pas favorable à la lisibilité du contentieux. Le choix de l'étudier en dernier aurait le mérite de délimiter plus précisément l'articulation des notions et d'assurer qu'il retrouve son intérêt premier, « mesurer le caractère approprié » de l'exercice de ses pouvoirs⁷².

156. – Contrôle favorable à la prévention. En outre, cette évolution améliorerait la prévention des dommages. En effet, si le juge administratif recourait à un contrôle de proportionnalité au moment de la décision de la mesure, sur le modèle de celui effectué par le juge civil, il pourrait lui donner une dynamique préventive. De plus, quel que soit le référé, ce type de contrôle réduirait le filtre formé lors de l'interprétation de l'urgence au profit d'un contrôle plus respectueux de l'objectif préventif poursuivi. La gravité de l'atteinte et l'intensité du doute quant à la légalité seraient deux éléments majeurs de cette appréciation globale.

157. – Impact limité sur la prévention. Néanmoins, malgré le défaut de légitimité de ce bilan des urgences, l'impact qu'il représente pour la prévention des dommages à l'environnement est limité dans les faits. En effet, notre étude n'a pu répertorier qu'un seul rejet formulé par un tribunal administratif au regard du contrôle de proportionnalité⁷³. Or, ce dernier concernait de surcroît une mise en balance avec un autre intérêt environnemental en plus d'intérêts de sécurité et d'économie⁷⁴. Il semblerait donc que les deux juges fassent une appréciation très mesurée de ce contrôle. La décision semble justifiée et ne semble aucunement relever d'une forme d'opportunité.

158. En tout état de cause, il serait opportun de clarifier l'interprétation de ces conditions. Cela participerait à l'objectif de clarification de la condition de l'urgence pour assurer une meilleure prévention.

⁷⁰ TA Lille, ord., 4 août 2017, Groupement pour la défense de l'environnement de l'arrondissement de Montreuil-sur-Mer et du Pas-de-Calais, n°1706635, considérant 2 : « qu'en matière de réglementation de la chasse, une disposition ne saurait être regardée comme ayant des conséquences suffisamment graves pour justifier l'usage des pouvoirs du juge des référés du seul fait que son application entraînera la mort de certains animaux ; qu'il y a lieu de se fonder sur les conséquences de la mesure au regard de l'objectif de protection de l'espèce concernée ».

⁷¹ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 161.

⁷² *Ibid.*, p. 162.

⁷³ Annexe 2 / Études statistiques, 2. Statistiques concernant les rejets, A. Motifs des rejets, Figure 4.

⁷⁴ Ta Rouen, ord., 19 juill. 2017, Groupement régional des associations de protection de l'environnement de Normandie et a., n°1701997. Les opérations d'immersions de produits de dragage visent à éviter une pollution des eaux. Elles comportent aussi des enjeux concernant la sécurité de la navigation et le bon fonctionnement des activités économiques du Grand port maritime de Rouen.

B. Clarifier l'interprétation de l'urgence pour mieux prévenir

159. – Suppression de la condition d'urgence. En raison des obstacles procéduraux créés par l'urgence, la question de la pertinence de cette condition de fond pourtant si commune se pose. L'interrogation apparaît particulièrement lorsqu'une condition d'illicéité est présente. L'option existe déjà en matière civile, la doctrine a donc pu suggérer que la présence d'une illicéité suffise sans qu'une urgence doive être établie⁷⁵. Bertrand Seiller estimait ainsi qu'une « décision reconnue suspecte, évidemment par l'avis d'un juge, ne devrait produire aucun effet, même négligeable »⁷⁶. L'objectif serait d'évincer l'obstacle causé par le critère contraignant de l'immédiateté ainsi que par la mise en balance des intérêts effectuée par le juge⁷⁷.

160. – Pertinence de la condition d'urgence. Ce point de vue nous semble pouvoir être nuancé à deux égards. À titre principal, tel que cela résulte en filigrane de la lecture des développements de Bertrand Seiller, la suppression de l'urgence renforcerait par ricochet la condition du doute sérieux. L'auteur propose ainsi de la supprimer en présence de « forts indices d'illégalité »⁷⁸. Or, il ne faut pas perdre de vue, tel que cela a pu être développé⁷⁹, que l'appréciation du doute sérieux constitue un obstacle au même titre que l'urgence en matière environnementale. Le risque serait donc de fermer définitivement la voie du référé-suspension à une part importante des situations de fait tout en brouillant la lisibilité de l'appréciation du doute sérieux qui serait fatalement influencée si l'urgence ne semble pas évidente au juge. Dans la continuité des analyses effectuées, notre étude s'inscrit donc plutôt dans une volonté de sensibiliser les juridictions à la cause environnementale pour qu'elles portent une appréciation assouplie de l'immédiateté et du doute sérieux, notamment sur les points précisément identifiés. À titre subsidiaire, cette option de suppression se détache de l'hypothèse d'une urgence atténuée⁸⁰ sur le modèle du droit de l'urbanisme ou sur un modèle plus prétorien, qui présente quant à elle l'intérêt de s'inscrire dans une perspective d'urgence⁸¹.

161. – Appréciation assouplie. La conservation de la condition d'urgence s'inscrit aussi dans la volonté d'éviter de dénaturer une procédure et son efficacité déjà constatée à de nombreux égards⁸². Une appréciation plus souple de la condition d'urgence par les juridictions s'inscrirait en outre dans la continuité de la conception véhiculée par la juridiction suprême. En effet, le contentieux de l'urgence regroupe à la fois les situations d'urgence, mais aussi des

⁷⁵ D. Hédary, « Modernisation du droit de l'environnement », Groupe de travail sur la réforme du contentieux administratif de l'environnement, 2015, p. 24. La proposition prenait la forme d'un « référé spécial environnemental » soumis à un délai de deux mois sans condition d'urgence. Le groupe de travail rejetait cet ajout, d'une part en raison du manque de retours chiffrés sur les rejets liés à l'urgence, d'autre part car l'étude de l'urgence est parfois nécessaire si elle n'est pas évidente.

⁷⁶ B. Seiller, « Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension », *Recl. Dalloz* 2001, n° 18, p. 1414.

⁷⁷ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, p. 620.

⁷⁸ B. Seiller, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁹ V. § 67 s.

⁸⁰ J. Bétaille, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸¹ V. § 174 s.

⁸² V. pour de plus amples développements : S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 149.

affaires où la rapidité est exigée pour une « bonne administration de la justice »⁸³. Ainsi, il apparaît que l'objectif d'un meilleur accès à la justice poursuivi par la doctrine en matière environnementale⁸⁴ serait plus adéquatement satisfait par un assouplissement de la condition d'urgence plutôt que par sa suppression.

162. – Conclusion. L'ensemble des éléments développés tendent à montrer que l'appréciation de l'urgence peut poser quelques difficultés à la prévention des dommages, notamment en raison de la jurisprudence qui a pu s'installer. Cependant, une approche théorique de l'urgence montrait en parallèle qu'elle permettait une interprétation plus large et qu'elle était même utile au contentieux environnemental. Cela peut notamment se constater par l'étude de son adaptation, déjà en cours, à la prévention des dommages.

SECTION 2 / ADAPTER L'URGENCE À L'OBJECTIF DE PRÉVENTION DES DOMMAGES

163. – Condition à l'interprétation souple. La condition d'urgence présente un certain nombre d'éléments qui montrent sa capacité d'adaptation aux enjeux de prévention, voire plus spécifiquement à la matière environnementale. En effet, il s'agit d'une condition qui, en raison de sa nature très théorique et subjective, laisse une grande marge de manœuvre aux acteurs du droit. Ainsi, l'urgence peut être un moyen direct de facilitation de la prévention (§1.). En outre, son renforcement par un critère d'imminence permet de créer des procédures plus exigeantes qui diversifient les voies de recours (§2.).

§1. L'urgence : outil de facilitation de la prévention

164. – Assouplissement de l'urgence. L'urgence, si elle est une condition de fond des référés administratifs, peut faire l'objet d'un assouplissement. Cela se matérialise principalement par le recours à des présomptions de deux sortes : présomptions légales et présomptions de fait. Elles permettent, par l'établissement d'un fait, d'induire un autre fait⁸⁵. Plusieurs présomptions légales d'urgence sont au service de la prévention des dommages à l'environnement (A.). Quant aux présomptions de fait, elles sont moins certaines si bien qu'il s'agit plutôt d'une forme d'affaiblissement qui reste encore à préciser (B.).

A. *L'urgence présumée par la loi : une technique juridique éprouvée mais délimitée*

165. – Gain de temps. Les présomptions légales sont particulièrement adaptées aux procédures de référés. D'une part, elles permettent aux requérants de bénéficier d'un renversement de la charge de la preuve. D'autre part, le juge peut se fonder sur des éléments de

⁸³ « Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État », Conseil d'État, 2015, p. 9. V. aussi D. Hédary, « Modernisation du droit de l'environnement », Groupe de travail sur la réforme du contentieux administratif de l'environnement, 2015, p. 25.

⁸⁴ J. Bétaille, « Le paradoxe du droit d'accès à la justice en matière d'environnement », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, (dir. J. Bétaille), Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2016, p. 20.

⁸⁵ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 327.

faits souvent plus évidents. Il s'agit donc d'un gain en rapidité pour des procédures qui dépendent de ce critère de délai.

166. – Urbanisme. En premier lieu, une présomption d'urgence a été créée pour les contestations d'autorisations d'occupation des sols sur le fondement du référé-suspension⁸⁶. L'objectif étant principalement de lutter contre le fait accompli car l'annulation d'un permis ne permettait pas d'éviter l'illicéité qui découlait d'une construction illégale. Cette présomption s'accompagne en outre d'un champ d'application temporel important qui lui permet d'éviter les rejets pour défaut d'immédiateté : elle s'applique durant toute « la période allant de l'obtention de l'autorisation d'utilisation des sols jusqu'au quasi-achèvement des travaux »⁸⁷.

167. – Référés-environnement. En second lieu, des procédures spécifiques, dérivées du référé-suspension, ont été prévues en matière environnementale. Elles se divisent en deux cas de figure. Le premier est un référé dit étude d'impact⁸⁸ qui prévoit la suspension en l'absence de l'évaluation environnementale exigée par les textes. Le second se rapporte à l'enquête publique et se divise lui-même en deux hypothèses selon qu'elle est requise pour un projet⁸⁹ ou bien pour un plan ou programme⁹⁰. Dans tous les cas, la suspension est prononcée en présence d'un doute sérieux et après preuve de l'absence d'enquête publique ou de conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête. La requête peut être argumentée à la fois au regard des référés environnement et du référé suspension classique. Le juge examine toujours en premier si les conditions spéciales des référés-environnement sont présentes puisqu'elles sont moins exigeantes. Le cumul des fondements est important en la matière car le juge ne soulève pas d'office le bénéfice d'un autre texte : argumenter sur l'insuffisance d'étude d'impact ne suffit pas si les dispositions spécifiques ne sont pas invoquées.⁹¹

168. – Référé étude d'impact. En ce qui concerne le référé étude d'impact, il a pu faire ses preuves et a permis d'assurer une consistance minimum du dossier⁹². Il a connu un regain

⁸⁶ C. urb., art. L. 600-3 al. 2 : « La condition d'urgence prévue à l'article L. 521-1 du code de justice administrative est présumée satisfaite ». Consacré par la loi n°2018-1021 du 23 nov. 2018 dite ELAN, la jurisprudence avait été initiée par la décision de principe CE, 27 juill. 2001, Commune de Meudon, n°231991.

⁸⁷ B. Hachem, *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, préface Y. Aguila, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2014, p. 113.

⁸⁸ C. envir., art. L. 122-2 : « Si une requête déposée devant la juridiction administrative contre une autorisation ou une décision d'approbation d'un projet visé au I de l'article L. 122-1 est fondée sur l'absence d'étude d'impact, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension de la décision attaquée, y fait droit dès que cette absence est constatée. »

⁸⁹ C. envir., art. L. 123-16 : « Le juge administratif des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête, fait droit à cette demande si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci. [...] »

V. concernant les projets d'aménagement les articles L. 554-11 et 554-12 du code de justice administrative.

⁹⁰ C. envir., art. L. 122-11 : « Si une requête déposée devant la juridiction administrative contre une décision d'approbation d'un plan ou d'un programme visé à l'article L. 122-4 est fondée sur l'absence d'évaluation environnementale, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension de la décision attaquée, y fait droit dès que cette absence est constatée. »

⁹¹ CE, ord., 11 avril 2018, Confédération paysanne du Lot et a., n°412773.

⁹² CE, ord., 29 juill. 1983, Commune de Roquevaire, n°38795 ; GADE 2017, n° 7-9, note. É. Naim-Gesbert. « Cons. qu'il résulte des pièces du dossier que si le dossier soumis à l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique

d'intérêt avec la nouvelle réglementation la soumettant au cas par cas. Le juge est en mesure d'étudier les circonstances de fait pour déterminer si le refus d'y procéder est justifié⁹³. Afin d'améliorer les potentialités de cet article, il a pu être proposé d'étendre le champ d'application de ce référé à la mauvaise qualité du contenu des études d'impact⁹⁴. Bien que profitable, l'opportunité de cette mesure semble sujette à caution. Il est en effet peu probable que son incidence soit majeure, l'urgence liée à l'étude d'impact étant plutôt évidente, même si la jurisprudence peut surprendre. Quant au doute sérieux, il relève d'une étude similaire à celle que le juge devrait effectuer pour s'assurer que la condition d'insuffisance est remplie. Néanmoins, cela permettrait au minimum de contourner la phase de mise en balance des intérêts. L'intérêt de telles présomptions est aussi de simplifier la preuve, l'élément de fait à prouver étant souvent plus précis et donc plus abordable pour les requérants. Cela permet donc de déplacer l'argumentation sur un terrain moins contraignant. Or, la simplification n'est ici pas évidente.

169. Référé enquête publique. Quant au référé enquête publique, il a pu être proposé de supprimer la condition du doute sérieux qui l'accompagne toujours⁹⁵. En l'occurrence, cela simplifierait la démarche des requérants sans constituer avec certitude une grande avancée pour la jurisprudence actuelle. En effet, cette dernière est déjà extrêmement prometteuse depuis qu'un avis favorable sous réserve donne accès à la procédure si la réserve n'a pas été levée. En outre, les commissaires enquêteurs se montrent parfois inventifs quant aux réserves qu'ils émettent et offrent ainsi une vraie source de dynamisme à la prévention. L'un d'eux a ainsi demandé au conseil métropolitain de planifier une nouvelle simulation concernant la mobilité afin de s'assurer que les valeurs obtenues en matière de qualité de l'air sont conformes⁹⁶. Malgré la grande contrainte qui découlait de cette demande, le juge a considéré le doute sérieux constitué et a prononcé la suspension.

170. – Renversement de la présomption. Ces référés environnementaux se montrent donc fort intéressants. Néanmoins, la question du renversement de la présomption se pose. Cette possibilité a été consacrée en matière d'urbanisme en présence de circonstances particulières. Ainsi, malgré la pertinence de l'argumentation des requérants, le juge fait primer l'intérêt public lié à l'accueil du personnel administratif dans des conditions décentes⁹⁷. Concrètement, le juge a rétabli la mise en balance des intérêts en présence d'une contestation de la présomption

contenait un document dénommé " étude d'impact ", ce document ne comportait, même de façon sommaire, aucun des éléments d'information énumérés à l'article 2 précité de la loi du 10 juillet 1976 ; que, dans ces conditions, il ne pouvait être regardé comme constituant l'étude d'impact prévue par ce texte ».

⁹³ CE, ord., 19 juin 2015, Commune de Saint-Leu, n°386291 : « qu'il appartient au juge des référés, afin de déterminer si la demande qui lui est présentée sur ce fondement entre dans les prévisions de l'article L. 122-12 du code de l'environnement, d'apprécier si, en l'état de l'instruction et eu égard à la portée des modifications opérées, une évaluation environnementale était nécessaire ». Pour un exemple récent de suspension : TA Toulouse, ord., 1^{er} avril 2022, n°2201192.

⁹⁴ N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, p. 10.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁶ TA Lille, ord., 5 oct. 2018, n°1807948.

⁹⁷ CE, ord., 8 juill. 2015, SARL Pompes funèbres lexoviennes, n°385043 ; *Hebdo Édition Publique* 2015, n° 384, note. M.-O. Diemer. V. considérant 8.

d'urgence⁹⁸. Il apparaît que la primauté des intérêts publics sur les intérêts particuliers persiste même en présence d'une présomption. Toutefois, l'environnement étant aussi d'intérêt public, il n'est alors pas concerné par cet exemple. Toutefois, une jurisprudence similaire a pu voir le jour en matière de référés-environnement, ce qui semble plus inattendu.

171. – Impossibilité de suspendre. En effet, ces procédures sont caractérisées par l'usage de l'indicatif qui vaut en principe impératif en droit français, la faculté de rejeter habituellement détenue par le juge semblait ici ne pas lui être accordée⁹⁹. Or, dans une décision *Conflans-Sainte-Honorine*, le juge a considéré les deux conditions légales remplies mais a tout de même prononcé le rejet de la requête¹⁰⁰. Cette jurisprudence semble clairement *contra legem*. Le rejet était motivé par « une atteinte d'une particulière gravité » à l'intérêt général résultant de la suspension. Il s'agissait donc d'une mesure prononcée « à titre exceptionnel ». La lecture des conclusions du rapporteur public Damien Botteghi apporte cependant un éclairage intéressant. Le juge se trouvait en effet dans une situation sans issues puisque la suspension s'avérait en pratique impossible : les trajectoires aériennes ne sont pas conservées après leur remplacement. Le choix du juge de recourir à l'intérêt public sur le modèle de l'arrêt *Société Robert Nioche et ses fils*¹⁰¹ avait été identifié comme dangereux au regard de l'apparence d'arbitraire que cela impliquait. Le rapporteur proposait donc plutôt de différer la suspension pour permettre à l'administration de reprendre les anciennes trajectoires aériennes ou d'en élaborer de nouvelles. En théorie, ce choix semblait le plus adapté à la situation et le plus transparent car il ne créait pas le doute de l'opportunité. En pratique, celui retenu par le Conseil d'État a le mérite de souligner son caractère exceptionnel pour éviter sa diffusion excessive. Et cela a fonctionné : cette exception n'a jamais été sollicitée par les juges depuis.

172. – Renversement exceptionnel. La portée d'une telle jurisprudence doit donc être limitée. Elle résulte d'une impossibilité matérielle de suspendre la décision, et ne porte donc aucune atteinte à la prévention des dommages. En outre, elle n'a jamais été renouvelée, encore moins dans le cadre où une suspension pourrait porter ses fruits. Si cela s'avérait un jour le cas, la question de l'opportunité serait alors effectivement au centre de la réflexion. Pour l'instant, la jurisprudence en matière de référés environnement est extrêmement favorable même si elle est limitée à un champ matériel restreint.

173. La matière environnementale ne dispose pas d'une présomption légale générale comme celle concernant l'occupation des sols. Cependant, l'étude de la jurisprudence laisse entendre l'existence d'une forme d'urgence présumée par son affaiblissement dans la pratique.

⁹⁸ B. Hachem, *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, préface Y. Aguila, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2014, p. 114.

⁹⁹ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, p. 618.

¹⁰⁰ CE Sect., 16 avril 2012, Commune de Conflans-Sainte-Honorine, n°355792, concl. D. Botteghi : « la suspension de l'exécution des arrêtés contestés compromettrait la continuité et la sécurité du trafic aérien et porterait ainsi à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité ; qu'en conséquence, il y a lieu, à titre exceptionnel, de rejeter les requêtes qui tendent à cette suspension ».

¹⁰¹ CE, ord., 15 juin 2001, Société Robert Nioche et ses fils SA, n°230637 : « que, même lorsque les conditions fixées par cet article sont remplies, il appartient au juge des référés d'apprécier, si, à titre exceptionnel, il convient néanmoins de ne pas ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée ou de certains de ses effets »

B. *L'urgence affaiblie par la pratique jurisprudentielle : une tendance à préciser*

174. – Répartition inégale des rejets. L'environnement est devenu une question incontournable au fil des années. Aussi, les recours en la matière se sont développés et le juge est, au moins partiellement, devenu un habitué de ces contentieux. Notre étude a pu examiner un panel d'une cinquantaine de décisions de jurisprudence rendues en première instance par le juge du référé-suspension, qu'il s'agisse du tribunal administratif ou du Conseil d'État. Or, il apparaît de manière plutôt marquée que la répartition du nombre de rejets est très dépendante du domaine du droit de l'environnement concerné par la requête¹⁰². Ainsi, dans les matières relatives aux atteintes aux espèces, ce à peine 32% des recours qui sont rejetés et seulement 13% pour les dérogations d'espèces protégées. À l'inverse, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), ce sont 86% des requêtes qui sont finalement rejetées. De nombreux facteurs pourraient justifier cette disparité. Certains d'entre eux concernent plus particulièrement les conditions de fond.

175. – Domaine des atteintes aux espèces. D'une part, l'étude des rejets fait apparaître une répartition pour défaut d'urgence ou de doute sérieux sans que l'un ou l'autre ne se démarque particulièrement. La pratique du référé-suspension semble donc s'inscrire dans l'ordinaire. Cependant, en ce qui concerne les atteintes aux espèces protégées, les quelques rejets pour urgence représentent des situations très particulières : la confrontation au fait accompli¹⁰³ ou bien la jurisprudence très restrictive relative au critère de gravité¹⁰⁴.

176. – Présomption de fait. D'autre part, l'étude des suspensions montre une tendance à reconnaître l'urgence de manière très succincte. Ainsi, notamment dans le domaine de la chasse, le Conseil d'État n'exige pas la démonstration de la condition d'urgence¹⁰⁵. Cette jurisprudence est ancienne en la matière puisque le juge considérait dès l'entrée en vigueur des nouveaux référés administratifs qu'« qu'eu égard à l'objet ainsi défini de l'arrêté et à la date qu'il fixe, la condition [...] relative à l'urgence [était] remplie »¹⁰⁶. Cette formulation, et sa systématisation dans tous les cas où l'atteinte concerne une espèce protégée¹⁰⁷, laisse percevoir l'existence d'une forme de présomption d'urgence jurisprudentielle en matière de chasse. Certes, il peut légitimement être soutenu qu'elle résulte principalement de l'évidence quant à la présence des critères qui la constituent. Elle présente toutefois une matérialité pratique équivalente à une présomption : aucune pesée des intérêts n'est appliquée en la matière et la gravité des atteintes n'est pas examinée, tous les obstacles liés à l'urgence sont donc écartés.

¹⁰² Annexe 2 / Études statistiques, 2. Statistiques concernant les rejets, B. Pourcentage de rejets, Figure 5.

¹⁰³ TA Nîmes, ord., 23 sept. 2014, FNE et a., n°1402842.

¹⁰⁴ V. § 129 s.

¹⁰⁵ CE, ord., 11 sept. 2020, LPO, n°44382, considérant 5 : « Il n'est pas contesté qu'eu égard à l'objet de l'arrêté dont la suspension est demandée, qui détermine les conditions dans lesquelles la tourterelle des bois peut être chassée depuis le 29 août 2020 jusqu'au 20 février 2021, au nombre maximal de prélèvements qu'il retient pour la chasse de cette espèce et qui n'est pas encore atteint, ainsi qu'à l'état de conservation de celle-ci, la condition d'urgence est remplie ». Il s'agit d'une jurisprudence constante. V. aussi : CE, ord. 26 août 2019, LPO, n°433434 ; CE, ord., 6 févr. 2019, LPO, n°427504.

¹⁰⁶ CE, ord., 12 févr. 2011, M. Labetoulle, n° 229797, 229876, 230026, publié au recueil Lebon.

¹⁰⁷ Les exceptions de rejet d'urgence pour manque de gravité susmentionnées concernent le blaireau, espèce non protégée, dans le cadre de battues et non de décrets de chasse.

177. – Abandon devant les tribunaux. Contre toute attente, cette jurisprudence n'est pas poursuivie par les tribunaux administratifs. Si certains conservent une appréciation succincte¹⁰⁸, d'autres continuent à développer les différents critères de l'urgence¹⁰⁹. La jurisprudence reste certes globalement satisfaisante en la matière, y compris en ce qui concerne les battues administratives ou les tirs d'élimination, cependant l'apport pratique d'une présomption jurisprudentielle est perdu. En effet, d'une part, les rejets sont bien plus nombreux devant les tribunaux administratifs¹¹⁰ ; d'autre part, les requérants ne bénéficient plus de la simplicité d'argumentation liée à une condition déjà remplie par l'objet de leur demande.

178. – Dérogations espèces protégées. Concernant les dérogations d'atteinte aux espèces protégées, la jurisprudence se rapproche d'autant plus de la présomption d'urgence en urbanisme qu'elle s'appuie elle aussi sur le caractère difficilement réversible de l'atteinte¹¹¹.

179. – Consécration. Au regard de l'ensemble de ces constats, deux questions se posent. Celle de la consécration d'une véritable présomption jurisprudentielle d'urgence en environnement, mais aussi celle de son champ d'application.

180. – Chasse. D'abord, le modèle du droit de l'urbanisme a pu montrer la pertinence d'une présomption d'urgence en droit de l'environnement, même réfragable. Il serait extrêmement favorable à la protection de l'environnement que le contentieux de la chasse puisse bénéficier de ce type de facilités dans la mesure où ce sont des recours portant sur des arrêtés au contenu très similaires, aux enjeux et aux effets identiques. La parenté entre ces affaires permet sans difficulté de leur appliquer un régime particulier, tel que l'a déjà fait en pratique le Conseil d'État.

181. – Champ d'application. Ensuite, la question du champ d'application de cette présomption se pose. La doctrine a pu estimer qu'il ne s'agissait pas d'une présomption, mais du constat de l'évidence qui résulte d'une part, de l'objet statutaire des associations lorsqu'elles sont requérantes, et d'autre part du caractère irréversible de l'atteinte¹¹². Les associations de protection de l'environnement agréées disposent en effet d'une présomption d'intérêt à agir devant le juge administratif¹¹³. Cependant, l'irréversibilité n'est pas un critère juridique comme cela a pu être démontré¹¹⁴. Ajouter ce critère pourrait nuire à la qualité du droit : les requérants devraient apporter une preuve difficile et le juge aurait une grande marge de manœuvre dans son appréciation. Cela explique pourquoi cet argument est pour l'instant invoqué dans des situations de fait très délimitées : urbanisme et destructions de spécimens. La question pourrait faire l'objet d'un vrai débat en matière de pollution notamment. Il a d'ailleurs été démontré que, même en matière d'urbanisme, il s'agit plus d'une étiquette avantageuse que d'un critère

¹⁰⁸ TA Pau, ord. 19 oct. 2016, FNE Midi-Pyrénées, n°1601863.

¹⁰⁹ TA Marseille, ord., 22 oct. 2021, LPO Provence-Alpes-Côte d'Azur et a., n°2108496.

¹¹⁰ Annexe 2 / Études statistiques, 2. Statistiques concernant les rejets, B. Pourcentage de rejets, Figure 5.

¹¹¹ TA Dijon, ord., 19 juin 2012, M. BL BM et a., n°1201087 : « Considérant que M. BL BM et autres justifient de l'existence d'une situation d'urgence, en ce que la destruction, altération, dégradation de sites de reproduction ou d'aires de repos d'animaux, autorisées par l'arrêté querellé sont par nature irréversibles, peu important à cet égard le calendrier annoncé par le pétitionnaire pour les travaux ». V. aussi : TA Toulouse, ord., 17 févr. 2022, FNE Midi-Pyrénées et a., n°2200362.

¹¹² V. Delval, « Droit national - Protection de la nature », *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, p. 413.

¹¹³ C. envir., art. L. 142-1.

¹¹⁴ V. § 129 s.

juridique : la réversibilité des travaux ne remet pas en cause la présomption¹¹⁵. En outre, il n'est pas sûr qu'imposer un critère tel que l'irréversibilité soit favorable à l'environnement. Cela pourrait vite amener à une acceptabilité des dommages les moins graves, ce qui serait contraire à l'idée même d'une lutte pour la protection de l'environnement.

182. – Présomption générale. Enfin, l'établissement d'une présomption générale pour toute la matière environnementale n'est pas possible car un grand nombre de mesures relèvent de choix politiques d'atteintes à l'environnement au profit d'un autre intérêt. Ainsi, le juge a pu rejeter les recours formulés à l'encontre d'une unité de méthanisation pour des motifs de sécurité publique liés à la grippe aviaire, mais aussi environnementaux en raison de la nature renouvelable de cette énergie¹¹⁶. Il apparaît clairement que les dossiers liés à des autorisations environnementales sont longs, complexes et ne permettent pas d'émettre un avis tranché sans que des arbitrages subjectifs aient été effectués au préalable. Cependant, la pesée des intérêts ici effectuée dénature la proportionnalité. Il ne s'agit plus tant d'étudier l'urgence à suspendre et celle à poursuivre l'exécution que d'effectuer un contrôle de proportionnalité global de la pertinence de la mesure de suspension. Or, tel que cela a déjà été précisé, ce contrôle, s'il devait exister, ne pourrait intervenir qu'après l'étude de la légalité. En effet, cette dernière devrait être prise en compte dans le faisceau d'indices du contrôle. Ainsi, un doute portant sur un élément régularisable serait, dans la continuité de la jurisprudence administrative, plus susceptible d'être ignoré qu'un doute portant sur un élément déterminant de l'autorisation environnementale.

183. – Conclusion. Dans les matières où l'immédiateté et la gravité sont évidentes, la création d'une véritable présomption d'urgence, au moins jurisprudentielle, participerait à l'efficacité du droit. Quant aux autres domaines, une appréciation plus adéquate des critères telle que précédemment développée et un contrôle plus ajusté permettraient de gagner en transparence et de recentrer l'argumentaire autour des enjeux de prévention, mais aussi du respect de la légalité.

184. Si l'urgence peut être assouplie en faveur de la protection de l'environnement, son renforcement peut également permettre de créer des voies de recours intéressantes.

§2. L'urgence : accentuation de son importance par l'imminence

185. – Distinction des procédures. L'ajout d'un critère d'imminence se matérialise par une exigence accrue du juge concernant l'appréciation de l'écoulement du temps. L'objectif consiste à distinguer certaines procédures d'autres moins exigeantes à ce titre, notamment par la prévisibilité d'une atteinte. Ainsi, il peut s'agir notamment du dommage imminent en matière civile, un référé au grand potentiel préventif (A.), ou bien du référé-liberté, procédure administrative d'urgence exceptionnelle (B.).

¹¹⁵ B. Hachem, *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, préface Y. Aguila, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2014, p. 116.

¹¹⁶ TA Toulouse, ord., 10 juill. 2017, FNE et a., n°1702795.

A. *L'illicite en filigrane : potentialités d'une prévention très ambitieuse*

186. – Référé pour dommage imminent. L'attention du référé conservatoire est concentrée sur le trouble manifestement illicite, si bien que l'alternative du dommage imminent et ses potentialités sont souvent laissées de côté¹¹⁷. Or, cette procédure présente un grand intérêt théorique. En effet, c'est le seul référé – exceptés les référés probatoires – qui ne présente pas de condition d'illicéité ni d'évidence pour se cumuler à l'urgence. Et c'est précisément cet équilibre brisé qui vient questionner la légitimité de ce référé, malgré le renforcement de la condition d'urgence par l'exigence d'une imminence.

187. – Disparition de l'illicéité. La doctrine défend plutôt la thèse selon laquelle l'illicéité est une condition fondamentale nécessaire. Les référés qui ne la présentent pas comportent des critères-relais tels que l'utilité, la contestation sérieuse, le différend, etc. Ils permettent indirectement d'apprécier une forme de légitimité du recours formé. Or, aucun de ces éléments n'est présent en ce qui concerne le dommage imminent. Stéphanie Grayot dénonce cette tendance du juge civil à faire disparaître la condition d'illicéité alors même que « le doute sur la légalité du comportement ou de l'acte à l'origine du risque est nécessaire pour interdire ou limiter provisoirement l'usage d'un droit ou d'une liberté »¹¹⁸. Ce propos semble incontestable : imposer une mesure à quelqu'un qui n'aurait commis aucun acte illicite constituerait une entorse importante à la liberté de chacun.

