

Biodiversité et droit (s) : quelle proportionnalité à l'échelle des limites planétaires ?

Anne-Christine Favre, professeure à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

1. Introduction

1.1 Biodiversité et interdépendance des êtres vivants

La relation entre l'homme et la biodiversité est probablement l'une des plus difficiles à appréhender parmi l'ensemble des questions environnementales. D'une part le concept est par définition insaisissable : qu'est-ce que la biodiversité, peut-on en approcher pleinement les mécanismes et les effets, peut-on la quantifier, dans sa substance ou ses dégradations ? D'autre part, il s'agit de s'interroger sur la pertinence d'envisager la biodiversité - qui cristallise la diversité du monde vivant autant que sa complexité - sous la forme d'une interrelation avec l'homme. Doit-on se limiter à une relation homme-nature, avec les composantes ambiguës qu'elle implique, par les impacts des activités de prélèvements¹ de l'homme sur le milieu naturel, étranger à nous-mêmes, qui s'opposent de plus en plus aux besoins de cette même nature comme lieu de ressource paysagère ou récréative ? Ou veut-on considérer que cette vision, faite de compromis, est dépassée, lorsqu'il est acquis que la biodiversité nous est aussi nécessaire que l'eau, l'air ou le sol, en tant que support de vie ? La relation devient alors interdépendance et cette perception change tout.

1.2 Les fonctions de la biodiversité

C'est cette dernière perspective qui s'impose désormais dans le discours internationaliste : l'important rapport établi par le groupe de travail constitué à la demande des Nations Unies, sur l'évaluation des écosystèmes pour le millénaire (Millennium Ecosystem Assessment)², montre que la diversité biologique ne contribue pas uniquement au bien-être matériel et à la subsistance des êtres humains ; elle contribue également à la sécurité, à la résilience, aux relations sociales, à la santé et à la liberté de choix et d'action³. Toute personne dans le monde dépend entièrement des écosystèmes⁴ de la planète et des services qu'ils procurent, tels que la nourriture, l'eau, le traitement des maladies, la régulation du climat, la plénitude spirituelle, et les plaisirs récréatifs⁵.

Cette approche domine désormais aussi dans le discours des droits de l'homme. Dans son rapport au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, le rapporteur spécial, John KNOX, fait état de cette interdépendance étroite, en indiquant que la pleine jouissance des droits de l'homme dépend d'un environnement sain et durable, en particulier d'écosystèmes sains⁶. L'Assemblée générale des Nations Unies a validé cette perspective, dans sa résolution du 30 mars 2021, en indiquant qu'un environnement sain et durable doit inclure les écosystèmes, et apparaît comme le fondement nécessaire et évident à l'exercice des droits de l'homme ; les dégradations de la biodiversité sont par ailleurs reconnues en tant que source de discriminations et de menaces à la vie pour tous ceux qui dépendent des produits de la nature⁷.

Dans les études précitées, on consacre en même temps la notion de « service écosystémique »⁸ pour expliciter la relation d'interdépendance entre l'homme et la biodiversité. La perspective peut paraître utilitariste ; en réalité, elle n'exclut pas de prendre en considération la valeur intrinsèque des écosystèmes : il s'agit de considérer la valeur de la biodiversité, pour elle-même autant que pour les biens-faits qu'elle apporte à l'homme⁹.

¹ Le terme « prélèvement » est pris ici au sens large et implique toute opération de modification

² R.T. WATSON, A.H. ZAKRI (dir.), *Millennium Ecosystems Assessment, Ecosystems and Human Well-being : Biodiversity Synthesis, Biodiversity* : World Resources Institute Washington, D.C, Island Press, Washington, 2005.

³ Millennium Ecosystems Assessment, op. cit., p. 5.

⁴ Dans le rapport Millennium Ecosystems Assessment, Preface, p. V, le terme « écosystème » s'entend d'un complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux, de micro-organismes et de l'environnement non vivant qui, par leurs interactions, forment une unité fonctionnelle.

⁵ Millennium Ecosystems Assessment, op. cit., p. 1 ss.

⁶ AG NU, A/HRC/34/49, 19 janvier 2017, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, p. 5 s. Voir également AG NU, A/73/188, 19 juillet 2018, *Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, Note by the Secretary-General*, § 12 ss et 53 ss.

⁷ AG NU, A/HRC/RES/46/7, 30 mars 2021, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, Resolution adopted by the Human Rights Council.

⁸ AG NU, A/HRC/34/49, op. cit., p. 4 ; Millennium Ecosystems Assessment, op. cit., p. 7 ss.

⁹ Millennium Ecosystems Assessment, op. cit., Preface, p. V.

Mais l'élément le plus marquant dans cette évolution constitue sans doute celui de la démonstration scientifique des limites à compter desquelles le seuil d'irréversibilité est franchi, pour la biodiversité comme pour d'autres atteintes, mettant en danger la sécurité des êtres vivants ; ces limites planétaires, énoncées pour la première fois par un groupe de chercheurs en 2009¹⁰, puis ajustées en 2015¹¹, entraînent de multiples conséquences pour l'ordre juridique.

1.3 Quelle proportionnalité face à des choix nécessaires ?

La biodiversité, malgré ses contours flous, devient un objet de régulation non seulement sur le plan local, mais également à l'échelle internationale ; elle devient également un élément conditionnant l'exercice des droits fondamentaux. Il s'agit dès lors de se demander quelles projections induit la notion de limite planétaire dans notre ordre juridique, dans le cadre de l'activité législative, comme dans celle de la mise en œuvre. Dès lors qu'il est question d'appréhender lesdites limites en tant que restrictions des droits fondamentaux, le principe de proportionnalité s'impose en modérateur ; ce principe doit cependant faire face à de nombreuses difficultés eu égard à la complexité de la biodiversité : une mesure ne pourra pas toujours être ciblée quant à ses effets et la notion de causalité, en lien avec le critère de l'aptitude, pourra devoir être revue. Les critères de l'urgence face à un risque d'irréversibilité pourront également conduire à une adaptation de la grille de lecture des critères de l'aptitude ou de la nécessité, mais dans un discours de cohérence, exercice qui n'est pas toujours réussi selon les observateurs.

En fin de compte, il s'agira également de se demander si l'on peut concevoir un droit à la biodiversité. Notre propos se limitera ici à indiquer quelle solution de gouvernance et de contrôle pourrait le mieux s'imposer, selon le principe d'effectivité que doit poursuivre le législateur.

2. Définition de la biodiversité et portée

2.1 Définition

Il existe de multiples définitions de la biodiversité, qui est un néologisme formé à compter des termes « biologie » et « diversité ». Le concept est apparu au milieu des années 1980¹² et a notamment été consacré par la Convention sur la diversité biologique, conclue à Rio de Janeiro le 5 juin 1992 (CDB)¹³. En son article 2 celle-ci définit la biodiversité comme « *la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes* ». Cette définition est reprise par de nombreux textes ou programmes, notamment l'article 1, chiffre 4 de la Loi française du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, modifiant le chiffre I de la L. 110-1 du Code de l'environnement¹⁴ ou la Stratégie Biodiversité Suisse¹⁵ et son plan d'action¹⁶.

