

Droit pénal de l'environnement¹

Julien Lagoutte

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

L'ÉCOLOGISME EN DROIT PENAL : ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

1. Si l'on met de côté la législation, copieuse², pour n'aborder que la seule jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation³, la pêche est bien maigre en matière de droit pénal de l'environnement pour l'année 2021... comme à l'accoutumée du reste.

On trouve bien quelques arrêts relatifs à la sempiternelle question de la qualification de domicile au sens de l'article L. 172-5 du code de l'environnement et, plus largement, des visites et perquisitions soumises au(x) régime(s) dérogatoire(s) posé(s) par ce code⁴. En ouvrant un peu la définition du droit pénal de l'environnement au-delà d'une conception formelle qui la borne aux infractions du code de l'environnement, on pourra même relever un certain intérêt des parquets pour les incriminations, du code rural et de la pêche maritime spécialement, assurant la protection des animaux sous main humaine⁵. Le droit pénal minier, dont l'efficacité a été renforcé par la loi Climat en attendant une réforme plus générale du code qui lui accorde son Livre V, a également donné lieu à saisine de la Cour de cassation⁶. Mais celle-ci n'est pas engorgée par le contentieux pénal environnemental, loin de là.

2. Ce n'est pas dire, pourtant, qu'il n'y ait pas matière à juger. Les infractions environnementales, d'abord, ne font pas défaut. Qu'on les entende abstraitement comme les infractions environnementales du législateur, les incriminations ayant pour objet la protection de l'environnement, ou concrètement, comme celles du délinquant, leur nombre croît plus qu'il ne diminue. On peut douter, ensuite, que le droit pénal de l'environnement soit suffisamment dissuasif pour

¹ Cette chronique de droit pénal de l'environnement était destinée à paraître au numéro 4 de la *Revue pénitentiaire* – malheureusement à l'arrêt – de l'année 2021.

² L'année aura été marquée par l'entrée en vigueur de la Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée et par l'adoption de celle, n° 2021-1104, du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, sur lesquels nous avons déjà trop écrit ici (« Le chapitre V du Projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée... ou la justice environnementale au rabais », *RPDP* 2020-2, chron., p. 425 ; « Le chapitre V de la Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 (et quelques autres évolutions acquises et à venir du droit pénal de l'environnement) : la justice environnementale relevée ? », *RPDP* 2020-4, chron., p. 963) et ailleurs (« Joyeux Noël ? Regard sur la Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée », *Dr. pénal* 2021, Etude n° 5 ; « La révolution n'a pas été légiférée. Réflexions sur le titre VII la Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets », *Lexbase Pénal* 2021, n° N9075BYR ; et, avec J.-H. Robert, « Le principal et l'accessoire des dispositions pénales de la Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets », *Dr. pénal* 2021, Etude n° 20).

³ On laissera de côté la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 3 décembre 2021 (n° 2021-953 QPC) par laquelle elle a admis le cumul des amendes administratives et pénales en matière environnementale aux motifs que, d'autres sanctions pénales étant encourues et pouvant être prononcées, « les faits prévus et réprimés par les dispositions contestées doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente ». On ne lui consacrerait pas plus qu'une note de bas de page pour deux raisons. D'une part, nous avons déjà abordé la question ailleurs (J. Lagoutte, « Les conséquences sur la sanction en droit français : la question de l'amende civile », *Rev. Contrats*, 2022). D'autre part, la décision est ridicule : on voit mal en quoi la pluralité de sanctions encourues peut en modifier la nature et, plus encore, comment il sera désormais possible d'interdire le cumul de sanctions pénales et administratives, tant il est vrai que toute infraction fait, dans l'immense majorité, si ce n'est la totalité, des cas, encourir plusieurs peines alors que les sanctions punitives administratives consistent presque toujours en une simple amende. Tout semble reposer sur le montant de cette dernière (v. J.-H. Robert, « Dans la lessiveuse de *Non bis in idem* », note sous Cass. crim., 28 sept. 2021, n° 21-90.034, *Dr. pénal* 2021, comm. 186), ce qui rend le droit bien casuistique et – cela est gênant en matière pénale – bien imprévisible.

⁴ V. not. Cass. crim. 20 oct. 2020, n° 19-87.656 ; Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 20-80.569 : *Dr. pénal* 2021, comm. 46, note J.-H. Robert ; Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-83.493. Sur la question, v. J.-H. Robert, *RPDP* 2021-2, chron., à paraître.

⁵ V. Cass. crim., 7 avr. 2021, n° 19-85.625, 12-80.601 et 20-80.668 ; Cass. crim., 1^{er} juin 2021, n° 19-84.392 ; Cass. crim., 15 juin 2021, 20-86.249 (sur lequel v. J.-H. Robert, *RPDP* 2021-2, chron. préc. et *infra* n° 6).

⁶ V. not. Cass. crim., 18 mai 2021, n° 20-86.934.

que les lois de 2020 et 2021 aient déjà fait sentir leurs effets en ramenant tous les pollueurs que nous sommes sur le droit chemin de la transition écologique ! Qu'on laisse au législateur le temps qui lui a été accordé (deux ans) pour rédiger son rapport sur l'influence du « nouveau » droit pénal de l'environnement sur le taux et la nature des réponses pénales aux infractions du code de l'environnement⁷. Il a déjà échoué à respecter le délai dont il disposait – trois petits mois – pour faire ses propositions au Parlement quant aux voies à explorer pour affecter le produit des sanctions de certaines infractions prévues par le code de l'environnement et du code minier « à des actions de remise en état rendues nécessaires par des atteintes à l'environnement »⁸. Enfin, s'il est vrai que la jurisprudence de la chambre criminelle est un miroir déformant de la pratique des autorités répressives, elle en reste, malgré tout... un miroir !