188. – Illicéité en filigrane. Cependant, le dommage imminent est en réalité plus complexe qu'il n'y paraît : non seulement il présente une forme de condition d'illicéité en filigrane, mais il fait en outre l'objet d'un contrôle protecteur de la part du juge. Le contrôle de proportionnalité encadre le recours à cette voie de droit. Loin d'être un ajout au texte légal, il s'agit en réalité d'une approche justement déduite de l'exigence de mesures « qui s'imposent ». Ce contrôle de proportionnalité prend en compte un certain nombre d'éléments de fait de manière très traditionnelle. Dans la mesure où il s'agit pour le juge de « s'interroger sur l'opportunité des mesures sollicitées », son rôle consiste à s'assurer de « la régularité de l'agissement dommageable »¹¹⁹. Selon Yves Strickler, cela marque la présence d'une condition d'illicéité. Cette affirmation a pu être confirmée par le juge lui-même au cours du contentieux concernant la suspension des travaux du nouveau terrain de tennis destiné à Roland Garros. Les travaux avaient lieu sur un site paysager classé monument historique, notamment constitué de serres issues du travail de l'architecte Jean-Camille Formigé. Le juge a rejeté au motif qu'il « ne peut constater avec l'évidence requise l'illicéité du dommage imminent invoqué »¹²⁰.

189. – Unique consécration. Cependant, aucune jurisprudence de notre étude ne consacre un dommage imminent sans trouble manifestement illicite. Cela montre la réserve du juge vis-

¹¹⁷ CPC, art. 835 al. 1^{er} : « Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »

¹¹⁸ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 191.

¹¹⁹ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, p. 217.

¹²⁰ TGI Paris, 18 déc. 2015, n° 15/60067.

à-vis de ce référé et complexifie l'étude de ses potentialités. Néanmoins, l'échec de certains recours est quant à lui édifiant. Des requérants ont pu invoquer le dommage imminent concernant l'atteinte à un arbre centenaire. Ce dernier se trouvait en effet sur le bord du plus large des deux chemins d'accès à une propriété accueillant des travaux, ses racines et ses branches dépassaient largement. Le juge a donné droit aux propriétaires à l'origine des travaux en rejetant l'hypothèse du dommage imminent. Cependant, la Cour d'appel de Montpellier a livré une interprétation intéressante¹²¹. Elle a refusé que le blocage dudit chemin par les riverains soit considéré comme un trouble manifestement illicite à la suite de son contrôle de proportionnalité. Elle a fait primer les intérêts écologiques liés à la « qualité d'arbre remarquable abritant une espèce protégée » sur les intérêts économiques liés aux travaux. La proportionnalité résultait en tout état de cause de la présence d'une alternative dans l'existence d'un autre chemin, qui était en l'occurrence le seul praticable jusqu'à l'ajout d'une rampe d'accès à celui bordé par l'arbre.

190. – Contrôle de proportionnalité. Ce cas d'espèce montre les potentialités de cet article et ses limites. En effet, la marge de manœuvre qui est laissée au juge est faible. Toutefois, notre étude tentera d'en dessiner les contours sur la base des éléments déjà établis. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitue l'élément central permettant de légitimer cette procédure apparemment peu contraignante. En effet, l'illicéité peut y gagner une place relative. L'espèce est particulièrement intéressante car elle relève d'un comportement qui n'est lié à aucune décision administrative. Le juge civil dispose donc d'une grande marge de manœuvre, et se présente aussi comme le seul recours du requérant. En outre, la potentielle atteinte à un arbre remarquable et à des espèces protégées est en jeu, mais son caractère imprévisible et aléatoire ne nécessite pas non plus de dérogation. Toutefois, la reconnaissance d'un manquement à une obligation de diligence ou de prévention pourrait être envisagée. C'est ici que la proportionnalité jouerait son rôle : en prenant en compte l'existence d'une alternative antérieure, et en la mettant en balance avec la gravité de l'atteinte potentielle, le juge pourrait se satisfaire de ce manquement.

191. – Valeur constitutionnelle. La gravité du dommage imminent est en effet un « élément déterminant »¹²². Or, et tel que le relève la Cour d'appel dans l'arrêt précédemment présenté, la préservation de l'environnement est de valeur constitutionnelle et dispose donc d'une « valeur équivalente au droit de propriété et à la liberté d'aller et venir ». Ainsi, il semblerait légitime de prioriser l'environnement si la contrainte imposée aux autres droits reste proportionnée. L'encadrement donné par ce contrôle serait suffisant pour éviter les injustices et ouvrir une nouvelle voie de droit au requérant.

192. – Obligation générale de prévention. Pour poursuivre ce raisonnement, et dans une optique extrêmement ambitieuse, il serait même envisageable de reconnaître une obligation générale de prévention des atteintes à l'environnement découlant de la Charte de l'environnement. Celle-ci pourrait être issue de son article 3¹²³, impliquant une nouvelle

¹²¹ CA Montpellier, 3^e ch. civile, 16 déc. 2021, n°21/03022.

¹²² Y. Strickler, *op. cit.*, p. 224.

¹²³ « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences. »

interprétation du texte. En effet, il faudrait que le juge donne une appréciation extensive de l'exigence des « conditions définies par la loi ». Cette terminologie exige habituellement la présence d'un texte spécial qui la mette en œuvre. Cependant, il est aussi envisageable de considérer que les contraintes procédurales liées au référé conservatoire sont un encadrement légal suffisant. Cette hypothèse donnerait une assise solide pour recourir à ce référé en matière environnementale. En outre, cela s'inscrirait dans une vraie perspective de prévention responsabilisant les individus à proportion des dommages à l'environnement qu'ils sont en mesure de causer. Pour étayer cette dernière proposition, elle pourrait s'inscrire dans une approche théorique similaire à celle développée par Cyril Sintez dans sa thèse¹²⁴. Il délimite les contours d'un principe de prévention proportionnelle qui repose, d'une part sur une certaine prévision du dommage évaluée par une pondération des intérêts, d'autre part sur une illicéité subjective qui ne dépend pas du dommage mais bien de son auteur puisqu'elle repose sur la violation d'une norme de responsabilité. Le contrôle de proportionnalité et l'obligation de prévention susmentionnés correspondent à ce cadre proposé.

193. Le dommage imminent reste donc un référé plein de promesses qui pourrait, une fois ses critères suffisamment précisément déterminés, permettre un nouveau type de prévention complétant les autres référés sans redondance. L'urgence renforcée intervient aussi dans une procédure radicalement différente puisqu'exceptionnellement utilisable : le référé-liberté.

B. *L'extrême urgence : justification d'une procédure exceptionnelle*

194. – **Urgence caractérisée.** Après avoir démontré que la protection de l'environnement pourrait être consacrée en tant que liberté fondamentale et donc faire l'objet d'un référé-liberté¹²⁵, c'est la place de cette procédure au sein des référés qui mérite une certaine attention. En effet, elle se distingue par son caractère exceptionnellement urgent, le juge se prononçant dans un délai de quarante-huit heures. Pour cette raison, et même si le texte ne le précise pas, l'urgence est appréciée de manière beaucoup plus contraignante qu'elle peut l'être dans les deux autres référés administratifs d'urgence. Elle doit justifier directement la nécessité de statuer dans ce délai très court¹²⁶.

195. – **Preuve d'une atteinte imminente.** Or, l'atteinte même grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne suffit pas à caractériser l'urgence¹²⁷. L'objectif n'est pas de mettre fin à une illégalité, même grave, mais bien d'éviter un dommage pour les requérants. Ceux-ci doivent donc être en mesure de prouver une atteinte imminente à cette liberté. Les recours acceptés en matière environnementale favoriseraient une telle preuve puisqu'ils concernaient des événements ponctuels délimités dans le temps et intervenant à courte

¹²⁴ C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préfaces de C. Thibierge et P. Noreau, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 110, 2011, p. 370 s.

¹²⁵ V. § 112 s.

¹²⁶ CE, ord., 28 févr. 2003, Commune de Pertuis, n°254411, publié au recueil Lebon : « ne caractérise pas une situation d'urgence impliquant, sous réserve que les autres conditions posées par l'article L. 521-2 soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les 48 heures ».

¹²⁷ TA La Réunion, ord., 14 juin 2021, M^{me} W. et a., n°2100695, 2100696, 2100697, 2100701 ; *Dalloz Actual.* 23 juin 2021, note. P. Lingibé.

échéance : une rave party dans un espace présentant des espèces protégées¹²⁸ et des travaux sans expertise contrôlant l'absence de telles espèces¹²⁹.

196. – Vigilance imposée à la matière environnementale. La présence d'une procédure d'extrême urgence est fortement favorable à la prévention, ce qui amplifie la nécessité d'une acceptation des recours environnementaux. En effet, ces jurisprudences illustrent la réalité du terrain : les requérants potentiels ne réalisent parfois que très tardivement qu'une atteinte va, ou pourrait être, portée à l'environnement. Cela est d'autant plus vrai que cela nécessite une vigilance accrue contrairement aux atteintes directes à la personne, qui ne peuvent passer inaperçues. Cette attention des requérants potentiels est d'autant plus sollicitée en présence d'opérations d'urbanisme complexes. La seconde affaire l'illustre parfaitement¹³⁰. En effet, l'intervention inopinée de travaux, la contestation en cours de certaines autorisations ou bien le constat d'irrégularités par exemple, sont des éléments qui peuvent créer une situation d'imminence. À ce titre, le référé-liberté offre un relais opportun au référé-suspension. Afin d'assurer la prévention de ces dommages, le juge doit donc absolument se référer au temps d'intervention dont il est capable en tant que juge de la suspension pour apprécier l'urgence. Ainsi, il assure une meilleure effectivité du droit puisqu'il crée une complémentarité entre les procédures.

197. – Imprévisibilité. Il semblerait ainsi que ce référé se limite à des circonstances qui ne sont pas anticipables et qui exigent une atteinte qui ne puisse pas être considérée comme acceptable au regard de l'illicéité. Ainsi, le Conseil d'État a pu rejeter pour défaut d'urgence la contestation du décret sur les mesures de protection des personnes lors de l'utilisation des produits phytosanitaires, à défaut de circonstances particulières¹³¹.

198. – Conclusion. L'urgence peut être renforcée au profit d'une diversification des procédures pour ouvrir des voies de droit restreintes mais complémentaires à celles qui existaient déjà.

Conclusion du second chapitre

199. L'urgence est une condition de fond malléable qui ne doit pas être définitivement perçue comme un obstacle pour la cause environnementale. En effet, elle offre des affaiblissements très intéressants et des perspectives d'évolution qui pourraient permettre le développement d'un véritable contentieux tourné vers la prévention. Cependant, le contentieux environnemental est imposant et les avancées possibles sont multiples. Ainsi, les propositions évoquées tout au long de notre étude tendent à réformer l'appréhension de certaines notions et des référés, à généraliser des présomptions plutôt qu'à opérer des changements procéduraux anecdotiques d'une efficacité réelle incertaine sujette à caution. En outre, une réforme globale cohérente demeure plus lisible que des ajouts distillés qui complexifient la matière.

¹²⁸ TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardenne et a., n° 0500828, 0500829, 0500830 ; *RDI* 2005, n° 4, note. L. Fonbaustier ; *JCP A* 2016, n° 21, comm. 1216, note. P. Billet.

¹²⁹ TA Montreuil, ord, 29 janv. 2021, Commune de Mitry-Mory, n°2101144.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ CE, ord., 17 févr. 2022, Collectif des maires anti-pesticides et a., n°461263.

Conclusion de la première partie

200. – Inadéquation des conditions. Les référés se présentent comme des procédures incontournables en matière de prévention des dommages à l'environnement. En effet, ils offrent des voies de recours permettant d'intervenir en temps utile dans des situations où une réponse juridictionnelle rapide est nécessaire. Cependant, malgré leur pertinence, leur pratique reste limitée. Elle se tourne vers les procédures les plus courantes au détriment de certaines autres, pourtant prometteuses. Cela s'explique notamment par le fait que leurs conditions de fond sont souvent moins adaptées à la matière environnementale. Or, leur appartenance au paysage juridique montre qu'elles sont indispensables pour assurer la garantie de l'État de droit. Les revendications environnementales doivent pouvoir bénéficier de ces voies de droit au même titre que d'autres matières plus anciennes. Notre étude montre donc la nécessité de repenser la relation qu'entretiennent les procédures avec le droit de l'environnement.

201. – Filtres superposés. Pour y parvenir, un bilan des contraintes qui empêchent l'accès à cette procédure a été effectué. Ces obstacles peuvent être de nature technique, relever de l'appréciation des notions, renvoyer au contrôle effectué par le juge ou encore dépendre de l'articulation actuelle des référés. Tous ces éléments créent un jeu de filtres superposés qui dissuadent les requérants ou bien tout simplement font échouer des requêtes parfois légitimes. Toutefois, notre étude n'encourage aucunement un bouleversement des procédures existantes. Il s'agit de moduler certaines interprétations pour faire de la prévention des dommages à l'environnement une revendication légitime de ces procédures. Une réforme totale et complète de l'ensemble des référés ne ferait que déstabiliser un système qui offre déjà des réponses extrêmement satisfaisantes à un grand nombre de contentieux. Les propositions formulées respectent donc leurs fondements théoriques. En réalité, les notions sont bien plus souples que l'usage. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où le droit évolue en tant que produit de l'homme.

202. Ces réflexions ont pour vocation de permettre un meilleur accueil des litiges environnementaux par les voies de recours des référés sans pour autant être garantes de l'effectivité de la prévention des dommages à l'environnement. Pour cela, il est nécessaire que les requérants, après avoir été en mesure d'identifier une voie de droit adéquate, puissent obtenir une solution juridictionnelle pertinente.

PARTIE 2 / L'OBTENTION D'UNE RÉPONSE JURIDICTIONNELLE PRÉVENTIVE ADAPTÉE

203. – Dimension prospective de la prévention. Parvenir à obtenir une réponse juridictionnelle adaptée à sa demande est sans conteste une réelle difficulté en matière de prévention. En effet, même si un requérant parvient à identifier une voie de droit qui correspond à sa situation de fait et lui permet d'engager un recours, il n'est pas certain de voir son action aboutir. La prévention ne simplifie pas cette approche : elle demande de fonder le recours sur des éléments prospectifs. Non seulement cela ne facilite pas le travail des parties qui doivent sans cesse anticiper une situation de fait, qu'elles arrivent à prévoir de manière plus ou moins précise, mais en plus de cela, cela ne facilite pas le travail du juge qui doit parvenir à prononcer une mesure adaptée pour contrer la survenance du dommage.

204. – Perspectives d'amélioration. Malgré ces difficultés, il est possible d'identifier des récurrences dans les situations de fait qui sont soumises au juge. En outre, l'ancienneté des référés permet de mettre à jour des réponses juridictionnelles très intéressantes qui mériteraient d'être transposées. Elles proposent non seulement des solutions de mise en œuvre des procédures pertinentes mais aussi une appréhension des procédures réellement préventive, au-delà des enjeux de rapidité qui les caractérisent principalement.

205. Deux temps de la procédure vont venir impacter la capacité des requérants à obtenir la mesure la plus adéquate pour prévenir un éventuel dommage. En premier lieu, l'environnement est une matière dépendant fortement de données scientifiques, ce qui se répercute sur l'ensemble du droit de la preuve des référés. La conversion du fait en droit se présente donc comme un des grands défis de ce contentieux qui mérite, à plusieurs égards, de faire l'objet d'une nouvelle approche, par les parties, mais aussi par les juges (Chapitre 1). En second lieu, la mesure prononcée doit présenter un effet utile pour le contentieux, à défaut, toute la procédure perd de son intérêt (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 / UNE NOUVELLE APPROCHE POUR CONVERTIR LE FAIT EN DROIT DANS LE CONTENTIEUX DE LA PRÉVENTION

206. – Le donné réel. Le droit de l'environnement a la particularité de reposer directement sur des faits liés au réel écologique qui s'imposent au droit. À ce titre, et pour être en cohérence avec cet état de fait, le droit doit appréhender le mieux possible ce que nous pourrions appeler le « donné réel » en application de la doctrine de François Gény¹. Il le caractérise comme devant seulement être constaté tel qu'il est. Cependant, le droit doit donner une dimension juridique aux éléments dont il se saisit. C'est au cours de ce processus de conversion du fait en droit que des enjeux de prévention peuvent apparaître. En effet, le fait scientifique est avant tout un élément qui impacte la phase d'élaboration de la preuve (Section 1). Il est aussi à l'origine d'un contexte d'incertitude défavorable à la prévention que les acteurs du contentieux devront être en mesure de maîtriser (Section 2).

SECTION 1 / LA CONTRIBUTION DE L'ÉLÉMENT SCIENTIFIQUE À L'ÉLABORATION DE LA PREUVE

207. – Scientificité des risques. La prévention et la science sont des notions intimement liées, y compris au-delà du domaine environnemental. Comme l'a mis en exergue Ulrich Beck, « on observe un phénomène croissant de scientification des risques »². Cette dynamique n'est pas nouvelle et vient largement impacter le contentieux de l'environnement, notamment en ce qui concerne la preuve d'un risque d'atteinte. D'abord, cela impacte directement le juge et son analyse de la technicité en matière de référés (§1.). Ensuite, la science modifie la conception des moyens de preuve en les soumettant à des caractéristiques particulières (§2.).

§1. L'analyse de la technicité par le juge limitée à la vraisemblance

208. – Particularités de la preuve en référés. Le droit de l'environnement est connu pour être une matière extrêmement technique en raison des liens qu'il entretient avec la science. La preuve des atteintes à l'environnement s'en trouve nécessairement impactée puisque les requérants et le juge doivent manier un minimum de notions scientifiques pour parvenir à un argumentaire suffisamment proche des contraintes du réel écologique. Néanmoins, l'évidence qui caractérise les référés change totalement la perspective de cette approche. L'appréciation du juge et son intime conviction prennent une dimension particulière au moment de l'appréciation de la preuve (A.). En outre, le fait qu'il statue en référés ne l'empêche pas d'effectuer un contrôle de la prévention des dommages (B.).

¹ J.-P. Chazal, « Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, vol. 65, n° 2, p. 97.

² U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. Champs Essais, 2008, p. 100.

A. *Apport de l'intime conviction du juge à l'appréciation de la preuve*

209. – Juge de l'évidence. L'approche développée par le juge au regard de la technicité du droit de l'environnement est largement modifiée lorsqu'il est juge des référés. En effet, l'objet n'est pas la véracité des faits³ mais bien l'obtention d'une réponse juridictionnelle satisfaisante au regard des faits. Cela s'explique par les contraintes qui s'imposent aux décisions de référés. D'une part, le juge doit intervenir rapidement ce qui diminue les éléments de preuve qui sont à sa disposition, ainsi que ses possibilités d'instruction. D'autre part, toujours pour respecter les délais qui lui sont imposés, il doit limiter son examen à une forme d'évidence. Le juge, tenu de statuer dans un délai raisonnable pour éviter tout déni de justice a seulement besoin d'être convaincu par les preuves mises à sa disposition⁴. En matière de référés, cette dimension octroyée à l'intime conviction du juge est particulièrement importante. La solution d'un litige dépend parfois de la profondeur de l'investigation que le juge va mener⁵.

210. – Marge d'appréciation. La marge de manœuvre détenue par le juge se manifeste au moment de l'appréciation des conditions de fond. D'une part, l'atteinte, si elle n'est pas évidente, lui demande une appréciation du risque au regard des éléments prospectifs qui lui sont soumis. Ainsi, le juge civil qui intervient principalement en cas de trouble manifestement illicite est moins concerné par cette marge de manœuvre. D'autre part, le juge administratif réalise une mise en balance des intérêts qui lui permet d'accorder une plus ou moins grande importance à l'environnement au regard de la situation de fait. En aucun cas cette subjectivité du contentieux ne s'apparente à un contrôle d'opportunité dans la mesure où le juge est contraint de statuer rapidement, au regard des éléments de fait dont il dispose et de son intime conviction. Néanmoins, « le droit de l'environnement est nécessairement implication axiologique »⁶, le juge optera pour une appréciation plus ou moins favorable à la finalité de cette matière. Les choix qu'il effectue peuvent varier à deux égards et ainsi affecter le contentieux environnemental.

211. – Approche technique. D'abord, il peut opter pour une approche plus ou moins technique du contentieux, selon la précision des éléments qu'il a choisi de prendre en compte. Le juge administratif n'hésite parfois pas à développer longuement les différents arguments scientifiques à sa disposition pour justifier sa décision finale. En ce qui concerne les mesures d'abattage de renards⁷, il a pu prendre en compte l'existence d'alternatives telles que la pose de pièges, les tirs ou la chasse. Il reprend aussi les éléments relatifs à la densité de population et son évolution au cours du temps. Il développe particulièrement l'argumentation relative au risque sanitaire et s'appuie sur deux études pour constater un regain de la propagation des maladies pendant les périodes d'abattages. Cet exemple de jugement montre que le juge administratif a su se saisir des éléments techniques invoqués par les parties pour rendre une décision prenant en compte tous les enjeux liés à cette question de droit. La technicité d'un contentieux n'est pas une fatalité pour le juge. Il en traite dans bien d'autres matières. La santé

³ E. Jeuland, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 4^e éd., 2018, p. 576.

⁴ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 329.

⁵ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 27 s.

⁶ É. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles : Bruylant ; VUBPress, 1999, p. 609.

⁷ TA Rouen, ord., 4 sept. 2020, n°2003216.

est, comme l'environnement, un domaine qui demande des connaissances scientifiques. Il s'agit plutôt pour lui d'avoir la possibilité d'appréhender ces données, ce qui est plus aisé dans un contentieux important comme la chasse où les recours sont nombreux et similaires.

212. – Approche préventive. Ensuite, le juge administratif peut aussi opter pour une approche qui développe une perspective préventive. S'il n'est pas possible de qualifier son approche comme favorable ou défavorable car il ne porte pas de jugement de valeur mais tranche le litige, il est certain que le juge se montre plus ou moins exigeant quant à la preuve d'une possible atteinte. Or, il est intéressant de constater que certaines jurisprudences laissent place à une vision globale des atteintes. Au-delà des avis négatifs qui avaient pu être rendus et qui ont sûrement éclairé son choix, le juge a pu préciser explicitement dans un arrêt qu'il devait prendre en compte les « interactions entre [le projet], la rivière et le corridor écologique associé »⁸. Cette appréciation est bien sûr conforme à la réglementation, mais c'est la portée qui lui est donnée qui est particulièrement favorable. Le juge déduit en effet de cette approche globale une nécessité de réaliser une évaluation environnementale au cas par cas. Il estime en effet nécessaire la prise en compte des incidences de la rampe d'accès ayant fait l'objet d'une déclaration séparée. La prévention est assurée puisque les travaux sont interrompus. Les conséquences sur les droits des parties sont limitées à une contrainte raisonnable puisqu'il s'agit seulement d'une suspension en attente d'un règlement du litige au fond.

213. – Renforcement du contrôle. En outre, le contrôle du juge des référés est peu contraint par le pouvoir d'appréciation détenu par l'autorité décisionnaire puisqu'il intervient dans un objectif de préservation de la situation de fait en attente d'un jugement au fond. Ainsi, en dépit du « large pouvoir d'appréciation » du ministre compétent en matière de chasse, il est en mesure de constater qu'il n'a visiblement pas suffisamment pris en compte un certain nombre d'études scientifiques pour suspendre la décision⁹. L'exploitation du contrôle de la légalité dans une perspective préventive permet d'éviter des atteintes à l'environnement, malgré la marge de manœuvre des décideurs publics. La maîtrise par le juge des enjeux environnementaux lui permet d'affiner son analyse. L'approfondissement du contrôle du juge dans le contentieux de la légalité « constitue un mouvement logique » selon Christine Noiville¹⁰. Comme elle le souligne, il permet de gérer les situations de précaution. Plus largement, il bénéficie à toutes les situations d'aléa concernant la survenance du risque et pas seulement à celles relatives à son incertitude. Il s'agit donc d'un contrôle utile à la prévention plus globalement. La gravité et la probabilité du risque sont des éléments à prendre puisqu'ils permettent de déterminer si la mesure d'anticipation est proportionnée. D'autre part, un contrôle suffisamment approfondi permet d'anticiper le contrôle entier qui sera réalisé en cas d'engagement de la responsabilité.

214. – Juge civil. En ce qui concerne le juge civil, il semblerait normal qu'il soit amené à traiter un minimum de contentieux techniques par le biais du référé d'urgence¹¹. Or, ce n'est pas vraiment le cas. En effet, il fait principalement appel à des notions juridiques pour prendre

⁸ TA Lyon, ord., 16 avril 2018, n°1802041.

⁹ CE, ord., 26 août 2019, n°433434.

¹⁰ C. Noiville, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, p. 94 s.

¹¹ CPC, art. 834.

des décisions relatives à des dossiers techniques. La notion de contestation sérieuse est le principal obstacle au développement d'un véritable référé d'urgence au civil : forme de condition d'évidence, elle ne lui laisse pas la marge de manœuvre qui lui permettrait justement d'arbitrer des litiges techniques. Or, cela ne serait pas opportun puisque le juge est en mesure de prendre des décisions très contraignantes pour les parties. Le contentieux civil naissant principalement entre personnes privées, des atteintes importantes à la propriété ou au capital peuvent être ordonnées. Ainsi, le doute du juge sur un quelconque élément du dossier ne peut suffire à ce qu'il prononce ce type de mesures contraignantes.

215. – Contestation sérieuse. À titre d'exemple, le juge civil a relevé plusieurs contestations sérieuses dans une affaire concernant l'évacuation de déchets, notamment liées à l'exécution d'un contrat¹². Le différend reposait sur l'identification de la société chargée d'assurer le financement de la gestion des déchets. L'une d'elles était légalement responsable, le traitement des déchets était donc assuré. L'intervention du juge aurait seulement permis de déplacer la responsabilité, ce qui aurait entraîné des coûts, et possiblement complexifié un contentieux au fond. Si la prévention n'est pas la question centrale dans cette affaire, elle illustre les considérations pécuniaires que font naître les contentieux environnementaux. Pour la même raison, le juge civil ne peut se prononcer en présence d'une contestation sérieuse concernant la responsabilité d'une pollution¹³. Cela explique le rôle « résiduel »¹⁴ de ce référé délaissé au profit de procédures plus accessibles.

216. La dimension scientifique du droit de l'environnement ne facilite peut-être pas le contentieux mais ne se présente pas non plus comme un obstacle à la prévention des dommages. Le juge administratif a su maîtriser d'autres contentieux techniques, il ne fait aucun doute qu'il a rencontré et rencontrera encore des difficultés sans que cela soit un obstacle à l'amélioration de ses décisions. La récurrence du contentieux de l'environnement lui permet de développer un rôle d'arbitre extrêmement attentif aux données scientifiques et à leurs interprétations multiples.

B. Le contrôle de la prévention : ajustement du niveau d'exigence

217. – Seuil de nuisance. Adopter une approche centrée sur la protection de l'environnement nécessite d'avoir conscience du cadre dans lequel s'inscrit cette démarche. Comme l'a développé Francis Caballero au moment de sa théorisation de l'ordre public écologique, toute atteinte à l'environnement n'est pas une « nuisance »¹⁵. Il s'appuie pour le définir sur les principes de seuil, de non-dégradation et de bilan. Il en résulte une « prédisposition de l'homme et de l'environnement à subir un certain seuil d'agression »¹⁶ dans une approche phénoménologique du réel écologique. Le juge, au cours de son contrôle, est

¹² Pau, 2^e ch., 21 janv. 2021, n°19/01506.

¹³ Bordeaux, 3 juin 2021, n°19/06707 : « il n'est pas démontré que la présence des fissures, dont la date d'apparition est inconnue, résulterait de l'exploitation du terrain par la société [...]. Pour le même motif, il n'est pas rapporté la preuve que la présence d'hydrocarbures et de micro polluants organiques prélevés dans la dalle de béton, d'une part, serait imputable à l'activité des intimes, d'autre part, créerait un risque de pollution pour l'eau. »

¹⁴ J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 7^e éd., 2019, p. 351.

¹⁵ F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, préface J. Rivero, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1981, p. 70.

¹⁶ É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 10.

amené à prendre en compte ces éléments. En effet, certaines réglementations impliquent d'office des atteintes à l'environnement et visent seulement à les limiter, comme en matière d'urbanisme ou de droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). L'orientation du contrôle est nécessairement différente : le juge va avoir tendance à rechercher une atteinte raisonnable au regard de la nécessité du projet. Lorsqu'il s'agit d'une dérogation à la protection d'un espace ou d'une espèce, le juge se montre plus exigeant puisque l'atteinte est exceptionnelle.

218. – Constat de la prise de mesures préventives. Ainsi, concernant le crapaud accoucheur, une espèce protégée, le juge s'assure que des mesures suffisantes ont été prises en sa faveur¹⁷. Après une annulation du permis pour erreur manifeste d'appréciation provenant de l'absence de mesures, le juge de la suspension est saisi d'un nouveau permis trois ans plus tard. Le constat de la création d'un milieu humide adapté imposé par l'avis de l'un des organes scientifiques consulté est un premier élément favorable. S'ajoute le maintien du site de reproduction principal qui assure une continuité de sa protection. La présence de mesures de prévention effectives emporte la conviction du juge. Aucun moyen de la partie demanderesse n'a pu démontrer une atteinte réelle, ce qui lui permet de rejeter la requête.

219. – Contrôle du niveau de protection. De même, concernant l'approbation d'un nouveau plan d'urbanisme, le juge contrôle que les espaces protégés sont suffisamment préservés¹⁸. Le fait que les espaces boisés classés soient devenus une zone naturelle et un site classé permet de les protéger de manière au moins équivalente contre le risque de déforestation. Cette perspective de prévention est poursuivie lorsqu'il s'assure que des mesures suffisantes ont été prévues en ce qui concerne les risques de feux de forêt en accord avec l'avis du service départemental d'incendie et de secours.

220. – Absence d'alternative. Ensuite, l'exemple du contentieux concernant les dragages d'entretien du port de Rouen montre une conciliation nécessaire des activités humaines avec la préservation de l'environnement¹⁹. En effet, la sédimentation naturelle du port nécessite des dragages pour des raisons de « sécurité de la navigation ». Le contrôle du juge porte toujours sur la prise de mesures de prévention suffisantes, mais cette fois, il s'agit pour les pouvoirs publics de prouver qu'ils ont tout mis en œuvre pour réduire le plus possible l'atteinte à l'environnement. Le fait qu'ils puissent se prévaloir d'un suivi de la qualité chimique des sédiments encadrant l'activité de dragage, avec un protocole dédié aux habitats biosédimentaires de la zone Natura 2000, vient démontrer qu'ils se donnent les moyens de collecter des données permettant d'identifier au mieux les atteintes. Quant au choix du site, il a été effectué en accord avec le conseil scientifique de l'estuaire de la Seine. Pragmatique, le juge conclut avec le constat de l'absence d'alternatives ou de techniques industrielles opérationnelles permettant de diminuer l'impact des dragages d'entretien. Le juge ancre son contrôle dans les contraintes du réel : il s'assure de la pertinence des mesures de prévention prises, mais ne peut

¹⁷ TA Pau, ord., 29 déc. 2009, ASPAS, n°0902501.

¹⁸ CE, ord., 6^e et 5^e ch. réunies, 22 oct. 2018, Association Bien vivre en Provence, n°417139.

¹⁹ TA Rouen, ord., Groupement régional des associations de protection de l'environnement de Normandie et a., n°1701997.

suspendre la décision qu'en présence d'une atteinte à l'environnement injustifiée, sous peine d'entraver définitivement toute action administrative.

221. – Sanction de la mauvaise foi. Un tel contrôle des mesures de prévention exercé par le juge semble assurer une protection maximale de l'environnement dans des situations où l'atteinte est inévitable. Cependant, cela pourrait également être interprété comme un contrôle de la bonne foi des défendeurs. Ainsi, les actions qui contournent ou diminuent délibérément les contraintes des mesures préventives sont bien sûr sanctionnées. Le juge a ainsi prononcé la suspension en présence de mesures de compensation nécessaires, mais dont la réalisation par le pétitionnaire ne résidait que dans l'« obligation de s'assurer du respect par un tiers d'engagements unilatéraux »²⁰. Le juge en déduit qu'elles sont « dépourvues de réalité ».