Telle que définie, la notion de biodiversité se situe ainsi à cheval entre la notion de nature et de diversité génétique ; elle renvoie également à un processus, celui de « la variabilité », en constante mutation. Cette approche dynamique -au demeurant écocentrée - soulève inévitablement de nombreuses questions juridiques : tout d'abord, il s'agit pour le législateur de se demander quelles sont les obligations à l'égard de cette partie de l'environnement (favoriser l'évolution naturelle, même si elle ne présente pas la plus grande diversité ? Développer une autre, qui permet un plus grand échange entre les espèces ? Faire renaître une biodiversité disparue, comme celle liée aux marécages asséchés ?). Il s'agira ensuite, dans une analyse plus approfondie, de

¹⁰ J. ROCKSTRÖM, W. STEFFEN, K. NOONE, Å. PERSSON, F. S. III CHAPIN, E. LAMBIN, T. M. LENTON, M. SCHEFFER, C. FOLKE, H. SCHELLNHUBER, B. NYKVIST N, C. A. DE WIT, T. HUGHES, S. VAN DER LEEUW, H. RODHE, S. SÖRLIN, P. K. SNYDER, R. COSTANZA, U. SVEDIN, M. FALKENMARK, L. KARLBERG, R. W. CORELL, V. J. FABRY, J. HANSEN, B. WALKER, D. LIVERMAN, K. RICHARDSON, P. CRUTZEN, and J. FOLEY, Planetary boundaries:exploring the safe operating space for humanity, 2009, *Ecology and Society* 14(2): 32.

¹¹ W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM, S. E. CORNELL, I. FETZER, E. M. BENNETT, R. BIGGS, S. R. CARPENTER, W. de VRIES, C. A. DE WIT, C. FOLKE, D. GERTEN, J. HEINKE, G. M. MACE, L. M. PERSSON, V. RAMANATHAN, B. REYERS, S. SÖRLIN, Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, 2015, *Science*, v. 347, n°6223

¹² N. DE SADELEER, C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004, p. 7 ; E.O. Wilson, E.M. Peter (dir.) *Biodiversity*, Washington DC, National Academy Press, 1988.

¹³ RS 0.451.43.

¹⁴ JORF, n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 2. Le texte de l'art. 4 ch. 4 de cette loi précise ce qui suit : on entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.

¹⁵ Office fédéral de l'environnement (OFEV) (dir.), Stratégie Biodiversité Suisse, Berne 2012, p. 11.

¹⁶ Office fédéral de l'environnement (OFEV) (dir.), Plan d'action, Stratégie Biodiversité Suisse, Berne 2017, p. 1.

décider quel état initial considérer, lorsque l'objet évolue ; quel objectif fixer à une conservation ou une reconstitution ; comment mettre en œuvre les principes d'action environnementaux (précaution/prévention) face à des éléments et des interactions que l'on ne connaît pas entièrement ; et quelle échelle d'action prendre en considération du niveau local à l'échelon global, en présence de ces interrelations ? L'ensemble de ces options laisse une grande marge de manœuvre pour l'autorité, qui peut être un motif de blocage¹⁷ et de tension avec la nécessité de protéger.

2.2 Portée

La définition de la biodiversité invite à distinguer trois niveaux fonctionnels : la diversité au sein des espèces ; la diversité entre les espèces et la diversité des écosystèmes¹⁸.

Telle que proposée par la CDB, la définition de la biodiversité n'inclut pas la fonction de « service écosystémique »¹⁹ à laquelle une bonne partie de la littérature fait désormais référence²⁰. Il n'est cependant plus guère contesté que des écosystèmes diversifiés sont plus résilients face aux catastrophes et aux menaces à long terme, telles que les changements climatiques et donc plus protecteurs du cadre de vie²¹. A cela s'ajoutent des fonctions spécifiques liées à la biodiversité comme la sécurité alimentaire, la production de médicaments ou la contribution à un meilleur système immunitaire des êtres humains et à la réduction des parasites²². Il s'agit certes d'une approche *a priori* anthropocentrée ; ce rôle utilitaire de la diversité est d'ailleurs parfois remis en cause, car trop réducteur et limité à un nombre restreint d'espèces fournissant des services²³. Mais on peut objecter à cette vue que la protection des « fonctionnalités » de la biodiversité exerce des bénéfices qui vont au-delà du service considéré, en interagissant sur les écosystèmes²⁴. Les stratégies en matière de biodiversité les plus récentes montrent d'ailleurs cette interrelation entre nos besoins liés à la biodiversité et la nécessité qui leur est corrélée de produire des efforts pour assurer la conservation de celle-ci²⁵.

En fin de compte, il apparaît que la préservation d'un capital durable de l'ensemble de ces fonctions (intrinsèques et de services) s'impose progressivement comme une nécessité, ce qui permet de dépasser le clivage de l'approche anthropocentrée ou écocentrée²⁶. Les mesures de protection se doivent de considérer, au moins indirectement, la valeur intrinsèque du monde naturel non humain, indépendamment de tout coefficient d'utilité pour l'homme, en cohérence avec l'interdépendance entre l'ensemble des êtres vivants et leur milieu²⁷.

3. La biodiversité en tant que limite planétaire

¹⁷ R. JOLY, *La mise en œuvre partagée du droit en Suisse, en Allemagne et dans l'Union européenne. Perspectives comparées, spécialement en matière de protection de la biodiversité*, Bâle, 2020, p. 222 ss.

¹⁸ La *diversité au sein des espèces* signifie la diversité génétique des espèces, autrement dit leur variabilité génotypique. Il s'agit ici d'œuvrer en faveur de la préservation durable des ressources génétiques, animaux de rente et plantes cultivées comprises. L'objectif pourra être celui de préserver certaines races d'animaux et de variétés de plantes et de maintenir un maximum de populations d'une même espèce (métapopulations). La *diversité entre espèces* représente le niveau de la biodiversité le plus connu. Elle désigne le nombre d'espèces différentes dans une unité géographique considérée. La *diversité des écosystèmes* fait quant à elle référence aux communautés de plantes ou d'animaux constituant une entité fonctionnelle interagissant entre elles et avec leur environnement. Il s'agit ici de distinguer les écosystèmes terrestres et les écosystèmes aquatiques, lesquels se divisent en de nombreux écosystèmes dynamiques qui peuvent être identifiés sous la notion de « biotopes ». Il existe ainsi autant de biotopes que d'écosystèmes diversifiés. Ce sont ces variations et caractéristiques génétiques spécifiques au sein des espèces (telles que les différentes variétés de plantes) et l'assemblage de ces espèces dans des écosystèmes, qui caractérisent les paysages agricoles ou d'autres paysages tels que les forêts, les zones humides, les herbages, les déserts, les lacs et les cours d'eau (Organisation mondiale de la Santé (OMS) et Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Connecting Global Priorities : Biodiversity and Human Health, a State of Knowledge Review*, Genève 2015, p. 28)

¹⁹ Sur la notion de service écosystémique, P. Knoepfel, Droits sur les écoservices de ressources naturelles, revue *Droit de l'environnement dans la pratique* (DEP) 8/2011, p. 915-948.

²⁰ Millenium Ecosystems Assessment, op. cit., p. 1 ss ; AG NU, A/HRC/34/49, op. cit., § 6 ss ; S. DIAZ/M. CABIDO, Vivre la différence : plant functional diversity matters to ecosystem processes, *Trends in Ecology & Evolution*, 16(11)/2011, p. 646-656 ; G. DE BUREN, *La gestion des services environnementaux : entre règles et régulation négociée*, Thèse Lausanne 2014, p. 45, note n° 36 ; J.-M. SALLES, Evaluer la biodiversité et les services écosystémiques : pourquoi, comment et avec quels résultats, *Natures Sciences Sociétés* 2010/4 (vol. 18), p. 414-423.

²¹ *Connecting Global Priorities*, op. cit., p. 18.

²² *Millenium Ecosystems Assessment*, op. cit., p. 4 ss ; AG NU, A/HRC/34/49, op. cit., § 18 ss.

²³ V. MARIS, *Nature à vendre, Les limites des services écosystémiques*, Versailles, Quae, 2014, p. 41.

²⁴ La protection des fonctions de pollinisation des insectes, par exemples, ménage non seulement la production agricole, mais également toute une chaîne alimentaire, qui maintient l'équilibre d'un ensemble d'écosystèmes.

²⁵ Stratégie Biodiversité Genève 2030 (SBG-2030), adoptée par le Conseil d'Etat le 21 février 2018, p. 12 ss.