Car cette faible activité jurisprudentielle, juridictionnelle, judiciaire en matière de droit pénal de l'environnement est bien réelle. Elle est, au surplus, voulue. En d'autres termes, elle est la conséquence naturelle d'une politique pénale nationale qui dénote ainsi fortement avec l'ambition écologiste affichée lors des travaux préparatoires ! Déjà la circulaire du 21 avril 2015 relative à l'orientation de la politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement⁹ préconisait les alternatives aux poursuites et la réparation du préjudice écologique plutôt qu'une procédure pénale en bonne et due forme ; plus récemment, la loi du 24 décembre 2020 n'a rien trouvé de mieux que de renforcer la tendance en instituant la détestable convention judiciaire d'intérêt public environnementale¹⁰ ; la circulaire d'application de cette loi ne change pas les orientations de la précédente¹¹. Et les statistiques s'en ressentent : outre le fait que le chiffre noir de la criminalité verte est certainement des plus élevés, sur le faible nombre d'infractions environnementales constatées et dont les parquets sont avisés, 24% seulement font l'objet de poursuites¹², conformément aux souhaits du pouvoir réglementaire.

3. Il n'en fallait pas plus pour nous décider, une fois de plus, à éviter le panorama pour ouvrir encore un peu le champ du droit pénal de l'environnement et nous intéresser à un point spécifique, particulièrement mis en lumière par la jurisprudence de la chambre criminelle cette année : à savoir l'écologisme ! Et ce, qu'il s'exprime par les voies licites de l'action civile écologiste, en premier lieu, ou par celles, illicites, de l'infraction écologiste, en second lieu.

I – L'ACTION CIVILE ECOLOGISTE

4. L'action civile, voie licite, parmi d'autres, du militantisme écologiste, a été envisagée de long en large par la chambre criminelle ces derniers mois. Précisément, ont été abordées aussi bien la question de sa recevabilité que celle de son bien-fondé.

A – LA RECEVABILITE DE L'ACTION

5. Irrecevabilité – A propos de la recevabilité de l'action civile écologiste, d'une part, plusieurs décisions retiennent l'attention.

Il s'agit parfois de bloquer la voie judiciaire aux associations écologistes qui prétendent sortir de l'étroite voie judiciaire qu'il leur est ouverte par la loi. C'est ce qu'a appris à ses dépens l'association *Génération futures* qui s'était constituée partie civile du chef d'un délit de mise en danger d'autrui supposément constitué par les carences des pouvoirs publics dans la protection de la population contre les polluants atmosphériques. Déclarée irrecevable en sa demande, l'association avait formé un pourvoi en cassation en invoquant deux moyens, tous deux rejetés par la chambre criminelle¹³.

⁷ Loi n° 2021-1104 préc., art. 295.

⁸ *Ibid.*, art. 305.

⁹ Circ. n° CRIM/2015-9/G4.

¹⁰ CPP, art. 41-1-3.

¹¹ Circulaire du 11 mai 2021 visant à consolider le rôle de la justice en matière environnementale, n° CRIM 2021-02/G3-11/95/2021.

¹² V. en dernier lieu, M. Bouhoute et M. Diakhaté, « Le traitement du contentieux de l'environnement par la justice pénale entre 2015 et 2019 », *Infostat Justice* 2021, n° 182.

¹³ Cass. crim., 8 sept. 2020, n° 19-85.004 : *Dr. pénal* 2020, comm. , note J.-H. Robert. *Adde*, identique, Cass. crim., 8 sept. 2020, n° 19-84.995.

D'un côté, elle approuve les juges du fond en ce qu'ils ont rappelé qu'en vertu de son caractère exceptionnel, l'action civile n'appartient qu'à ceux spécifiquement visés par la loi, en l'occurrence les articles 2 et 3 du code de procédure pénale et l'article L. 142-2 du code de l'environnement. Ce dernier, les juges du fond comme la Cour de cassation le relèvent, est un texte spécial, visant un nombre restreint de comportements et qui est, à ce titre, d'interprétation stricte. L'explication ne tient pas tant au fait qu'il s'agisse de droit pénal – puisque n'est pas en cause une disposition proprement répressive propre à limiter les libertés individuelles – mais à ce que l'action civile, quelle qu'elle soit, s'analyse comme une action attitrée. Autrement dit, l'intérêt à agir est insuffisant pour en être titulaire, en particulier lorsqu'il est question, comme en l'espèce, d'agir dans un intérêt collectif ou dans l'intérêt général, comme l'est l'environnement ou la santé publique. Il faut en outre une qualité, laquelle, aux termes de l'article 31 du code de procédure civile – qui renvoie à des concepts pouvant être considérés comme valables pour toute procédure – est attribuée par la loi, qui est donc, alors, à la fois le fondement et la mesure de la titularité de l'action. La mise en danger d'autrui ne figurant pas parmi les infractions énumérées au texte en question, la solution est *a priori* parfaitement rigoureuse. Tout au plus peut-on regretter ou critiquer que ladite énumération ne soit pas plus étendue... et encore. Il faut bien admettre qu'en guise de liste d'infractions, l'article L. 142-2 décline davantage une série de biens juridiques¹⁴ – dont ne fait pas partie la vie et l'intégrité de la personne humaine, nettement distinguées de son environnement par les juges du fond – et qu'il autorise les associations écologistes à agir pour toute infraction qui constituerait une violation des dispositions visant à en assurer la protection, loin d'une approche purement formelle, donc, du droit pénal de l'environnement. Peut-être une autre interprétation du texte aurait-elle été possible et permis d'aboutir à une solution différente : la mise en danger d'autrui suppose, pour sa constitution, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ; les dispositions visant à protéger les intérêts visés à l'article L. 142-2 du code de l'environnement peuvent, sans doute, être ainsi qualifiées ; partant, celui qui les viole en exposant autrui à un risque d'une particulière gravité, n'en commet pas moins, aussi, une infraction auxdites dispositions ; dans ces conditions, ne pourrait-on pas admettre une action civile du chef de mise en danger d'autrui sur le fondement du texte du code de l'environnement ? L'interprétation serait constructive, certes, et la chambre criminelle n'est pas la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵, il est vrai¹⁶.