222. – Limites. Néanmoins, les situations ne sont souvent pas aussi tranchées. De plus, elles font souvent l'objet d'une part d'appréciation subjective. En raison de la technicité du contentieux et des limites temporelles inhérentes à son office, le juge n'a pas la possibilité de contrôler l'opportunité des mesures de prévention qui ont été prises. En cela, il assure que des mécanismes préventifs ont été mis en œuvre mais il ne peut exiger d'augmenter la qualité de ces mesures. Malgré l'importance que représentent ces contentieux pour la préservation de l'environnement, le juge sera toujours limité à un contrôle de la « vraisemblance » reposant sur son « pouvoir d'appréciation souveraine »²¹.

223. – Conclusion. Le juge a déjà démontré sa capacité à exploiter correctement la technicité du droit de l'environnement pour en faire un véritable contentieux de la prévention. Certes, des formations pourraient sûrement renforcer sa compétence et assurer une jurisprudence plus solide et cohérente en la matière. Cependant, sa marge de manœuvre se trouvant limitée, l'amélioration de la prévention pourrait bien aussi résider dans l'appréciation de la pluralité des moyens de preuve scientifiques.

§2. La science en tant que moyen de preuve

224. – Rôle déterminant de la preuve. La preuve est un élément déterminant pour l'issue du procès. La dimension scientifique d'une partie des moyens invoqués ne participe pas à l'établissement de la preuve de la même manière selon leur nature et les voies de recours empruntées. Dans une optique de prévention, la constitution anticipée de la preuve à l'aide de données techniques permet une facilitation des recours (A.). Au-delà de ce constat, le juge accorde un poids varié aux différents types de moyens scientifiques (B.).

A. La constitution anticipée de la preuve : facilitation du recours environnemental

225. – Le juge et l'expert. La place du scientifique dans le contentieux n'est pas une question propre à l'environnement ni une problématique récente. La distinction du rôle de l'expert par rapport à celui du juge n'est pas nouvelle : « le juge est, à sa manière, un expert »

²⁰ TA Dijon, ord. 19 juin 2012, M. CC BL BM et a., n°1201087.

²¹ É. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis Droit, 2015, p. 430.

mais « l'expert ne doit jamais se faire juge »²². En matière de référés, des problématiques spécifiques apparaissent en raison de la recherche d'une décision juridictionnelle rapide. Cela va impacter le type d'expertise auquel le juge peut recourir. Pour reprendre la typologie développée par Mathilde Hautereau-Boutonnet se distinguent les expertises judiciaires des extrajudiciaires qui peuvent être publiques, semi-publiques ou encore privées²³.

226. – Summa divisio. Le recours à certaines expertises plutôt que d'autres dépend principalement de l'ordre de juridiction devant lequel la requête est introduite. Il pourrait être rapidement avancé que cette distinction résulte de la nature plutôt inquisitoire du contentieux administratif tandis que la procédure civile serait par essence accusatoire. Or, il s'avère que ces catégories sont plus pertinentes lorsqu'elles sont « relativisées, affinées, voire combinées »²⁴. En réalité, la procédure civile serait plutôt mixte en France²⁵. Les distinctions majeures de preuve entre ces deux contentieux proviennent plutôt du cumul de deux éléments déjà analysés : d'une part, la focalisation du juge civil sur un contentieux de l'évidence ; d'autre part, le caractère souvent subsidiaire du recours civil par rapport à la matière administrative²⁶. Ainsi, le juge civil emploie en matière de trouble manifestement illicite les mêmes types de preuve que le juge administratif, notamment le constat d'un manquement à la réglementation. L'évidence du recours lui évite de devoir s'intéresser à la technicité du contentieux : seule la violation manifeste est acceptée.

227. – Lien de causalité. Cependant, ce n'est pas le cas des autres procédures de référés qui sont plus exigeantes envers la preuve, que ce soit le dommage imminent ou le référé d'urgence. Ainsi, le juge civil a rappelé qu'il ne se satisfait pas d'un « dommage purement éventuel » pour caractériser un dommage imminent²⁷. De même, en ce qui concerne le lien de causalité, le juge civil constate souvent l'absence d'éléments probants. Il lui est donc difficile de trancher des contentieux qui concernent des pollutions entre particuliers. Ainsi, « aucune des analyses produites par les intimés ne permet d'imputer avec l'évidence requise en référé l'amiante trouvée sur le chemin à la toiture déposée par M. Le B »²⁸. Le dommage est ici prouvé par les expertises mais « l'absence de mesures du niveau d'empoussièrément dans l'air ne permet pas d'évaluer l'impact sanitaire ».

228. – Exigence de la preuve civile. Devant le juge civil, l'investissement des requérants en matière de preuve est très important. Ils seront souvent amenés à devoir recourir à des constats d'huissiers ou des expertises privées pour certifier la véracité de leurs affirmations. Cependant ces éléments sont parfois insuffisants, notamment en matière de pollution. Ainsi, malgré un rapport d'analyse effectué par un laboratoire privé mettant en évidence la présence de bactéries dans l'eau prélevée, un rapport d'huissier constatant le déversement d'eaux sales

²² R. Mehdi, « Le juge et l'expert : je t'aime moi non plus... », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, p. 101.

²³ M. Boutonnet, « L'expertise devant le juge judiciaire », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, p. 284.

²⁴ S. Amrani Mekki, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in *La preuve : regards croisés*, (dir. L. Cadiet, M. Mekki, C. Grimaldi), coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 113.

²⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 35^e éd., 2020, p. 365.

²⁶ V. § 75 s.

²⁷ Versailles, 21 janv. 2021, n°18/05378.

²⁸ Paris, pôle 1 ch. 2, 14 févr. 2019, n°18/17798.

depuis les canalisations de la parcelle voisine et la preuve du dénivelé entre les deux parcelles par des relevés altimétriques, le juge estime qu'il ne peut établir le lien de causalité²⁹. Il demande alors une expertise pour l'éclairer sur l'origine de la pollution et déterminer le meilleur moyen d'y mettre fin. Il apparaît clairement que le juge civil préfère recourir à des expertises judiciaires pour justifier des mesures définitives.

229. – Absence d'étude préalable. Ce fonctionnement de la preuve en l'absence de réglementation administrative illustre les limites de la prévention en matière de référés. En effet, il devient compliqué pour le juge d'intervenir rapidement lorsqu'aucune étude n'a pu être exigée en amont de l'action qui semble à l'origine de l'atteinte. Certes, le droit de l'environnement intervient déjà largement dans les domaines qui pourraient donner lieu à des dommages. Cependant, et comme l'illustre la jurisprudence précédente, la pollution des sols est une matière peu encadrée, à l'exception des ICPE. Il s'agit donc d'un domaine où les atteintes se prolongent jusqu'à ce qu'elles puissent être prouvées.

230. – Contestation de la preuve. La preuve est d'autant plus difficile à obtenir qu'elle peut être contestée dans le temps par les défendeurs. Ainsi, dans le cas d'une pollution aux hydrocarbures constatée par des prélèvements, le juge rejette le trouble manifestement illicite car l'inspection a « observé la gestion convenable du chantier » après le dépôt de la requête par l'association requérante³⁰. Non seulement la prévention stricte des atteintes à l'environnement est quasiment impossible à assurer, mais en plus de cela, la cessation du dommage est largement entravée par les contraintes de délai et de preuve. La prévention échoue donc dans ses deux dimensions et peine à limiter l'aggravation des dommages.

231. – Limites de la réglementation. Ce jugement est aussi l'illustration parfaite des limites de l'encadrement réglementaire. Le trouble manifestement illicite ne peut être caractérisé car l'empiètement du projet sur la zone humide à proximité ne peut être démontré. Cette problématique souffre d'un manque de solutions juridiques. Il n'est bien évidemment pas possible de prononcer des mesures directement contraignantes sans que les conditions de la responsabilité civile soient établies. La réglementation peut être un moyen, par des normes, de prévenir une partie des dommages. Cependant, il est compliqué d'offrir un cadre légal protecteur à des situations accidentelles comme des pollutions des sols. En outre, le *statu quo* n'est pas suffisant, il faut une action pour permettre d'éviter ou de mettre fin à ce type de pollution. En raison de ces difficultés, l'intervention doit se faire le plus rapidement possible après la survenance du dommage. Or, le contentieux ne semble pas l'outil juridique le plus adéquat en raison des contraintes procédurales qui l'accompagnent.

232. – Expertises imposées. Le juge administratif n'a pas besoin de faire preuve d'autant de prudence, notamment en matière de référé-suspension. En effet, la suspension est une mesure qui implique des coûts financiers, mais a le mérite de stabiliser la situation pour quelques mois sans que des mesures définitives soient prononcées. En outre, ce référé n'intervient qu'en présence d'une décision administrative. Sauf exception, le juge dispose donc d'expertises publiques pour lui fournir un minimum d'éléments scientifiques. De plus, la réglementation

²⁹ Limoges, ch. civile, 5 janv. 2022, n°19/01110.

³⁰ TGI Melun, 11 déc. 2015, n°15/00399.

impose aux porteurs de projets la constitution de dossiers techniques selon leurs demandes et l'impact que peuvent avoir les opérations envisagées sur l'environnement. Ainsi, s'ajoutent des expertises privées dont le contenu est plus ou moins encadré par le droit. Leur présence permet de simplifier la preuve d'un dommage à l'environnement et représente une grande économie pour les requérants. En outre, un moyen reposant sur le non-respect d'une réglementation diminue l'incertitude liée au procès.

233. Pour l'ensemble de ces raisons, les contraintes scientifiques préalables imposées par la réglementation sont bénéfiques à un contentieux de la prévention efficace. Néanmoins, la fiabilité de ces sources est variable et cela doit donc être pris en compte par le juge.

B. *Un poids relatif accordé aux différents types de moyens scientifiques*

234. – **Expertises non juridictionnelles.** Malgré leur utilité en matière de prévention, les expertises non juridictionnelles peuvent, pour certaines, créer un « malaise car le résultat de l'expertise semble parfois déterminer la décision elle-même »³¹. Or, elles sont très présentes en droit de l'environnement. Cela s'avère particulièrement problématique lorsqu'elles ont pour objectif initial de justifier un projet, comme cela peut être le cas pour une étude d'impact en matière privée. De même, les services de l'état diligentent directement des expertises en matière de chasse. Il peut légitimement être présumé qu'une telle expertise « est conditionnée, surdéterminée plutôt, par les hypothèses contextuelles du commanditaire, ses présomptions, ses espérances, ses préjugés, ses désirs »³². Le risque est donc qu'en raison de son caractère scientifique, une étude soit préconçue comme objective alors même qu'elle ne l'est pas dans son essence puisqu'elle sert à « justifier une décision déjà prise »³³.

235. – **Avis consultatifs.** Le juge veille donc avec la plus grande vigilance à ne pas accorder une importance inappropriée à ces éléments techniques qui lui sont soumis. Pour cela, il semble attribuer une confiance différente selon les moyens de preuve. Les mécanismes qui font l'objet d'un moins grand questionnement sont principalement ceux qui proviennent d'organismes de conseil souvent accompagnés d'une compétence technique et consultés pour leur indépendance vis-à-vis de la décision en question. Ainsi, le juge administratif a tendance à se montrer plus exigeant au regard de la décision contestée lorsqu'il constate que deux avis négatifs ont été rendus, l'un par le parc régional, l'autre par la chambre d'agriculture³⁴. Le juge porte une attention à l'esprit de l'avis et ne s'arrête pas à sa nature positive. Il a pu relever qu'un avis positif du Conseil scientifique du parc national des Cévennes s'accompagnait d'un réel doute puisqu'il demandait que « l'étude de faisabilité soit complétée »³⁵. À l'inverse, un avis scientifique favorable crédibilise un rejet lorsqu'il écarte le risque d'atteinte³⁶. Il apparaît ici

³¹ D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, p. 687.

³² É. Naim-Gesbert, « Droit, expertise et société du risque », *RDJ* 2007, vol. 1, p. 33.

³³ D. Alland et S. Rials, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁴ TA Lyon, ord., 16 avril 2018, Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature, n°1802041 et 1802133.

³⁵ TA Nîmes, ord., Collectif des éleveurs de la région des Causses de la Lozère et leur environnement, n°1500777.

³⁶ TA Grenoble, ord., 29 août 2017, Association One Voice, n°1704330, considérant 11 : « qu'en l'état de l'instruction, eu égard notamment à l'ensemble des avis vétérinaires produits aux débats, le moyen tiré d'une méconnaissance par le préfet de l'article R. 214-17 du code rural et de la pêche maritime n'est pas davantage de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de sa décision de rejet de la demande de transfert de l'animal dans un sanctuaire ».

clairement que le juge, sans s'imposer de statuer dans le sens des avis, ne questionne pas leur objectivité scientifique, leur contenu.

236. – Vigilance du juge. Cependant, il se montre beaucoup plus attentif concernant les études qui font, *a priori*, l'objet d'une appréciation moins objective du réel écologique. Ainsi, le juge n'hésite pas à rechercher si les solutions techniques mises en œuvre par les pouvoirs publics sont satisfaisantes. Lors d'un référé-liberté, il a constaté que le plan d'action concernant les captures accidentelles de cétacés portait ses fruits tout en étant accompagné de mesures d'observations et d'un projet de coopération internationale tout juste initié. L'ensemble lui permet de constater que « les mesures d'évaluation des incidences [...] ne peuvent être regardées, en l'état de l'instruction, comme manifestement insuffisantes »³⁷.

237. – Bonnes pratiques. La vigilance du juge au sujet de ces éléments scientifiques n'empêche pas d'envisager et de discuter leur amélioration en amont. En effet, il a été suggéré à de nombreuses reprises que soit améliorée la transparence des expertises effectuées au regard de leur méthodologie. Le recours à de « bonnes pratiques de l'expertise » comprenant notamment les avis minoritaires ou les délibérations effectuées³⁸ donnerait une meilleure visibilité sur les éléments de fait qui ont influencé l'orientation finale de l'avis technique. En outre, cela mettrait en lumière les éventuelles incertitudes perdurant malgré tout. Développer la qualité des expertises scientifiques décisionnelles peut paraître vain dans la mesure où elles feront toujours l'objet d'une appréciation distincte. L'objectif est plutôt d'améliorer la légitimité de ces décisions.

238. – Entorses à la méthodologie scientifique. D'une part, il s'agirait d'améliorer la légitimité scientifique des expertises publiques ou privées qui présentent une prise de position assumée. Il est évident qu'un travail objectif n'est pas attendu en la matière. Pour cette raison, la procédure exige la consultation pour demande d'avis de la Mission régionale d'autorité environnementale (MRAe). Néanmoins, l'exhaustivité de l'étude et son honnêteté scientifique doivent être de mise. Il est assez inquiétant que la synthèse de l'un de ses avis mette en exergue à la fois un manque de clarté concernant les méthodologies d'inventaire mais aussi leur manque d'exhaustivité, des insuffisances concernant les conséquences des incidences et enfin, le manque d'argumentation du choix d'implantation du projet notamment³⁹.

239. – Défaut de transparence. D'autre part, ce n'est pas la donnée scientifique qui pose des difficultés mais son éventuelle opacité, ou bien le manque d'accès à cette connaissance pour certains⁴⁰. Ce manque de transparence est directement lié au développement des éléments de méthodologie ci-dessus explicités. En ce qui concerne le lien entre la science et les intéressés, le droit a développé, principalement en environnement, des processus démocratiques spécifiques comme l'enquête publique. Ces outils juridiques, loin d'être concurrents aux données scientifiques, doivent permettre de relier les éléments techniques à la prise de décision

³⁷ CE, ord., 27 mars 2021, Association Sea Shepherd France, n°450592, considérant 13.

³⁸ M.-O. Bertella-Geffroy, « Grenelle de l'environnement - L'expertise dans le rapport Lepage : le point de vue du juge », *Environnement* 2006, n° 4, dossier 6.

³⁹ « Projet d'aménagement d'un parc photovoltaïque au sol. Commune de Vaudreuille (31) », MRAe Occitanie, 2020APO10, 2020.

⁴⁰ R. Romi, G. Audrain-Demey et B. Lormeteau, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit public, 11^e éd., 2021, p. 51.

en assurant une forme d'« acceptabilité sociale » de la mesure. En effet, ils permettent d'ouvrir un dialogue, et même un débat, entre les porteurs de projet et des personnes privées qui défendent des intérêts souvent opposés. La délibération commune, même si elle pourrait être améliorée à de nombreux égards⁴¹, permet d'assainir les rapports de force. Pour cette raison, et cela a déjà été démontré, le juge accorde une particulière attention aux avis des commissaires enquêteurs⁴².

240. – *Jurisdictio*. Enfin, cette analyse différenciée s'inscrit dans un processus global de « division des tâches qui prévaut entre responsables politiques et experts scientifiques »⁴³. Le pouvoir du juge, même s'il est éclairé par la donnée scientifique, reste indépendant, il n'y a pas de transfert de la *jurisdictio* au savant⁴⁴ : l'argument scientifique est au service du devoir être⁴⁵. La science est l'un des facteurs pris en compte par le juge dans son analyse comme l'illustre l'existence d'une pesée des intérêts, ou parfois d'un contrôle de proportionnalité.

241. – Conclusion. Les juges sont habitués à être confrontés à des contentieux techniques et sont en mesure de les appréhender, y compris lorsque diverses expertises sont à l'appui de l'argumentaire des parties. Cependant, les référés ne simplifient pas leur appréciation puisque la vraisemblance est une notion très subjective. L'intime conviction du juge semble jouer un rôle important. Il s'avère en réalité que cela donne lieu à des jurisprudences très favorables à l'environnement : la prudence est souvent de mise dans l'appréciation des preuves versées au débat. Néanmoins, le juge est parfois confronté, non pas seulement à des éléments scientifiques, mais plus spécifiquement à des données faisant naître un doute.

SECTION 2 / LA MAÎTRISE DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

242. – Difficultés de systématisation du contentieux. La scientificité de la preuve change la perspective du contentieux. En effet, les difficultés qui y sont liées sont très diverses et permettent difficilement une systématisation des solutions juridiques qui s'offrent aux requérants. Toutefois, l'étude de la jurisprudence mène à constater des solutions juridiques plus ou moins favorables à l'aboutissement des recours ainsi qu'à l'obtention d'une mesure préventive. Si l'incertitude ne fait pas encore l'objet d'une gestion cohérente par les juridictions, plusieurs éléments tendent à montrer des pistes exploitables en la matière (§1.). À défaut, les référés probatoires se présentent aussi comme une alternative à ne pas négliger lorsque les requérants souhaitent consolider leur recours (§2.).

⁴¹ Ces outils font encore l'objet de discussion quant à leur mise en œuvre, leurs modalités et leur capacité à réellement effectuer ce lien en donnant à chaque acteur une vision d'ensemble du projet : A. Friser et S. Yates, « L'acceptabilité sociale, une question de démocratie participative ? », *RIPCO* 2021, vol. 27, n° 69, p. 5.

⁴² V. § 169.

⁴³ G. Gay-Para, « La science contre la démocratie », *Le Philosophoire* 2022, vol. 57, n° 1, p. 59.

⁴⁴ Caractéristique d'un modèle politique épistocratique qui privilégie l'avis des personnes ayant une connaissance accrue du domaine concerné par la décision prise. Cette conception du pouvoir s'inspire des développements concernant le philosophe roi : Platon, *La République*, Livre V.

⁴⁵ V. la contribution écrite à venir : J. Bétaille, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », colloque *L'argument scientifique en droit public*, dir. P. Calvez, J. Meyrieu, A. Oumedjkane et al., Université de Montpellier, 20 mai 2022.

§1. La recherche d'une gestion cohérente du doute

243. – **Dommage incertain.** La nature technique du droit de l'environnement en fait une matière facilement soumise au doute quant à la survenance d'un dommage. Cette problématique est exacerbée par la complexité des sciences : il est par exemple difficile de comprendre le fonctionnement d'un écosystème. Afin d'assurer une prévention efficace des dommages à l'environnement, l'incertitude doit pouvoir être appréhendée par le juge d'une manière qui lui permette de prendre en compte des perspectives d'évolution à long terme propres à la survenance de dommages futurs. Les référés sont marqués par une présence très anecdotique de la précaution dont l'apport pratique se révèle limité (A.). Il est cependant envisageable de faire du fondement scientifique du doute un marqueur de l'action préventive pour structurer ce contentieux (B).

A. *L'apport pratique limité de la précaution*

244. – **Risque de dommage.** La prévention a pour objet d'assurer que « les risques ne provoquent pas de dommages trop graves »⁴⁶. La notion de risque est fondamentale car la « concrétisation » de la menace n'a pas à être certaine, son existence suffit car « qui dit péril ne dit pas dommage »⁴⁷. Ainsi, la notion de risque est-elle extrêmement liée à celles de probabilité et de prévisibilité⁴⁸. Cependant, il existe « différents degrés de connaissance des risques scientifiques »⁴⁹. Commencer à s'intéresser au niveau d'incertitude d'un risque de dommage pour l'environnement amène aussi à se questionner sur la notion de précaution.

245. – **Distinctions terminologiques.** La notion d'incertitude scientifique irrigue la pensée théorique de la précaution. Cependant, cette dernière ne se retrouve qu'à la lecture de quelques jurisprudences et prend plusieurs formes. Dans le cadre de notre étude, nous reprendrons la distinction proposée par Mustapha Mekki qui fait de la précaution à la fois « une règle » et un « principe directeur »⁵⁰. La règle renvoie aux consécutions textuelles de la précaution qui viennent lui créer un cadre d'intervention, d'abord à l'article L. 110-1 du code de l'environnement⁵¹ puis à l'article 5 de la Charte de l'environnement⁵². Le principe directeur est quant à lui une application de la précaution en dehors de ces hypothèses, représenté notamment par des consécutions textuelles et jurisprudentielles indépendantes. Or, à plusieurs, égards,

⁴⁶ M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préface C. Thibierge, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2005, p. 343.

⁴⁷ M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 89.

⁴⁸ C. Thibierge, « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ* 1999, n° 3, p. 561.

⁴⁹ D. Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, préface N. Molfessis, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008, p. 48.

⁵⁰ M. Mekki, « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *Recl. Dalloz* 2014, n° 24.

⁵¹ « 1° Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable »

⁵² « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

l'intégration de la précaution dans le contentieux est encore balbutiante et ne fait pas l'objet d'une jurisprudence cohérente favorisant la prise de mesures préventives.

246. – Distinction de la prévention. En premier lieu, il semble que la règle et le principe directeur ne répondent pas à la même définition théorique. En effet, le principe est traditionnellement distingué de la prévention par la doctrine en raison de la différence qui existe entre l'aléa caractérisant la survenance du risque et l'incertitude sur la possibilité même de l'existence d'un risque. La précaution se placerait donc « en amont de la connaissance scientifique », lorsque le risque est seulement suspecté⁵³. Puis, lorsque le risque deviendrait certain, une transition s'opérerait vers la prévention. Or, à plusieurs égards, cela ne semble pas correspondre à la précaution en tant que règle. En effet, l'article de la Charte de l'environnement précité évoque une incertitude concernant la réalisation du dommage, une acception qui s'applique dans un cas d'aléa et non d'incertitude concernant le risque. La règle de précaution intervient donc directement dans le champ de la prévention en tant qu'elle anticipe un dommage probable. Ces deux conceptions de la précaution coexistent dans la pratique des référés sans qu'elles soient véritablement distinguées ou distinguables.

247. – Risques incertains. En théorie, le principe de précaution devrait être dédié à des contentieux portant sur des risques incertains tels que ceux relatifs aux antennes de téléphonie mobile, aux lignes très haute tension et, plus anciennement, aux organismes génétiquement modifiés. Il interviendrait ainsi lorsque « l'absence de risque [...] n'est pas établie avec certitude » dans une « stratégie d'évitement » de l'essence du principe⁵⁴. En cela, ce contentieux n'est plus l'objet de notre étude puisqu'il ne s'agit plus d'anticiper la survenance d'un dommage probable en présence d'un risque certain. L'exemple le plus récent de ce type de contentieux en référé est celui concernant les compteurs communicants « Linky ». Si la doctrine a pu y voir de la prévention⁵⁵, il s'agit en réalité d'une question de précaution au sens d'incertitude du risque. Or, le juge, soucieux de s'appuyer sur une base légale solide, a effectué son contrôle au regard de la règle de précaution – d'ailleurs invoquée par les requérants – ce qui a mené à des rejets pour défaut de preuve d'un dommage éventuel⁵⁶.

248. – Principe de précaution de l'Union. À l'inverse, le principe de précaution a récemment été utilisé en tant que principe d'action préventif, donc dans une conception plus proche de la règle de précaution, mais sans y être rattaché. En effet, la précaution trouve ici sa source légale dans le droit européen⁵⁷. En matière de référés, ce type de contentieux se retrouve dans le domaine des atteintes aux espèces protégées, impulsé par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dit « Tapiola »⁵⁸. Si elle existe en parallèle des conceptions

⁵³ É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 103.

⁵⁴ M. Mekki, « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *Recl. Dalloz* 2014, n° 24.

⁵⁵ I. Doussan et P. Steichen (dir.), « Droit privé et droit économique de l'environnement », *RJE* 2020, vol. 45, n° 2, p. 371.

⁵⁶ Aix-en-Provence, ch. 1-2, 17 juin 2021, n°19-09557 ; Aix-en-Provence, ch. 1-2, 18 mars 2021, n°19-18263 ; Toulouse, 3^e ch., 18 mai 2020, n°19-03057.

⁵⁷ TFUE, §2. art. 191 2. : « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »

⁵⁸ CJUE, 10 oct. 2019, Tapiola, C-674/17.

françaises, cette précaution au sens européen a le mérite d'être la seule accompagnée d'une véritable jurisprudence cohérente.

249. – Aléa concernant la survenance du dommage. En second lieu, la précaution semble poser des questions en ce qui concerne son champ d'application, ce qui se répercute sur sa pratique. La règle de précaution s'appuie notamment sur le standard des « connaissances scientifiques et techniques du moment ». Or, ces connaissances ont pour objectif de déterminer l'absence de certitude de survenance du dommage. En réalité, la présence d'un aléa concernant la réalisation d'un dommage est chose courante en droit de l'environnement. En cas d'atteinte aux espèces, le référentiel étant lié à la population de l'espèce et non aux spécimens eux-mêmes, toute action représente une possibilité de dommage pour la population. De même en matière de pollution, les dépôts de déchets sauvages, par exemple, représentent forcément un risque de dommage pour l'environnement. Les exemples pourraient être multipliés, le champ d'application de cet article serait donc extrêmement large s'il ne reposait que sur ce critère.

250. – Différence de nature. Cependant, il repose aussi sur un critère de gravité cumulé à un critère d'irréversibilité. Cela a déjà pu être démontré précédemment, leur cumul n'est pas favorable, l'irréversibilité n'est pas une notion qui peut servir de standard juridique en raison de ses composantes⁵⁹. Enfin, les modalités de mise en œuvre de la règle de précaution sont peu compatibles avec les référés. En effet, elles demandent un grand pouvoir de contrainte de la part du juge qui doit pouvoir faire peser sur les autorités publiques une obligation d'agir. Il y a entre la prévention et la précaution « une différence de nature, non de degré » puisqu'elle impose de prendre des mesures de précaution en cas d'incertitude⁶⁰. La précaution sert la prévention mais ne peut être vue comme son prolongement, elles coexistent.

251. – Mesures de précaution. Pour l'ensemble de ces raisons, la règle de précaution n'est pas sollicitée au stade des référés en pratique. Il aurait pu sembler qu'elle avait été utilisée dans l'arrêt rendu par le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne lorsqu'il a accepté le référé-liberté intenté à l'encontre d'une *rave party* organisée sur un terrain où avaient été répertoriées des espèces végétales protégées⁶¹. Le juge a considéré de manière succincte que les mesures de précaution nécessaires n'avaient pas été prises et en a ainsi conclu la nécessité d'annuler l'évènement⁶². Néanmoins, un contrôle exprès des conditions n'a pas été effectué et il semblerait que le juge fasse plutôt référence à des mesures de prévention.

252. – Effet label. Cette utilisation de la terminologie relative à la précaution dans des situations de prévention est assez fréquente. Occasionnellement le juge recourt à ce qu'il nomme un « principe de précaution » ne correspondant à aucune des hypothèses précédemment développées. Il s'avère finalement être une forme de label permettant de légitimer un discours préventif lorsque ce dernier lui semble un peu fragile. Ainsi, le juge civil a considéré que

⁵⁹ V. § 129.

⁶⁰ M. Poumarède, « Précaution et responsabilité civile : de la règle au principe (et inversement) », *RTD Civ* 2019, n° 3, p. 465.

⁶¹ TA Châlons-en-Champagne, ord. 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel de Champagne-Ardenne et a., n° 0500828, 0500829, 0500830. V. développements § 55 et 114.

⁶² « que si le préfet fait état d'un engagement des organisateurs à respecter la qualité du site ainsi que de diverses précautions prises pour assurer la protection des secteurs plus sensibles, ces circonstances ne sont pas de nature à compenser les risques liés à la tenue de cette manifestation ».

l'absence de « valeur juridique ou de portée réglementaire directe » d'une zone naturelle d'intérêt écologique, faunistique et floristique n'empêchait pas qu'elle fût une délimitation « édictée au titre du principe de précaution »⁶³. Le principe de précaution finit donc vidé de sa substance.

253. – Rôle incertain de la précaution. Il apparaît donc que la précaution à la française – pour la distinguer de sa version européenne – s'incarne dans plusieurs conceptions dont les contours ne sont pas forcément assimilés par le juge. En outre, la règle de précaution, prometteuse pour la prévention en tant que principe d'action, n'a pas encore trouvé un moyen d'expression en référés, principalement en raison de la complexité de sa mise en œuvre. À titre surabondant, il a parfois été proposé que la précaution justifie un renversement de la charge de la preuve. Pour des raisons de préservation des garanties du « procès équitable », cette solution n'est pas envisageable⁶⁴.

254. Cependant, loin d'être une fatalité, le doute scientifique peut être appréhendé par d'autres procédés juridiques qui ne relèvent pas forcément de la précaution.

B. *Le fondement scientifique du doute, marqueur de l'action préventive*

255. – Distinction selon l'origine du doute. Afin d'assurer une meilleure gestion du doute en matière de référés, il est possible d'introduire une distinction selon son origine. En effet, l'incertitude peut provenir d'un manque de données scientifiques, mais elle peut aussi s'expliquer par la persistance d'un doute malgré la réalisation d'études scientifiques. Si la distinction entre ces deux causes n'est pas nette, elle paraît pouvoir être soumise à l'appréciation casuistique du juge. L'identification de la première situation repose sur l'idée qu'aucune étude n'a été réalisée, ou bien que celles effectuées n'analysent pas tous les éléments scientifiques en jeu.

256. – Manque de données scientifiques. En premier lieu, dans un objectif de prévention des dommages à l'environnement, la situation dans laquelle un manque de données scientifiques ne permet pas au juge de statuer correctement est très problématique. Or, en matière d'environnement, ce n'est pas chose inhabituelle. Ainsi, il a été autorisé à titre dérogatoire la destruction du grand cormoran, une espèce protégée, par tirs de spécimens, cela alors même que le préfet ne disposait d'aucune information concernant l'état de la population⁶⁵. C'est à bon droit que le juge a pu considérer que ne pouvait être démontrée l'absence d'incidence significative de la destruction sur l'évolution des effectifs de l'espèce. Le doute a ici opéré en faveur de la prévention de manière totalement logique.

257. – Le bénéfice du doute. Une telle jurisprudence semble très occasionnelle et notre étude n'en a répertorié qu'un autre exemple qui s'appuie quant à lui sur le principe de précaution

⁶³ Bastia, ch. civile A, 8 juin 2011, n°10/00986.

⁶⁴ E. Truilhé et M. Hautereau-Boutonnet, « Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », Mission de recherche Droit & Justice, 2019, p. 179.

⁶⁵ TA Nancy, ord., 24 janv 2017, Association Oiseaux-Nature, n°1700072 ; *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, note. V. Delval, p. 420.

mais développe le même argumentaire⁶⁶. Il semble que cette approche pourrait être en mesure d'améliorer la prévention en évitant des rejets injustifiés. En effet, la connaissance scientifique devrait être une exigence pour la prise de décisions en matière d'environnement : un minimum de savoir devrait avoir éclairé l'autorité décisionnaire. À défaut, ce sont les requérants qui doivent, dans des délais très courts, trouver des éléments créant un doute, ce qui est d'autant plus difficile. Il faut rappeler que « l'état des données empêche rarement de procéder à une évaluation des risques »⁶⁷. Dans une perspective préventive, cette dernière devrait donc être automatique sous peine de suspension directe par le juge.