²⁶ N. DE SADELEER, C.-H. BORN, op. cit., p. 17.

²⁷ P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Paris, 2021, p. 8.

3.1 La notion de limite planétaire

La diversité biologique constitue le fruit d'un état de développement continu au cours des époques. Elle ne concrétise jamais un état stabilisé ; le processus est en constante mutation, sans que l'on puisse prétendre connaître l'ensemble des espèces qui se sont développées – que ce soit quantitativement ou dans leur variété -, ni les processus de mutation pouvant donner lieu à une espèce²⁸. Une bonne partie des organismes vivants nous est tout simplement inconnue. La biodiversité n'est par ailleurs pas répartie de manière homogène sur l'ensemble de la planète, de telle sorte que si l'on veut l'approcher en tant que service, et, par extension, de droit, cet aspect doit être pris en compte. Cette disparité dans la répartition des écosystèmes est en outre accrue par les pressions croissantes sur les ressources naturelles, dans certains pays, depuis les années 1950, modifiant l'équilibre des écosystèmes de manière plus rapide et plus extensive que sur aucune autre période comparable de l'histoire de l'humanité²⁹. Cette transformation au niveau de la planète a permis une amélioration du niveau du confort et du développement économique, mais au détriment de certaines régions du monde, qui en subissent des préjudices, et au péril de la survie des écosystèmes, qui menacent de s'effondrer³⁰. Aggravées par les problèmes climatiques, les atteintes à la biodiversité se sont généralisées sur l'ensemble de la planète³¹. Ces pertes n'exercent pas seulement des conséquences importantes sur l'environnement et le bien-être humain, elles ont aussi des incidences sur les générations futures et un coût pour la société dans son ensemble, notamment pour les acteurs économiques des secteurs qui dépendent directement des services écosystémiques³².

La dégradation de la biodiversité est désormais désignée comme l'un des neuf processus biophysiques en danger à l'échelle planétaire, qui menacent la survie de l'homme. Le concept scientifique des neuf limites planétaires présenté en 2009 puis en 2015 définit les critères de développement sûrs et justes pour l'humanité fondés sur neuf processus biophysiques, qui, ensemble, régulent la stabilité de la planète³³.

Cette référence aux capacités de charge du milieu n'est pas nouvelle ; elle découle plus globalement du principe de durabilité et aussi, dans une certaine mesure, des études d'impact d'un projet. Le concept des limites planétaires a pour effet de mettre au-devant de la scène les critères scientifiques propres à déterminer les échelles de seuils correspondant aux biocapacités de la terre, selon les différents aspects de l'environnement concernés, à un niveau global. Au-delà de ces seuils, il existe soit une incertitude majeure quant à la viabilité du système terrestre, soit le risque certain de l'irréversibilité des atteintes ; c'est en tous les cas ainsi que se présentent les enjeux en matière de biodiversité ou climatique.

3.2 Droits fondamentaux et limites planétaires

D'un point de vue juridique, l'approche de la biodiversité par les limites planétaires conduit à un renversement de paradigme. Elle détermine des limites auxquelles doivent être conditionnées les politiques publiques de chaque Etat, de telle manière que les activités humaines réduisent leur empreinte écologique, cela à l'échelle locale mais également dans une perspective de solidarité avec l'objectif global. L'interaction global/local devient une constante à intégrer dans les tâches de l'Etat³⁴.

Il est par ailleurs cohérent d'affirmer que si l'exercice des droits fondamentaux dépend du respect d'un environnement sain – celui-ci étant lui-même défini par l'état dans lequel la capacité de charge et de renouvellement des éléments de la biosphère est respectée -, l'obligation d'observer ces seuils pourrait être assimilée à une norme supra-constitutionnelle impérative³⁵ ; ou conduire à une inversion des valeurs, en érigeant

²⁸ N. DE SADELEER, C.-H. BORN, op. cit., p. 9.

²⁹ A. D. BARNOSKY, N. MATZKE, S. TOMIYA et al., « Has the Earth's sixth mass extinction already arrived ? », *Nature*, vol. 471, n° 7336, 2011, p. 51-57 : on parle du 6^{ème} événement majeur d'extinction massive dans l'histoire de la vie sur Terre - le premier à être entraîné spécifiquement par les impacts des activités humaines ; *Millenium Ecosystems Assessment*, op. cit., p. 2 ss.

³⁰ E.S. BRONDIZIO, J. SETTELE, S. DÍAZ et H.T. NGO (dir.) : *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, IPBES, Bonn, 2019, p. XXXII ss.

³¹ *Millenium Ecosystems Assessment*, op. cit., p. 68.

³² Décision n° 1386/2013/UE du parlement européen et du conseil, du 20 novembre 2013, relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », JOCE n° L 354/171, Préambule, § 23.

³³ J. ROCKSTRÖM, W. STEFFEN et al., op. cit. ; W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM, et al., op. cit.

³⁴ B. DROBENKO, *De la capacité de charge des écosystèmes et du droit*, in : C.-H. BORN, F. JONGEN (dir.), *D'urbanisme et d'environnement*, Liber Amicorum Francis Haumont, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 588.

³⁵ F. OST, *Le droit constitutionnel de l'environnement : un changement de paradigme ?* in : Marie-Anne COHENDET (dir.) *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare & Martin, Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2021, p. 410.

les restrictions liées aux limites planétaires au rang de valeurs fondamentales³⁶ qui s'imposent aux droits fondamentaux classiques ; nous donnerons ci-après³⁷ quelques exemples des orientations qui pourraient en résulter.

Une autre approche pourrait consister à soutenir que l'obligation de respecter la capacité de charge et de renouvellement des éléments de la nature correspond au noyau intangible d'un droit fondamental à un environnement sain et écologiquement soutenable. Toute transgression des limites planétaires pourrait alors représenter une ingérence que les Etats seraient chargés de limiter en fonction de leurs possibilités. En droit suisse, sans qu'un droit subjectif lui soit corrélé, l'article 73 de la Constitution fédérale, qui invite la Confédération et les cantons à œuvrer « à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain » peut être interprété dans ce sens³⁸ ; sa faible normativité et sa justiciabilité disputée n'ont pas permis de rendre cette interprétation effective³⁹.

Dans la plupart des ordres juridiques nationaux, les gouvernements examinent comment intégrer ces limites et quelles seront leur portée à l'échelle individuelle⁴⁰. Ces limites devraient inviter à de nouveaux modèles de régulation et notamment à mieux prendre en compte la notion de cycle, que ce soit dans l'économie circulaire⁴¹ ou dans celle du cycle de vie des éléments de la nature (y compris en milieu urbanisé, où les fonctions écosystémiques du paysage naturel devront être mieux intégrées aux décisions).

4.- La biodiversité saisie par le droit

4.1 Remarques introductives

En résumant les lignes qui précèdent, la dégradation de la biodiversité atteint un stade très critique, qui a déjà franchi le seuil de l'irréversibilité, pour nombre d'espèces ou de milieux. La diversité biologique représente une nécessité pour assurer la survie de l'homme et des êtres vivants ; au-delà des discours éthiques et philosophiques, ce sont désormais les réalités scientifiques qui s'imposent au législateur comme aux autorités d'exécution.

La notion d'interrelation de l'homme avec le vivant marque également un tournant dans l'approche des éléments de la diversité biologique qui ne sont plus à considérer seulement pour « eux-mêmes », mais également en lien avec les « services écosystémiques » liés à la survie des êtres vivants.