D'un autre côté, plus logiquement encore, est rejeté l'autre fondement invoqué par l'association, à savoir de prétendus préjudices personnels, susceptibles de fonder l'action civile au titre de l'article 2 du code de procédure pénale, à savoir un risque pour sa vie (oui oui, vous avez bien lu !) et pour la santé publique, intérêt collectif défendu par elle. La chambre criminelle, comme les juges du fond avant elle, n'est pas convaincu par l'argument. Et pour cause ! : être fictif sans vie biologique ni corps, « l'association n'était pas susceptible de subir un préjudice personnel directement causé par le délit dénoncé de mise en danger d'autrui ». Elle ne saurait, en effet, être exposée au risque constitutif du résultat légal du délit : « pas de corps charnel, pas d'action »¹⁷. En outre, la chambre criminelle n'y revient pas mais le risque d'atteinte à la santé publique, qui est intérêt collectif comme l'admet le moyen lui-même, ne saurait se changer, par la magie du Verbe, en un préjudice personnel. Du reste, cela serait-il possible que ce préjudice ne coïnciderait pas davantage avec le résultat légal de la mise en danger d'autrui, qui protège des individus et non la population générale.

Où l'on voit que faire feu de tout bois n'est pas toujours utile.

6. Recevabilité – Il faut et il suffit, en réalité, d'user des voies ouvertes par le législateur. Car la chambre criminelle n'est pas hostile par principe, loin de là, aux actions civiles écologistes.

Dans un premier temps, un arrêt du 15 juin 2021¹⁸ témoigne de ce que, sans se dévoyer dans une interprétation trop constructive, la chambre criminelle veille à ce que les juges du fond ne fassent pas obstacle à l'exercice des actions

¹⁴ « Les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application. »

¹⁵ Quoique... v. *infra* n° 10.

¹⁶ Estimant également qu'une autre solution aurait été possible, de sorte que l'arrêt révèle une politique jurisprudentielle qui n'est pas nécessairement incitative pour les associations écologistes, v. J.-H. Robert, note sous Cass. crim., 8 sept. 2020, préc.

¹⁷ *Ibid.* L'honnêteté oblige à dire, néanmoins, que l'auteur de cette formule n'approuve guère, contrairement à lui, la motivation de la chambre criminelle sur ce point.

¹⁸ Cass. crim., 15 juin 2021, n° 20-86.249, sur lequel v. J.-H. Robert, *RPDP* 2021-2, chron. préc.

civiles dont les associations écologistes sont bel et bien titulaires. Si le droit est exceptionnel, il doit néanmoins, dès lors qu'il est attribué, pouvoir être exercé effectivement et pleinement. En l'espèce, alors qu'elle s'était constituée partie civile dans une procédure engagée du chef de mauvais traitement infligé à un animal et ayant abouti à une condamnation sur ce fondement, la *Société protectrice des animaux* (SPA) avait vu sa demande déclarée irrecevable au motif que le texte n'incriminait que le défaut de soin à animal domestique. Rappelant, au visa de l'article 2-13 du code de procédure pénale, que celui-ci confère à « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et dont l'objet statutaire est la défense et la protection des animaux (...) les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par le code pénal réprimant les mauvais traitements envers les animaux », la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué en ce qu'en statuant comme elle l'a fait « après avoir déclaré la prévenue coupable de mauvais traitement à animal domestique », « alors que l'objet statutaire de la SPA est la défense et la protection des animaux, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé ». Ce qui est intéressant ici est que la chambre criminelle ne se borne pas à relever une contradiction de motifs, une violation de l'article 593 du code de procédure pénale, mais qu'elle retient une violation de l'article 2-13 du code de procédure pénale. C'est dire qu'elle place sa solution non sur le terrain de la motivation de l'arrêt attaqué mais sur celui du contenu même de ce dernier, précisément sur la question de l'étendue de la qualité pour agir des associations animalistes. Le dispositif de l'arrêt du 15 juin ne sont pas assez clairs pour l'affirmer mais on peut penser que la Cour refuse une lecture trop restrictive ou littérale de l'article 2-13. Certes, il ne vise pas explicitement le défaut de soins mais, outre le fait que la lettre mentionne l'abandon, l'esprit du texte est d'englober l'ensemble des infractions du code pénal assurant la protection des animaux sous main humaine. La finalité du texte et celle du groupement se rejoignant, il y aurait donc lieu de lui reconnaître une action civile aussi bien pour des faits de mauvais traitements que pour un « simple » défaut de soins.