258. – Incertitude née des données scientifiques. En second lieu, une fois l'étude effectuée, l'incertitude peut subsister et provenir des données scientifiques elles-mêmes.

259. – Référé-suspension. D'une part, en matière de référé-suspension, certaines jurisprudences ont affirmé que l'incertitude justifiait le doute sérieux, ce qui semble logique⁶⁸. Cependant, la question de l'incertitude scientifique peut aussi intervenir au moment de l'analyse de l'urgence. Ainsi, le juge a pu conclure que l'urgence n'était pas constituée car « l'incidence effective sur la protection des espèces en cause d'une poursuite de la chasse pendant trois jours demeure affectée, en l'état des données scientifiques, d'un réel coefficient d'incertitude »⁶⁹. Bien sûr, le raisonnement du juge transparait : l'incertitude ne fait pas pencher la balance en faveur de l'urgence en raison du faible impact que la fin d'exécution représente par rapport aux contraintes d'une suspension intervenant pour si peu de jours. Il peut même être présumé que l'argument est écarté au titre de la pesée des intérêts même si cela n'est pas explicité. Cette jurisprudence nous amène à penser qu'en présence d'une telle incertitude scientifique, il serait pertinent de recourir à un réel contrôle de proportionnalité. En effet, ce contrôle permet au juge de rechercher si « l'acte était le mieux adapté à la situation litigieuse et si n'existait aucune autre solution satisfaisante »⁷⁰. Le juge serait alors en mesure d'étudier la pertinence de la mesure qu'il prononce sur le modèle de la jurisprudence développée en matière de référé pour trouble manifestement illicite. Cela serait bien plus favorable à la prévention que la pratique de l'actuelle pesée des intérêts dont les faiblesses ont déjà été soulignées⁷¹.

⁶⁶ TA Guadeloupe, ord., 7 sept. 2018, ASPAS, n°1800779, considérant 4 : Considérant qu'en l'état de l'instruction, et compte tenu notamment de la circonstance, non sérieusement contestée par le préfet, qu'aucune étude scientifique ne permet d'évaluer la population actuelle de pigeons à couronne blanche et sa dynamique en Guadeloupe et à Saint-Martin après le passage des ouragans Irma et Maria en 2017, et nonobstant la prise en compte partielle, par les arrêtés litigieux, des périodes déterminantes de reproduction de l'espèce, les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 424-2 du code de l'environnement et de la méconnaissance du principe de précaution sont de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité des décisions attaquées »

⁶⁷ C. Noiville, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, p. 57.

⁶⁸ TA Toulouse, ord. 8 oct. 2019, Association comité écologique ariégeois, n°1905658, considérant 12 : « Dans ces conditions, compte tenu des incertitudes statistiques entourant l'évaluation des effectifs de grands tétras et de lagopèdes alpins, l'arrêté en litige ne permet pas de garantir, de manière effective et certaine, que les prélèvements susceptibles d'être ainsi autorisés ne compromettent pas les efforts de conservation entrepris dans l'aire de distribution du grand tétras et du lagopède alpin. »

⁶⁹ CE, ord., 5 févr. 2004, LPO, n°264011.

⁷⁰ F. Melleray, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rép Contentieux Adm.* 2019.

⁷¹ V. § 145.

260. – Contrôle de proportionnalité. En outre, un tel contrôle de proportionnalité en présence d'un doute concernant les données scientifiques disponibles pourrait être un relais intéressant pour les autres référés. En effet, il permettrait d'évaluer la pertinence de prendre une mesure d'attente non définitive lorsque cela est possible. Ce contrôle pourrait par exemple être utilisé en présence d'un référé mesures utiles ou d'un référé-liberté, ces référés laissant au juge le choix de la mesure. Il pourrait ainsi justifier son choix à la lumière de ses connaissances sur l'éventuelle survenance du dommage, tout en prenant en compte les contraintes inhérentes aux mesures. En matière civile, le caractère manifeste du trouble ne permet pas cette souplesse, il concernerait donc l'éventuel développement des autres référés.

261. – Protection européenne. D'autre part, le juge de l'Union est intervenu pour améliorer la prévention dans les matières européennes par le biais du principe de précaution. L'arrêt « Tapiola » est venu exiger que l'incertitude portant sur les conditions mêmes de la mise en œuvre du droit de l'Union justifie l'abstention⁷². Il s'agit d'une véritable avancée pour la protection des espèces puisqu'une décision ne peut désormais être prise qu'en cas de « certitude sur l'innocuité de la dérogation »⁷³. Les meilleures données scientifiques, et le doute qui en résulte éventuellement, devraient donc être utilisées régulièrement lors de l'appréciation des faits. En réalité, cette interprétation se retrouve peu dans la jurisprudence. Si le juge suspend parfois des arrêtés au nom du principe de précaution, il ne mentionne pas l'incertitude qui résulte des données scientifiques⁷⁴. Il s'agit même plutôt d'un contrôle de légalité des plus classiques puisque le juge examine les mesures nationales prises par rapport aux exigences européennes. Il est possible que la prise en compte de cette nouvelle jurisprudence se manifeste par un durcissement du contrôle du juge. Cependant, cela ne pourrait être constaté qu'à l'aide d'une étude comparative de l'aboutissement des recours avant et après l'arrêt « Tapiola ».

262. – Conclusion. L'incertitude est un élément classique pour une matière juridique qui repose sur des questions scientifiques. Toutefois, la casuistique des référés ne favorise pas son appréhension car plusieurs réponses juridiques peuvent être constatées, qu'il s'agisse d'une modification du contrôle du juge, ou d'un recours au principe de précaution. Aucune règle cohérente ne parvient à s'imposer en la matière. Il serait plus favorable à la prévention des dommages que la jurisprudence accorde une plus grande place à la conception européenne de la précaution. De même, le développement d'un véritable contrôle de proportionnalité favoriserait le prononcé de mesures adéquates. Néanmoins, certaines situations ne peuvent se satisfaire du doute, et l'expertise s'avère parfois une nécessité. Les référés probatoires peuvent, dans de nombreuses situations, se présenter comme la solution idéale pour consolider le recours envisagé par les requérants.

⁷² CJUE, 10 oct. 2019, Tapiola, C-674/17, considérant 66 : « Il importe, dans ce contexte, de souligner également que, conformément au principe de précaution consacré à l'article 191, paragraphe 2, TFUE, si l'examen des meilleures données scientifiques disponibles laisse subsister une incertitude sur le point de savoir si une telle dérogation nuira ou non au maintien ou au rétablissement des populations d'une espèce menacée d'extinction dans un état de conservation favorable, l'État membre doit s'abstenir de l'adopter ou de la mettre en œuvre ».

⁷³ J. Bétaille, « La Cour de justice de l'Union européenne met le principe de précaution au service de la protection des espèces », *Actu Environ.* 2019.

⁷⁴ CE, ord., 11 sept. 2020, LPO, n°443482.

§2. La consolidation des recours par les référés probatoires

263. – **Construire la preuve.** Les référés probatoires se distinguent des référés déjà présentés en ce qu'ils ont pour unique objectif d'assurer l'établissement de la preuve. Ils interviennent dans des situations particulières puisqu'elle est normalement à la charge du demandeur⁷⁵. La dimension inquisitoriale du contentieux administratif influe sur « la responsabilité du juge dans la conduite de la procédure »⁷⁶ mais pas sur la charge de la preuve⁷⁷. Les référés probatoires qui feront l'objet de notre étude sont le référé civil *in futurum* et les référés constat et instruction en contentieux administratif⁷⁸. Ces procédures permettent d'une part l'élaboration de stratégies contentieuses favorables à l'aboutissement des recours (A.) et d'autre part, l'utilisation de la connaissance scientifique qui les accompagne au profit d'une meilleure prévention (B).

A. L'élaboration de stratégies contentieuses

264. – **Favoriser l'aboutissement du recours.** Les référés probatoires se présentent avant tout comme des procédures stratégiques pour les requérants. En effet, il s'agit, par leur intermédiaire, de maximiser les chances de l'aboutissement favorable d'un contentieux ultérieur.

265. – **Absence d'alternative.** D'abord, et de manière évidente, les référés probatoires ont pour objectif d'apporter une aide en matière de preuve pour que le juge puisse trancher le plus justement. Cependant, ces procédures n'ont pas vocation à remplacer le travail des requérants en la matière. Ainsi, quel que soit l'ordre de juridiction, il est exigé que les mesures demandées ne puissent pas être obtenues par une autre alternative⁷⁹. La doctrine a pu constater quelques dévoiements du référé civil *in futurum*⁸⁰ en ce qu'il serait utilisé dans des situations où un constat, éventuellement effectué par un expert, aurait suffi⁸¹. Toutefois, la réalisation de certaines expertises privées n'assure pas la détention de l'ensemble des éléments nécessaires à un contentieux. Le recours à un référé instruction peut alors devenir une véritable stratégie probatoire.

⁷⁵ CPC, art. 9 : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

⁷⁶ O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020, p. 350.

⁷⁷ CE, 30 oct. 2009, Perreux, n°298348.

⁷⁸ Respectivement CPC, art. 145 et CJA, art. R. 531-1 et R. 532-1.

⁷⁹ CPC, art. 146 : « Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. »

En matière administrative, cette exigence découle du critère d'utilité puisqu'il exige que la mesure ne soit pas superfétatoire : CE, 16 déc. 1987, Comité Stop Nogent-sur-Seine, n°86831, « que le ministère de l'Environnement a rendu public, le 17 avril 1987, un rapport de l'agence de Bassin Seine-Normandie qui réunit les informations et les faits que ledit comité demande à la juridiction administrative de faire constater ; que, dans ces conditions, l'expertise demandée ne présente aucun caractère d'urgence et d'utilité ».

⁸⁰ CPC, art. 145 : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

⁸¹ J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD Civ* 2009, n° 4.

266. – Connaissance du dommage. Il est parfois intéressant de recourir à moindres frais à un huissier ou un expert si les éléments à recueillir sont en mesure de faire aboutir le procès. Cependant, la technicité d'une situation peut parfois engager des frais extrêmement importants. Le juge n'est alors pas en mesure de statuer définitivement sur de telles sommes si des doutes persistent. Il est aussi possible que les faits soient établis mais que les éléments probants nécessaires à une solution juridique viennent à manquer. Ainsi, le juge a pu être saisi par une société qui possédait un bien sur un site où était anciennement exploitée une usine à gaz. Un diagnostic de pollution « a révélé la présence d'une pollution incompatible avec l'usage futur envisagé »⁸². L'expertise qu'elle demandait concernait donc plus spécifiquement la détermination de l'origine de la pollution, sa consistance, le coût d'une remise en état, les préjudices subis et les éléments relatifs à l'établissement d'une responsabilité. Ces questions de droit peuvent s'avérer majeures dans un contentieux futur, le référé est donc un instrument permettant d'assurer une cessation du dommage environnemental adéquate au regard des droits de chaque partie.

267. – Opposabilité. Toujours dans l'optique d'une stratégie probatoire, les requérants peuvent voir dans l'expertise juridictionnelle l'assurance d'un meilleur contradictoire⁸³ et donc limiter les chances que la défense réussisse à emporter la conviction du juge. En effet, l'avenir d'un rapport est beaucoup moins certain lorsque le débat contradictoire n'a pas pu se tenir devant l'expert et doit donc avoir lieu devant le juge, *a posteriori*⁸⁴. Les référés probatoires apaisent les tensions et permettent de mieux anticiper les contentieux à venir puisqu'ils donnent naissance à des éléments de preuve incontestables⁸⁵.

268. – Disparition des preuves et référé constat. Ensuite, les référés présentent des avantages selon la temporalité de la menace. D'une part, il ne faut pas perdre de vue que ces référés sont évidemment « dominés par l'urgence, mais sans être conditionnés par celle-ci »⁸⁶. Plus particulièrement, la prévention efficace des dommages à l'environnement peut être menacée par la disparition des éléments de preuve dans un temps relativement court. Le contentieux administratif offre dans ce cas-là une solution juridictionnelle par le biais du référé constat. Il permet en effet d'assurer la constatation de faits à l'aide d'une procédure extrêmement simplifiée⁸⁷. En effet, contrairement aux situations précédemment exposées, ce référé ne concerne pas des questions de responsabilité, la mission de l'expert est limitée

⁸² CE, ord., 12 avril 2013, SCI Chalet des Aulnes, n°363282.

⁸³ CPC, art. 16 : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

⁸⁴ Y. Strickler, « Opposabilité du rapport d'expertise », *Procédures* 2018, n° 10, comm. 283.

⁸⁵ B. Daugeron, « L'intérêt de la procédure du référé-constat : l'exemple du droit de l'environnement », *AJDA* 2004, n° 1, p. 17.

⁸⁶ O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020, p. 425.

⁸⁷ CJA, art. R. 531-1 : « S'il n'est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Il peut, à cet effet, désigner une personne figurant sur l'un des tableaux établis en application de l'article R. 221-9. Il peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix. Avis en est donné immédiatement aux défendeurs éventuels. »

qualitativement⁸⁸ à la constatation de faits. Le caractère non juridique assure que l'expertise ne puisse pas par la suite empiéter sur le travail du juge. Le contradictoire peut donc faire l'objet de certaines entorses. Les défendeurs ne sont informés qu'une fois la procédure terminée et ils ne disposent que d'une possibilité de recours en tierce opposition si le juge n'en a pas décidé autrement en leur communiquant le mémoire⁸⁹. D'autres simplifications procédurales, notamment l'absence de rapporteur public, permettent au juge d'assurer des délais très favorables pouvant même atteindre les 24 heures⁹⁰.

269. – Gestion du temps long. D'autre part, le temps long peut aussi trouver une réponse adéquate dans les référés. En effet, dans l'affaire susmentionnée qui concerne une ancienne usine à gaz, le juge a pu rejeter l'argument de la prescription trentenaire⁹¹. Le juge offre encore une fois une véritable solution juridique à des faits de pollution des sols lorsque l'engagement de la responsabilité de l'État peut être envisagé. Cela est particulièrement nécessaire dans la mesure où un grand nombre de pollutions sont découvertes plusieurs années voire, comme le cas d'espèce, plusieurs décennies après les faits qui sont à leur origine.

270. – Diligence du juge. Au surplus, le juge montre une volonté de prendre en compte l'urgence de la situation et statue plus ou moins rapidement selon les faits de l'espèce. Ainsi, même si le référé *in futurum* prend plusieurs mois au juge pour statuer, il a pu être amené à se prononcer en seulement 11 jours lorsque la situation semblait extrêmement urgente⁹². En l'espèce, malgré des dispositions concernant la dépollution du site lors de la vente, la société acquéreuse a constaté une pollution bien plus importante. Elle a fait appel à un expert privé qui a « préconisé de protéger en urgence le site des eaux pluviales » et de procéder rapidement à un ensemble de mesures pour gérer la pollution.

271. – Échelonnement du contentieux. Cependant, lorsque la situation est moins pressée, par exemple dans une situation qui nécessite une remise en état, les délais ont malheureusement tendance à s'étendre extrêmement. Une demande de restauration d'un jardin dont la végétation avait été illicitement détruite a pu être introduite en mai 2014, la mesure d'expertise ordonnée en mars 2015, la condamnation prononcée en septembre 2017 et le règlement des responsabilités en mars 2018⁹³. Les difficultés sont similaires pour le référé instruction administratif même si les délais restent inférieurs à six mois.

272. – Stratégies contentieuses. Enfin, les référés probatoires permettent de donner aux requérants les éléments nécessaires pour construire une stratégie contentieuse par la suite. En effet, ils leur laissent une grande marge de manœuvre puisqu'ils n'ont pas à avoir engagé une procédure au fond pour y recourir. Le juge civil a rappelé qu'il n'avait pas à déterminer les actions dont il dispose pour agir au fond si elles sont exclusives les unes des autres⁹⁴. Seule une impossibilité manifeste d'intenter toute action peut être invoquée par le défendeur. Les

⁸⁸ B. Daugeron, *op. cit.*, p 17.

⁸⁹ Si cela est le cas, ils sont alors en mesure de faire appel.

⁹⁰ B. Daugeron, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹¹ CE, ord., 12 avril 2013, SCI Chalet des Aulnes, n°363282.

⁹² Chambéry, 1^{er} mars 2022, n°21/01805.

⁹³ Paris, pôle 1 ch. 3, 21 mars 2018, n°17-17929.

⁹⁴ TJ Pontoise, 16 juin 2021, n°20/00912.

requérants sont donc en mesure d'évaluer la meilleure stratégie contentieuse une fois en possession de tous les éléments techniques nécessaires.

273. Les référés probatoires, même s'ils ajoutent fatalement à la procédure contentieuse, offrent dans les situations les plus techniques une assurance contre les incertitudes et une sérénité aux requérants. C'est la connaissance délivrée par les référés qui permet de construire ces stratégies contentieuses. Cette dernière prend plusieurs formes et peut parfois même être véritablement un outil qui agit en faveur d'une meilleure prévention des dommages à l'environnement.

B. La connaissance au service de la prévention

274. – **Pratique résiduelle du référé instruction.** L'objectif des référés probatoires est avant tout d'assurer une meilleure connaissance de la situation de fait qui entoure le litige. Cependant, le bagage technique des parties n'est pas le même en matière administrative et judiciaire. Le référé *in futurum* fait l'objet d'une pratique régulière et des expertises sont souvent ordonnées. Concernant le référé instruction administratif, il fait principalement l'objet de rejets. Il faut déjà préciser que le juge administratif a par habitude peu recours aux expertises juridictionnelles dans le cadre de son contrôle de légalité⁹⁵. En outre, il semblerait qu'il rejette souvent les requêtes pour défaut d'utilité lorsqu'il estime disposer de suffisamment d'éléments de preuve. Cela s'explique aussi par le fait que l'administration dispose de moyens spéciaux qui lui permettent de diligenter des expertises importantes. Il a ainsi pu rejeter la requête de propriétaires inquiets de la proximité de leur propriété avec un site d'épandage d'algues sargasses au motif que le bureau de recherche géologique et minière avait déjà effectué un diagnostic et procédait à des contrôles permanents sous la supervision de l'Agence régionale de la santé⁹⁶. Le premier est un établissement public spécialisé dans la recherche et la gestion des risques, la seconde a la charge de la santé au niveau régional, notamment en matière de prévention. Au regard de leur proximité avec le monde de la recherche, et donc de la fiabilité de leur travail, le juge invite les requérants à demander la communication de ces études. D'un point de vue préventif, cette approche n'est pas négative puisque l'objectif de connaissance scientifique est rempli.

275. – **Perspective préventive.** Cependant, le contentieux des référés probatoires peut servir la prévention des dommages dans plusieurs cas de figure. Il s'agit avant tout de savoir donner à certaines situations une nouvelle dimension, non plus curative exclusivement, mais aussi préventive.

276. – **Aptitude à la preuve.** En premier lieu, une telle perspective peut être intégrée au moment de l'appréciation de la pertinence d'un référé expertise. Quel que soit le référé probatoire, le recours est soumis à l'exigence d'un commencement de preuve. En cas de difficultés sur ce point, Mustapha Mekki développe la nécessité d'une « aptitude à la preuve »

⁹⁵ C. Noiville, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, p. 96.

⁹⁶ CAA Bordeaux, 2 janv. 2020, n°19BX02921.

comme critère d'accès plutôt que d'une « vraisemblance des faits »⁹⁷. Quelle que soit la terminologie, il faut que le requérant puisse proposer au juge des éléments de fait qui l'amènent à constater l'intérêt d'une procédure d'instruction. À cette étape, le juge administratif, veille à préserver la séparation entre le rôle de l'expert et la *jurisdictio*. Il a estimé que le critère d'utilité de la mesure n'était pas rempli lorsque la requérante cherchait à contester une amende administrative en prouvant que l'oxyde de bismuth ne pouvait pas être qualifié de déchet⁹⁸. Le juge rappelle que l'expert n'a pas pour objectif de dire le droit.

277. – Missions de l'expert judiciaire. Ce moment de l'instance est fondamental car c'est celui où le juge détermine quelles vont être les missions confiées à l'expert. Il a ainsi pu être saisi d'une affaire purement préventive concernant la compatibilité de travaux de construction avec un arbre protégé par une servitude de conservation⁹⁹. Le juge a demandé à l'expert d'identifier si l'arbre était remarquable, d'établir un diagnostic sanitaire de ce dernier, d'évaluer la présence d'un danger pour les habitants et la construction, et d'estimer la valeur de l'arbre. Le juge, dans une situation de prévention, se donne les moyens d'avoir par la suite suffisamment d'informations pour trancher le litige. Toutefois, cette marge de manœuvre ne penchera pas forcément en faveur de la protection de l'arbre.

278. – Recherche d'une alternative. Dans ce type de contentieux, le référé instruction pourrait faire l'objet d'une approche plus favorable à l'environnement si l'objectif initial était tourné vers la préservation de l'environnement. Par exemple, il pourrait être intéressant de rechercher des solutions alternatives aux problématiques existantes. L'expertise pourrait rechercher si la construction est en mesure de coexister avec l'arbre. L'alternative pourrait être un élément clef des missions du référé instruction plutôt qu'une analyse sans dynamique qui cherche seulement à identifier les problématiques de la situation de fait. En outre, cela serait une façon d'apaiser le contentieux par une conciliation des intérêts en présence.

279. – Complémentarité avec la cessation de l'illicite. Cette dimension est beaucoup plus présente en présence d'une cessation de l'illicite. En effet, une fois que la certitude d'une nécessité d'action a été établie, il est aussi dans l'intérêt des parties que cela soit effectué de la manière la plus pertinente. Une expertise est donc souvent diligentée pour déterminer « les solutions techniques les mieux à même de faire cesser la pollution » qui a pu être constatée¹⁰⁰. En l'occurrence, la solution adoptée par la partie à l'origine de la pollution est contestée dans sa capacité à réellement empêcher l'écoulement d'eaux usées. La science est ici au service de la prévention d'une aggravation du dommage existant, voire de l'évitement de la création d'un nouveau.

⁹⁷ M. Mekki, « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *Recl. Dalloz* 2014, n° 24.

⁹⁸ CAA Lyon, ord., 15 juin 2021, Société Jinwang Europe, n°2101195, considérant 2 : « Par suite, plusieurs des missions qu'elle propose de confier à un expert, à savoir « donner tout élément de fait susceptible de déterminer la qualification juridique des oxydes de bismuth », « dire si les oxydes de bismuth répondent à toutes les prescriptions relatives aux produits, à l'environnement et à la protection de la santé prévues pour l'utilisation ultérieure » et « donner son avis sur les responsabilités encourues » ne sauraient être confiées à un expert saisi sur le fondement des dispositions précitées. »

⁹⁹ TGI Pontoise, 11 janv. 2012, n°11/01178.

¹⁰⁰ Limoges, 5 janv. 2022, n°19-01110.

280. – Pouvoir d'appréciation des faits. En second lieu, la distinction entre le rôle du juge et de l'expert se retrouve après l'obtention de l'expertise. Elle offre une marge de manœuvre favorable à la prévention. Le juge dispose de la possibilité d'exploiter les données scientifiques dans le sens qu'il souhaite, dans la mesure où il ne remet pas en question les constatations de fait. Ainsi, l'énoncé scientifique est inséré « dans un dynamisme décisionnel »¹⁰¹. Lorsque l'expert a relevé la possibilité de fuites sur des canalisations qui ne présentaient pourtant aucun défaut, il ne s'est pas prononcé en spécifiant que les « installations pouvaient présenter des conséquences identiques justifiant des travaux préventifs »¹⁰². Le choix de la cour d'appel de retenir cette plausibilité pour étendre les mesures à ces canalisations, pour l'instant non problématiques, ressort de son pouvoir d'appréciation des faits. La Cour de cassation se refuse à effectuer un contrôle dans la mesure où elle ne s'est pas basée sur des « faits hypothétiques » mais bien sur l'existence de « risques ». Le poids accordé par les juges à des éléments prospectifs qui anticipent des dommages détermine la qualité des mesures préventives mises en œuvre.

281. – Conclusion. Les référés probatoires offrent des solutions juridiques multiples qui se combinent avec les autres voies de droit pour diminuer les risques de rejet des requêtes, mais aussi obtenir une solution juridictionnelle la plus adaptée possible au litige. Les requérants sont amenés à apprécier leur pertinence en fonction du niveau d'incertitude dans lequel ils se trouvent, et de leur capacité à obtenir gain de cause malgré la présence d'un doute scientifique.

Conclusion du premier chapitre

282. – Respect de la rigueur scientifique. La donnée scientifique, comme la prévention, fait de la preuve en contentieux de l'environnement un élément extrêmement complexe. Cependant, la science n'est pas du tout une problématique insoluble puisque les parties comme le juge ont pu s'accommoder de ces spécificités au fil du temps. Néanmoins, le respect de la rigueur scientifique doit s'imposer à toutes les expertises, y compris celles caractérisées par leur approche subjective. Les acteurs du contentieux seraient ainsi en mesure d'utiliser leur contenu avec plus de précision. En outre, tout au long du procès, une certaine prudence doit être observée pour protéger la sécurité juridique et la justesse du procès. Les réflexions sur la transparence peuvent éclairer les rapports parfois difficiles, voire malheureusement suspicieux, entre les non connaisseurs et les experts.

283. – Exploitation efficace de la donnée scientifique. En tout état de cause, notre étude a développé des solutions processuelles pour améliorer les rapports entre science et preuve afin d'encourager une pratique plus structurée et efficace du contentieux de la prévention. En effet, la donnée scientifique peut faire l'objet de stratégies contentieuses distinctes selon si elle apporte de la précision ou de l'incertitude aux faits objets du litige. En fonction de l'urgence de la situation, repousser le contentieux pour obtenir une meilleure connaissance technique de la situation peut être une approche tout à fait pertinente. Il s'agit donc pour les parties de développer leur intuition pour faire de la science un outil de l'aboutissement de leur recours.

¹⁰¹ É. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles : Bruylant ; VUBPress, 1999, p. 600.

¹⁰² Civ. 1^{re}, 4 déc. 2014, n°13-20.554.

CHAPITRE 2 / PRÉSERVER L'EFFET UTILE DES MESURES DE RÉFÉRÉ

284. – La mesure, aboutissement du procès. Le prononcé d'une mesure de référé semble être l'aboutissement du contentieux et sa réussite certaine puisque cela marque le surpasement des obstacles rencontrés. Au contraire, rien ne certifie que le juge a été en mesure d'offrir une réponse juridictionnelle satisfaisante à la demande des requérants. Il est important d'assurer que cela puisse être le cas en préservant l'effet utile de ces mesures. Pour cela, deux aspects principaux peuvent directement menacer l'effectivité de la prévention du dommage. D'abord, la confrontation au fait accompli, même partielle empêche totalement le juge de prévenir le dommage et remet en cause sa capacité à assurer la protection de l'environnement (Section 1). Ensuite, la pertinence de la mesure prononcée n'est pas assurée (Section 2).

SECTION 1 / LE FAIT ACCOMPLI : PRINCIPALE MENACE POUR L'EFFECTIVITÉ DES RÉFÉRÉS

285. – Exigence de diligence de la part du juge. Pour assurer un accès effectif au juge, le droit exige un grand nombre de garanties de la part du droit processuel. Au-delà de la question des référés, ce droit s'intègre dans ce qui a déjà été nommé une « culture de l'urgence »¹. Les recours doivent en effet « être instruits avec diligence » par les tribunaux. La raison la plus commune est d'assurer une réponse juridictionnelle dans un délai raisonnable pour ne pas imposer des contraintes injustifiées aux justiciables. En matière préventive, l'effectivité du recours repose plutôt sur le respect d'un délai utile. En effet, une fois dépassé, le recours perd tout son intérêt. Il s'agit donc de la problématique majeure des référés : les autres analyses et améliorations qui ont pu et pourront être développées sont donc directement soumises à cette condition de délai. Or, notre étude mène à un constat sans appel : les référés ne répondent pas aux attentes car ils se soldent très souvent par une intervention trop tardive du juge (§1). Il paraît alors nécessaire d'assurer légalement un jugement en temps utile pour protéger l'effectivité de ces procédures (§2).

§1. L'échec des référés : l'intervention tardive du juge

286. – Rôle majeur du référé-suspension. Les référés sont, tel que l'a montré notre étude jusqu'à présent, des procédures d'urgence qui ont pour principale qualité d'intervenir rapidement grâce à des ressorts procéduraux simplifiés. Cependant, l'intervention du juge ne doit pas être tardive sous peine de menacer l'effectivité de ces procédures. Même s'il n'est pas le seul référé œuvrant en matière de prévention, le référé-suspension est au cœur de la question de la prévention des dommages. En effet, non seulement il attire une grande partie du contentieux de l'environnement en raison de son caractère administratif² mais en plus il propose les conditions de fond les plus souples. Pour cette raison, son effectivité est un curseur important pour la prévention des dommages. Le juge civil, en raison de son intervention principalement

¹ S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2021, p. 731.

² V. § 66.

ournée vers l'illicéité manifeste, interroge moins quant à sa capacité à statuer rapidement après sa saisine. Nos raisonnements porteront donc sur l'étude du référé-suspension. En effet, l'analyse quantitative de la jurisprudence tend à démontrer que la rapidité d'intervention du juge n'implique pas un traitement des recours dans un délai utile (A.). Le législateur devrait donc être principalement préoccupé par le fait d'assurer un jugement en temps utile (B.).

A. *L'absence de correspondance entre l'intervention rapide et le délai utile*

287. – Rapidité et temps utile. Les référés sont, dans leur essence même, destinés à apporter une solution juridictionnelle à des situations urgentes. Pour cela, le juge administratif, qui avait fait l'objet de nombreuses critiques sur sa célérité³ a concentré ses efforts dans l'obtention de décisions rapides. Or, si la rapidité est parfois synonyme d'intervention en temps utile, ce n'est pas forcément une vérité générale. Un jugement répondant à l'exigence de délai utile intervient « tant qu'il est encore temps »⁴.

288. – Complémentarité des recours. D'une part, la problématique du délai utile ne semble pas pouvoir se poser en l'état du droit. En effet, un relais temporel parfait semble s'organiser entre les recours au fond, le référé-suspension intervenant rapidement et le référé-liberté dédié à l'extrême urgence. Toutes les situations du réel écologique devraient trouver une réponse juridictionnelle adaptée à leur urgence. À défaut, les référés ne respectent plus leur objectif de préserver le droit d'action au fond.

289. – Adaptation du juge à l'urgence. D'autre part, la jurisprudence des référés laisse apparaître une réelle volonté d'adaptation du juge à l'urgence de la situation de fait. L'étude du temps de jugement à partir de l'introduction de la requête jusqu'au rendu de l'ordonnance fait apparaître la priorisation des domaines les plus urgents. Notre étude a opté pour une division en cinq catégories d'affaires environnementales : le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et des installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA)⁵ ; celui de l'urbanisme, celui des atteintes aux espèces ; celui très particulier des « dérogations espèces protégées »⁶, et enfin, les contentieux qui relèvent d'autres domaines sont regroupés. Ce découpage n'est pas aléatoire. D'abord, l'isolement des dérogations espèces protégées par rapport aux atteintes aux espèces se justifie par des considérations pratiques liées à l'urgence de ces affaires. En effet, si les premières sont délivrées dans le cadre de procédures complexes, les secondes relèvent de décisions isolées qui entrent souvent en vigueur le lendemain de leur publicité. Elles sont liées à des projets et donc à des procédures requérant d'autres formalités administratives pour pouvoir être mises en œuvre. Dans ce cadre, leur délai d'exécution, même s'il est parfois court, est sensiblement plus important que celui des atteintes directes.

³ C. Lantero, « L'accélération du rythme de l'action contentieuse », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, p. 46.

⁴ D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Préface de D. de Béchillon, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, p. 175.

⁵ Régime spécifique des installations ayant un impact sur l'eau. V. C. envir., art. L. 214-1 et s.

⁶ V. § 152.