A compter de ce constat se greffent, en droit, diverses obligations découlant du droit international ou du droit interne, qui peuvent se traduire par des restrictions ou des contraintes à l'échelle collective ou individuelle, éventuellement également par des droits. Comme en matière climatique, l'échelle de l'action est à la fois locale, régionale et internationale, de telle sorte qu'elle requiert la coopération des Etats. Mais, d'une manière générale, le champ des mesures pour stabiliser la biodiversité dans un état « écologique durable ou soutenable » laisse une très grande marge de manœuvre aux Etats⁴² et peut entrer en conflit avec les droits fondamentaux ou les droits d'usage des particuliers. Le principe de proportionnalité sera essentiel ici.

L'action devrait par ailleurs revêtir un certain niveau d'urgence. Cette situation contraint d'autant plus les collectivités publiques (Confédération, Cantons ou communes, en Suisse) à faire des choix et à les justifier dans la pesée des intérêts à entreprendre. Les critères de la proportionnalité des moyens à mettre en œuvre deviennent plus flous ici, en présence d'un risque (celui de l'épuisement de la biodiversité) non toujours bien connu et qui présente des éléments d'externalités importantes, chaque fois que la protection des espèces nécessite les efforts conjoints de plusieurs pays. Cela pourra avoir des conséquences sur le critère de l'aptitude, notamment⁴³.

4.2 Le contexte international

Face à l'érosion de la biodiversité, différentes conventions internationales de conservation de la nature ou des espèces, portant sur la biodiversité dans son ensemble ou des aspects spécifiques de celle-ci, ont vu le jour. Ces conventions relèvent le plus souvent du *soft law*, notamment la convention-cadre sur la diversité biologique de 1992, déjà évoquée. Mais elles orientent sur nouvelles échelles de valeur et les obligations de coopération entre Etats.

³⁶ P. BAUMANN, op. cit., p. 72 craint une telle évolution.

³⁷ Cf. *infra*, ch. 5.2.

³⁸ A.-C. FAVRE, La Constitution environnementale, in : O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER. (dir.) *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, 2020. p. 2135.

³⁹ R. MAHAIM, Art. 73 in : V. MARTENET, J. DUBEY (dir.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle, 2021, n°20 ss.

⁴⁰ Voir le rapport conjoint de l'Agence européenne pour l'environnement (AEE) et de l'Office fédéral suisse de l'environnement (OFEV) « Is Europe living within the limits of our planet? », ISSN 1977-8449, 2020.

⁴¹ Conseil de l'Europe, The 8th Environment Action Programme - Turning the Trends Together - Council conclusions, Bruxelles, 4 octobre 2019.

⁴² R. JOLY, op. cit., p. 214 ss.

⁴³ Cf. *infra*, ch.

Les articles 6 à 11 de la Convention sur la biodiversité fixent les principales obligations auxquelles les parties s'engagent ; ces mesures sont à exécuter « dans la mesure du possible ». L'article 6 b) de ladite Convention invite ainsi les Etats à intégrer « dans toute la mesure possible et comme il convient, la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans ces plans, programmes et politiques sectoriels ou intersectoriels pertinents ». Les accords portent en principe sur la réalisation d'objectifs à réaliser (objectifs d'Aichi, de Kiev). La Suisse est par ailleurs engagée dans les discussions menées au sein du Conseil de l'Europe et soutient diverses initiatives et programmes⁴⁴.

Les obligations en matière de biodiversité relèvent à la fois de la gestion interne, propre à chaque pays, dans les limites de leur juridiction, et à la fois d'obligations de prévention des dommages externes, pouvant se produire sur d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale (art. 3 CDB). Il s'agit notamment d'éviter des pertes économiques pour les pays tiers, lorsqu'un pays s'accapare l'exploitation d'une ressource ; mais il existe d'autres formes d'externalités, selon que les Etats admettent ou non de faire des efforts pour réserver des espaces naturels liés à la préservation des espèces migratrices ou des surfaces partagées entre plusieurs Etats. Le cadre légal en matière de biodiversité consacre une obligation de « préoccupation commune »⁴⁵, qui va inviter à des efforts de coopération entre les Etats.

La biodiversité implique donc des actes de coopération et de solidarité, ce qu'expriment diverses conventions depuis les années 1970, qui tendent à dépasser le principe de la souveraineté absolue des Etats sur leurs ressources. Ainsi, des conventions spécifiques, visant le plus souvent la préservation d'espèces, comme la Convention de Ramsar, du 2 février 1971, relative aux zones humides d'importance internationale⁴⁶, la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, du 16 novembre 1972, la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, conclue à Bonn, le 23 juin 1979⁴⁷, ou la Convention de Berne du 19 septembre 1979, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, consacrent progressivement l'idée que certains éléments du patrimoine naturel doivent être conservés par les Etats, pour le bien de l'humanité⁴⁸.

4.3 La régulation de conservation et d'utilisation durable

D'une manière générale, les causes de l'érosion de la biodiversité sont bien identifiées. En milieu terrestre, ce sont principalement l'extension des zones urbaines et des infrastructures de transport, l'essor des activités de tourisme et de loisir dans des régions jusque-là épargnées, le développement des énergies renouvelables, l'intensification de l'exploitation agricole, le morcellement des milieux naturels, les répercussions directes et indirectes du changement climatique et la propagation d'espèces exotiques envahissantes⁴⁹.

Les mesures en lien avec la biodiversité visent globalement deux objectifs : celui de la conservation et celui de l'usage durable des éléments de la biodiversité.

4.3.1 Les mesures de conservation

La notion de conservation peut prendre différents contours⁵⁰ et aller de la délimitation de biotopes, à l'établissement de réseaux écologiques, à la suppression des infrastructures de drainage dans les marais ou à diverses mesures proactives pour favoriser les services écosystémiques dans l'agriculture ou pour maintenir des éléments structurants dans les zones rurales et celles urbanisées (végétations relais, etc.). Le but est de stabiliser ou réparer le mitage des surfaces favorables à la biodiversité, compromis par l'urbanisation. On parle aussi de gestion intégrée en augmentant la qualité de l'environnement naturel dans les espaces verts, que ce soit en milieux urbains ou agricoles, pour développer la multifonctionnalité des espaces boisés, ruraux et aquatiques, permettant d'éviter un clivage des activités⁵¹.

On le voit, il s'agit de mesures qui impliquent très fortement l'ensemble des acteurs, de la collectivité publique aux propriétaires fonciers, aux exploitants ou autres usagers. En clair, il s'agit d'abord pour l'Etat de mettre en place des législations ou des instruments de mise en oeuvre (tels que plans d'actions, stratégies, etc.) ; comme dans d'autres domaines du droit de l'environnement, il s'agit par ailleurs de se référer à des valeurs seuils (de disparition des espèces, de pressions sur les écosystèmes, etc.) et de fixer des objectifs à atteindre pour permettre d'assurer une stabilisation de la dégradation.

⁴⁴ OFEV, Stratégie Biodiversité Suisse, op. cit., p. 22.

⁴⁵ Convention sur la diversité biologique, préambule.

⁴⁶ RS 0451.45.

⁴⁷ RS 0451.46.

⁴⁸ N. DE SADELEER, C.-H. BORN, p. 36 ss

⁴⁹ OFEV, Plan d'action, Stratégie Biodiversité Suisse, op. cit., p. 7.

⁵⁰ N. DE SADELEER, C.-H. BORN, op. cit., p. 17.

⁵¹ Stratégie Biodiversité Genève 2030, op. cit., p. 10.

Le principe de proportionnalité exerce ses pleins effets ici ; il invite notamment à relativiser les objectifs, en fonction de ce qui est nécessaire. Par exemple, dans les pays industrialisés tels l'Europe, les écosystèmes naturels ont été profondément modifiés par l'activité humaine, de telle sorte qu'il est très rare de rencontrer des zones à l'état « vierge ». Le droit international n'exige cependant pas que les écosystèmes demeurent vierges de toute intervention humaine⁵². Par ailleurs, des mécanismes de compensation pourront devoir être mis en place pour ceux qui devront consentir un sacrifice (par exemple lors de la conversion de zones agricoles en espaces naturels).