Dans un second temps, c'est un arrêt du 4 mai 2021¹⁹ qui illustre la recevabilité des actions civiles écologistes. Il est relatif aux faits suivants : l'association *Sortir du nucléaire* s'était fondée sur un rapport de l'Autorité de la sûreté nucléaire (ASN), relatif à deux installations nucléaires d'un centre de production électrique, pour saisir un tribunal de police par voie de citation directe. Cette demande a été déclarée irrecevable, en première instance comme en cause d'appel, aux motifs que les infractions à la police des installations nucléaires de base (INB) ne sauraient être, aux termes de l'article L. 596-10 du code de l'environnement, recherchées et constatées que par les inspecteurs de la sûreté nucléaire et que le rapport de l'ASN n'était pas un procès-verbal de constatation d'infraction. L'arrêt est attaqué sur un double fondement : premièrement, l'article L. 596-10 ne remettrait pas en cause la possibilité de prouver les infractions à la police des INB, comme toute autre infraction, par tous moyens ; secondement, à supposer que ces infractions ne puissent pas être librement prouvées, cela ne serait pas de nature à affecter la « régularité » de la citation. La chambre criminelle admet le pourvoi et casse l'arrêt entrepris aux motifs que « selon (l'article 427), auquel ne font pas exception les règles particulières applicables aux installations nucléaires, les infractions, correctionnelles ou de police, au code de l'environnement peuvent être prouvées par tous moyens », de sorte qu'en jugeant « qu'en l'absence de preuve d'infractions pénales régulièrement constatées et alors que l'association RSN n'a pas reçu vocation à relever les contraventions, la saisine de la juridiction pénale apparaît en l'espèce manifestement irrecevable », « la cour d'appel a méconnu le sens et la portée (de l'article L. 596-10 du code de l'environnement) et le principe ci-dessus rappelé ». Elle se range ainsi explicitement, pour commencer, à l'argument défendu à la première branche du moyen, tiré de la liberté de la preuve, dont la nature de principe de droit commun de la procédure pénale se voit ainsi rappelée. Plus implicitement, pour finir, il semble que la Cour de cassation accueille aussi la deuxième branche du moyen. Elle mentionne, en effet, en son visa, l'article 536 du code de procédure pénale, qui renvoie aux articles 418 et suivants du même code, combinaison dont on peut tirer les conditions de recevabilité et de régularité de l'exercice de l'action civile devant le tribunal de police. En outre, si le sens et la portée du texte du code de l'environnement a été méconnu, il semble que cela ne tienne pas simplement à ce que l'on ne saurait y voir une exception au principe de liberté de la preuve mais, plus radicalement, en ce que l'irrecevabilité ou la force probante d'un élément de preuve est sans lien avec la recevabilité d'une demande. Les juges du fond ont opéré une confusion regrettable entre deux droits processuels, l'action en justice et le droit à la preuve²⁰. Bien que liés conceptuellement et pratiquement, les deux prérogatives demeurent autonomes et doivent être distinguées. Il aurait été bon que la chambre criminelle l'affirme plus clairement pour éviter d'autres confusions de ce type. On notera d'ailleurs que si le moyen différencie clairement l'action de la preuve, il se réfère à la régularité de la citation alors qu'était en cause sa recevabilité, incontestable en l'occurrence. Il s'agit d'une autre confusion...

Où l'on voit que l'on gagnerait à ce que les notions du droit processuel imprègnent davantage la procédure pénale²¹.

¹⁹ Cass. crim., 4 mai 2021, n° 20-80.608.

²⁰ Sur cette distinction, v. A. Bergeaud-Wetterwald, *Le droit à la preuve*, LGDJ, t. 525, 2010.

²¹ Pour un travail en ce sens, v., outre A. Bergeaud-Wetterwald, *op. cit.*, le travail de Yannick Capdepon (not. *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, NBT, vol. 122, 2013 ; « Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale :

B- LE BIEN-FONDE DE L'ACTION

7. Préjudice moral des associations écologistes – Pour ce qui est, d'autre part, du bien-fondé de leur action civile, la position de la chambre criminelle est extrêmement, voire excessivement généreuse avec les associations écologistes. Car si l'action civile n'est pas largement distribuée, les associations écologistes qui en jouissent se voient reconnaître d'importantes prérogatives. Ceci explique peut-être cela.

Il suffit de lire, pour s'en convaincre, un arrêt en date du 29 juin 2021²² dont il ne sera dit que quelques mots. Le dépassement d'un seuil autorisé à l'occasion d'une opération de dégazage réalisée au sein d'une centrale nucléaire ayant entraîné le déclenchement du signal de pré-alarme et permis l'établissement de plusieurs manquements à la police des INB, plusieurs associations écologistes s'étaient constituées partie civile. Leur demande de réparation rejetée en appel aux motifs que n'était démontrés ni préjudice écologique ni risque pour l'environnement ou les malades de la thyroïde que défendaient les associations. Devant la Cour de cassation, celles-ci prétendaient, notamment, que la simple violation de la réglementation destinée à protéger l'intérêt collectif défendu par les associations visées à l'article L. 142-2 du code de l'environnement était constitutif d'un préjudice moral pour atteinte audit intérêt, indépendamment de tout dommage effectif causé par les effluents gazeux anormalement émis. La chambre criminelle admet le moyen et casse l'arrêt attaqué, rejoignant ainsi une position déjà exprimée par la troisième chambre civile²³.

La décision n'en est pas moins critiquable. Du point de vue du droit de la responsabilité civile, d'un côté, elle revient à confondre faute et préjudice ; qui plus est sur le fondement du préjudice moral d'une personne morale, ce « fantôme de fantôme » si bien décrit par le doyen Carbonnier²⁴, préjudice qui n'a guère plus de sens, pourtant, qu'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une telle entité²⁵ ; qui plus est alors qu'un tel préjudice moral, qui avait pu servir de palliatif en un temps où le préjudice écologique n'était consacré ni en jurisprudence ni en législation, a perdu toute raison d'être aujourd'hui... sauf à enrichir à bon compte les associations, au pire, ou à compenser l'insuffisance des subventions publiques qu'elles pourraient percevoir, au mieux. Du point de vue de la procédure pénale, d'un autre côté, cette solution a la conséquence suivante : puisqu'il n'y a rien en réalité à réparer, cette action ne peut avoir pour objet que la violation d'une norme environnementale. La demande d'indemnisation, quant à elle, n'a sans doute plus pour objet une réparation mais la punition d'un comportement considéré comme illicite. Autrement dit, ce ne sont pas, en réalité, des dommages et intérêts compensatoires qui sont sollicités mais bien des dommages et intérêts punitifs, faute pour une partie civile de pouvoir solliciter le prononcé d'une peine. L'action écologiste n'est plus une action civile en réparation mais une action pénale en répression civile. Si l'opportunité d'une telle orientation peut être débattue, le problème est que tout est implicite, de sorte que, techniquement, les catégories juridiques en ressortent malmenées.