290. – Priorisation selon le domaine du droit de l'environnement. Les délais assurés en matière d'atteinte aux espèces se détachent suffisamment des autres pour qu'il puisse être affirmé avec certitude que le juge statue plus vite dans cette matière⁷. En effet, la moitié des décisions qui font l'objet d'une suspension le sont en moins de 15 jours après le dépôt de la requête. Certes, cette différence est en partie imputable à la célérité du Conseil d'État statuant en première instance lorsqu'il s'agit d'un arrêté ministériel. Toutefois, l'étude des délais assurés par les tribunaux administratifs montre bien que c'est le domaine dans lequel ils sont les plus rapides : la moitié des affaires sont traitées en moins de 17,5 jours contre 20 en matière d'ICPE et de IOTA, 25,5 en matière d'urbanisme et même 28 pour les dérogations espèces protégées. En outre, un effort particulier du juge peut être constaté dans ce domaine puisque l'écart se creuse lorsque l'on étudie le temps de traitement du quart jugé le plus rapidement : moins de 11,75 jours pour les atteintes aux espèces contre 19, 17 et 24 respectivement pour les autres domaines. L'étude séparée des suspensions confirme elle aussi cette tendance. Cette analyse ne laisse pas de place au doute : le juge administratif fait preuve d'une grande célérité une fois confronté à l'urgence des dossiers d'atteinte aux espèces. Parfois, il suspend même en moins de 10 jours⁸.

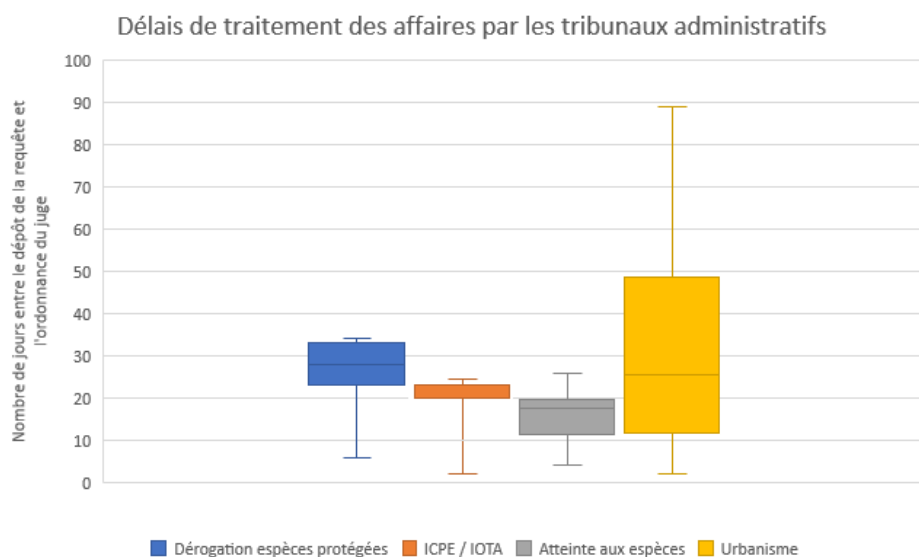


Figure 1 Boîtes à moustaches des délais de traitement des affaires selon le domaine étudié⁹

291. – Assurer une protection efficace. Cependant, ces analyses mettent en exergue la rapidité du juge et non son intervention en temps utile. Or, lorsqu'il soulevait les carences dans

⁷ V. Figure 1 à la page suivante et Annexe 2 / Études statistiques, 3. Statistiques sur les délais de traitement, Figures 6 à 10.

⁸ TA Toulouse, ord., 8 oct. 2019, Association Comité écologique ariégeois, n°1905658 ; TA Strasbourg, ord., 23 févr. 2021, Fédération départementale des chasseurs du Haut-Rhin, n°2100984.

⁹ Les boîtes à moustaches sont une représentation graphique de données statistiques. Les deux extrémités des traits représentent les valeurs minimales et maximales de la série étudiée. La boîte débute – partie basse – par le premier quartile : un quart des données sont situées en dessous de cette valeur. De la même manière, la boîte se termine – partie haute – par le troisième quartile : trois quarts des données sont situées en dessus de cette valeur. Enfin, un trait coupe la boîte au niveau de la valeur médiane, celle séparant l'échantillon en deux lots comprenant le même nombre de valeurs. La moyenne n'est pas représentée car elle n'est pas une donnée statistique représentative utile pour ce type d'études. Pour des explications plus détaillées sur la lecture des boîtes à moustaches, se référer à la grille de lecture en annexe, figure 13.

l'effectivité du recours pour excès de pouvoir, Jean Rivero mettait en scène un Huron soucieux non pas du « développement du droit » mais de « la protection efficace qu'en tire le particulier »¹⁰. C'est la même considération qui nous amène, dans cette étude, à nous interroger sur le caractère suffisant de cette intervention rapide. En effet, cette question de la protection est particulièrement centrale en matière de prévention des dommages à l'environnement. Dans une grande partie des situations, « l'exécution de l'acte administratif peut produire des dommages irréversibles » ce qui menace « le pouvoir d'interprétation du juge et l'effectivité des normes »¹¹. Le juge, alors confronté au fait accompli, est impuissant : l'acte conservatoire ne peut assurer sa fonction lorsque « la menace [...] s'est totalement réalisée »¹².

292. – Défaut d'urgence. Cette confrontation au fait accompli implique directement un rejet de la requête pour défaut d'urgence. Le juge a ainsi rejeté un recours après avoir constaté que les battues contestées avaient déjà eu lieu et qu'il n'en était pas prévu d'autres¹³. Il étend même parfois ce rejet à une situation où l'exécution de la décision contestée est imminente. Ainsi, alors que la requérante faisait valoir qu'un déboisement serait à l'origine de la destruction de la seule trame verte de l'agglomération grenobloise, le juge n'a pu que constater que les travaux « s'ils ne sont pas achevés, sont aujourd'hui réalisés pour l'essentiel »¹⁴.

293. Malgré la diligence du juge, les jugements ne parviennent pas à être rendus en temps utile. Il semblerait qu'il y ait une incompatibilité des délais de jugements avec la matière environnementale.

B. L'incompatibilité du temps procédural avec la matière environnementale

294. – Intervention tardive du juge. Le fait que le juge administratif soit parfois obligé de rejeter la requête car l'exécution de la décision est déjà intervenue n'est pas suffisant pour déduire plus globalement qu'il n'intervient pas en temps utile. En effet, notre étude n'a pu répertorier que deux jugements « en retard » sur la cinquantaine de jurisprudences objet de l'étude¹⁵. Afin d'apprécier l'efficacité de l'intervention du juge, nous avons fait le choix de distinguer les jugements où le juge intervient « tardivement », c'est-à-dire lorsque l'atteinte à l'environnement est en cours. Cette partie de notre étude s'avère être la plus alarmante : 29 jugements sont classés « tardifs » contre seulement 20 rendus « en temps utile »¹⁶. Lorsque le jugement est rendu en retard, il fait nécessairement l'objet d'un rejet. Toutefois, s'il intervient tardivement, la suspension est tout de même prononcée si les conditions de fond sont présentes. Ainsi, l'étude des jugements de suspension est particulièrement éclairante car elle écarte les décisions de rejet que le juge a pu rendre plus tardivement en connaissance de cause. Or, sur 17

¹⁰ J. Rivero, « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recl. Dalloz* 1962.

¹¹ J. Bétaïlle, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, p. 604.

¹² M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 88.

¹³ TA Nîmes, ord., 23 sept. 2014, FNE et a., n°1402842.

¹⁴ TA Grenoble, ord., Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature, 7 juin 2019, n°1903217.

¹⁵ Rendues par les tribunaux administratifs ou le Conseil d'État en première instance.

¹⁶ Annexe 2 / Études statistiques, 4. Statistiques sur le délai utile, A. Délai devant le juge administratif, Figure 14.

décisions de suspension prononcées tardivement, seules 11 l'étaient « en temps utile ». Nous pouvons en conclure que le juge administratif ne parvient pas à statuer dans un délai qui permet une véritable prévention des dommages.

295. – Domaines liés à la biodiversité. Une fois cela constaté, il semble important de se questionner sur la capacité du juge à statuer en temps utile en accélérant son délai de jugement. En effet, nous avons pu démontrer précédemment que le juge intervenait plus rapidement dans le domaine des atteintes aux espèces¹⁷. Cela pourrait donc réduire le nombre d'interventions tardives du juge en la matière. Ce n'est pas le cas. En effet, 13 des 17 suspensions prononcées en la matière l'ont été tardivement, 76% des jugements ont donc été rendus tardivement. Accessoirement, la moitié des suspensions prononcées en matière de dérogations espèces protégées l'étaient aussi. Deux nouveaux constats peuvent être formulés. D'une part, les efforts du juge pour statuer plus rapidement dans les matières les plus urgentes ne sont pas récompensés, ils lui permettent seulement d'éviter l'exécution totale de la décision et de limiter l'avancement des atteintes. D'autre part, les suspensions tardives concernent à 94%¹⁸ des décisions en matière de biodiversité.

296. – Délai d'introduction du recours. Trois facteurs influencent la capacité d'un jugement à être rendu en temps utile : le délai avant l'exécution d'une décision après sa publication, le délai nécessaire au dépôt de la requête par le requérant et le délai de traitement du dossier par le juge, instruction et jugement compris. Le temps de traitement de l'affaire par le juge peut être laissé de côté dans la mesure où les délais qu'il propose sont très raisonnables comme cela a été démontré. De plus, ils sont justifiés par la nécessité de prendre le temps de juger correctement. Il est donc possible de s'intéresser au délai d'introduction des recours parmi les affaires qui ont fait l'objet d'une suspension tardive¹⁹. De manière évidente, le dépôt des requêtes est plutôt long en matière de dérogations espèces protégées puisque les dossiers sont liés à des projets et donc souvent imposants. En matière d'atteinte aux espèces cependant, la moitié des requêtes sont déposées en moins de 14 jours, un délai plutôt rapide pour monter un dossier. En outre, un quart des requêtes sont déposées en moins de 5 jours et font tout de même l'objet d'un traitement tardif.

297. – Entrée en vigueur trop rapide. Un autre constat peut donc être effectué : si les requérants sont parfois responsables de la tardiveté du jugement, il semblerait que ce ne soit pas la problématique principale. Ainsi, il peut légitimement être conclu que le problème résulte de l'exécution trop rapide des décisions prises en matière de biodiversité. Le temps procédural nécessaire au traitement correct des dossiers par les requérants puis par le juge ne permet pas qu'un jugement soit rendu en temps utile.

298. – Chasse. Un exemple récent du contentieux de la chasse peut illustrer notre démonstration. Le 27 septembre 2019, la préfète de l'Ariège a pris un arrêté fixant les quotas de prélèvement de grands tétras et de lagopèdes alpins pour la campagne cynégétique

¹⁷ Voir § 290.

¹⁸ 13 décisions tardives en matière d'atteinte aux espèces, 3 en matière de dérogations espèces protégées sur les 17 toutes matières confondues.

¹⁹ Annexe 2 / Études statistiques, 4. Statistiques sur le délai utile, B. Délai d'introduction des requêtes, Figure 15.

2019/2020²⁰. La requête en référé-suspension a été déposée le 2 octobre et le juge a rendu son ordonnance le 8 octobre. Le traitement de l'affaire n'a donc pris que onze jours. Cependant, l'exécution s'effectuait entre le 29 septembre et le 20 octobre sur sept jours de chasse déterminés. Au moment de la suspension, trois d'entre eux étaient déjà passés, compromettant sérieusement l'effet utile de la décision. Il faut noter le délai très court entre la publication de la décision et son exécution au moins partielle : seulement deux jours. Il s'agit d'une pratique commune en matière d'atteinte aux espèces.

299. – Responsabilité de l'État. La question du dépassement du délai raisonnable de jugement est une question plutôt récente²¹, celle du respect du délai utile par le juge est totalement nouvelle. Le délai raisonnable est conçu comme une violation du droit au recours, il permet l'engagement de la responsabilité de l'État, le juge concluant à un dysfonctionnement de la justice²². Le droit au recours occupe, en matière environnementale, une place particulière puisqu'il s'agit de la matière à la racine de droits procéduraux comme le droit à l'information et à la participation. Il est aussi souvent rapproché du droit à un environnement sain, chaque personne devant « être en mesure de contester les décisions qui y portent atteinte »²³. Cependant, l'indemnisation offerte en cas de dépassement du délai raisonnable ne peut être une solution satisfaisante en matière de prévention des dommages à l'environnement. En effet, elle ne peut compenser la perte de l'objectif premier qui était d'éviter le dommage. Cette finalité repose sur l'idée de conservation. Liée à la volonté de « maintenir intact dans le temps », c'est elle qui motivait anciennement l'élaboration d'une législation sur les monuments et sites naturels avant de s'étendre aux autres domaines du droit de l'environnement²⁴. De plus, l'indemnité ne saurait offrir une solution satisfaisante dans la mesure où le dommage causé à l'environnement est irréversible.

300. – Conclusion. L'intervention en temps utile du jugement est un enjeu de première nécessité pour le droit de l'environnement. Il est nécessaire de trouver une solution qui permette de préserver la cohérence du système actuel tout en assurant l'effectivité des recours. En effet, la pertinence d'un système de prévention repose sur sa capacité à assurer une réponse en amont de la survenance du dommage. L'investissement en ce sens du juge administratif et des requérants est nettement visible au regard des délais qui sont déjà assurés. Cela démontre qu'il est nécessaire de trouver une solution juridique qui anticipe la procédure contentieuse.

§2. L'importance d'assurer légalement un jugement en temps utile

301. – Étude des solutions. En raison des conséquences inquiétantes qu'entraînent les jugements tardifs pour la protection de l'environnement, une réponse globale doit être apportée.

²⁰ TA Toulouse, ord., 8 oct. 2019, Association Comité écologique ariégeois, n°1905658.

²¹ Même si elle est « inhérente à son office », il faut constater que cela s'avère être une « obligation relativement récente » : D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Préface de D. de Béchillon, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, p. 175.

²² A. Perrin, « Le développement du délai raisonnable », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, p. 93.

²³ N. De Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, coll. AUEPLF/UREF, 1999, p. 346.

²⁴ M. Moliner-Dubost, « Le long terme en droit de l'environnement », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, p. 220.

En effet, des modifications mineures du régime, à l'image de celles que cette étude tente de proposer au fil de ces démonstrations, ne seraient pas en mesure d'assurer l'effectivité des recours environnementaux. Plusieurs solutions pourraient être envisagées. Au regard des contraintes du droit processuel, elles reposent majoritairement sur une initiative légale. Certaines d'entre elles doivent être mises à l'écart car elles s'avèrent insuffisantes pour parvenir à l'objectif poursuivi (A.). Toutefois, la dernière, celle qui consiste à établir un délai d'entrée en vigueur des décisions en matière environnementale, offre des perspectives très intéressantes (B.).

A. *Mise à l'écart des solutions insuffisantes pour assurer un jugement en temps utile*

302. – Atteintes aux conceptions classiques du contentieux. Certaines solutions juridiques pourraient possiblement permettre au juge de statuer en temps utile. Cependant, elles porteraient aussi atteinte à certains équilibres propres au contentieux administratif. Pour ces raisons, elles semblent ne pas être les plus adaptées. Il s'agit notamment de la possibilité de donner aux référés un caractère suspensif (1.) mais aussi des solutions qui menacent la cohérence des procédures de référés (2.). Outre leurs défauts, toutes ces propositions ne semblent pas en mesure d'assurer avec certitude une réponse juridictionnelle en temps utile.

1. Les failles du recours suspensif

303. – Caractère exécutoire des actes administratifs. Le caractère non suspensif des recours intentés en matière administrative est fortement ancré. Il est directement lié à la nature exécutoire des actes administratifs, elle-même élevée au rang de règle fondamentale de droit public par le Conseil d'État²⁵. Caractéristique de l'exercice des prérogatives de puissance publique, il s'agit de la manière dont l'administration met en œuvre son « pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques »²⁶. Conséquence directe de ce caractère, les décisions de l'administration bénéficient du privilège du préalable : elles sont présumées conformes au droit²⁷. Le référé-suspension est censé être la solution juridique aux inconvénients qui peuvent naître de cet avantage octroyé à l'administration. En effet, il permet de rapidement suspendre une décision alors que cette dernière fait surgir un doute quant à sa légalité. En réalité, la question se pose de savoir ce qu'il advient du temps écoulé jusqu'à son jugement.

304. – Suppression du privilège du préalable. Il a pu être proposé par la doctrine de rendre suspensifs les recours intentés en matière environnementale pour pallier cette difficulté²⁸. L'intérêt est double. D'une part, le délai procédural serait couvert par la suspension, période

²⁵ CE ass., M. X et a., 2 juill. 1982, n°25288 et 25323, publié au recueil Lebon : « Cons. que les décisions du président et des présidents adjoints de la section du contentieux ont pour seul objet de suspendre provisoirement les effets d'un jugement du tribunal administratif ordonnant le sursis à exécution d'une décision administrative qui a un caractère exécutoire ; que ce caractère est la règle fondamentale du droit public et que le sursis à exécution n'est pour le juge qu'une simple faculté ».

²⁶ S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2021, p. 449.

²⁷ *Ibid.* p. 481.

²⁸ C. Hermon, « Le droit à un recours effectif. Du bon usage de l'office distinct des juges administratif et civil », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, (dir. J. Bétaille), Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2016, p. 152.

pendant laquelle plus aucun dommage ne pourrait être causé. D'autre part, le juge disposerait alors de la possibilité d'instruire dans le temps qui lui semble nécessaire, ce qui profiterait à l'objectif d'une bonne administration de la justice.

305. – Urbanisme et monuments classés. Cette solution n'est pas nouvelle et a déjà été adoptée dans certaines situations. D'abord, l'administration dispose de cette prérogative puisque le déféré préfectoral peut être suspensif pour un délai d'un mois, notamment en matière d'urbanisme²⁹. Ensuite, certaines matières donnent droit à un recours suspensif. À titre d'exemple, « lorsque la conservation d'un immeuble classé au titre des monuments historiques est gravement compromise par l'inexécution de travaux de réparation ou d'entretien, l'autorité administrative peut [...] mettre en demeure le propriétaire de faire procéder auxdits travaux »³⁰. Deux éléments nous semblent justifier ce contentieux dérogatoire : cela concerne une situation de fait très spécifique et donc un contentieux extrêmement anecdotique³¹ ; il s'agit d'une décision de l'administration ayant un impact très important pour les requérants pouvant alors justifier une protection accrue de leurs droits.

306. – Risque d'entrave à l'action de l'administration. Il apparaît que le caractère suspensif du recours n'est pas un ressort juridique auquel le législateur recourt imprudemment. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où cela remet en question la conception même du contentieux administratif, ce qui représenterait une véritable menace. En effet, cela reviendrait à permettre aux requérants de faire obstacle aux actions de l'administration alors qu'elle agit avant tout dans un objectif d'intérêt général³². Il pourrait toutefois être contesté que la matière environnementale repose elle aussi sur un intérêt public, il ne s'agit pas simplement de revendications qui concernent des intérêts privés. Cependant, il ne peut être nié que cela pourrait faire l'objet de stratégies dilatoires difficilement compatibles avec un fonctionnement fluide de l'administration. Ce fut l'argument retenu par la loi Grenelle 2³³ pour supprimer le recours suspensif qui existait en matière d'opposition à l'état exécutoire³⁴. Il ne subsiste désormais plus dans le code de l'environnement. En outre, et pour appuyer la légitimité de ce privilège, il n'est pas « en opposition avec les principes qui régissent la procédure civile », cette dernière n'étant seulement pas confrontée à ce pouvoir de prendre des décisions qui s'imposent aux tiers³⁵. Il est donc inséparable des pouvoirs étendus de l'administration.

307. – Limites. Au-delà de ces considérations relatives à la tradition juridique qui pourraient être discutées longuement, un élément d'argumentation plus concret montre les failles du recours suspensif pour gérer les difficultés inhérentes au temps procédural. C'est un fait, le

²⁹ CJA, art. L. 554-2 : « Les actes pris par les communes en matière d'urbanisme, de marchés, de contrats de partenariat et de délégations de service public déferés par le représentant de l'Etat en application de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales sont suspendus dans les conditions prévues par l'alinéa 4 de l'article L. 2131-6 du même code ci-après reproduit [...] ».

³⁰ C. patr., art. L. 621-12.

³¹ « En raison de leur caractère exceptionnel, les recours suspensifs n'érodent que superficiellement l'action administrative » : S. Hourson, « Les recours suspensifs en matière administrative », *DA* 2012, n° 5, étude 9.

³² *Ibid.*

³³ L. n°2010-788 dite « Grenelle 2 » ou « ENE » du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement, DEVX082225L.

³⁴ P. Billet, « La réforme du contentieux des installations classées et des IOTA », *Environnement* 2011, n° 17, 2169.

³⁵ F. Gazier, « Procédure administrative contentieuse : principes généraux », *Rép Contentieux Adm.* 2012 § 73.

caractère suspensif du recours serait extrêmement efficace lorsque les requérants introduisent leurs requêtes immédiatement après la publication des arrêtés contestés. Cependant, l'entrée en vigueur des décisions survient souvent – notamment en matière d'atteinte aux espèces – dans les quelques jours qui suivent la publication, l'intérêt reste donc relatif. Cette solution aurait donc pour conséquence directe de faire porter aux requérants le poids de l'effectivité du recours, alors même qu'il s'agit souvent d'associations déjà très sollicitées. Cela ne participe pas à l'objectif d'une bonne administration de la justice dans la mesure où cela les amènerait à devoir traiter plus rapidement et donc sûrement moins qualitativement les dossiers. En outre, il est fréquent en matière environnementale qu'une situation d'urgence qui menace l'environnement ne soit pas identifiée rapidement. Pour des raisons très pragmatiques, quelques jours peuvent être nécessaires aux requérants potentiels pour identifier une décision qui paraît problématique. Le recours suspensif serait donc favorable uniquement dans des situations prévisibles comme les arrêtés de chasse car ils interviennent à une période définie de l'année et donnent lieu à un contentieux un minimum anticipable.

308. Il semblerait que l'abandon du privilège du préalable ne soit pas une solution totalement satisfaisante. En outre, elle remet en question l'un des fondements même du contentieux administratif. D'autres hypothèses paraissent tout autant inadaptées car leur mise en œuvre porterait atteinte à la cohérence des procédures existantes.

2. Les modifications qui fragilisent la cohérence des procédures de référés

309. Deux autres solutions ont pu être envisagées pour résoudre le problème de l'intervention du juge en temps utile.

310. – Normalisation du référé-liberté. En premier lieu, il pourrait être imaginé que les requérants se tournent vers le référé-liberté lorsque le référé-suspension n'est pas en mesure d'intervenir en temps utile. Ils bénéficieraient ainsi de son délai de jugement extrêmement accéléré³⁶. Cependant, et tel que cela a pu être développé précédemment³⁷, ce référé répond à des situations spécifiques d'extrême urgence mais aussi d'atteintes particulièrement graves. Recourir à ce référé pour les affaires environnementales qui ne sont pas en mesure d'être jugées en temps utile mènerait forcément à un dévoiement de cette procédure. En effet, le référé-liberté serait obligé de subir un assouplissement dans son appréciation. Il en ressortirait une normalisation qui serait néfaste au traitement des affaires qui devraient réellement en relever. Cela serait une réelle menace pour l'articulation des référés car la distinction de fond entre le référé-liberté et le référé-suspension ne serait plus tangible. Il deviendrait alors difficile de sélectionner les dossiers devant être soumis à l'un plutôt qu'à l'autre.

311. – Procédure spéciale du référé-suspension. En second lieu, il a été envisagé une « procédure spécifique » du référé-suspension pour permettre « une action plus rapide du juge en cas de dommage ou de risque de dommage particulièrement grave ou irréversible à

³⁶ J. Betaille, « La directive oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *RSDA* 2020, n° 2, p. 332.

³⁷ V. § 112 s. et 194 s.

l'environnement »³⁸. Cette solution semble compliquée à mettre en œuvre concrètement. En effet, il s'agit de filtrer en amont les situations qui nécessitent la prévention d'un dommage visiblement caractérisé. Or, filtrer exige un certain temps d'étude, d'autant plus lorsque les conditions sont relatives à un dommage. Tel que cela a été démontré, le caractère grave ou irréversible n'est pas l'élément le plus facilement interprétable par le juge³⁹. Toutefois, il est envisageable que le contentieux de l'atteinte aux espèces soit considéré – au moins pour partie – comme complétant cette condition. Alors, la situation mènerait systématiquement à une suspension de la part du juge puisqu'il ne serait pas en mesure d'exercer un contrôle sur le fond du dossier, même limité à la vraisemblance. Cette situation mènerait indirectement à donner à ce type de recours un caractère suspensif. Les problématiques tout juste exposées en ce qui concerne le recours suspensif sont donc transposables à cette solution.

312. Aucune de ces deux propositions ne semble satisfaisante dans la mesure où elles demandent de changer la manière dont sont abordées les procédures de référés sans pour autant parvenir à assurer un traitement efficace des affaires les plus urgentes. Il semble donc que la solution la plus adéquate pour répondre aux exigences du contentieux environnemental de la prévention soit de recourir à un délai d'entrée en vigueur.

B. Proposition d'établissement d'un délai d'entrée en vigueur

313. – **Champ d'application.** Afin d'offrir une solution satisfaisante à la problématique du jugement en temps utile, il semble que recourir à un délai d'entrée en vigueur soit l'hypothèse la plus adaptée. Dans un souci de cohérence d'ensemble de la matière environnementale, il serait plus opportun qu'il concerne globalement tous les recours formés contre des actes ayant un impact sur l'environnement et pas seulement ceux qui peuvent impliquer une atteinte à la biodiversité, même s'il s'agit du domaine le plus concerné. Concrètement, il s'agirait de déterminer légalement un délai d'entrée en vigueur des actes administratifs qui permettrait à la fois aux requérants d'introduire leur requête et au juge de statuer en temps utile. Notre étude montre que les trois quarts des recours sont traités par le juge en moins de 24 jours après le dépôt de la requête. Un délai d'entrée en vigueur de huit semaines serait une très bonne garantie pour la préservation de l'environnement.

314. – **Garantie en amont de la procédure.** Cette solution a pu être évoquée par le rapporteur public Damien Botteghi dans ses conclusions sur l'arrêt *Conflans-Sainte-Honorine*⁴⁰. Il a en effet constaté que l'administration avait joué un rôle dans l'impossibilité pour le juge de statuer en temps utile. Ainsi, il rappelle que le dossier d'enquête publique prévoyait un différé de six mois entre l'adoption de l'arrêté ministériel et sa mise en œuvre. De plus, il semblerait que l'administration recourt assez fréquemment à ce type de stratégie. En matière d'atteinte aux espèces, la publication des arrêtés survient seulement quelques jours

³⁸ N. Moutchou et C. Untermaier, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, p. 13.

³⁹ V. § 129 s.

⁴⁰ CE, sect., 16 avr. 2012, Commune de Conflans-Sainte-Honorine et a., n° 355792, concl. D. Botteghi.

avant l'ouverture de la chasse⁴¹. Imposer à l'administration un délai permettrait donc, contrairement aux autres solutions proposées, d'assurer un contrôle maximum de la prévention puisque la garantie interviendrait le plus en amont possible de la procédure. Contrairement à un recours suspensif, l'entrée en vigueur de l'acte ne serait jamais survenue. En matière de biodiversité, cela assurerait une protection totale des espèces en présence d'un acte illégal. L'intérêt est renforcé dans des situations comme celle dépeinte dans l'arrêt *Conflans-Sainte-Honorine*. En effet, en l'espèce, l'entrée en vigueur faisait naître des difficultés liées à la sécurité en matière de circulation aérienne qui n'étaient plus compatibles avec les dispositions du référé-enquête publique⁴². La rapporteur public a donc assuré l'effectivité de la suspension.

315. – Délai de *standstill*. Il se trouve que cette technique est déjà éprouvée dans d'autres matières. Notre étude prendra l'exemple du délai dit de *standstill* en droit de la commande publique, régime qui nous semble être le plus proche de notre proposition. En effet, il met en œuvre un mécanisme similaire et concerne une matière qui génère un contentieux imposant. Lorsque l'administration attribue un contrat de la commande publique selon une procédure formalisée, un délai de onze jours doit être observé entre la date d'envoi de la notification et la signature du marché⁴³. L'objectif de ce délai est de permettre aux candidats évincés d'introduire un référé précontractuel⁴⁴. La protection du droit au recours est ici aussi la préoccupation centrale du législateur. Ainsi, le juge a pu « faire preuve de pragmatisme » et ne pas sanctionner la signature d'un contrat quelques heures avant l'expiration du délai dans la mesure où il était « évident que sa méconnaissance n'[avait] pas privé l'intéressé de la garantie qu'elle lui [conférait] »⁴⁵.

316. – Mise en œuvre. Ce système pourrait donc être une forme de modèle qui montre l'efficacité d'un délai d'attente imposé pour la préservation des droits. Cependant, il doit être noté que le délai nécessaire en matière environnementale serait substantiellement plus important. Il s'agit donc d'exiger de l'administration une certaine anticipation des décisions qu'elle doit prendre par rapport à leur entrée en vigueur. Cela ne semble pas pouvoir poser des difficultés lorsque les décisions répondent à la demande d'une personne privée. Ce sera alors aux demandeurs de subir cette charge d'anticipation qui pourrait être simplement vue comme un devoir de prévention. En revanche, la situation pourrait être quelque peu complexifiée en matière d'atteintes aux espèces si les rapports les plus récents ne sont pas encore disponibles pour éclairer l'administration. Toutefois, les enjeux sont tels que cela ne peut représenter un obstacle suffisant. Il semble nécessaire de parvenir à obtenir ces données en amont et, si cela s'avérait impossible, de trancher malgré le doute⁴⁶.

317. – Conclusion. Le fait d'imposer un délai d'entrée en vigueur pour les décisions administratives qui impliquent un risque d'atteinte à l'environnement apparaît comme la seule

⁴¹ J. Betaille, « La directive oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *RSDA* 2020, n° 2, p. 331.

⁴² R. Hostiou, « Référé-suspension, droit des enquêtes publiques et office du juge administratif : quand l'intérêt général l'emporte sur la loi », *JCP A* 2012, n° 37, comm. 2295.

⁴³ CCP, art. R. 2182-1.

⁴⁴ Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, coll. Cours, 2^e éd., 2019, p. 418.

⁴⁵ J. Martin et G. Pellissier, « Chronique de droit des contrats publics. Décisions de janvier à décembre 2017 (1^{re} partie) », *JCP A* 2018, n° 5, chron. 2041, p. 9.

⁴⁶ V. § 243 s.

solution qui permet réellement d'assurer une prévention effective des dommages. Sans cela, l'intervention trop tardive du juge menace l'effectivité d'une grande partie des recours. En outre, et même si cela n'a pas fait l'objet de notre étude, il est fort probable que cela dissuade de manière très importante les requérants de recourir au référé-suspension. Or, il s'agit du référé au premier plan de la prévention des dommages, du moins tant que les autres procédures n'ont pas évolué de la manière dont cela a pu être suggéré tout au long de nos développements. La protection du droit au recours pourrait être la priorité du législateur en la matière car il s'agit d'un changement qui demande une refonte de notre perception du contentieux de l'environnement.

318. Au-delà de ces questionnements, l'effet utile des référés dépend aussi des mesures qui peuvent être prononcées par le juge et de leur capacité à répondre efficacement à des exigences de prévention.

SECTION 2 / LA PERTINENCE DE LA MESURE, MESURE DE L'EFFECTIVITÉ

319. – **La mesure, point d'orgue des référés.** Le contentieux des référés s'achève sur la mesure prononcée par le juge. Elle est également son départ dans la mesure où c'est elle qui a motivé l'introduction du recours. En ce sens, elle clôt la boucle de notre réflexion et effectue le lien final avec nos raisonnements relatifs aux conditions de fond. La mesure obtenue est aussi le principal moyen de déterminer si le recours a été effectif. Toutefois, ce n'est pas aisé car elle peut être plus ou moins pertinente. Même si les requérants ont obtenu le prononcé de celle demandée, il peut être imaginé que le procès aboutisse à une autre mesure plus protectrice. La qualité de la prévention va principalement dépendre de la capacité du juge à prononcer une mesure conservatoire adéquate (§1.) mais aussi dans la mise à profit de ses pouvoirs (§2.).

§1. La mesure conservatoire : apanage de la prévention

320. – **Nature provisoire et préventive.** Afin de prévenir un dommage, la mesure conservatoire apparaît incontestablement comme étant la plus adaptée en matière de référés. En effet, c'est une mesure qui aura à la fois un caractère provisoire et un caractère préventif⁴⁷. Cependant, les mesures conservatoires peuvent prendre plusieurs formes. L'étude transversale des ordres de juridiction permet de proposer des inspirations réciproques au regard de leur perception différenciée de la notion de provisoire (A.) Cependant, il s'avère que la prévention est finalement un élément seulement subsidiaire de la pensée des référés, le prononcé de mesures conservatoires n'est donc pas favorisé (B.).