4.3.2 Les mesures d'utilisation

Les mesures d'utilisation sont toutes celles qui permettent à des degrés divers de faire un usage direct des ressources liées à la biodiversité, qu'il s'agisse de l'exploitation des forêts, des ressources génétiques ou de prélèvements d'eau, par exemple. Ces activités sont désormais fortement encadrées par le principe de durabilité, qui commande de ne pas exploiter les ressources au-delà de leur capacité de renouvellement, de manière à maintenir le « capital »⁵³.

Mais plus généralement, il faut inclure dans les usages nécessitant des mesures, tous ceux qui sont de nature à modifier l'état initial d'un élément naturel, comme les pollutions et atteintes diverses liées aux activités humaines (l'urbanisation, l'atrophisation des sols en culture intensive, etc.). L'approche holistique à laquelle conduit l'étude des liens entre l'homme et la diversité biologique de son milieu permet à cet égard de décroiser divers aspects des politiques publiques environnementales ; ainsi, les pollutions atmosphériques, traditionnellement essentiellement canalisées sur la protection de l'homme, deviennent des indicateurs de la santé des écosystèmes, par l'effet indirect des pluies acides ou des concentrations élevées d'ozone.

5. Principe de proportionnalité et biodiversité

5.1 Le principe de proportionnalité en droit suisse

Figure de droit prétorien, avant d'être consacré par la nouvelle Constitution fédérale de 1999⁵⁴ (Cst.), le principe de proportionnalité est un principe général de l'Etat de droit, qui vise l'ensemble des organes étatiques (législatif, exécutif, judiciaire) et toutes les mesures de restrictions, qu'elles s'analysent ou non en tant qu'atteintes à des droits fondamentaux, auquel cas, l'article 36 al. 3 Cst. s'applique alors à titre de norme spéciale⁵⁵. Emprunté au droit allemand⁵⁶, ce principe renvoie à trois critères de contrôle qui sont le rapport d'aptitude (le moyen doit être apte à produire le résultat déterminé par l'intérêt public en cause), de nécessité (parmi l'ensemble des mesures qui s'offrent, il convient d'imposer celle qui est la moins incisive par rapport aux sacrifices demandés) et d'adéquation (ou de proportionnalité au sens étroit ; au final, il s'agit de mettre en balance les différentes options et de les comparer dans leurs avantages ou inconvénients). A ce titre, le principe de proportionnalité constitue également un instrument de la balance des intérêts⁵⁷.

5.2 Le principe de proportionnalité et les obligations de moyens ou de résultat

Lorsque l'on évoque la prévention d'un risque environnemental, qui plus est, à l'échelle globale, la question des moyens à mettre en œuvre est capitale, dans l'échelle temps (agir avant que le dommage ne se produise), comme dans celle des ressources matérielles à disposition. Le principe de précaution vient ici appuyer le principe de proportionnalité et invite l'autorité à une obligation d'agir, même en situation d'incertitude quant au risque, cela notamment en raison de l'impuissance des individus face à certains dangers.

En matière de biodiversité on évoque désormais clairement des obligations de résultat, à tout le moins en droit européen⁵⁸ ; en droit suisse, on se réfère soit à des objectifs (qui peuvent être quantifiés), soit à une protection

⁵² AG NU, A/HRC/34/49, op. cit., p. 4 s : Le développement économique et social dépend de l'utilisation des écosystèmes et notamment, le cas échéant, de la conversion d'écosystèmes naturels, tels que des forêts anciennes, en écosystèmes gérés par les hommes, tels que les pâturages et les terres cultivées. Il s'agit toutefois de maintenir un développement durable, ce qui suppose notamment de « [p]réserver et restaurer les écosystèmes terrestres, en veillant à les exploiter de façon durable, gérer durablement les forêts, lutter contre la désertification, enrayer et inverser le processus de dégradation des terres et mettre fin à l'appauvrissement de la biodiversité ».

⁵³ En droit suisse, voir l'art. 73 Cst.

⁵⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁵⁵ J. DUBÉY, Art. 5 in : V. MARTENET, J. DUBÉY (dir.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle, 2021, n°91 ss.

⁵⁶ J. DUBÉY, op. cit., n° 97 ; B. RÜTSCHÉ, Verhältnismässigkeitsprinzip, in : O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER. (dir.) *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, 2020. p. 1050 ss, n° 4 ; pour un rappel des conditions de ce principe par la Cour constitutionnelle allemande, T. HOCHMANN, *AJDA* 2021, p. 805 ss.

⁵⁷ B. RÜTSCHÉ, op. cit., n° 19.

⁵⁸ DE SADELEER, C.-H. BORN, op. cit., p. 486 s ; R. JOLY, op. cit., p. 234 ss ; en droit européen, on peut évoquer les

directe, découlant de la loi⁵⁹, voire de la Constitution fédérale pour les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national (art. 78 al. 5 Cst.).

Il en découle que le choix à opérer par rapport au but à atteindre n'est pas toujours libre. Les intérêts écologiques peuvent prendre le pas sur les exigences économiques ; ce qui n'évitera cependant pas une zone d'interprétation, lorsque des dérogations à la priorité de la protection sont possibles, ni une balance des intérêts⁶⁰. La législation sur la protection des intérêts de la nature a déjà pris le pas de cette tendance en indiquant que dans toute la mesure du possible, les atteintes d'ordre techniques aux biotopes dignes de protection doivent être évitées ; à défaut, l'auteur de l'atteinte doit veiller à prendre des mesures particulières pour en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou, à défaut, le remplacement adéquat⁶¹.

L'étude de la jurisprudence, en droit suisse, confirme que le conflit entre la protection d'éléments de la nature et l'exercice des droits fondamentaux se solde désormais de plus en plus souvent en faveur des intérêts de l'environnement, même lorsque le sacrifice d'une liberté demandée est important. Le principe de durabilité éclaire ici l'orientation à donner au principe de proportionnalité et invite à une gestion précautionneuse et parcimonieuse des ressources⁶². On en donne quelques exemples :

- Lors de l'extraction de ressources non renouvelables, comme les roches dures, il convient d'examiner toutes les alternatives, y compris les perspectives de matériaux de substitution⁶³ et de procéder à une analyse judicieuse du degré d'épuisement de la ressource ; cela peut impliquer que la gestion de la ressource soit décidée ou planifiée à un échelon national plutôt que local⁶⁴.
- Dans les conflits entre concession hydraulique et intérêts de préservation de la nature, le Tribunal fédéral a précisé que les exploitants au bénéfice de droits de prélèvements d'eau peuvent se voir signifier une obligation d'assainir leurs installations pendant la durée de la concession, de manière à les rendre conformes aux règles en matière de débits résiduels découlant de la législation sur la protection des eaux ; l'argument repose ici sur le fait que lorsque les mesures sont « économiquement supportables », elles ne portent pas atteinte aux droits acquis⁶⁵. L'arrêt est remarquable par le fait que le critère de la mesure « économiquement supportable », applicable à d'autres types d'atteintes environnementales, telles les pollutions de l'air et le bruit, a été transposé au domaine de la protection des eaux ; il constitue à cet égard l'une des déclinaisons du principe de proportionnalité⁶⁶. Cette jurisprudence est surtout édifiante par le fait que le Tribunal fédéral a établi une échelle standardisée des sacrifices exigibles de l'exploitant, en fonction du rendement de l'exploitation.
- Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a refusé d'autoriser un captage sur un torrent encore intact et participant à la beauté paysagère des lieux, cela en raison de sa rareté, quand bien-même était évoquée une nécessité économique d'exercer un prélèvement sur ce cours d'eau, en sus de celui déjà exploité ; face à une telle situation, l'argumentation de la Cour a été d'exiger une adaptation des besoins de l'exploitant en fonction des intérêts de la nature à préserver, ce d'autant que l'installation était subventionnée et devait se montrer exemplaire⁶⁷.
- Lors d'un projet de construction d'un barrage, il a été tenu compte du fait que plusieurs espèces d'oiseaux – nichant le long d'un cours d'eau qui aurait été dégradé – étaient inscrites à l'annexe II de la Convention de Berne, pour procéder à la pesée des intérêts concurrents⁶⁸.

obligations de résultat de l'art. 2 de la directive « Oiseaux » (Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOUE, n° L 20/7 du 26 janvier 2010) qui précise ce qui suit : « Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour maintenir ou adapter la population de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1er à un niveau qui corresponde notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles ». Cette disposition invite à garantir les mesures nécessaires pour éviter qu'une espèce disparaisse lorsqu'elle est menacée ou subit des régressions et pour « maintenir » les niveaux de populations.