Où l'on voit qu'une publicisation des actions civiles dans un intérêt collectif, formalisant cette sorte de délégation de prérogatives de puissance publique pour en renforcer la légitimité et le contrôle²⁶, pourrait être, au moins, un moindre mal.

II – L'INFRACTION ECOLOGISTE

8. Le militantisme écologiste n'emprunte pas, loin s'en faut, la seule voie policée de l'action en justice. Celle, polissonne, illicite, de l'infraction écologiste l'est tout autant, comme l'illustre parfaitement la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

juger ou contrôler ? » : *Dr. pénal* 2007, Etude n° 15 ; « La nullité de l'écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers » : *Dr. pénal* 2017, Etude n° 24 ; « L'action civile à fin vindicative de la victime : pour l'importation de l'intervention volontaire accessoire en procédure pénale », *Problèmes actuels de sciences criminelles* 2018, n° XXVII, p. 115 et s.).

²² Cass. crim., 29 juin 2021, n° 20-82.245, arrêt n° 830 : *JurisData* n° 2021-010352 ; *Procédures* 2021, comm. 231, note A.-S. Chavent-Leclère ; *Resp. civ. et assur.* 2021, comm. 173, note J. Lagoutte.

²³ Cass. civ. 3, 9 juin 2010 : *Dr. envir.* 2010, comm. 183, note Mésa et Marmin.

²⁴ *Droit civil. Les obligations*, t. IV, 22e éd., 2000, PUF, Thémis, n° 206.

²⁵ V. *supra* n° 5.

²⁶ Pour de plus amples développements, v. J. Lagoutte, « L'action collective », *RPDP* 2018, p. 301.

La juridiction a dû trancher des questions très similaires à propos de plusieurs affaires. Celles dites des « décrocheurs »²⁷ de portraits, d'un côté, dans lesquels des militants écologistes avaient pénétré dans les locaux de diverses mairies et s'étaient emparé du portrait du Président de la République afin d'attirer l'attention sur l'inaction du gouvernement en matière de lutte contre le changement climatique. Des poursuites avaient été engagées pour vol aggravé²⁸ et, dans l'une des affaires²⁹, pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique. D'un autre côté, un arrêt du 15 juin 2021³⁰ est relatif à l'intrusion non autorisée de militants de *Greenpeace* dans l'enceinte d'une installation nucléaire afin d'alerter sur une carence dans l'adoption de mesures de sécurité appropriées et sur la vulnérabilité des installations à d'éventuelles attaques terroristes.

Systématiquement, les questions qui se posaient étaient les mêmes. L'une était explicite et la chambre criminelle n'a eu d'autre choix que de la trancher : ces infractions pouvaient-elles être justifiées par l'état de nécessité ? L'autre n'était qu'implicite, de sorte qu'elle n'en était pas systématiquement saisie : engager la responsabilité pénale de leur auteur est-il, *grosso modo*, conforme à la liberté d'expression ? Schématiquement, les réponses sont assez similaires : sur l'état de nécessité, la réponse est clairement négative ; sur la liberté d'expression, le fondement est, le plus souvent, tellement mal employé par les demandeurs au pourvoi que la réponse reste en suspens. Relativement.

Ces solutions appellent diverses observations, les unes de technique juridique, les autres de politique pénale.

A – TECHNIQUE JURIDIQUE

9. Etat de nécessité – D'un point de vue technique, d'une part, deux questions méritent d'être discutées : celle de l'état de nécessité, premièrement, et celle de la liberté d'expression, secondement.

L'état de nécessité, premièrement. Son invocation par les écologistes ou à leur bénéfice est une question d'actualité et une piste explorée en théorie³¹ comme en pratique, comme l'attestent les arrêts en question. Ceux-ci le confirment tous, il s'agit d'une cote mal taillée. L'état de nécessité est en effet un fait justificatif strictement encadré par l'article 122-7 du code pénal. Ce texte pose un certain nombre de conditions qu'il a fallu rappeler dans les affaires envisagées. Dans celles relatives aux « décrocheurs » de portraits, les juges du fond ont admis que « *l'impact négatif sur l'environnement mondial du réchauffement climatique planétaire, dont la communauté scientifique s'accorde à reconnaître l'origine anthropique* », était bien constitutif du péril imminent auquel est subordonnée la justification d'une infraction nécessaire. En revanche, ils ont estimé que les militants n'établissaient pas « *en quoi le vol du portrait du président de la République commis par eux constituerait un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes et des biens* » exigé par le texte, en quoi l'infraction commise aurait été propre à empêcher la survenance du péril en question, soit à assurer la protection de la valeur ou de l'intérêt menacé. Partant, il n'y avait pas état de nécessité faute de... nécessité de commettre *cette* infraction. La chambre criminelle, pour sa part, se contente du fait que « *la cour d'appel (ait) souverainement estimé (...) qu'il n'était pas démontré que la commission d'une infraction était le seul moyen d'éviter un péril actuel ou imminent* ». Bien qu'elle renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond, on remarque que la chambre criminelle prend tout de même le temps de préciser que l'infraction doit être le seul moyen d'éviter le péril. C'est évidemment le cas en l'espèce. Comme le disent les juges du fond : les militants « *avaient pourtant accès, comme l'ensemble de leurs concitoyens, à tout l'arsenal légal de l'action politique et militante, à toutes les procédures juridictionnelles et contradictoires en carence qui existent dans tout Etat démocratique, notamment pour interpellier ou contester la politique du chef de l'Etat* ». La formule, cependant, est peut-être un peu exigeante, qui n'est pas posée en ces termes par l'article 122-7 et ne renvoie pas forcément à une solution qui fait l'unanimité. On enseigne ainsi souvent qu'il suffit que l'infraction soit l'un des meilleurs moyens d'éviter le péril comme, dans le champ voisin de la légitime défense, d'éviter l'agression, sauf à imposer la fuite dont on peut considérer qu'elle est toujours possible. En l'occurrence, cela dit, il semble que l'infraction n'aurait, quoi qu'il en soit, pas pu être justifiée : on voit mal par quel moyen un vol pourrait empêcher le changement climatique. Non seulement la voie infractionnelle choisie ne constitue-t-elle pas le seul moyen d'y échapper