⁴⁷ La mesure conservatoire est un « acte de sauvegarde » qui intervient pour « empêcher, prévenir un péril » : M.-R. Tercinet, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, p. 127.

A. *Mesures provisoires et inspiration réciproque des ordres de juridiction*

321. – Relation du provisoire et du fond. « Le juge des référés ne peut être que le juge du provisoire » affirme Yves Strickler à la dernière ligne de sa thèse⁴⁸. Cependant, la notion de provisoire peut faire l'objet d'une appréciation plus ou moins restrictive. La doctrine est donc assez incertaine quant à sa définition. Yves Strickler, quant à lui, parvient à la conclusion que le caractère provisoire provient du fait que le juge ne tranche pas le litige au fond. Il peut donc, dans les faits, empiéter sur le domaine du juge du fond⁴⁹. Ainsi, la distinction entre le provisoire et le définitif ne repose pas sur une appréciation de fait : le juge peut impacter la situation de manière définitive. Le provisoire devient donc, grâce à cette définition qui repose sur une appréciation abstraite, un lien solide qui réunit toutes les procédures de référés. Dans un souci d'approche cohérente et globale, notre étude adoptera donc cette définition. Cependant, même si une typologie commune des mesures provisoires peut être dégagée de l'étude de la pratique des deux ordres de juridiction (1.), il est souhaitable de diversifier les mesures que le juge peut prononcer (2.).

1. *Typologie commune des mesures provisoires*

322. – Contestation sérieuse. Les fondements légaux sont similaires au sein des deux ordres de juridiction et prévoient tous deux que le juge des référés ne soit pas saisi du principal et prononce des mesures provisoires⁵⁰. Plus précisément, le type de mesures que le juge pourra ordonner est lié à l'existence d'une contestation sérieuse. Il pourra donc rendre une décision dite provisoire mais qui entraîne « des conséquences irréparables pour l'un des plaideurs »⁵¹ dans la mesure où la question à laquelle il est confronté ne fait pas l'objet d'une contestation. Cela ne signifie pas que le contentieux ne fait l'objet d'aucune contestation sérieuse mais seulement que l'objet de cette de la mesure présente une forme de certitude.

323. – Référé conservatoire. L'étude de la procédure civile nous semble plus éclairante que le contentieux administratif en ce qui concerne l'analyse des différents types de mesures provisoires. Cette subtilité est visible dans l'énoncé même du référé conservatoire qui prévoit que le juge peut « même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent »⁵². Il ne peut pas être contesté qu'une mesure de remise en état présente, dans les faits, tous les caractères d'une mesure définitive. Ces conséquences sont acceptables dans la mesure où le trouble est considéré comme « manifeste », ce qui ne laisse aucune place au doute. À titre d'exemple, l'un des contentieux environnementaux les plus représentés par cette procédure est celui des constructions illicites. Le juge est en mesure de constater de manière évidente que la construction ne respecte pas les

⁴⁸ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, p. 744.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁰ CPC, art. 484 : « L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires. »

CJA, art. L. 511-1 : « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais. »

⁵¹ Y. Strickler, *op. cit.*, p. 181.

⁵² CPC, art. 835.

règles d'urbanisme afin de prononcer la démolition. Une construction édifée en méconnaissance du permis de construire, sur une zone classée agricole puis naturelle, justifie une condamnation à la démolition sans que cela contrevienne au principe de proportionnalité⁵³.

324. – Précisions terminologiques. Une distinction entre deux types de mesures peut donc être effectuée. La certitude permettra le prononcé de mesures entraînant des conséquences irréversibles en raison de l'absence de doute de la part du juge sur l'objet du litige. Il s'agit de procédures, telles que le trouble manifestement illicite ou le référé-liberté, qui sont plus éloignées « de l'exigence d'un recours principal au fond », ce qui montre aussi un besoin de solution juridique de la part des requérants⁵⁴. Comme a pu le développer Stéphanie Grayot, ces distinctions regroupent des situations parfois identiques et font toujours référence à des mesures préventives⁵⁵. Néanmoins, nous reprendrons par commodité d'expression ces terminologies qui permettent, à défaut d'une classification, une compréhension du raisonnement devant être mené par le juge pour les distinguer. D'une part, selon Jacques Normand, le juge aurait une fonction conservatoire qui lui permet seulement de prononcer « les mesures d'attente propres à éviter, jusqu'à ce que la situation se débloque, que l'irréparable ne s'accomplisse »⁵⁶. Plus attaché à un raisonnement par rapport au contentieux au fond, Jacques Héron parle de mesures d'attente car elles ne sont pas « tirées de l'effet juridique de la règle substantielle éventuellement applicable »⁵⁷. Une fois l'évidence caractérisée, le juge est en mesure de prononcer des mesures anticipatoires selon une terminologie commune.

325. Au-delà de ces remarques transversales, il semblerait intéressant que les deux ordres de juridiction soient en mesure de proposer des recours donnant la possibilité d'obtenir cette variété de mesures. En effet, la prévention peut prendre des formes très diverses qui ne peuvent être solutionnées de manière identique. Malheureusement, ce n'est pas le cas et certaines procédures semblent même ne pas faciliter la prise de mesures provisoires.

2. De l'intérêt de diversifier les mesures à la disposition du juge

326. – Pouvoirs limités du juge du référé-liberté. Le juge administratif est sans aucun doute celui qui adopte la jurisprudence la plus étrange en matière de mesures provisoires. En effet, le caractère évident de la situation semble plutôt se répercuter sur les pouvoirs que détient le juge sans pour autant moduler le type de mesures provisoires qui peuvent être prononcées. L'exemple le plus probant pour l'illustrer est le référé-liberté. En effet, le juge dispose d'importants pouvoirs puisqu'il peut prescrire « toutes [les] mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale »⁵⁸. Or, il semble faire du caractère provisoire un véritable critère de ce référé. Dès 2001, il a jugé que même dans « le cas où l'ensemble des conditions [...] sont remplies », il lui revient d'examiner le caractère provisoire des mesures⁵⁹.

⁵³ Poitiers, 1^{ère} ch., 8 mars 2022, n° 21/0235.

⁵⁴ B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *AJDA* 2007, n° 6, p. 76.

⁵⁵ S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, p. 103.

⁵⁶ J. Normand, « Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre », *RTD Civ* 1998, n° 4, p. 972.

⁵⁷ J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 7^e éd., 2019, p. 344.

⁵⁸ CJA, art. L. 521-2.

⁵⁹ CE, ord., 1^{er} mars 2001, Paturel, n°230794.

Le requérant demandait une injonction de communication d'un dossier qui lui était refusée par le ministre de l'Intérieur, ainsi que l'annulation de la décision de refus. Sans surprise, le juge a constaté que la demande d'annulation était irrecevable. Il s'agirait en effet pour le juge du provisoire de statuer au fond, ce qui n'apparaît en aucun cas approprié. Cependant, il a aussi rejeté la demande de communication.

327. – Absence de caractère provisoire. Il aurait semblé cohérent que le juge examine d'abord si les conditions de fond du référé sont remplies avant de déterminer si les demandes des requérants peuvent permettre le prononcé de mesures. Cependant, le juge ne se prononce pas à ce sujet. En l'espèce, il disposait pourtant d'un texte législatif appuyant la mesure de refus qui avait été formulée. En outre, la procédure prescrite avait été respectée. Il ne lui restait qu'une étape pour rejeter la requête pour défaut d'atteinte manifeste à une liberté fondamentale. Il peut être imaginé qu'il fut pris d'une certaine prudence dans un contentieux aussi sensible que celui du respect des droits fondamentaux confronté à la discrétion propre aux données touchant à la sûreté de l'État.

328. – Motifs du rejet. Néanmoins, cette jurisprudence n'est pas isolée, le Conseil d'État, confronté à un recours en matière environnementale, a alors adopté le même raisonnement⁶⁰. Au lieu d'étudier la présence d'une éventuelle atteinte à une liberté fondamentale environnementale pas encore reconnue⁶¹ en raison des captures accidentelles de dauphins, le juge rejette chaque demande au regard de leur nature non provisoire. Il constate ainsi que la demande de fermeture des pêcheries pendant certaines périodes n'a pas un caractère provisoire. Ce n'est qu'en ce qui concerne le moyen visant à imposer le respect de la législation sur les espèces protégées que le juge constate qu'il n'y a pas d'illégalité manifeste. Ce type de jurisprudence peut induire en erreur car le juge serait alors en mesure de rejeter en raison de l'absence de l'une des conditions de fond tellement ces dernières sont exigeantes. Or, le fait qu'il rejette au motif du caractère non provisoire de la mesure est critiquable.

329. – Appréciation restrictive. D'une part, en suivant un raisonnement purement juridique, cela voudrait dire que certaines situations d'atteintes manifestement illégales ne trouveraient pas de réponse juridictionnelle adaptée car aucune de ces dernières ne répondrait à la perception du provisoire adoptée par le juge administratif.

330. – Référé-suspension. D'autre part, si la perception du provisoire par le juge administratif semble le limiter à des mesures non définitives, ce n'est en pratique pas le cas. Comme le constate Benoît Plessix, « le provisoire ne singularise réellement que le référé-suspension »⁶². Il est évident que le référé-suspension se distingue par les mesures qu'il permet de prononcer puisqu'il permet au juge d'intervenir en présence d'un simple doute. À cet égard, il paraît logique que le juge soit principalement limité à des mesures de suspension si l'on poursuit notre raisonnement qui fait de la certitude le critère du caractère contraignant des mesures prononcées. Un simple doute ne peut suffire pour que le juge enjoigne à

⁶⁰ CE, ord., 27 mars 2021, Association Sea Shepherd France, n°450592.

⁶¹ V. § 112 s.

⁶² B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *AJDA* 2007, n° 6, p. 76. Le provisoire est ici entendu au sens de « ce qui n'est pas définitif » contrairement à Yves Strickler qui en fait une notion juridique plus large pour appréhender l'ensemble des référés et leur donner une cohérence globale.

l'administration d'instruire de nouveau une demande d'autorisation de défrichement⁶³. En effet, instruire n'est pas une mesure qui porte en elle-même des conséquences irréversibles, mais en réalité, si une réponse favorable intervient avant que le juge du fond n'ait statué, cela sera le cas indirectement.

331. – Pouvoirs théoriquement étendus du juge. Cependant, les autres référés octroient plus de pouvoirs au juge. La doctrine organique elle-même le constate, les pouvoirs détenus par le juge du référé-liberté lui permettent de statuer « y compris lorsque l'injonction conduit à des mesures difficilement réversibles »⁶⁴. Il serait intéressant que le juge du référé-liberté clarifie sa pratique de cette procédure en matière environnementale. Certes, un grand nombre d'affaires mèneraient au rejet en raison de l'exigence de ses conditions⁶⁵, mais les affaires faisant apparaître un manquement manifeste à la légalité devraient permettre la prise de mesures ayant un effet définitif, sous peine de menacer l'effectivité de ce recours.

332. – Légitimité des mesures définitives. Il pourrait enfin être argumenté que la prise de décisions très contraignantes pour l'administration aurait pour conséquence d'en faire un juge administrateur. D'abord, il doit être noté que le juge est déjà amené, dans des domaines autres que l'environnement, à trancher des litiges qui font naître « des débats particulièrement délicats »⁶⁶. Ensuite, le caractère manifestement illégal de la mesure permet de filtrer suffisamment pour que le juge soit en mesure de rejeter en présence d'un doute sur le choix politique qui peut être sous-tendu par le contentieux qui lui est soumis. Cependant, il n'évite pas délibérément le problème, puisqu'il se contente de respecter l'esprit même de la loi. Enfin, la jurisprudence civiliste a déjà démontré que la prise de mesures définitives en référés n'est pas problématique dans la mesure où elle assoit sa légitimité sur un critère d'évidence solide. Or, la matière civile est d'autant plus sensible qu'elle touche directement aux intérêts des personnes privées et peut grandement les impacter.

333. – Référé mesures utiles. En ce qui concerne le référé mesures utiles, la même évolution pourrait être attendue. La situation est quelque peu surprenante mais ce référé permet légalement de prendre des mesures très contraignantes telles que des injonctions, alors même qu'il ne présente aucune condition d'évidence. En pratique, la jurisprudence a rapidement résolu ce problème puisqu'elle a ajouté une condition d'absence de contestation sérieuse⁶⁷. La présence de cette nouvelle condition prétorienne simplifie le raisonnement puisqu'elle permet de prolonger celui mené pour le référé-liberté. De manière similaire à l'étude des référés civils, la contestation sérieuse n'est pas appréciée au regard de l'ensemble du litige mais par rapport à

⁶³ CE, ord., 20 oct. 2004, Ministre de l'Agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales, n°266724 : « qu'en enjoignant au préfet des Alpes-Maritimes de délivrer une autorisation de défrichement à M. X... avant le 15 mai 2004, le juge des référés a ordonné une mesure qui, eu égard au caractère irréversible d'une opération de défrichement, ne présentait pas le caractère d'une mesure provisoire ».

⁶⁴ « Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État », Conseil d'État, 2015, p. 15.

⁶⁵ 9 requête sur 10 font l'objet d'un rejet en moyenne : L. Favoreu, A. Duffy-Meunier, I. Fassassi *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2021, p. 125.

⁶⁶ O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020. Les auteurs citent notamment comme exemple le contentieux des arrêtés « anti-burkini », p. 422.

⁶⁷ CE, ord., 6 avril 2001, Ministre de l'Éducation nationale, n°230000, publié au recueil Lebon : « la demande du ministre tendant à l'expulsion de M. Cros Y... et Mme Z..., lesquels ont été mis en demeure de vider les lieux le 22 décembre 2000, après que plusieurs sommations dans le même sens leur aient été délivrées au cours de l'année 2000, ne se heurte à aucune contestation sérieuse »

l'objet de la mesure demandée⁶⁸. Ainsi, le grand port maritime de Rouen ne peut demander la communication du contrat d'assurance pour déterminer ses garanties en matière de dépollution dans la mesure où il ne peut prouver avoir souscrit cette assurance⁶⁹.

334. – Procédure civile et mesures conservatoires. À l'inverse, le juge civil gagnerait peut-être à offrir un référé d'urgence plus accessible à l'image du référé-suspension. Toutefois, il serait limité à des mesures provisoires sans conséquences définitives. Cela pourrait par exemple devenir l'objet du référé conservatoire pour dommage imminent⁷⁰ qui aurait en outre le mérite d'avoir une perspective principalement préventive. En attendant, le trouble manifestement illicite continue d'assurer une vocation hybride en combinant les mesures préventives et réparatrices, ce qui assure au minimum l'intervention du juge civil en la matière.

335. – Conclusion. Le caractère provisoire des mesures de référé n'empêche pas celles-ci d'offrir une solution au litige lorsque cela s'avère nécessaire. Toutefois, un renforcement de la capacité préventive de ces référés pourrait prendre la forme d'une inspiration réciproque des ordres de juridiction. En effet leur complémentarité possède des limites et la diversité des mesures au sein de chacun des contentieux serait plus favorable à une réponse juridictionnelle effective en matière environnementale. Cependant, ces propositions resteront insuffisantes tant que la prévention ne fera l'objet que d'une approche subsidiaire dans la conception des référés.

B. *La subsidiarité des mesures préventives dans la pensée des référés*

336. – Éviction préalable de certaines mesures. En raison des confusions sur le caractère provisoire des décisions de référé, certaines mesures préventives ne sont même pas envisagées dans la conception de certains référés administratifs. Une plus grande souplesse quant aux mesures pouvant être prononcées ne serait pourtant pas une menace pour la sécurité juridique tant qu'elle s'inscrit dans la suite du raisonnement qui vient d'être présenté.

337. – Manque de mesures d'attente. Cette atténuation pourrait se matérialiser, en contentieux administratif, par la revalorisation des mesures conservatoires qui n'ont pas de conséquences définitives. En effet, un vide juridique a été créé dans l'articulation des référés administratifs concernant les mesures d'attente. Le référé-suspension s'est vu totalement retirer cet objectif préventif. La prévention est une finalité indirecte de ce dernier qui s'inscrit avant tout dans une perspective de respect de la légalité par le prononcé de suspensions. Cela ne semblait pas du tout inapproprié dans la mesure où le référé mesures utiles, dont le nom initial n'est pas « référé conservatoire » par hasard, devait être centré sur cet objectif si la suspension ne se révélait pas être une réponse adéquate. À plusieurs égards, ce ne fut pas le cas. D'abord, il s'est avéré que les conditions de fond et l'utilisation qui était faite en pratique de cette procédure en faisaient un référé prévenant les dommages de travaux publics exclusivement⁷¹. Ensuite, l'ajout de la condition jurisprudentielle de l'absence de contestation sérieuse faisait sens lorsque le juge doit prendre des mesures ayant un effet définitif mais beaucoup moins lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures d'attente. Non seulement ce référé n'a pas la visibilité

⁶⁸ V. § 95.

⁶⁹ CE 6e et 3e ch. réunies, 12 juill. 2017, M^e A, n^o406327, considérant 10.

⁷⁰ V. § 186 pour une proposition d'évolution de ce référé afin d'encourager sa pratique.

⁷¹ V. § 139 s.

qu'il devrait avoir en matière de prévention, mais en plus, il s'avère ne pas fournir de réponse juridictionnelle adaptée à toutes les situations.

338. – Diversifier les pouvoirs du juge administratif. Deux solutions pourraient répondre à cette problématique : permettre au référé-suspension de s'accompagner de mesures conservatoires non définitives ou inclure une dimension plus globale et hybride au sein du référé mesures utiles. Il semblerait que les deux présentent un intérêt en la matière. En effet, la délimitation du champ d'application de ces référés est avant tout appréciée *in concreto*. La subsidiarité nécessite de rechercher pour chaque affaire « si le requérant aurait pu disposer, en référé-suspension ou en référé-liberté, d'une voie de recours efficace »⁷². L'objectif contentieux est donc bien de couvrir toutes les hypothèses du réel. Le fait de se contenter d'élargir les mesures qui peuvent être formulées au titre de l'une des procédures seulement pourrait donc négliger certaines situations de prévention.

339. – Pouvoir d'injonction. Concernant le référé-suspension, les limites de son pouvoir d'injonction sont des obstacles. D'une part, initialement destinée aux décisions de rejet⁷³, l'injonction peut désormais être prononcée pour les autres décisions si elle est nécessaire à la suspension⁷⁴. Cependant, l'article a fait l'objet d'une interprétation évolutive assez défavorable, même si plus proche de la lettre du texte. Initialement, le juge était en mesure de prononcer l'injonction d'office en présence d'une décision de rejet⁷⁵, dorénavant, il doit constater des demandes en ce sens de la part des requérants⁷⁶. Il semble questionnable que le juge ne détienne pas le pouvoir de déterminer lui-même les mesures nécessaires à l'effectivité de la suspension. Il ne s'agit pas ici de mesures conservatoires complémentaires mais bien essentielles. Cela risquerait au surplus de favoriser les requérants les plus éclairés au détriment de ceux qui ont peut-être fait le choix de ne pas recourir à un avocat. En toute hypothèse, ce n'est pas favorable à la prévention des dommages.

⁷² L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Référé mesures utiles : la quadrature du cercle », *AJDA* 2016, n° 9, p. 475.

⁷³ CE Sect., 20 déc. 2000, M. Abbas X., n°206745, publié au recueil Lebon : « il lui appartient - après avoir mentionné avec précision le ou les moyens qu'il a retenus - d'assortir le prononcé du sursis de l'indication des obligations qui en découleront pour l'administration et qui pourront consister à réexaminer la demande dans un délai déterminé ou, le cas échéant, à prendre toute mesure conservatoire utile prescrite par le juge compte tenu de l'objet du litige, du moyen retenu et de l'urgence ».

⁷⁴ CJA, art. L. 911-1 : « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. La juridiction peut également prescrire d'office cette mesure ».

⁷⁵ CE, 27 juill. 2001, Ministre de l'Emploi et de la solidarité, n°232603, publié au recueil Lebon : « que s'il lui apparaît que la suspension qu'il ordonne implique nécessairement que l'auteur de la décision prenne une mesure dans un sens déterminé, il peut également, saisi de conclusions en ce sens lorsque la suspension d'une décision administrative à caractère exécutoire est demandée et de sa propre initiative dans le cas de décisions administratives de rejet, assortir la mesure de suspension de la décision administrative de l'indication des obligations provisoires qui en découleront pour l'administration »

⁷⁶ CE, 20 mai 2009, Ministre de la Défense, n°317098 ; *AJDA* 2009, n° 29, note. M.-C. Runavot, p. 1623. « le juge des référés peut suspendre l'exécution d'une décision administrative, même de rejet, et assortir cette suspension d'une injonction, s'il est saisi de conclusions en ce sens, ou de l'indication des obligations qui en découleront pour l'administration »

340. – Paradoxe. D'autre part, les injonctions ne doivent pas avoir des effets identiques à l'exécution de l'annulation de la décision attaquée⁷⁷. Concrètement, le requérant est en mesure d'obtenir une injonction conservatoire lorsqu'il est dans une situation d'urgence telle qu'il n'a pas pu solliciter l'administration, toutefois, si une décision de rejet est née, le juge du référé-suspension ne sera paradoxalement pas en mesure de protéger ses droits de la même manière⁷⁸. Il serait ainsi préférable que le juge du référé-suspension soit, sans condition supplémentaire, investi des pouvoirs d'ordonner des mesures d'attente.

341. – Le référé mesures utiles, référé préventif de premier plan. Concernant le référé-mesures utiles, il apparaît nécessaire qu'il devienne un référé de référence en matière préventive sans que cela ne remette en question son caractère subsidiaire. Pour cela, il pourrait s'inspirer du fonctionnement du référé conservatoire civil. En effet, ce dernier est un excellent exemple car il permet au juge de prononcer à la fois des mesures d'attente et des mesures anticipatoires. Le référé mesures utiles a la capacité d'offrir la même diversité de mesures de manière plus accessible. En effet, si la condition de l'absence de contestation sérieuse marque l'évidence, elle est bien plus accessible car elle est appréciée au regard de l'objet du litige. Le critère manifeste est quant à lui lié à l'étude de l'illicéité, ce qui restreint nécessairement l'accessibilité de ce recours.

342. – Conclusion. L'intervention du juge en amont du dommage ne peut se faire s'il ne détient pas la marge de manœuvre nécessaire pour décider de la mesure conservatoire la plus adéquate. Loin de représenter un éloignement de la conception des référés, il s'agit en réalité de revaloriser leur essence. Les mesures préventives ne nécessitent pas un accroissement théorique mais seulement pratique des pouvoirs du juge des référés car le provisoire s'accommode très bien de toutes ces propositions. La procédure civile est, à cet égard, un exemple plutôt encourageant malgré sa seule procédure pratiquée. Il s'agit donc, pour mettre en œuvre toutes ces propositions, de constater que les pouvoirs en apparence limités du juge des référés sont pourtant largement suffisants pour lui permettre d'offrir un contentieux préventif efficace.

§2. Les pouvoirs limités du juge des référés, fausse entrave pour la prévention

343. – Importants pouvoirs préventifs. Si le juge des référés dispose d'une grande marge d'appréciation qui a pu être plusieurs fois commentée au fil de ces lignes, ses pouvoirs sont quant à eux souvent décrits comme limités⁷⁹. Cependant, lorsque l'on aborde une perspective préventive, il apparaît en réalité qu'ils sont loin de pouvoir représenter une entrave à cette dernière. Au contraire, le juge détient déjà tous les pouvoirs nécessaires à une protection effective de l'environnement. L'injonction est en d'ailleurs un exemple représentatif ainsi qu'un

⁷⁷ CE, 9 juill. 2001, Ministre de l'Intérieur, n°232818 : « cette mesure n'aurait pas le caractère d'une mesure provisoire ; que, dans la mesure où elles auraient des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative de la décision par laquelle le juge de l'excès de pouvoir viendrait, le cas échéant, à prononcer l'annulation de la décision de refus attaquée ».

⁷⁸ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Référé mesures utiles : la quadrature du cercle », *AJDA* 2016, n° 9, p. 478.

⁷⁹ X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, p. 231.

atout essentiel (A.). Au-delà, une approche plus globale des pouvoirs du juge peut être développée du fait de sa capacité à prononcer une mesure au regard du contentieux plus général dans lequel elle s'inscrit (B.).

A. Le développement de l'injonction administrative

344. – Mesures à l'encontre de la prévention. Si la vocation des référés est la prévention, c'est une finalité qui est parfois oubliée⁸⁰. Cela se perçoit dans l'approche développée par le juge dans certaines situations concrètes. À titre d'exemple, notre étude a pu encourager le développement par le juge administratif de l'utilisation de son pouvoir d'injonction. Cependant, cela doit se faire dans le respect de l'esprit du référé : par la prise de mesures préventives. Or, le juge a parfois rendu des décisions extrêmement inattendues. Le Conseil d'État a été amené à confirmer une ordonnance de première instance dans laquelle le tribunal avait suspendu une décision de refus d'octroi d'une autorisation de défricher et enjoint au préfet d'instruire à nouveau la demande⁸¹. Certes, le développement du pouvoir de l'injonction pourrait mener à des décisions qui ne seraient pas forcément favorables à l'environnement, cependant, la perspective d'approche du juge peut être questionnée.

345. – Décisions provisoires favorables. Le juge des référés dispose d'une grande marge d'appréciation quant aux éléments de fait qui lui sont soumis ce qui ne permet pas au Conseil d'État de se prononcer au-delà de la dénaturation des faits. Ainsi, les motifs qui ont poussé le tribunal administratif à se positionner en ce sens restent inconnus. Le résultat est cependant surprenant. En effet, le pouvoir d'injonction est un outil qui permet au requérant d'obtenir « une décision provisoire favorable »⁸². Certes, au regard de l'intérêt économique du requérant qui souhaite cultiver des oliviers, l'injonction a un effet favorable. Cependant, il ne s'agit en réalité pas d'une mesure conservatoire qui peut être prononcée en présence d'une incertitude. Dans le cadre d'une procédure telle que le référé mesures utiles, la présence ou non d'une contestation sérieuse sur la mesure aurait déterminé si le juge était en mesure de prononcer une telle injonction. Or, le référé-suspension ne présente pas un tel critère, il doit se limiter à des mesures conservatoires d'attente ou de préservation. La situation est telle que la mesure demandée porte une atteinte irréversible à un droit – la protection de l'environnement et la lutte contre les incendies. Si elle n'était pas prise, alors un préjudice naîtrait mais il serait de nature économique, ce qui n'est pas irréversible. La mesure conservatoire doit toujours tendre dans le sens d'un maintien des droits en présence d'un doute sérieux.

346. – Fiction juridique autour du caractère définitif. Cette approche peut être illustrée par un contentieux du référé mesures utiles. Une requérante avisée avait demandé au juge d'« ordonner que des travaux provisoires destinés à mettre en sécurité le bâtiment soient réalisés aux frais avancés du département »⁸³. Le fait que la requérante ait demandé l'avancement des sommes est tout à fait caractéristique du raisonnement provisoire. Le résultat est fort

⁸⁰ B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *AJDA* 2007, n° 6, p. 76.

⁸¹ CE, ord., 20 oct. 2004, Ministre de l'Agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales, n°266724.

⁸² J.-M. Favret, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000 », *DA* 2000, n° 11, chron. 19.

⁸³ CE sect., 18 juill. 2006, M^{me} Elissondo Labat, n°283474, publié au recueil Lebon ; *JCP A* 2006, n° 46, comm. 1267, note. C. Guettier.

intéressant : la sécurité du bâtiment fut assurée dans des délais les plus courts, la mesure conservatoire a donc joué son rôle. En outre, elle est réversible, non pas dans les faits mais dans la fiction juridique. En effet, la charge économique qu'elle implique ne sera pas forcément supportée par l'administration en dernier lieu selon la manière dont se poursuit le contentieux.

347. – Présence d'une décision administrative. Cette jurisprudence fut en outre, à l'échelle du référé mesures utiles, un assouplissement de l'interprétation de sa condition qui interdit de faire obstacle à une décision administrative⁸⁴. Dans ses conclusions sur une jurisprudence postérieure⁸⁵, la rapporteur public Aurélie Bretonneau revient sur cette décision et met en exergue les problématiques contentieuses qui proviennent de cette condition. Elle souligne expressément la nécessité de ne pas étendre cette possibilité de recourir au référé mesures utiles dans des domaines autres que celui des travaux publics. Cela aurait en effet pour conséquence de permettre un « contournement » des délais de recours contre la décision de refus néfaste à une bonne articulation des référés. Ce rappel de la subsidiarité du référé mesures utiles vient renforcer la nécessité de permettre au juge du référé-suspension de prononcer des mesures d'attente.

348. – Injonction favorable à l'environnement. Cependant, les exemples d'injonctions accompagnant une suspension sont rares et l'utilisation qui pourrait être faite d'un tel pouvoir en matière environnementale est laissée pour grande partie à l'imagination des requérants. Toutefois, une jurisprudence attire l'attention par son originalité. Saisi d'un recours contre un arrêté de chasse du grand tétra et du lagopède alpin, le juge a retenu un doute sérieux lié à la vulnérabilité de l'espèce mais aussi un autre doute résultant des perturbations que représentent les battues pour l'ours⁸⁶. Le juge a pu ainsi donner droit aux parties et enjoindre à l'administration de prendre des mesures de protection de l'ours dans un délai d'un mois. Il faut noter que le juge impulse l'action préventive mais n'administre pas, il refuse donc de préciser les mesures que doit prendre le préfet⁸⁷. Cependant, le juge n'a pas mené jusqu'au bout la dynamique qu'il avait créée dans cette ordonnance novatrice. En effet, non seulement la suspension n'a pas été suivie d'effet car l'administration considérait que ses obligations se limitaient à l'injonction, mais en plus de cela, le juge est venu confirmer cette interprétation. Ainsi, il a précisé que seule une suspension partielle était prononcée, en raison du fait que le préfet n'avait pas pris les mesures de protection de l'ours exigées, sans que la pratique des battues soit concernée⁸⁸.

349. – Inefficacité de la mesure. *In fine*, la décision est fort négative pour l'environnement. Contradictoire, elle ne suspend pas l'activité à l'origine du dommage alors même que c'est pour cette raison qu'une mesure d'injonction a été prise. L'intérêt de la mesure conservatoire est donc vidé de sa substance : le temps que les mesures de protection soient prises – un mois est

⁸⁴ C. Huglo, « Le juge, l'environnement et l'urgence », *Environnement* 2006, n° 11, repère 10.

⁸⁵ CE sect., 5 févr. 2016, M. Benabdellah, n°393540 et 393541 ; *RFDA* 2016, n° 2, note. A. Bretonneau, p. 943.

⁸⁶ TA Toulouse, ord., 17 sept. 2009, Comité écologique ariégeois, n°0904098 ; *DA* 2010, n° 12, comm. 161, note. J.-B. Vila.

⁸⁷ TA Toulouse, ord. en interprétation, 29 sept. 2009, Préfet de l'Ariège, n°0904437.

⁸⁸ *Ibid.* : les dispositions précitées de l'ordonnance du juge des référés en date du 17 septembre 2009 doivent être regardées comme ne décidant pas la suspension de l'exécution de l'arrêté du préfet de l'Ariège du 10 juin 2009 en ce que cette décision prescrit l'ouverture de la chasse en battue

accordé au préfet – les battues administratives auront eu lieu. En outre, cela ne relève pas de la jurisprudence classique du référé-suspension. Le juge évite habituellement les suspensions partielles car la décision « doit être prise dans son ensemble pour analyser pleinement ses effets »⁸⁹.

350. – Utilisation partielle des pouvoirs du juge administratif. Le juge administratif dispose de la possibilité de prendre des injonctions dans tous les référés d'urgence mais son utilisation au profit de la prévention se révèle finalement partielle. Il s'agit cependant d'un pouvoir plutôt récent pour ce juge qui fait face à une administration peu habituée à ce qu'il puisse détenir des pouvoirs étendus. Néanmoins, la polyvalence qu'il gagne en tant que juge du fond en matière environnementale⁹⁰ commence à se développer en référés. Cela se ressent aussi dans la façon dont il insère de plus en plus ce contentieux dans une perspective plus globale.