⁵⁹ JOLY, op. cit., p. 235.

⁶⁰ Voir notamment les affaires concernant le conflit entre la surélévation du barrage du Grimsel et la protection d'un site marécageux d'importance nationale (ATF 143 II 241 et arrêt du TF 1C_356/2019 du 4 novembre 2020).

⁶¹ Art. 18 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1^{er} juillet 1966 (LPN ; RS 451) ; dans le même sens, voir § 15 de la Bundesnaturschutzgesetz, du 29 juillet 2007 (BNatSchG ; BGBl. I S. 2542).

⁶² ATF 114 Ib 224 c. 10 dd, p. 236.

⁶³ Arrêt du TF 1A.115/2003 du 23 février 2004 c. 3.2 : pesée des intérêts nécessaire pour la prolongation de l'exploitation d'une gravière durant les 50 prochaines années, au regard des matériaux de substitution envisageables.

⁶⁴ Arrêt du TF 1A.25/2006 du 13 mars 2007 c. 5.6 : un projet d'extension d'une carrière (de compétence cantonale) a été bloqué, tant qu'une planification de l'exploitation des roches dures ne pouvait être établie au niveau national.

⁶⁵ ATF 139 II 28 c. 2.7.1 à 2.7.4 p. 33 ss ; T. LARGEY, L'assainissement des cours d'eau dans l'application de l'art. 80 LEaux, Les enseignements de l'arrêt Misoxer Kraftwerke, *Droit de l'environnement dans la pratique* (DEP) 2013, p. 92 ss.

⁶⁶ J. DUBEY, op. cit., n° 96.

⁶⁷ ATF 140 II 262 c 8.4.2–8.4.4 p. 282–285.

⁶⁸ ATF 109 Ib 214 c. 6 c p. 221.

- Mentionnons encore plusieurs causes récentes qui montrent que même en milieu urbain, la notion de biotope digne de protection peut l'emporter sur un projet en zone à bâtir (en invitant à redimensionner le projet de manière à respecter le biotope, par exemple)⁶⁹.

Alors que le principe de proportionnalité a été construit autour des restrictions portées aux droits fondamentaux, s'est posée la question de son application à l'administration de prestations ou de gestion aux fins d'évaluer l'ampleur des moyens financiers à engager par la collectivité publique. La jurisprudence admet désormais que le principe de proportionnalité détermine aussi l'importance des ressources à mettre en œuvre par la collectivité publique par rapport aux buts fixés par la loi (efficacité des moyens)⁷⁰ et cela indépendamment du fait que des droits fondamentaux soient directement en jeu.

Ces questions sont intervenues surtout dans le domaine des prestations sociales mais se posent de la même manière dans celui de l'administration de gestion liée à la protection de l'environnement : ainsi l'aménagement d'une paroi antibruit ou les coûts de construction d'un couloir de faune au-dessus d'une autoroute devront aussi être appréciés sur la base du principe de proportionnalité, qui se traduit le plus souvent pas un rapport coût-utilité⁷¹.

Nonobstant d'éventuelles obligations de résultat, les moyens à mettre en œuvre laissent une très grande marge de manœuvre à l'autorité, de telle sorte que, dans ce contexte, le principe de proportionnalité permet surtout de mieux cibler les choix à faire (entre deux intérêts publics ou des intérêts publics et privés divergents), dans le cadre de la maxime de la nécessité et de l'adéquation. Il permet aussi de légitimer l'engagement de ressources financières à charge de l'Etat, dans le cadre de mesures de compensation (liées à des projets publics portant atteinte aux milieux naturels) ou des mesures proactives, visant à favoriser la biodiversité.

5.3 Proportionnalité et menace d'irréversibilité des atteintes à la biodiversité

C'est face à la menace d'irréversibilité des dégradations multipliées de la biodiversité que le principe de proportionnalité est appelé à jouer son meilleur rôle. Dans la dynamique tracée par la jurisprudence actuelle, les critères de l'aptitude et de la nécessité seront essentiels, de même que le principe de précaution, face à des effets parfois mal connus des mesures à adopter. Les restrictions aux droits fondamentaux (garantie de la propriété, liberté économique, liberté personnelle, notamment) pourront se renforcer. Ce point est d'ailleurs parfois dénoncé, en tant que la tendance des juridictions pourrait être de céder le pas en matière de protection des droits de l'homme face à la gravité d'une atteinte à l'environnement⁷².

Mais au final, il s'agit de mesurer le poids de la préservation des supports de vie, et donc du droit à la vie, face à des enjeux économiques (étatiques ou individuels) pouvant engendrer une destruction massive. La balance des intérêts pourra se jouer entre plusieurs droits fondamentaux plutôt qu'entre un intérêt public bien compris et des droits fondamentaux⁷³ ; il pourrait en résulter une prééminence de certains droits humains fondamentaux sur d'autres⁷⁴. Le discours qui se greffe désormais autour des limites planétaires ne dit pas autre chose ; il indique que les activités qui conduisent à une surexploitation des milieux naturels, portent atteinte à l'exercice de l'ensemble des droits fondamentaux, y compris, au final, de la liberté économique.

D'aucuns plaident une nouvelle lecture des rapports de droit en cohérence avec les conditions posées par la nature en affirmant l'émergence d'un principe d'« éco-responsabilité »⁷⁵, qui conditionne l'ensemble des activités humaines, ce à quoi la législation concourt déjà en partie⁷⁶.

⁶⁹ Arrêt du TF 1C_126/2020 du 15 février 2021.

⁷⁰ P. MOOR, A. FLÜCKIGER, V. MARTENET, *Droit administratif*, Vol. 1, Les fondements, 3. éd. Staempfli, Berne, 2012, p. 826 s et la jurisprudence citée ; B. RÜTSCHKE, op. cit., n° 20 et 28 et les références citées

⁷¹ A.-C. FAVRE, Cent ans de droit administratif : de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux, *RSJ* 2011 II, p. 302.

⁷² P. BAUMANN, op. cit., p. 82 concernant l'affaire Cour EDH, *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007, n° 21861/03 ; dans cette affaire, la requérante s'est vue notifier un ordre de démolition d'une maison édifée dans une zone de forêt non constructible, après une tolérance de plusieurs années de la part des autorités ; selon M. BAUMANN, dans la mesure où les autorités ont contribué à pérenniser une situation illégale, les juges de Strasbourg auraient dû en tenir compte dans leur décision. A vrai dire, il nous paraît que la solution adoptée est conforme à la règle, en droit public, selon laquelle celui qui fait peser une menace sur l'environnement ou des personnes ne peut jamais se prévaloir d'une situation acquise, dût-elle avoir été autorisée, sous réserve du principe de la bonne foi.

⁷³ Cette tendance est déjà amorcée dans la jurisprudence de la CJCE, notamment lorsque les intérêts environnementaux mobilisent d'autres droits fondamentaux comme le droit de manifestation (voir les exemples évoqués par R. BENTIROU MATHLOUTHI, *Le droit à un environnement sain en droit européen. Dynamique normative et mise en œuvre jurisprudentielle*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 352 ss.)