²⁷ Les arrêts préfèrent, quant à eux, le verbe « dérober » à celui de « décrocher ».

²⁸ Cass. crim., 22 sept. 2021, n° 20-85.434, n° 20-80.489 et n° 20-80.895 : *Dr. pénal* 2021, comm. 206, note Ph. Conte ; E. Dreyer, « Décrochage d'un portrait présidentiel : par quoi justifier ce vol ? », *Lexbase Pénal* 2021, n° N8892BYY ; *JCP* 2021, 0183, obs. G. Beaussonie.

²⁹ Pourvoi n° 20-80.489. Sur cet aspect particulier de la décision, v. *Dr. pénal* 2021, comm. 198, note Ph. Conte.

³⁰ Cass. crim., 15 juin 2021, n° 20-83.749 : *Dr. pénal* 2021, comm. 138, note Ph. Conte.

³¹ V. récemment D. Bourg, C. Demay et B. Favre (dir.), *Désobéir pour la Terre. Défense de l'état de nécessité*, PUF, 2021.

mais, en outre, elle ne paraît même pas comme l'un de ceux qui pourrait être employé pour y parvenir ! Le résultat aurait été le même. Sur le caractère actuel du péril, en revanche, la chambre criminelle ne dit rien³².

C'est justement en se fondant, notamment, sur cette exigence que, dans la seconde affaire, l'état de nécessité a été rejeté. Plus précisément, la chambre criminelle juge qu'« *un danger futur qu'aucune mesure actuelle ne permettrait de prévenir ne peut être assimilé à un danger actuel ou imminent au sens de l'article 122-7 du code pénal* ». Or le risque d'un attentat terroriste commis contre l'installation nucléaire, invoqué par les militants, constitue un danger simplement futur, voire purement hypothétique comme l'ont relevé les juges du fond. On ne saurait tirer argument de cet arrêt pour préjuger de ce que pourrait dire la Cour de cassation du danger que représente le changement climatique invoqué dans la première affaire envisagée – cela paraît évident mais les raccourcis sont parfois vite empruntés quand on croit qu'ils nous mèneront là où l'on veut aller... Il n'y a rien d'autre, semble-t-il, à ajouter sur ce point. La cassation aurait, elle aussi, pu se faire sans ajout. La chambre criminelle prend toutefois le temps de préciser que « *l'infraction poursuivie n'était pas, par elle-même, de nature à remédier au danger dénoncé* ». Sur le principe, on peut en convenir : l'intrusion dans une installation nucléaire par des militants écologistes peut-elle permettre de la protéger d'une attaque terroriste ? A moins qu'ils ne s'y installent, armés et à perpétuelle demeure, et encore !, il y a de quoi en douter... Cela dit, on peut faire deux observations : pour commencer, on n'est pas loin d'un jugement sur les faits ; pour finir, on voit ici qu'il n'est pas toujours requis que l'infraction soit le dernier recours pour éviter la réalisation du péril et qu'il peut suffire que l'infraction soit susceptible de le prévenir. Dans cet arrêt, la formule de la Cour de cassation serait, par comparaison à la précédente, presque laxiste !

Où l'on voit, dans un cas comme dans l'autre, que l'état de nécessité n'est pas le moyen juridique miracle pour protéger les militants écologistes.

10. Liberté d'expression – La liberté d'expression pourrait-elle l'être ? La question est sous-entendue dans la plupart de ses affaires et trouve presque une réponse dans certaines d'entre elles. Le pénaliste au fait des dernières tendances jurisprudentielles en tous cas se la pose nécessairement à leur lecture.

Dans l'affaire de l'intrusion dans une installation nucléaire, d'abord, certains éléments de fait sont invoqués par l'un des demandeurs au pourvoi, condamné pour complicité du délit d'intrusion sus-évoqué. Il en ressort qu'il a organisé une conférence en présence de journalistes relativement à l'action militante en question avant l'exécution de cette dernière, qu'il les a accompagnés « *pour permettre l'enregistrement audiovisuel en choisissant un lieu permettant d'avoir une vue d'ensemble pour assurer la couverture médiatique que l'association se donnait pour but* » et qu'il a fait le bilan de la réussite de l'opération face à la caméra des journalistes. Ces images ont été, pour partie, diffusées dans un documentaire sur la chaîne Arte. Ces éléments, cependant, n'ont pas été versés pour savoir si l'infraction avait été commise dans le cadre d'un débat d'intérêt général ou si sa répression portait atteinte ou non à la liberté d'expression... mais pour savoir s'ils suffisaient à caractériser la participation du prévenu à l'infraction. Et une occasion perdue !