B. *Insérer la mesure dans une approche globale du contentieux*

351. – Prise en compte des contentieux liés. Les décisions de référés sont, en raison de leur nature, souvent un élément d'un contentieux plus important donnant lieu à d'autres recours. Lors du choix de la mesure qu'il souhaite prononcer, il est intéressant pour le juge des référés de prendre en compte ces autres contentieux passés ou à venir pour assurer une approche globale cohérente.

352. – Cumul des référés. En premier lieu, les référés peuvent être amenés à s'articuler entre eux. Le cumul des procédures de référés peut parfois s'avérer superfétatoire. La situation la plus représentative est celle où un second juge est saisi en raison du manque d'efficacité de la première décision. Ainsi, une requête en référé mesures utiles a été déposée alors même que le juge administratif avait déjà suspendu un arrêté octroyant un permis de construire⁹¹. En effet, l'association qui avait demandé la suspension a constaté que les travaux se poursuivaient et a donc demandé au juge d'enjoindre au maire « de faire dresser un procès-verbal d'infraction, d'édicter un arrêté interruptif de travaux et d'en transmettre copie au procureur de la République ». Le juge lui a donné droit et a prononcé les mesures demandées. Le Conseil d'État a confirmé que cela relevait de sa compétence.

353. – Inexécution de la mesure. Cette articulation des référés est problématique en raison du manque d'efficacité de la justice qu'elle met à jour. Les délais de contentieux deviennent absurdes pour des situations urgentes : un arrêté pris en janvier 2001 est suspendu en novembre 2002 avant que les injonctions soient prononcées en avril 2003. Certes, il faut préciser que la décision est ancienne, les délais étaient plus importants qu'ils ne le sont dorénavant. Cependant, elle met à jour une problématique réelle, celle du respect effectif des mesures prononcées par le juge administratif. Il serait intéressant de mener une étude à part entière sur l'avenir que connaissent les mesures qu'il prononce pour en avoir une représentation fidèle de la réalité.

⁸⁹ J.-B. Vila, « L'office grandissant du juge des référés : le cas des ordonnances rendues dans le domaine de la chasse », *DA* 2010, n° 12, comm. 161.

⁹⁰ Notamment en plein contentieux en matière d'installations classées où il se montre extrêmement libre dans l'utilisation de ces pouvoirs. Cela a aussi amené le développement de sa pédagogie à l'égard de l'administration afin de favoriser, en amont, les bonnes pratiques : CE sect., avis, 22 mars 2018, Association Novissen et a., n°415852.

⁹¹ CE sect., 6 févr. 2004, M. Masier, n°256719.

Toutefois, il ne fait point de doute que l'exécution des décisions n'est pas – contrairement aux référés civils – la qualité première de ce contentieux.

354. – Astreinte. Il faut d'abord noter que l'astreinte⁹² est souvent prononcée en matière de référé-liberté et mesures utiles mais quasiment jamais en matière de référé suspension. Les mesures d'injonction sont déjà rares, ce qui laisse peu de possibilités d'en prononcer, mais malgré cela, le juge estime souvent que cela n'est pas nécessaire⁹³. Le Conseil d'État a sécurisé le régime de l'astreinte afin d'éviter qu'elle ne fasse l'objet de stratégies contentieuses. En effet, l'administration qui s'était vu enjoindre une action sous astreinte, avait fait le choix d'attendre que le juge ait statué au fond afin d'éviter l'exécution de la décision, ainsi que le paiement de l'astreinte, si la décision finale tournait en sa faveur⁹⁴. Le juge du fond ayant annulé la décision du ministre, les requérants saisirent le tribunal administratif pour faire liquider l'astreinte. Ce dernier refusa au motif que « le jugement au principal était d'ores et déjà intervenu ».

355. – Force exécutoire des décisions de référés. Cependant, cet arrêt était fort problématique dans la mesure où « provisoire n'est pas synonyme d'inefficacité »⁹⁵, les décisions de justice rendues en référé ont force exécutoire. Le Conseil d'État a donc confirmé sa jurisprudence en la matière : le contentieux lié à l'astreinte est indépendant du litige au fond. Il est possible d'y voir une forme de « contentieux de la responsabilité né de l'inexécution de la mesure enjointe »⁹⁶. Le non-respect mène encore une fois à un cumul de recours qui ne participe pas à une véritable efficacité de la justice administrative. Une éventuelle augmentation du recours à l'injonction devrait donc s'accompagner d'une astreinte dont la somme n'est pas « symbolique »⁹⁷.

356. – Exploitation de l'expérience du passé. En second lieu, les référés peuvent faire l'objet d'une appréciation qui prend en compte l'objet d'un recours au fond. En effet, le fait de disposer d'une perspective d'ensemble du contentieux permet d'améliorer la qualité des décisions de justice. Comme le rappelle opportunément Jessica Makowiak, « maîtriser juridiquement l'avenir n'a de sens que par rapport au champ d'expérience que nous livre le passé »⁹⁸. Un exemple de lien entre procédures a alors été effectué par le Conseil d'État, ce qui ouvre une nouvelle voie pour les référés. Alors qu'il était saisi de huit arrêtés de chasse, le juge a précisé qu'ils étaient identiques à ceux des précédentes campagnes, alors même que ces derniers avaient fait l'objet d'annulations⁹⁹. Ces dernières étaient en outre survenues seulement quelques mois avant qu'il ne soit saisi de leur version mise à jour pour la campagne suivante. Il est intéressant de constater que cet élément de fait est réutilisé lors de l'appréciation des deux

⁹² CJA, art. L. 911-3 : « La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite en application des articles L. 911-1 et L. 911-2 d'une astreinte qu'elle prononce dans les conditions prévues au présent livre et dont elle fixe la date d'effet. »

⁹³ TA Toulouse, ord., 17 sept. 2009, Comité écologique ariégeois, n°0904098 ; DA 2010, n° 12, comm. 161, note. J.-B. Vila.

⁹⁴ CE, 24 mai 2017, Société Investaq Energie et a., n°403569 ; EEI 2017, n° 12, comm. 72, note. P. Tosi.

⁹⁵ B. Plessix, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », AJDA 2007, n° 6.

⁹⁶ P. Tosi, « La permanence du provisoire ou le sort de l'astreinte dans la procédure du référé-suspension », EEI 2017, n° 12, comm. 72.

⁹⁷ CE, ord., 26 janv. 2010, SA Menarini France, n°335102 ; JCP A 2010, n° 25, comm. 2202, note. J.-M. Pontier.

⁹⁸ J. Makowiak, « À quel temps se conjugue le droit de l'environnement ? », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 273.

⁹⁹ CE, ord., 25 oct. 2021, Association One Voice, n°457535.

conditions de fond du référé-suspension. Son argumentaire est extrêmement réduit dans la mesure où les motifs qui ont mené à l'annulation des précédentes versions sont reproduits et justifient la suspension.

357. – Responsabilité de l'État. La portée de cette décision est tout à fait majeure pour l'effectivité de la protection de l'environnement grâce à la correspondance qu'elle effectue entre les procédures contentieuses. Le juge avait déjà effectué un lien entre les annulations répétées d'arrêtés et la possibilité d'engager la responsabilité de l'État, ce qui se trouve être une relation plus facile à établir. Ainsi, le tribunal administratif de Pau avait condamné l'État à verser des dommages et intérêts à hauteur de 15 000 euros à l'association France Nature Environnement Midi-Pyrénées en constatant qu'en prenant quatre arrêtés illégaux autorisant des prélèvements de grand tétra, le préfet avait commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'État¹⁰⁰. Cet arrêt est tout à fait fondamental, non seulement pour le financement de la protection des espèces, mais aussi pour le caractère dissuasif qu'il implique, et donc, la forme de prévention qu'il représente.

358. – Annulations précédentes. La prise en compte d'annulations au stade du référé est une nouvelle étape. Le lien effectué est, cette fois, directement au service de la prévention : les annulations simplifient l'accès au recours par le seul fait que le contenu des arrêtés est identique. L'intérêt est double. Non seulement cela permet de faciliter le recours pour les requérants, mais en plus cela oblige l'administration à apporter un soin tout particulier à ses arrêtés. La portée de ce deuxième aspect est la plus importante. En effet, une normalisation de cette jurisprudence obligerait l'administration à prendre en compte les annulations intervenues et à augmenter la protection des espèces concernées en amont d'un quelconque contentieux.

359. – Conclusion. La prévention n'est pas encore l'approche privilégiée des procédures de référés mais le juge fait preuve d'une réelle sensibilité à son égard dans certaines circonstances. Il n'hésite pas à utiliser ses pouvoirs pour améliorer son effectivité. La prévention paraît cependant ingrate puisqu'il s'agit toujours d'offrir une meilleure protection contre les dommages. Malgré les nombreux développements de notre étude consacrés à des suggestions, il ne fait aucun doute que le juge est sensibilisé à cette cause. Certaines avancées nécessitent plus que la bonne volonté isolée d'un seul juge précurseur, elles ne pourront se construire qu'au fil des années.

Conclusion du second chapitre

360. – Effectivité encore fragile. L'effectivité des mesures de référé est encore largement menacée. En effet, malgré l'investissement accru des acteurs du droit, notamment dans la diligence de leur recours ou au regard de leur inventivité grandissante, la prévention est sans conteste un défi pour le droit. Il apparaît clairement, qu'il s'agisse de la gestion des délais ou des mesures prononcées, qu'elle ne fait pas encore l'objet d'une appréciation suffisamment finaliste pour lui permettre d'aboutir.

361. – Identification de l'objet de chaque procédure. Si le délai utile semble avant tout une problématique qui doit faire l'objet d'une discussion parlementaire pour apporter une

¹⁰⁰ TA Pau, 22 avril 2021, FNE Midi-Pyrénées, n°1802786.

réponse solide, l'adéquation des mesures peut quant à elle se gagner par l'affinement de la pratique des référés. En effet, la multitude des référés existants n'est pas opportunément utilisée pour diversifier les mesures prononcées. L'identification plus précise de l'objet de chacune des procédures que notre étude propose pourrait permettre de clarifier les attentes des requérants. Une réponse juridictionnelle plus effective pourrait alors être assurée.

Conclusion de la seconde partie

362. – Contraintes propres à la matière environnementale. L'obtention d'une réponse juridictionnelle adéquate n'est pas chose aisée pour la matière environnementale. En effet, elle est accompagnée de contraintes particulières qui ne sont parfois pas compatibles avec le processus procédural classique. L'objectif préventif ajoute de la complexité au travail des requérants puisqu'il impose l'adoption d'une perspective prospective. Ainsi, l'élaboration d'une preuve qui s'appuie sur des données scientifiques suffisamment solides pour satisfaire le niveau d'exigence nécessaire au prononcé d'une mesure est parfois difficile. Toutefois, cela ne doit pas être perçu comme un défaut de ce contentieux. Il est tout à fait envisageable d'exploiter la nature scientifique du droit de l'environnement au profit de la prévention des dommages. Plusieurs exemples de notre étude viennent illustrer cette possibilité de renforcer la preuve par les données scientifiques.

363. – L'enjeu premier du temps procédural. Néanmoins, ces difficultés relatives à la preuve doivent être appréhendées concomitamment à l'obligation d'intervenir dans un délai utile particulièrement exigeante pour les procédures de référés. Ainsi, le temps procédural ne peut être sacrifié au profit de la preuve, il est trop précieux pour cela. Face à la menace du fait accompli, et donc à l'échec complet de la procédure, les acteurs du droit doivent parvenir à travailler en présence de l'incertitude. Cela leur est possible puisque les mesures qu'ils prononcent peuvent être adaptées à cette donnée. Le lien avec les conditions de fond précédemment étudiées est ici effectué. Il ne s'agit plus de s'inquiéter du filtre qu'elles créent mais au contraire d'exploiter les restrictions induites par leurs conditions, ou au contraire leur souplesse, pour mener au prononcé des mesures les plus adéquates.

Conclusion générale

364. – Objectif de l'étude. Cette étude avait pour objectif de déterminer dans quelle mesure les référés ont la capacité d'assurer que la prévention des dommages à l'environnement trouve une voie de droit adaptée pouvant la mener à une décision effective. Un raisonnement en deux temps a été mené au cours de nos développements. D'abord, les éléments favorables à la prévention ont été identifiés ainsi que ceux qui créent des obstacles ou des difficultés. Ensuite, des propositions ont été formulées pour améliorer la réponse juridictionnelle des référés en la matière. L'analyse globale de l'ensemble de ces éléments mène à plusieurs conclusions.

365. – Augmentation de la pratique des référés. En premier lieu, les référés sont les procédures de prédilection pour prévenir un grand nombre de dommages environnementaux. Leur rapidité caractéristique leur permet en effet d'offrir aux requérants des voies de droit très adaptées à l'urgence écologique. À ce titre, notre étude encourage la croissance du recours à ce type de procédure. Toutefois, cela ne doit pas se faire au détriment des procédures au fond. Les garanties procédurales qu'elles apportent leur permettent d'assurer des décisions plus qualitatives qui doivent primer sur les référés lorsque cela est possible. Ainsi, l'augmentation de la pratique des procédures de référés doit seulement se faire au profit de nouveaux contentieux de la prévention qui nécessitent une intervention rapide du juge. Notre étude a pu démontrer que certaines situations de fait ne trouvaient pas du tout de voie de droit adaptée, ou bien faisaient l'objet de rejets récurrents.

366. - Cohérence globale des éléments procéduraux. L'augmentation de leur pratique doit être accompagnée de la revalorisation des procédures les plus délaissées. Pour y parvenir, notre étude propose une véritable théorisation de l'objectif préventif de chaque procédure. Deux éléments doivent absolument être en accord avec ce cadre proposé. D'une part, les conditions de fond de chacun des référés doivent être adaptées pour permettre aux situations de fait concernées de faire l'objet d'une requête ayant ses chances d'aboutir. D'autre part, les mesures prononcées doivent répondre à l'objectif de la procédure choisie. Le caractère provisoire commun à l'ensemble des procédures doit pour cela faire l'objet d'une appréciation plus adaptée à la prévention pour favoriser la prise de mesures adéquates. Loin de porter atteinte à cette notion, cela permettrait d'assurer une plus grande polyvalence des référés. Ainsi, ce n'est que par une cohérence solide entre l'objectif préventif de la procédure, les conditions de fond et les mesures prononcées que la prévention des dommages sera optimale. À cette fin, notre étude a développé, pour chaque référé, plusieurs propositions concrètes qui permettent d'y parvenir.

367. – Maîtrise de la dimension scientifique. En deuxième lieu, la prise en compte des spécificités du droit de l'environnement est nécessaire pour assurer une prévention plus efficace des dommages qui l'atteignent. Certes, la nature scientifique du contentieux de l'environnement n'est pas une nouveauté dans le paysage juridique, puisqu'elle s'illustre déjà, notamment dans le domaine de la santé. Cependant, elle impose ici des contraintes paradoxalement incompatibles avec sa nature même. En effet, la science nécessite du temps pour établir des certitudes. Or, il s'agit de l'élément qui fait principalement défaut en matière de prévention.

368. – Preuve et délai utile. L'établissement de la preuve et le temps procédural doivent, autant que possible, être diminués pour permettre au juge de statuer en temps utile. Pour contourner cette problématique très présente en contentieux de la légalité, il semble incontournable de recourir à un texte de loi mettant en place un temps d'entrée en vigueur des décisions portant atteinte au droit de l'environnement. Pour le reste du contentieux, il semble nécessaire de développer des moyens d'établissement de la preuve anticipée. Il peut s'agir de recourir à des présomptions de droit ou de fait, ou bien d'imposer le recueil de données scientifiques en amont par exemple. Cette démarche est certes courante mais doit être renforcée dans les domaines les plus vulnérables. De plus, le juge doit continuer à manier l'incertitude scientifique pour assurer une réponse juridictionnelle au minimum conservatoire lorsque la possibilité d'un dommage est suffisamment étayée.

369. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la prévention des dommages à l'environnement semble promise à un développement rapide. La jurisprudence montre déjà une dynamique très favorable à des avancées en la matière.

ANNEXES

ANNEXE 1 / LE DIAGRAMME DE VENN : UNE REPRÉSENTATION DE L'ARTICULATION DES CONDITIONS DE FOND

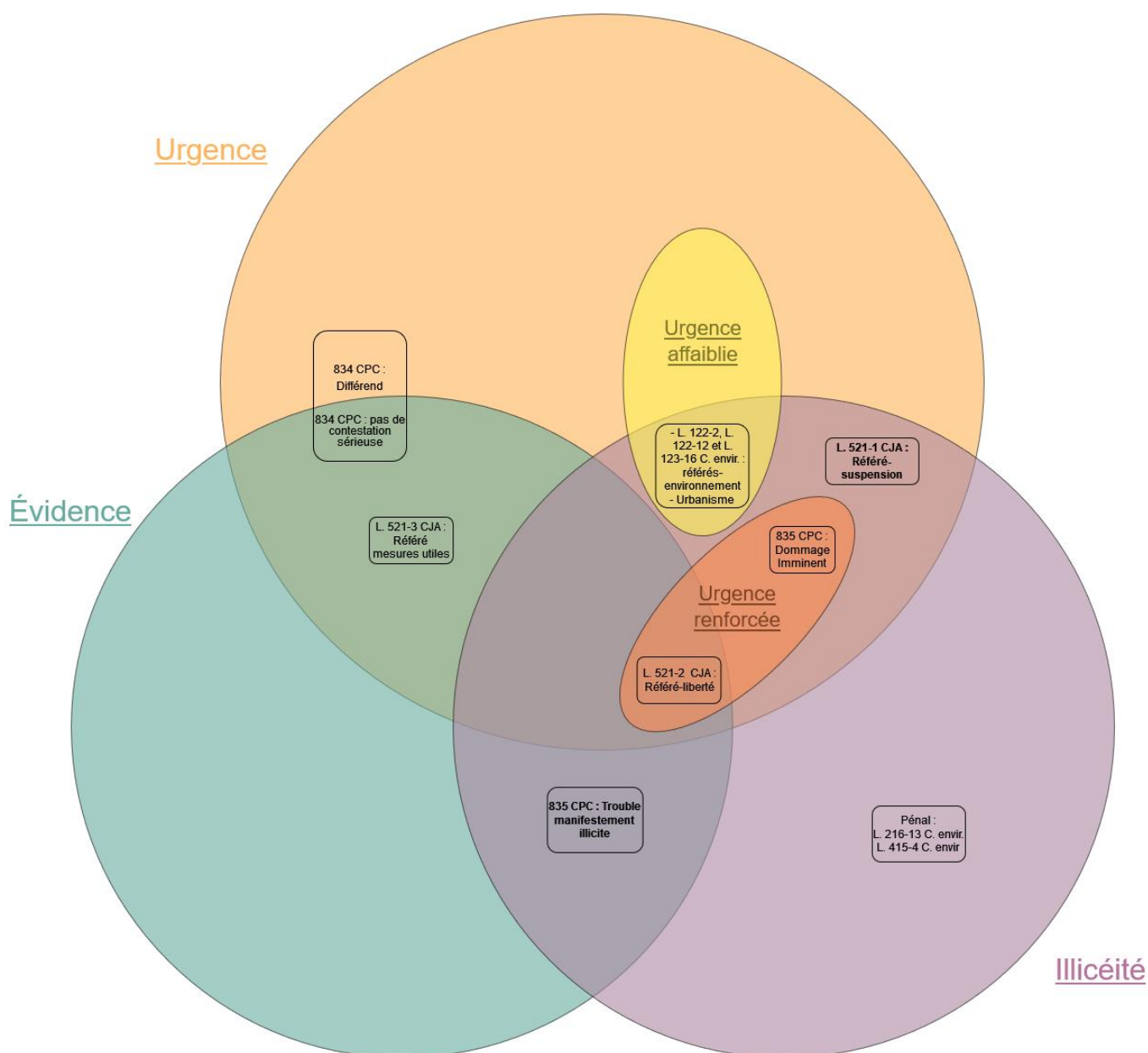


Figure 2 Diagramme de Venn représentant l'articulation des référés en fonction de leurs conditions de fond principales

Chaque cercle représente l'une des conditions de fond principales des référés étudiés. Les ellipses jaune et orange foncé sont des précisions concernant la modulation de l'urgence. L'intersection des cercles permet le placement des procédures en fonction de leurs conditions de fond cumulées. L'objectif est de proposer une représentation visuelle de l'articulation des référés mais aussi de leur complémentarité. Les deux référés les plus pratiqués figurent en gras.

ANNEXE 2 / ÉTUDES STATISTIQUES

1. STATISTIQUES SUR LES VOIES DE RECOURS

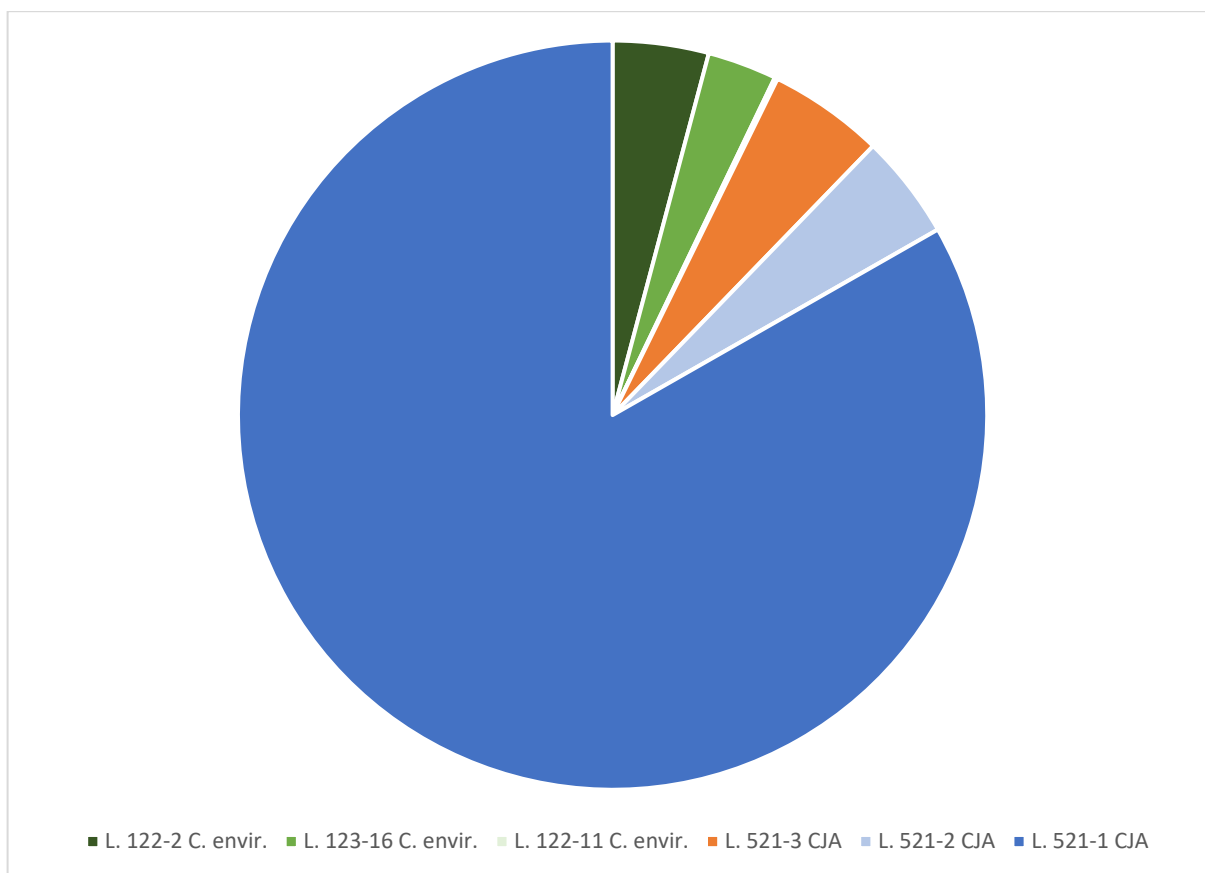


Figure 3 Répartition de la pratique des référés administratifs

Le diagramme camembert ci-dessus a été réalisé à partir du nombre de résultats obtenus sur Ariane Archives. Les recherches ont été effectuées comme suit :

- Pour la recherche « "L. 122-2 du code de l'environnement" "juge des référés" », 260 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2001.
- Pour la recherche « "L. 123-16 du code de l'environnement" "juge des référés" », 188 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2006.
- Pour la recherche « "L. 122-11 du code de l'environnement" "juge des référés" », 8 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2016.
- Pour la recherche « "code de l'environnement" "L. 521-3 du code de justice" », 313 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2001.
- Pour la recherche « "code de l'environnement" "L. 521-2 du code de justice" », 283 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2003.
- Pour la recherche « "code de l'environnement" "L. 521-1 du code de justice" », 5 229 résultats ont été obtenus, le plus ancien datant de 2001.

2. STATISTIQUES CONCERNANT LES REJETS

A. MOTIFS DES REJETS

Urgence			Doute sérieux
Immédiateté	Gravité	Pesée des intérêts	
4	6	2	10

Figure 4 Motifs des ordonnances de rejet du juge administratif

B. POURCENTAGE DE REJETS

Domaine du droit de l'environnement	Juridiction	Nombre de suspensions	Nombre de rejets	Pourcentage de rejets
Dérogation espèces protégées	Tribunaux administratifs	7	1	13%
	Conseil d'État	0	0	NUL
	Total	7	1	13%
ICPE / IOTA	Tribunaux administratifs	1	6	86%
	Conseil d'État	0	0	NUL
	Total	1	6	86%
Atteinte aux espèces	Tribunaux administratifs	12	8	40%
	Conseil d'État	7	1	13%
	Total	19	9	32%
Urbanisme	Tribunaux administratifs	3	3	50%
	Conseil d'État		1	100%
	Total	3	4	57%

Figure 5 Étude du rejet des requêtes en matière administrative

3. STATISTIQUES SUR LES DÉLAIS DE TRAITEMENT

Tous les délais qui seront présentés dans cette annexe correspondent au nombre de jours qui séparent le dépôt de la requête du jugement de référés.

A. Total des délais devant les juridictions administratives

	Dérogação espèces protégées		ICPE / IOTA		Atteinte aux espèces		Urbanisme		Autre	
	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet
Nombre de jugements	7	1	1	6	19	9	3	4	1	2
Médiane (j)	24	34	21	19,5	15	16	35	19	18	34,5
1 ^{er} Quartile (j)	19,5	34	21	19	10,5	11	31,5	11,75	18	33,25
3 ^{eme} Quartile (j)	29,5	34	21	20	19	18	62	25	18	35,75
Médiane catégorie (j)	26		20		15,5		28		32	
1 ^{er} Quartile cat. (j)	21,75		19		10,75		19		25	
3 ^{eme} Quartile cat. (j)	31,75		20,5		19		33		34,5	

Figure 6 Délais devant les juridictions administratives selon les domaines du droit de l'environnement

	Rejet	Suspension	Tous*
Médiane (j)	19	18	19
1 ^{er} Quartile (j)	11,5	14,5	12
3 ^{eme} Quartile (j)	24	20,5	24
Nombre jugements	22	31	53

Figure 7 Délais totaux pour l'ensemble des juridictions administratives

B. Délais devant les tribunaux administratifs

	Dérogação espèces protégées		ICPE / IOTA		Atteinte aux espèces		Urbanisme		Autre	
	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet
Nombre de jugements	6	1	1	6	12	8	3	3	0	2
Médiane (j)	26	34	21	19,5	18,5	15,5	35	15	NUL	34,5
1 ^{er} Quartile (j)	24	34	21	19	14,25	10,5	31,5	8,5	NUL	33,25
3 ^{eme} Quartile (j)	30,25	34	21	20	21,5	18,25	62	19	NUL	35,75
Médiane catégorie (j)	28		20		17,5		25,5		34,5	
1 ^{er} Quartile cat. (j)	24		19		11,75		17		33,25	
3 ^{eme} Quartile cat. (j)	32,5		20,5		19,25		33,25		35,75	

Figure 8 Délais devant les tribunaux administratifs selon les domaines du droit de l'environnement

	Rejet	Suspension	Tous*
Médiane (j)	18,5	22	19
1 ^{er} Quartile (j)	13,25	16	15
3 ^{eme} Quartile (j)	20,25	27	24
Nombre jugements	20	22	42

Figure 9 Délais totaux pour les tribunaux administratifs

C. Délais devant le Conseil d'État

	Drogation espèces protégées		ICPE / IOTA		Atteinte aux espèces		Urbanisme		Autre	
	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet
Nombre de jugements	0	0	0	0	7	1	0	1	1	0
Médiane (j)	NUL	NUL	NUL	NUL	11	16	NUL	31	18	NUL
1 ^{er} Quartile (j)	NUL	NUL	NUL	NUL	9	16	NUL	31	18	NUL
3 ^{eme} Quartile (j)	NUL	NUL	NUL	NUL	12,5	16	NUL	31	18	NUL
Médiane catégorie (j)	NUL		NUL		11		31		18	
1 ^{er} Quartile cat. (j)	NUL		NUL		9,5		31		18	
3 ^{eme} Quartile cat. (j)	NUL		NUL		14,5		31		18	

Figure 10 Délais devant le Conseil d'État selon les domaines du droit de l'environnement

	Rejet	Suspension	Tous*
Médiane (j)	23,5	11	11
1 ^{er} Quartile (j)	17	9,5	10,5
3 ^{eme} Quartile (j)	24,5	15	18
Nombre jugements	2	8	10

Figure 11 Délais totaux pour le Conseil d'État

Légende :

Insatisfaisant (non compris dans l'intervalle de confiance) : Le nombre de valeurs présent dans cette catégorie ne permet pas l'interprétation de ces valeurs seules

Moyen (égal à l'intervalle de confiance) Le nombre de valeur présente dans cette catégorie ne permet pas une interprétation claire de ces valeurs elles doivent être étudiés avec précaution

* Attention si le nombre de rejet et de suspension n'est pas égal cette valeur ne doit pas être comparée avec la colonne Rejet / Suspension, l'échantillon n'étant pas homogène.

D. REPRÉSENTATION VISUELLE

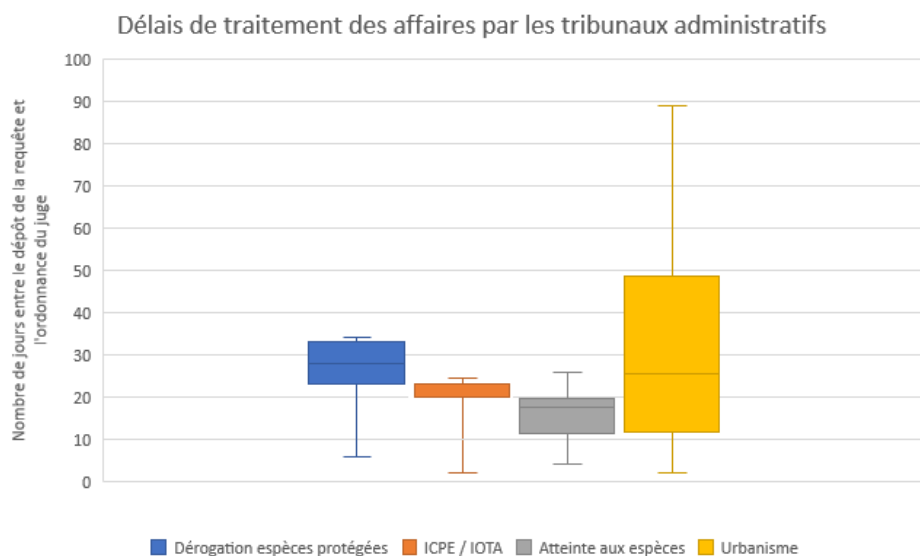


Figure 12 Boîtes à moustaches des délais de traitement des affaires devant les tribunaux administratifs selon le domaine étudié

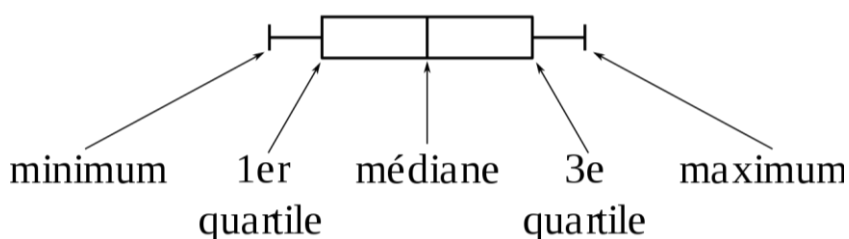


Figure 13 Grille de lecture d'une boîte à moustaches

Les boîtes à moustaches sont une représentation graphique de données statistiques. Les deux extrémités des traits représentent les valeurs minimales et maximales de la série étudiée. La boîte débute – partie basse – par le premier quartile : un quart des données sont situées en dessous de cette valeur. De la même manière, la boîte se termine – partie haute – par le troisième quartile : trois quarts des données sont situées en dessous de cette valeur. Enfin, un trait coupe la boîte au niveau de la valeur médiane, celle séparant l'échantillon en deux lots comprenant le même nombre de valeurs. La moyenne n'est pas représentée car elle n'est pas une donnée statistique représentative utile pour ce type d'études.