⁷⁴ Dans ce sens également F. OST, op. cit., p. 415, et les références citées.

⁷⁵ G. WINTER, Ecological proportionality. An emerging principle of law for nature? In : C. VOIGT (dir.) : *Rule of Law for Natur. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 146 ss ; F. OST, op. cit., p. 414 s.

Ces approches impliquent un changement de paradigme, conduisant à remodeler les droits fondamentaux et l'ensemble des politiques publiques en fonction du milieu naturel et sa capacité de renouvellement. Un exemple, qui nous paraîtrait pouvoir illustrer cette orientation, est celui du principe de l'égalité des charges, issu du droit prétorien, en matière de pollution de l'air. Pratiquement l'ensemble des grands centres urbains et périurbains sont touchés par un excès d'immissions qu'il s'agit de réduire de manière à respecter les valeurs limites. Ces mesures, qui doivent être coordonnées dans un plan de mesures (l'équivalent du plan d'action en droit européen), sont aussi longues à adopter que coûteuses. Néanmoins, de nouvelles installations polluantes restent autorisées, au nom du principe d'égalité des charges, tiré du principe de l'égalité de traitement, au motif que les installations nouvelles ne doivent pas pâtir du retard à assainir les installations existantes ; l'idée est que les mesures à adopter doivent être décidées à une échelle globale, pour l'ensemble des installations⁷⁷. Une approche écocentrée, fondée sur les limites planétaires, devrait, à notre sens, conduire à refuser de nouvelles activités perturbatrices, tant que les seuils limites en matière de pollution ne sont pas respectés.

Les limites planétaires conduisent inmanquablement à l'instauration de quotas d'utilisation ; ceux-ci existent déjà en maintes matières s'agissant des atteintes à l'environnement (valeurs seuils, objectifs qualitatifs ou quantitatifs, contingents, etc.). La difficulté est de les transcrire à l'échelle individuelle. Le principe de proportionnalité sera également appelé à jouer un rôle décisif, dans ce contexte, en invitant l'Etat à réduire autant que possible les discriminations potentielles dans les sacrifices subi par les uns, lorsque les ressources ne permettront pas à tous d'accéder aux mêmes services écosystémiques. Il s'agira d'imaginer des mesures de substitution (favoriser une autre activité, une autre technique ou autre produit)⁷⁸ ou de compensation (indemniser, etc.), par exemple.

5.4 Causalité diffuse et critère de l'« aptitude »

Un aspect important qui pourra poser problème, en lien avec le critère de l'aptitude des mesures, est celui du lien de causalité. La dilution des effets sur l'environnement liés aux comportements de chacun et la globalisation des dégradations (pollutions, gaz à effets de serre) ne permettent plus de raisonner en termes de lien de causalité. Or, il sera difficile de faire admettre des mesures, parfois incisives, auprès des particuliers, si l'effet escompté n'est pas immédiat ou visible. Une grande partie de la résistance aux mesures en matière de lutte contre le réchauffement climatique repose sur cette argumentation.

Il nous paraît ici qu'il conviendra également de trouver de nouveaux critères d'évaluation. On pourrait imaginer une construction reposant sur le modèle de la contribution ; en matière fiscale, chacun est tenu à une participation financière, si minime soit-elle, pour alimenter les fonds de l'Etat et il n'est pas imaginable qu'un contribuable puisse soutenir qu'il n'y est plus tenu lorsque sa part est trop peu importante. Transposée à la protection des biens communs, comme la biodiversité ou la protection du climat, cette obligation permettrait d'évaluer la part de l'effort (en termes de restrictions ou de compensations diverses) à fournir par chacun, à l'aune du principe de proportionnalité. Le Tribunal fédéral n'a pas procédé différemment lorsqu'il a évalué la part du sacrifice pouvant être demandée à chaque concessionnaire d'une centrale hydroélectrique, selon son chiffre d'affaires, pour permettre soit une augmentation des débits résiduels, soit le financement de mesures de compensation en faveur de la faune piscicole (échelles à poissons, etc.)⁷⁹.

6. Un droit à la biodiversité ?

Alors que généralement le droit de la protection de la nature est perçu comme un droit protecteur de purs intérêts généraux, la prise en considération de l'interdépendance de l'homme avec son milieu pourrait changer la perspective du point de vue des droits subjectifs. Sans doute, par des entrées étroites, dans un premier temps, car cette interdépendance n'est généralement reconnue que lorsqu'il existe une atteinte directe à un droit préexistant. La jurisprudence de la CourEDH se fait l'illustration de cette approche timide, en restant très réservée lorsque le dommage environnemental est complexe, notamment en situation de pollutions diffuses⁸⁰, ou lorsqu'il s'agit de reconnaître une interdépendance entre des atteintes au milieu naturel et l'homme⁸¹. L'évolution la plus

⁷⁶ Pour le droit européen, voir les exemples cités par G. WINTER, op. cit., p. 121 ss.

⁷⁷ ATF 127 II 238 c. 8b p. 261 ; ATF 124 II 272 c. 4a p. 279 et les arrêts cités-

⁷⁸ Dans ce sens également F. OST, op. cit., p. 414.

⁷⁹ ATF 139 II 28 c. 2.7.1 à 2.7.4 (*Misoxer*).

⁸⁰ Cour EDH, *Fadeieva c. Russie*, 9 juin 2005, n° 55723/00, § 69.

⁸¹ Cour EDH, *Kyrtatos c. Grèce*, 22 mai 2003, n° 41666/98, § 52 : aucune disposition de la Convention ne garantit une protection générale de l'environnement en tant que tel ; Cour EDH, *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, § 122 ; dans cette affaire, où il est question d'un grave dommage écologique, la Cour rappelle que seules les atteintes directes à la santé peuvent entraîner une violation de l'art. 8 CEDH mais admet néanmoins qu'une catastrophe écologique peut générer une situation d'angoisse et d'incertitude, ce d'autant lorsque les informations nécessaires ne sont pas données aux citoyens : « Étant donné les conséquences sanitaires et environnementales de l'accident écologique, telles que constatées par des études et rapports internationaux, la Cour estime que la population de la ville de Baia Mare, y inclus les requérants, a dû

marquante de cette jurisprudence est celle de l'admission d'un risque de vulnérabilité, sur une base probabiliste, lorsqu'il est démontré statistiquement que des pollutions excessives peuvent porter atteinte à la santé⁸². Il est permis d'augurer quelques perspectives de développement encore, sur la base de cette approche, de telle sorte qu'il n'est pas exclu qu'un lien entre dégradation de la biodiversité et atteintes aux droits de l'homme puisse être fait, par exemple lorsque certaines activités anthropiques sont à l'origine d'un risque pour la sécurité alimentaire ou la santé.

La notion de biodiversité, telle que définie à l'article 2 CDB, se rapporte à la valeur intrinsèque des échanges qui se déroulent au sein des espèces ou des écosystèmes et constitue le pivot de toute protection des « services » écosystémiques. Il est admis qu'il n'est possible de préserver cette substance, ou subsistance des écosystèmes qu'en limitant l'empreinte des activités humaines sur la biodiversité⁸³. En découlent incontestablement des obligations positives à charge des Etats, pour protéger le droit à la vie ou celui au cadre de vie. En droit international, comme en droit communautaire, c'est le principe d'intégration qui cristallise ces obligations. La justiciabilité de ce principe est cependant très faible, pour ne pas dire inexistante⁸⁴ ; ce principe nécessite d'être concrétisé par le législateur et, comme le principe de durabilité, c'est essentiellement d'une manière sectorielle et pointilliste, au gré des projets d'exécution, par exemple dans le cadre d'études d'impact, que le citoyen ou des ONG peuvent éventuellement manifester des oppositions lorsque la biodiversité n'est pas suffisamment prise en considération.