Dans certains arrêts relatifs à l'affaire des « décrocheurs » de portrait, ensuite, les demandeurs au pourvoi invoquaient clairement la liberté d'expression, précisément une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), comme la raison d'une relaxe. En somme, ils faisaient valoir que « *les comportements reprochés s'inscrivaient dans une démarche de protestation politique portant sur une question d'intérêt général et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte des comportements en cause, constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* », les juges ayant eux-mêmes reconnus que les faits s'inscrivaient « *dans un contexte non crapuleux mais dans celui d'une action politique et militante, entreprise dans un but d'intérêt général* ». On retrouve à la fois les thèmes de la violation des droits garantis par la Convention mais aussi celui, dont on peut se demander s'il est tout à fait identique, du débat d'intérêt général. Las ! Le moyen, « *nouveau et mélangé de fait (...) en ce qu'il (est invoqué) pour la première fois devant la Cour de cassation* », est rejeté comme irrecevable : on ne saura pas ce qu'en pense la chambre criminelle !

Enfin, ce n'est que grâce à d'autres arrêts concernant la même affaire que l'on peut approcher la réponse à la question de l'utilité de se prévaloir de la liberté d'expression en la matière. Dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 20-85.434, premièrement, l'argument a été invoqué avec un succès relatif : un succès, certes, l'arrêt attaqué ayant bien été cassé

³² Un auteur semble en déduire qu'elle estime que l'état de nécessité, à défaut de l'infraction nécessaire, est bien caractérisé (E. Dreyer, *op. cit.*). Il prend appui sur la différence entre cet arrêt et le refus très clair, dans l'affaire des faucheurs d'OGM, de reconnaître l'existence d'un péril actuel ou imminent (Cass. crim., 19 nov. 2002, n° 02-80.788 ; Cass. crim., 7 févr. 2007, n° 06-80.108 ; Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-81.529). Il n'est pas impossible que la différence entre les deux décisions tienne plutôt au fait que le risque que font encourir les OGM est incertain, au sens du principe de précaution, là où l'urgence climatique semble considérée comme scientifiquement établie.

par la chambre criminelle aux motifs qu'il appartenait aux juges du fond de se prononcer sur le caractère proportionné ou non de l'ingérence dans la liberté d'expression des responsables que représenterait leur condamnation ; succès relatif, tout de même, puisque la chambre criminelle ne se prononce pas elle-même sur le fond de la question, la renvoyant à l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui laisse demeurer, malheureusement, incertitude et imprévisibilité. L'arrêt rendu sur le pourvoi n° 20-80.485 pourrait-il nous donner une idée de la réponse qui pourrait être attendue ou, tout au moins, acceptée par la Cour de cassation ? Après avoir caractérisé l'infraction de refus de se soumettre à un prélèvement biologique, les juges du fond ont tiré parti du cadre politique et militant, du but d'intérêt général que poursuivaient les militants, pour prononcer une relaxe de ce chef. La condamnation pour un délit d'une si faible gravité aurait, selon l'arrêt, constitué une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée protégé à l'article 8 de la CEDH. La liberté d'expression n'est pas ici en cause. Il est donc difficile de transposer la solution. Mais pas impossible : l'infraction en cause était un délit, tout comme le vol ou l'intrusion non autorisée dans l'enceinte d'une installation nucléaire ; le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental à protection relative, tout comme la liberté d'expression. Il est donc probable que si l'argument était correctement mobilisé devant les juridictions pénales (du fond !), les militants écologistes pourraient échapper à leur responsabilité pénale. Un bémol peut-être pour l'affaire concernant les militants de *Greenpeace* : l'intrusion était accompagnée de dégradations, de sorte qu'il y a une part de violence dans cette action que l'on ne retrouve pas forcément dans les autres affaires.

Restera à analyser la nature d'une telle irresponsabilité³³. S'agit-il toujours d'un véritable fait justificatif, empêchant, de l'intérieur même du droit pénal, l'imputation d'une infraction socialement neutre ou utile ? D'une autorisation de cette « loi » extrapénale que serait l'article 10 de la CEDH ? D'un fait justificatif distinct de celui fondé sur le débat d'intérêt général ? Ou alors est-on en présence d'un mécanisme plus général, plus englobant, d'une inopposabilité du texte d'incrimination du fait de sa contrariété circonstancielle à une norme supérieure ? Dans ce dernier cas, la difficulté ne nous paraîtrait pas relever du droit pénal. Elle se situerait en amont et au-delà, à l'échelle des conflits de normes, si ce n'est d'ordres juridiques. Elle ne serait donc pas révélatrice d'une modification de notre système répressif dont les concepts et les techniques ne sont pas modifiées, d'un abandon du principe de légalité. On pourrait même, taquin, faire valoir qu'elle permettrait la protection de sa dimension formelle. Il n'y a point de crime ou de délit sans texte d'incrimination préalable. Oui mais, plus précisément, il n'y a point de crime ou de délit sans texte d'incrimination valable, respectueux des normes qui lui sont juridiquement supérieures. Ce ne serait finalement qu'en tirant les conséquences que d'écarter l'application d'une norme, s'agirait-il d'un texte d'incrimination, lorsqu'elle contredit une convention internationale, ce qu'est la CEDH dont les juges nationaux sont les premiers juges. A cet égard, il semblerait qu'ils ne puissent pas grand-chose à ce mécanisme juridique, sauf à ignorer l'article 55 de la Constitution et à exposer la France à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Tout au plus pourrait-on exiger des juges pénaux, si telle est bien la nature du mécanisme, qu'ils l'affirment plus clairement et motivent davantage leurs décisions pour ne pas donner l'impression – mais n'est-ce vraiment qu'une impression ? – qu'un simple mobile suffit à justifier, au sens technique du terme, une infraction³⁴. Car si ce type de solutions ne découle peut-être pas d'application de normes de droit pénal, il n'en demeure pas moins qu'elles sont bel et bien appliquées en droit pénal. Voilà un ruissellement dont on se passerait bien tant il préjudicie aux exigences de sécurité et de prévisibilité que porte, par le principe de légalité notamment et au nom des libertés individuelles, cette discipline juridique. L'arbitrage entre ces exigences et les principes tels que la liberté d'expression n'échoit cependant peut-être pas au pénaliste, qu'il soit juge ou théoricien, mais à d'autres, spécialistes en tous genres des normes fondamentales et ordres juridiques. Pour en revenir, de manière beaucoup plus modeste, au droit pénal de l'environnement, il faut simplement observer que cette voie pourrait être davantage exploitée par les militants écologistes en quête d'impunité.