4. STATISTIQUES SUR LE DÉLAI UTILE

A. DÉLAI DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

	Temps utile		Tardif		En retard	
	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet	Suspension	Rejet
DEP	3	0	3	1	0	0
	3		4		0	
ICPE/IOTA	1	4	0	2	0	1
	5		2		1	
Atteinte aux espèces	4	1	13	7	0	1
	5		20		1	
Urbanisme	2	2	1	2	0	0
	4		3		0	
Autres	1	2	0	0	0	0
	3		0		0	
TOTAL	11	9	17	12	0	2
	20		29		2	
	Total : 51					

Figure 14 Statistiques sur l'intervention en temps utile du juge administratif

Légende :

- En temps utile : le juge statue avant que l'exécution ait pu porter atteinte à l'environnement
- Tardif : le juge statue alors que l'atteinte à l'environnement est en cours
- En retard : le juge statue une fois l'exécution terminée

B. DÉLAI D'INTRODUCTION DES REQUÊTES

L'échantillon est formé des 17 affaires ayant été classées comme suspendues tardivement à la figure précédente.

	Dérogation espèces protégées	Atteinte aux espèces	Urbanisme
Médiane (j)	56	14	2
1 ^{er} Quartile (j)	40,5	5	2
3 ^{eme} Quartile (j)	57	28	2

Figure 15 Nombre de jours entre la publication de la décision administrative et l'introduction de la requête

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels

Bergel Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, 399 p.

Bonichot Jean-Claude, Cassia Paul et Poujade Bernard, *Grands arrêts du contentieux administratif*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 8^e éd., 2022, 1592 p.

Bouloc Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 27^e éd., 2021.

Chainais Cécile, Ferrand Frédérique, Mayer Lucie *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 35^e éd., 2020, 1866 p.

Champeil-Desplats Véronique, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2019, 460 p.

Favoreu Louis, Duffy-Meunier Aurélie, Fassassi Idris *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2021, 978 p.

Gohin Olivier et Poulet Florian, *Contentieux administratif*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^e éd., 2020, 638 p.

Guihal Dominique, Fossier Thierry et Robert Jacques-Henri, *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 5^e éd., 2021, 712 p.

Guinchard Serge, Chainais Cécile, S. Delicostopoulos Constantin *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2021, 1612 p.

Héron Jacques, Le Bars Thierry et Salhi Karim, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 7^e éd., 2019, 1032 p.

Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, coll. Cours, 2^e éd., 2019, 974 p.

Jeuland Emmanuel, *Droit processuel général*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit privé, 4^e éd., 2018, 874 p.

Naim-Gesbert Éric, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, 289 p.

Prieur Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2019, 1394 p.

Romi Raphaël, Audrain-Demey Gaëlle et Lormeteau Blanche, *Droit de l'environnement et du développement durable*, LGDJ, coll. Précis Domat, Droit public, 11^e éd., 2021, 784 p.

Vergès Étienne, Vial Géraldine et Leclerc Olivier, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis Droit, 2015, 729 p.

Vuitton Xavier et Vuitton Jacques, *Les référés*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 4^e éd., 2018, 415 p.

II. Ouvrages spécialisés, thèses

Beck Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. Champs Essais, 2008, 521 p.

Bétaille Julien, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2012, 755 p.

Boutonnet Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préface C. Thibierge, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2005, 695 p.

Caballero Francis, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, préface J. Rivero, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1981, 360 p.

Connil Damien, *L'office du juge administratif et le temps*, Préface de D. de Béchillon, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, 904 p.

De Sadeleer Nicolas, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, coll. AUPELF/UREF, 1999, 437 p.

Frier Pierre-Laurent, *L'urgence*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1987, 599 p.

Girod Patrick, *La réparation du dommage écologique*, préface R. Drago, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1974, 288 p.

Grayot Stéphanie, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, préface de G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009, 644 p.

Hachem Benjamin, *L'office du juge des référés en droit de l'urbanisme*, préface Y. Aguila, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2014, 441 p.

Huglo Benjamin et Babes Madeleine, *Guide pratique des référés administratifs*, Berger Levraut, coll. Les indispensables, 2021, 217 p.

Le Bot Olivier, *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, coll. Guides Dalloz, 2^e éd., 2017, 1028 p.

Maljean-Dubois Sandrine, *Quel droit pour l'environnement ?*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 2008, 158 p.

Martin Gilles, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit de l'Environnement*, Lyon-Trévoux : Publications périodiques spécialisées, 1978, 292 p.

Michel Geoffroy, *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006, 392 p.

Morand-Deville Jacqueline, *Le droit de l'environnement*, PUF, coll. Que sais-je ?, 12^e éd., 2019, 128 p.

Naim-Gesbert Éric, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles : Bruylant ; VUBPress, 1999, 808 p.

Neyret Laurent, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préface C. Thibierge, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2006, 709 p.

Roujou de Boubée Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, préface P. Hébraud, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1974, 493 p.

Rouquette Rémi, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, coll. Praxis Dalloz, 9^e éd., 2020.

Sintez Cyril, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préfaces de C. Thibierge et P. Noreau, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 110, 2011, 522 p.

Strickler Yves, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de doctorat, Université Robert Schuman de Strasbourg, 1993, 950 p.

Tapinos Daphné, *Prévention, précaution et responsabilité civile*, préface N. Molfessis, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2008, 741 p.

Tercinet Marcel-René, *L'acte conservatoire en droit administratif*, préface G. Peiser, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1979, 226 p.

III. Dictionnaires, ouvrages collectifs

Dictionnaire de la culture juridique, Alland Denis et Rials Stéphane, PUF, coll. Dictionnaires Quadrige, 2003, 1696 p.

Droit public et droit privé de l'environnement : unité dans la diversité ?, Mekki Mustapha et Naim-Gesbert Éric (dir.), LGDJ, coll. Grands colloques, 2016, 247 p.

Vocabulaire juridique, Cornu Gérard et Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020, 1091 p.

IV. Rapports

Bobo Catherine et Renaud Valérie, « A l'écoute des citoyens, au service de l'État de droit. Bilan annuel 2020 du Conseil d'État », (dir. B. Lasserre), Conseil d'État, 2021, 92 p.

Conseil d'État, « Chiffres clés 2021 de la juridiction administrative », 2022, 4 p.

Conseil d'État, « Le juge des référés, Les dossiers thématiques du Conseil d'État », 2015.

Cour européenne des droits de l'homme, « Environnement et Convention européenne des droits de l'homme », Unité de la presse, Fiche thématique, 2022, 35 p.

France Nature Environnement, « Note de réflexion sur la question des référés en matière d'environnement », 2021, 8 p.

Hédary Delphine, « Modernisation du droit de l'environnement », Groupe de travail sur la réforme du contentieux administratif de l'environnement, 2015.

Le Caignec Émilie, « Les chiffres clés de la justice 2021 », (dir. P. Chevalier), Ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, 2021, 42 p.

Léost Raymond, « Propositions de France Nature Environnement pour le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », France Nature Environnement, 2021, 19 p.

Moutchou Naïma et Untermaier Cécile, « Mission « flash » sur le référé spécial environnemental », Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 2021, 17 p.

MRAe Occitanie, « Projet d'aménagement d'un parc photovoltaïque au sol. Commune de Vaudreuille (31) », 2020APO10, 2020, 14 p.

Sauvé Jean-Marc, « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », Conseil d'État et Conseil national des Barreaux, 26 juin 2015.

Truilhé Eve et Hautereau-Boutonnet Mathilde, « Le procès environnemental : Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement », Mission de recherche Droit & Justice, 2019, 320 p.

V. Articles, chroniques, études

Aguila Yann, « Droit public et droit privé : la nécessité des regards croisés », *AJDA* 2009, n° 17, pp. 905.

Amrani Mekki Soraya, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in *La preuve : regards croisés*, (dir. L. Cadiet, M. Mekki, C. Grimaldi), coll. Thèmes et commentaires, 2015, pp. 111-129.

Ballandras-Rozet Christelle, « Quelle effectivité pour les référés-environnement ? », *RJE* 2016, vol. 41, n° 2, pp. 253-268.

Bertella-Geffroy Marie-Odile, « Grenelle de l'environnement - L'expertise dans le rapport Lepage : le point de vue du juge », *Environnement* 2006, n° 4, dossier 6.

Bétaille Julien, « La directive oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *RSDA* 2020, n° 2, pp. 307-336.

Bétaille Julien, « La Cour de justice de l'Union européenne met le principe de précaution au service de la protection des espèces », *Actu Environ.* 2019.

Bétaille Julien, « Le paradoxe du droit d'accès à la justice en matière d'environnement », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, (dir. J. Bétaille), Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2016, pp. 11-23.

Billet Philippe, « La réforme du contentieux des installations classées et des IOTA », *Environnement* 2011, n° 17, 2169.

Boutonnet Mathilde, « L'expertise devant le juge judiciaire », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, pp. 281-306.

Braud Xavier, « Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement », *RJE* 2003, vol. 28, n° 2, pp. 193-212.

Caviglioli Benoît, « Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », *AJDA* 2003, n° 13, pp. 642-652.

Cayrol Nicolas, « Référé judiciaires et juridictions administratives », *Rép Procédure Civ.* 2021.

Chazal Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *RIEJ* 2010, vol. 65, n° 2, pp. 85-133.

Chétrit Jean-Daniel, « Remarques sur l'effectivité des référés dans le domaine environnemental », in *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 183-192.

Cinotti Bruno, Landel Jean-François, Agoguet Delphine *et al.*, « Une justice pour l'environnement : Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement », CGEDD - IGJ, 2019, 99 p.

Corre Laurence, « Les « droits-créances » et le référé-liberté », *DA* 2012, n° 2, étude 3.

Daugeron Bruno, « L'intérêt de la procédure du référé-constat : l'exemple du droit de l'environnement », *AJDA* 2004, n° 1, pp. 17-23.

Delbos Vincent, Agoguet Delphine et Atzenhoffer Daniel, « Le droit de l'environnement est trop éclaté », *Gaz. Palais* 2020, n° 20, pp. 11.

Delval Vincent, « Droit national - Protection de la nature », *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, pp. 409-421.

Doussan Isabelle et Steichen Pascale (dir.), « Droit privé et droit économique de l'environnement », *RJE* 2020, vol. 45, n° 2, pp. 359-379.

Dumas-Montadre Aurélien, « Le référé pénal environnemental : précisions de la Cour de cassation », *AJ Pénal* 2020, n° 3, pp. 135.

Dutheillet de Lamothe Louis et Odinet Guillaume, « Référé mesures utiles : la quadrature du cercle », *AJDA* 2016, n° 9, pp. 474-478.

Favret Jean-Marc, « Les procédures d'urgence devant le juge administratif après la loi du 30 juin 2000 », *DA* 2000, n° 11, chron. 19.

Feulié Clément, « Référé mesures utiles : le Conseil d'État exige la démonstration d'un danger immédiat sur le plan sanitaire ou environnemental », *Gaz Palais* 2020, n° 28, pp. 37.

Friser Alice et Yates Stéphanie, « L'acceptabilité sociale, une question de démocratie participative ? », *RIPCO* 2021, vol. 27, n° 69, pp. 5-16.

Gautier Pierre-Yves, « La substitution, par présupposé, de la « balance des intérêts » au syllogisme judiciaire », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016, pp. 109-112.

Gay-Para Gabriel, « La science contre la démocratie. Science et politique à l'ère du Covid-19 », *Le Philosophoire* 2022, vol. 57, n° 1, pp. 53-83.

Gazier François, « Procédure administrative contentieuse : principes généraux », *Rép Contentieux Adm.* 2012.

Guihal Dominique, « Les pouvoirs du juge civil à l'égard des installations classées », *Recl. Dalloz* 1996, n° 19, pp. 266-267.

Guyomar Mattias et Collin Pierre, « Référé et contrôle de cassation, synthèse de la jurisprudence du Conseil d'État des cinq premiers mois depuis l'entrée en vigueur du Code de justice administrative », *AJDA* 2001, n° 5, pp. 465-471.

Hachem Benjamin, « Le juge administratif des référés, juge de l'évidence ou de la vraisemblance ? », *LPA* 2011, n° 252, pp. 5-8.

Hautereau-Boutonnet Mathilde, « Responsabilité civile environnementale », *Rép Civ.* 2019.

Hermon Carole, « Le droit à un recours effectif. Du bon usage de l'office distinct des juges administratif et civil », in *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, (dir. J. Bétaille), Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. Actes de colloques, 2016, pp. 145-173.

Hostiou René, « Référé-suspension, droit des enquêtes publiques et office du juge administratif : quand l'intérêt général l'emporte sur la loi », *JCP A* 2012, n° 37, comm. 2295.

Hourson Sébastien, « Les recours suspensifs en matière administrative », *DA* 2012, n° 5, étude 9.

Hoynck Stéphane, « Les sables mouvants de la « raison impérative d'intérêt public majeur » », *Droit Environ.* 2022, n° 308, pp. 50-54.

Huglo Christian, « Le juge, l'environnement et l'urgence », *Environnement* 2006, n° 11, repère 10.

Huglo Christian, Grenet Caroline et Guillemard Joachim, « Le contentieux de l'évaluation environnementale, le contrôle a posteriori, les responsabilités », *EEI* 2021, n° 1.

Jacquemet-Gauché Anne, « Le juge administratif face aux connaissances scientifiques », *AJDA* 2022, pp. 444.

Jolivet Simon et Malet-Vigneaux Julie, « La Charte de l'environnement devant les juges administratif et judiciaire (juillet 2020 – juin 2021) », *RJE* 2021, vol. 46, n° 4, pp. 777-790.

Kalfèche Grégory, « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », *Petites Affiches* 2009, n° 46 spécial, pp. 46-53.

Lantero Caroline, « L'accélération du rythme de l'action contentieuse », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, pp. 45-72.

Leray Grégoire, « Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal de voisinage expose à une condamnation pénale », *Recl. Dalloz* 2018, n° 18, pp. 995.

Makowiak Jessica, « À quel temps se conjugue le droit de l'environnement ? », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, pp. 263-295.

Martin Gilles, « Mesures provisoires et irréversibilité en droit français », *RJE* 1998, vol. 23, n° HS, pp. 131-141.

Martin Julien et Pellissier Gilles, « Chronique de droit des contrats publics. Décisions de janvier à décembre 2017 (1re partie) », *JCP A* 2018, n° 5, chron. 2041.

Mehdi Rostane, « Le juge et l'expert : je t'aime moi non plus... », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, pp. 101-116.

Mekki Mustapha, « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *Recl. Dalloz* 2014, n° 24, pp. 1391-1399.

Melleray Fabrice, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Rép Contentieux Adm.* 2019.

Moderne Franck, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA* 2007, n° 1, pp. 91-100.

Moliner-Dubost Marianne, « Le long terme en droit de l'environnement », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, pp. 217-234.

Monteiro Evelyne, « Pollution des eaux : le référé pénal environnemental de l'article L. 216-13 du code de l'environnement », *RSC* 2020, n° 02, pp. 336-338.

Moury Jacques, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », *RTD Civ* 2009, n° 4, pp. 665-676.

Naim-Gesbert Éric, « Droit, expertise et société du risque », *RDP* 2007, vol. 1, pp. 33-50.

Noiville Christine, « Du juge guide au juge arbitre ? Le rôle du juge face à l'expertise scientifique dans le contentieux de la précaution », in *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, (dir. E. Truilhé-Marengo), La documentation française, 2011, pp. 51-100.

Normand Jacques, « Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre », *RTD Civ* 1998, n° 4, pp. 972-988.

Perrin Alix, « Le développement du délai raisonnable », in *Le temps en droit administratif*, (sous l'égide de l'AFDA), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2022, pp. 73-94.

Plessix Benoît, « Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », *AJDA* 2007, n° 6, pp. 76-80.

Poumarède Matthieu, « Précaution et responsabilité civile : de la règle au principe (et inversement) », *RTD Civ* 2019, n° 3, pp. 465-476.

Prieur Michel, « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement* 2005, n° 4, étude 5.

Radiguet Rémi, « Référé-liberté », *RJE* 2018, vol. 43, n° 2, pp. 423-435.

Radiguet Rémi, « Protection de la nature », *RJE* 2013, vol. 38, n° 3, pp. 481-497.

Rémond-Gouilloud Martine, « L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement », *RJE* 1998, vol. 23, n° HS, pp. 7-13.

Rivero Jean, « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recl. Dalloz* 1962.

Seiller Bertrand, « Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension », *Recl. Dalloz* 2001, n° 18, pp. 1414-1418.

Strickler Yves, « Opposabilité du rapport d'expertise », *Procédures* 2018, n° 10, comm. 283.

Strickler Yves, « Regard d'un privatiste sur le référé administratif », *RFDA* 2007, n° 1, pp. 76-79.

Thibierge Catherine, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *Recl. Dalloz* 2004, n° 9, pp. 577-582.

Thibierge Catherine, « Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ* 1999, n° 3, pp. 561-584.

Tosi Philippe, « La permanence du provisoire ou le sort de l'astreinte dans la procédure du référé-suspension », *EEI* 2017, n° 12, comm. 72.

Trouilly Pascal, « L'environnement et les nouvelles procédures d'urgence devant le juge administratif », *Environnement* 2002, n° 8-9, chron. 15, pp. 7-10.

Vila Jean-Baptiste, « L'office grandissant du juge des référés : le cas des ordonnances rendues dans le domaine de la chasse », *DA* 2010, n° 12, comm. 161.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Appel, 54

Astreinte, 354s.

Associations : 19, 307

- Agréées, 108, 181

C

Certitude, 324

Charte de l'environnement, 114, 192, 245 s.

Constat d'huissier, 228, 265 s.

Contestation sérieuse, 34, 40, 95, 214, 322

Contradictoire, 26, 267 s.

Contrôle : 217 s., 327

- Assoupli, 356 s.
- De cassation, 54
- De proportionnalité, 145 s., 182, 188 s., 259
- Renforcement, 213

Cour européenne des droits de l'homme, 115

D

Dérogations espèces protégées, 152 s., 174, 289 s.

Destruction d'espèces, 174, 180, 256, 289 s., 298, 314, 356

Domage : 91 s.

- Lien de causalité, 227
- Risque de, 243 s., 280

- Seuil, 217

Droit au recours, 299

Droit de l'environnement :

- Droit à l'environnement, 114 s.
- Transversal, 48

E

Espaces protégés, 70, 96, 219, 231, 323

Espèces protégées, 97 s., 176, 189, 218, 261, 277 s., 348

Évidence, 32 s., 40 s.

Exécutoire, 354

Expertise : 224 s., 263 s.

- Judiciaire, 263 s.
- Privées, 238, 265
- Publiques, 274
- Typologie, 225

F

Fait accompli, 285 s., 349

Fond, 126, 212, 272, 288, 321 s., 355 s.

I

ICPE, 289 s.

Illicéité : 31, 39, 63 s., 88 s.

- Autonomisation, 94 s.
- Doute sérieux, 67, 152
- En filigrane, 186 s.
- Renforcée, 122 s.

Imminence, 185 s.

Injonction, 79, 339, 344 s.

Intérêt à agir, 181

Irréversibilité, 129 s., 178 s., 250, 291 s., 299, 311, 345

L

Lisibilité du droit, 47 s., 103

M

Marge d'appréciation, 55, 210 s., 280, 343 s.

Mesures : 319 s.

- Anticipatoires, 324, 341
- Conservatoire, 320 s., 337 s.
- D'attente, 324, 337 s.
- De cessation de l'illicite, 92, 279
- De prévention, 220, 344 s.
- Définitive, 100, 321 s.
- Inexécutée, 353 s.

Monuments historiques ou naturels, 188,

305

O

Ordre public écologique, 64, 99, 217

P

Pollution, 104 s., 229 s., 249, 266 s.

Précaution, 244 s.

Présomption, 164 s.

Preuve, 207 s., 263 s., 276

Prévention :

- Devoir, 316
- Obligation générale (de), 192

Provisoire, 321 s., 354

R

Recours suspensif, 303

Référé : 25 s.

- Guichet unique, 49 s.
- Référé civil d'urgence, 40, 85
- Référé conservatoire pour dommage imminent, 186 s., 334
- Référé conservatoire pour trouble manifestement illicite, 31, 42, 76, 90 s., 108, 323 s. 335, 341
- Référé constat, 268
- Référés-environnement, 55, 167 s.
- Référé *in futurum*, 77, 265, 270, 274
- Référé instruction, 274 s.
- Référé-liberté, 35, 41, 122 s., 194 s., 260, 310, 324 s.
- Référé mesures utiles, 40, 126, 137 s., 260, 333, 338 s., 345 s.
- Référés pénaux, 42, 102 s.
- Référé probatoire, 51, 263 s.
- Référé-suspension, 39, 66 s., 124, 136, 174 s., 232, 259, 286 s., 311, 330, 337, 345, 352

Réglementation, 64, 96, 231 s.

Rejets, 174 s., 274, 292., 327.

Responsabilité, 299, 357

S

Science : 72, 206 s.

- Avis, 235
- Bonnes pratiques, 237 s.
- Doute, 242 s., 255 s.
- Manque de données, 256 s.
- Standards, 249, 261

Summa divisio, 63 s., 75 s., 226 s.

T

Temps : 25 s., 58, 123 s., 165, 230, 268 s., 286 s., 356

- Délai d'instruction, 83
- Délai d'introduction du recours, 126, 296 s., 307
- Délai de traitement des recours, 270s., 290 s., 310, 313 s., 353
- Délai raisonnable, 209, 285 s.
- Délai utile, 287 s.

Transparence, 239

Travaux, 124, 196, 292, 337, 347

Trouble anormal de voisinage, 82

U

Urgence : 25 s., 39 s., 119 s.

- Appréciation globale, 55, 155
- Critère de gravité, 129 s., 154
- Critère temporel, 123 s.
- Défaut d', 292
- Pesée des intérêts, 56, 144 s., 259
- Présomption de fait, 174 s.
- Suppression, 159 s.

Union européenne, 248, 261

Urbanisme, 69, 166 s. 305, 323,

V

Vraisemblance, 209

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 / L'ADÉQUATION DES VOIES DE RECOURS À LA MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE	9
CHAPITRE 1 / L'EXPLOITATION PARTIELLE DU POTENTIEL DES VOIES DE RECOURS	10
SECTION 1 / LA PRÉDISPOSITION DES RÉFÉRÉS À SERVIR LA PRÉVENTION DES DOMMAGES	10
§1. Diversifier les possibilités de prévention en exploitant les particularismes des conditions de fond	10
A. L'urgence, critère classique de légitimation des référés.....	11
B. La complémentarité des conditions d'illicéité et d'évidence	12
1. Un intérêt distinct pour chaque condition de fond.....	12
2. L'enjeu de l'addition et de la modulation des conditions de fond.....	14
§2. L'inadéquation paradoxale des référés aux situations de prévention.....	16
A. L'attractivité relative des procédures de référés pour les praticiens.....	16
B. Les référés, tiraillés entre rapidité et garanties procédurales.....	18
SECTION 2 / UNE PRATIQUE DES RÉFÉRÉS POLARISÉE.....	20
§1. L'illicéité : condition de prédilection commune aux ordres de juridiction.....	20
A. La prépondérance du rôle du juge administratif.....	21
B. L'action subsidiaire du juge judiciaire entravée par la summa divisio	24
§2. L'illicéité : une condition modulable pleine de promesses	28
A. L'autonomisation de l'illicite : le trouble, critère suffisant	28
1. Une voie de recours éprouvée : le trouble manifestement illicite.....	29
2. Le délaissement de la voie pénale : des procédures confuses à parfaire.....	32
B. L'illicéité renforcée : filtre mais pas obstacle	35
Conclusion du premier chapitre	37
CHAPITRE 2 / LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE L'URGENCE MODELÉE PAR LA PRÉVENTION DES ATTEINTES À L'ENVIRONNEMENT	39
SECTION 1 / REPENSER LES CRITÈRES CLASSIQUES DE L'URGENCE SANS LA DÉNATURER.....	39
§1. Le manque de considération des enjeux de prévention dans l'appréciation des critères de l'urgence	39
A. Une intervention difficile en amont de l'atteinte	40

1.	Une appréciation trop restrictive de la temporalité.....	40
2.	L'irréversibilité : mesure imprécise de la substance du dommage environnemental	42
B.	L'urgence, frein actuel à la prévention des dommages environnementaux ...	44
§2.	La marge de manœuvre dans l'appréciation de l'urgence, un enjeu de sécurité juridique	47
A.	L'imprévisibilité du contrôle	47
1.	La pesée des intérêts : une légitimité questionnée	47
2.	La dénaturation du contrôle	49
B.	Clarifier l'interprétation de l'urgence pour mieux prévenir	52
SECTION 2 / ADAPTER L'URGENCE À L'OBJECTIF DE PRÉVENTION DES DOMMAGES.....		53
§1.	L'urgence : outil de facilitation de la prévention	53
A.	L'urgence présumée par la loi : une technique juridique éprouvée mais délimitée	53
B.	L'urgence affaiblie par la pratique jurisprudentielle : une tendance à préciser 57	
§2.	L'urgence : accentuation de son importance par l'imminence.....	59
A.	L'illicite en filigrane : potentialités d'une prévention très ambitieuse.....	60
B.	L'extrême urgence : justification d'une procédure exceptionnelle	62
	Conclusion du second chapitre.....	63
	Conclusion de la première partie.....	64
PARTIE 2 / L'OBTENTION D'UNE RÉPONSE JURIDICTIONNELLE PRÉVENTIVE ADAPTÉE.....		65
CHAPITRE 1 / UNE NOUVELLE APPROCHE POUR CONVERTIR LE FAIT EN DROIT DANS LE CONTENTIEUX DE LA PRÉVENTION		66
SECTION 1 / LA CONTRIBUTION DE L'ÉLÉMENT SCIENTIFIQUE À L'ÉLABORATION DE LA PREUVE		66
§1.	L'analyse de la technicité par le juge limitée à la vraisemblance	66
A.	Apport de l'intime conviction du juge à l'appréciation de la preuve	67
B.	Le contrôle de la prévention : ajustement du niveau d'exigence	69
§2.	La science en tant que moyen de preuve	71
A.	La constitution anticipée de la preuve : facilitation du recours environnemental 71	
B.	Un poids relatif accordé aux différents types de moyens scientifiques.....	74
SECTION 2 / LA MAÎTRISE DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE		76

§1. La recherche d'une gestion cohérente du doute	77
A. L'apport pratique limité de la précaution	77
B. Le fondement scientifique du doute, marqueur de l'action préventive	80
§2. La consolidation des recours par les référés probatoires.....	83
A. L'élaboration de stratégies contentieuses	83
B. La connaissance au service de la prévention	86
Conclusion du premier chapitre	88
CHAPITRE 2 / PRÉSERVER L'EFFET UTILE DES MESURES DE RÉFÉRÉ	89
SECTION 1 / LE FAIT ACCOMPLI : PRINCIPALE MENACE POUR L'EFFECTIVITÉ DES RÉFÉRÉS	89
§1. L'échec des référés : l'intervention tardive du juge	89
A. L'absence de correspondance entre l'intervention rapide et le délai utile.....	90
B. L'incompatibilité du temps procédural avec la matière environnementale....	92
§2. L'importance d'assurer légalement un jugement en temps utile.....	94
A. Mise à l'écart des solutions insuffisantes pour assurer un jugement en temps utile 95	
1. Les failles du recours suspensif	95
2. Les modifications qui fragilisent la cohérence des procédures de référés..	97
B. Proposition d'établissement d'un délai d'entrée en vigueur	98
SECTION 2 / LA PERTINENCE DE LA MESURE, MESURE DE L'EFFECTIVITÉ	100
§1. La mesure conservatoire : apanage de la prévention.....	100
A. Mesures provisoires et inspiration réciproque des ordres de juridiction	101
1. Typologie commune des mesures provisoires	101
2. De l'intérêt de diversifier les mesures à la disposition du juge	102
B. La subsidiarité des mesures préventives dans la pensée des référés	105
§2. Les pouvoirs limités du juge des référés, fausse entrave pour la prévention	107
A. Le développement de l'injonction administrative	108
B. Insérer la mesure dans une approche globale du contentieux	110
Conclusion du second chapitre.....	112
Conclusion de la seconde partie	114
Conclusion générale	115
ANNEXES	117

ANNEXE 1 / LE DIAGRAMME DE VENN : UNE REPRÉSENTATION DE L'ARTICULATION DES CONDITIONS DE FOND	117
ANNEXE 2 / ÉTUDES STATISTIQUES	118
1. STATISTIQUES SUR LES VOIES DE RECOURS.....	118
2. STATISTIQUES CONCERNANT LES REJETS.....	119
A. MOTIFS DES REJETS	119
B. POURCENTAGE DE REJETS	119
3. STATISTIQUES SUR LES DÉLAIS DE TRAITEMENT	120
A. Total des délais devant les juridictions administratives	120
B. Délais devant les tribunaux administratifs	120
C. Délais devant le Conseil d'État	121
D. REPRÉSENTATION VISUELLE.....	122
4. STATISTIQUES SUR LE DÉLAI UTILE.....	123
A. DÉLAI DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF.....	123
B. DÉLAI D'INTRODUCTION DES REQUÊTES	123
BIBLIOGRAPHIE	124
I. Ouvrages généraux, traités, manuels.....	124
II. Ouvrages spécialisés, thèses.....	125
III. Dictionnaires, ouvrages collectifs	126
IV. Rapports	126
V. Articles, chroniques, études	127
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	132

RÉSUMÉ

La prévention des dommages à l'environnement est une question d'actualité qui renouvelle l'intérêt pour des procédures rapides, telles que les référés. Toutefois, assurer que la requête aboutisse à une décision effective est un véritable défi pour le droit processuel qui se construit autour de notions anciennes. Les requérants doivent non seulement être en mesure de trouver une voie de recours qui réponde à cet objectif, mais aussi parvenir à obtenir une mesure pertinente dans un délai utile. À cette fin, notre étude effectue une analyse transversale de l'ensemble des voies de droit pertinentes, qu'elles soient administratives, civiles ou pénales. La facilitation de la prévention des dommages à l'environnement nécessite d'aborder les procédures avec un regard prospectif. Ainsi, qu'il s'agisse des conditions de fond ou des mesures prononcées, elles doivent assurer la cohérence des référés et le maintien de leurs complémentarités. En outre, la nature scientifique du droit de l'environnement impose une nouvelle appréhension de la preuve qui puisse en exploiter les avantages tout en maîtrisant les situations d'incertitude. En tout état de cause, le principal enjeu de ce contentieux est de permettre l'aboutissement du procès avant que le fait accompli ne vienne mettre fin à toute possibilité de prévention.

ABSTRACT

The prevention of environmental damage is a topical issue which brings renewed interest to summary proceedings. However, ensuring that the application leads to an effective judicial decision is a real challenge for procedural law, which is built around old concepts. Applicants must not only be able to find a remedy that meets this objective, but must also be able to obtain a relevant remedy within a useful timeframe. With this aim in mind, our study conducts a cross-sectional analysis of all relevant legal remedies, whether administrative, civil or criminal. Facilitating the prevention of environmental damage requires a forward-looking approach to procedures. Thus, whether it is a question of the substantive conditions or the measures pronounced, these procedures must ensure the coherence of the summary proceedings and the upholding of their complementarities. Moreover, the scientific nature of environmental law requires a new approach to evidence that can exploit its advantages while still mastering situations of uncertainty. In any event, the main challenge of this litigation is to enable the trial to be completed before the fait accompli puts an end to any possibility of prevention.

MOTS-CLÉS

Droit de l'environnement – Prévention des dommages – Référés – Procédure civile – Contentieux administratif – Procédure pénale – Mesures provisoires – Juge

KEYWORDS

Environmental law – Damage prevention – Summary proceedings – Civil procedure – Administrative procedure – Criminal procedure – Provisional measures – Judge