Assurément, la reconnaissance des limites planétaires, en particulier celles liées à la biodiversité, pourront conduire à une plus grande effectivité de la protection des droits fondamentaux classiques, soit que, comme nous l'indiquons plus haut⁸⁵, les restrictions liées à ces limites prennent le rang d'obligations fondamentales auxquels les droits fondamentaux sont conditionnés, soit que la protection des droits fondamentaux ne puisse s'envisager qu'en reconnaissant un noyau intangible aux services écosystémiques de la biodiversité nécessaires à éviter de mettre en péril la vie des êtres vivants⁸⁶. Plusieurs juridictions ont amorcé cette étape en matière climatique, en reconnaissant un lien entre l'action insuffisante des Etats et les menaces sur le droit à la vie ou la protection des générations futures⁸⁷. Cette perspective impliquerait des développements qu'il n'est pas possible d'entreprendre dans ces lignes.

Cela étant, il nous paraît que le droit positif peut également adopter des solutions plus pertinentes encore, *sui generis*. Tel est le cas de la Convention de Berne, du 19 septembre 1979, relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe⁸⁸. En effet les procédures de contrôle auxquelles invite cette convention comptent parmi les plus élaborées à l'échelon international. Le Comité permanent institué par cette commission reçoit des pouvoirs étendus quant à la mise en œuvre (art. 14 de la Convention de Berne) ; une procédure de plainte par une partie contractante, une personne privée, une ONG ou un groupe de particuliers permet de dénoncer la non-observation de la convention à ce comité, qui instruit et, le cas échéant, peut faire des recommandations aux Etats, quant aux mesures à prendre. Un tel mécanisme constitue en fin de compte le meilleur moyen de donner une certaine effectivité à l'application des obligations parfois complexes en matière de biodiversité ; il incorpore à la fois une gouvernance adaptée et un processus de contrôle de tous,

vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales, qui avaient le devoir de fournir des informations suffisantes et détaillées quant aux conséquences passées, présentes et futures de l'accident écologique sur leur santé et l'environnement et aux mesures de prévention et recommandations pour la prise en charge de populations qui seraient soumises à des événements comparables à l'avenir. A cela s'ajoute la crainte due à la continuation de l'activité et à la possible reproduction, dans le futur, du même accident ». Sur la question des atteintes invisibles, nées d'une longue exposition ou d'une situation non connue, on se référera utilement à l'opinion partiellement dissidente des juges Zupancic et Gyulumyan dans cette même affaire.

⁸² Cour EDH, *Cordella c. Italie*, 24 janvier 2019, n° 54414/13 et 54264/15, § 162-166 ; la seule dégradation de l'environnement n'est pas suffisante pour établir une atteinte, mais bien l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne (§ 101), qui peut rendre plus vulnérables à certaines maladies les personnes exposées dans un périmètre proche (§ 104-105) ; l'impossibilité d'établir la causalité exacte entre une pollution industrielle importante et chaque personne touchée est par ailleurs expressément reconnue au § 160 : « Enfin, il est souvent impossible de quantifier les effets d'une pollution industrielle importante dans chaque situation individuelle et de distinguer l'influence d'autres facteurs, tels que, par exemple, l'âge et la profession. Il en va de même chose s'agissant de la dégradation de la qualité de vie résultant de la pollution industrielle. La « qualité de vie » est un concept très subjectif qui ne se prête pas à une définition précise. Partant, en vue de l'établissement des circonstances factuelles des affaires qui lui sont soumises, la Cour n'a pas d'autre choix que celui de se baser avant tout, bien que non exclusivement, sur les conclusions des juridictions et des autres autorités internes compétentes ».

⁸³ DE SADELEER, C.-H. BORN, op. cit., p. 722.

⁸⁴ M.-A. HERMITTE, La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques, in : *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 160.

⁸⁵ Cf. *supra*, ch. 3.2.

⁸⁶ Cf. *supra*, ch. 1.1.

⁸⁷ Cour suprême des Pays-Bas, *Pays-Bas c. Urgenda*, 20 décembre 2019 ; Cour constitutionnelle allemande, *G. crts c. République fédérale d'Allemagne*, 24 mars 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

⁸⁸ RS 0.455.

indépendamment d'une atteinte à un droit subjectif. S'il était complété d'un système juridictionnel, il serait parfait !⁸⁹

En conclusion, lorsqu'il s'agit de contrôle de la mise en oeuvre de normes poursuivant un intérêt général, des procédures de contrôles spécifiques peuvent s'imposer par rapport au contrôle judiciaire traditionnel, lorsqu'elles sont aptes, nécessaires et adéquates, au sens du principe de proportionnalité, pour assurer l'effectivité du droit.

7. Synthèse

La relation de l'homme avec la biodiversité fait apparaître une interdépendance que le droit peine encore à intégrer pleinement. Même si travaux de l'ONU invitent à considérer que la protection des droits de l'homme doit inclure celle des écosystèmes et leur capacité à se maintenir en équilibre, ces aspects ne sont pas encore incorporés au concept de « droit à un environnement sain », en particulier dans la jurisprudence de la Cour EDH. L'ampleur de la dégradation de la biodiversité à l'échelle planétaire implique une priorité de l'intérêt environnemental et une urgence dans l'action, qui est par ailleurs complexe (par la coordination nécessaire à l'échelle internationale, ou locale, sur un même territoire ; par la gestion des incertitudes quant à une évolution des milieux naturels, etc.) ; le principe de proportionnalité est appelé à orienter les choix dans la pesée des intérêts à entreprendre. La jurisprudence montre une tendance à la priorisation de l'intérêt environnemental, à la défaveur d'intérêts économiques, cela en Suisse comme ailleurs⁹⁰ ; mais sans que la question des relations entre la dégradation des milieux naturels et les atteintes au droit à la vie ou au cadre de vie aient été tranchées.

Le principe de proportionnalité aura un rôle de plus en plus essentiel à jouer en présence de menaces d'irréversibilité. Les limites planétaires pourraient être conçues en tant que normes supra-constitutionnelles ou « restrictions fondamentales » ; dans ce contexte, il s'agira de répartir les sacrifices à entreprendre, parfois de les compenser, dans une échelle de valeurs inversées. Il pourra aussi s'agir de répartir des quotas d'usage en repensant les principes d'égalité et de proportionnalité.

Un autre point qui pourrait être bousculé est celui de l'appréciation du critère de l'aptitude, en présence de mesures, qui, considérées à elles-seules, ne peuvent résoudre un problème plus global. C'est ici la question de la causalité éclatée ou diffuse que l'on retrouve également en matière climatique. De notre point de vue, il s'agit désormais de raisonner en termes de contribution à un objectif et non de causalité ; c'est la capacité (économique, ou liée à la maîtrise juridique, etc.) qui détermine l'ampleur des obligations à entreprendre dans la perspective de respecter un objectif global.

Enfin, on pourrait à notre sens envisager un droit à la biodiversité, dans la même mesure que certaines juridictions ont reconnu un droit à exiger des mesures de l'Etat en matière climatique, lorsque le droit à la vie ou celui de la protection des générations futures sont menacés. Mais, plus idéalement, nous sommes d'avis qu'un contrôle du citoyen ou des ONG se conçoit mieux lorsqu'il permet d'approcher pleinement l'évaluation d'une politique. Nous avons donné un exemple d'une figure permettant un tel contrôle ; cela implique une forme de gouvernance spécifique (une instance indépendante chargée d'évaluer les plaintes et de prescrire des recommandations), qui puisse ensuite être complétée d'un contrôle juridictionnel.

⁸⁹ S. MALJEAN-DUBOIS, S. MABILE, *Actions et interactions normatives pour la protection de l'environnement*, in : *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 794 s.

⁹⁰ DE SADELEER, C.-H. BORN, *op. cit.*, p. 487 et 495.