Où l'on voit que, pour l'heure, ces militants ne sont pas encore les justiciables les mieux conseillés.

B- POLITIQUE PENALE

11. Législation – Ces arrêts appellent des observations relatives à la politique pénale, d'autre part.

S'agissant, pour commencer, de la législation, ils mettent très nettement en exergue l'inadéquation, voire l'insuffisance des faits justificatifs actuels aux infractions écologistes³⁵. Certes, il semble possible d'invoquer la liberté d'expression

³³ V. à cet égard, v. spéc. P. Rousseau, *La légitimité de l'infraction*, Mare & Martin, coll. Bib. des thèses, 2021. *Adde* Th. Besse, « Liberté d'expression et intérêt général : du droit spécial au droit commun », *Dr. pénal* 2021, Etude n° 1.

³⁴ Ph. Conte, note sous Cass. crim., 22 sept. 2021, préc.

³⁵ Sur l'insuffisance, en particulier de l'état de nécessité, v. E. Dreyer, *op. cit.*

ou le débat d'intérêt général. Cela reste tout de même à confirmer car la jurisprudence a ceci de particulier qu'elle peut déjouer les prédictions les plus raisonnables. Mais cela est, surtout, insuffisant, en ce que ces mécanismes ne sont adaptés qu'à certaines infractions, principalement – mais, il est vrai, pas exclusivement³⁶ – celles d'expression. Elles ne paraissent pas adaptées aux infractions visant non pas à alerter l'opinion ou les pouvoirs publics mais à protéger véritablement une entité naturelle contre un risque d'atteinte à son intégrité ou à son existence même. Les zadistes, les faucheurs d'OGM, les militants qui s'opposent physiquement à des actes de chasse, par exemple, ne peuvent pas invoquer l'état de nécessité ou même la légitime défense. Ces faits justificatifs ne sont ouverts qu'à ceux qui protègent les personnes et leurs biens, laissant de côté les entités non appropriées... ou à celles qui se trouvent lésés avec le consentement de leur propriétaire ou par ce dernier même. Ils ne sont pas applicables, en tous cas pas appliqués, aux hypothèses de risques incertains. Il y a un manque dans le droit positif. Ce vide juridique, c'est la liberté, certes. Il n'en demeure pas moins qu'on peut défendre une voiture en blessant autrui, sous prétexte que la propriété est un droit inaliénable, mais pas une espèce protégée ou un écosystème irremplaçable. On pouvait le comprendre en 1789, en 1810, peut-être encore en 1992. En 2021, comprenne qui pourra.

Où l'on voit qu'il reste des choses à imaginer³⁷ et à faire pour hisser notre droit pénal à la hauteur des enjeux environnementaux actuels.

12. Poursuites – Une dernière remarque, pour finir, sur la politique pénale menée par les parquets. On a dit ce qu'il en est, de longue date et de manière constante, de la rareté des poursuites s'agissant des infractions environnementales : 75% d'alternatives aux poursuites et de classements sans suite à rapporter au faible nombre de ces infractions portées à la connaissance du ministère public ! Sans, bien entendu, croire ni prétendre que l'ensemble des infractions écologistes soient, quant à elle, effectivement poursuivies, il est significatif que l'action publique soit engagée pour des comportements aussi peu antisociaux et dommageables que des vols de portraits du Président de la République commis en désespoir de cause face à l'urgence climatique³⁸ ! Cette politique pénale nous semble – politiquement ! – très critiquable. Elle est équivalente, on ne trouve pas d'autre comparaison, à celle qui consiste à poursuivre, pour exhibition sexuelle des militantes Femen critiquant le patriarcat, les infractions sexuelles et ce qu'elles considèrent comme l'insuffisante réaction des autorités politiques et répressives, à une époque où il est encore constaté des pratiques policières de refus de plainte et judiciaires de correctionnalisation des viols en agression sexuelle. Le principe est, certes, l'opportunité des poursuites. Mais si celle-ci est, en pratique, une affaire de hiérarchisation des contentieux pénaux au regard, notamment, des moyens dont disposent les parquets, on ne peut que constater où se trouvent leurs priorités. Quant aux militants, on leur offre ainsi chaque fois une tribune !

Où l'on voit qu'entre pollueur et écologiste, ce n'est pas toujours au premier que l'on demande d'être payeur !

Décembre 2021

³⁶ V. à cet égard, Th. Besse, *op. cit.*

³⁷ Sous une forme particulière, v. J. Lagoutte, « La légitime défense environnementale : inspirations puisées dans l'œuvre d'Hayao Miyazaki (et d'Isao Takahata) », in *Miyazaki et le droit. Du rêve à la réalité*, PUAM, coll. Inter normes, à paraître 2022.

³⁸ Urgence qui, du reste, est reconnue en droit, du législateur, comme en témoigne les travaux préparatoires de la loi Climat, pour citer un simple exemple récent, au juge administratif (v. TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967 : *AJDA* 2021, p. 2115, note H. Delzangles ; *AJDA* 2021, p. 2208, note J. Bétaille ; *RFDA* 2021. 747, note A. Van Lang, A. Perrin et M. Deffairi).