

# 24 LA « CAPACITE DE CHARGE », OU COMMENT FACILITER LA MISE EN ŒUVRE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF DU PRINCIPE DE CONCILIATION ENTRE INTERETS ECONOMIQUES DE PROJET ET INTERETS ENVIRONNEMENTAUX ?

---

Par **Lucie SIDAN**, Doctorante en droit public, MARBEC, IRD, Université de Montpellier, CNRS, Ifremer, Sète, France ; Membre du CDED EA 4216, équipe CERTAP, Université de Perpignan Via Domitia.

Et **Florence GALLETTI**, Chargée de recherches-HDR en droit public, de l'IRD, MARBEC, IRD, Université de Montpellier, CNRS, Ifremer, Sète, France ; Membre chercheur – enseignant associé au CDED EA 4216, équipe CERTAP, Université de Perpignan Via Domitia.

**10 juin 2018**

**Résumé** ■ La Charte de l'environnement de 2005 pose la nécessité pour les pouvoirs publics de concilier des préoccupations de nature opposées ou différentes portant sur l'utilisation des environnements, dans le cadre du développement durable. Face à ce principe de conciliation nouveau, lors d'une affaire où le juge administratif serait saisi pour examiner un acte autorisant ou interdisant un projet, il lui revient de départager des intérêts de force asymétrique, de tenter de les rapprocher et d'en réussir la conciliation. Les instruments pour parvenir à l'exercice sont peu questionnés. L'un d'eux, mal connu en droit public, est « la capacité de charge ». Capable de renseigner la juridiction sur les données environnementales de la zone, et sous conditions d'analyser la résilience des écosystèmes lors de la confrontation avec les opérations de développement et d'exploitation des terrains ou des stocks de ressources naturelles, elle peut faciliter l'exercice juridique de conciliation et assister la décision juridictionnelle ■

**Mots-clefs** : Capacité de charge ; développement durable ; contentieux administratif ; théorie du bilan ; principe constitutionnel de conciliation ; environnement ; restauration écologique.

**Mode de citation** : SIDAN (L.), GALLETTI (F.) « La "capacité de charge", ou comment faciliter la mise en œuvre par le juge administratif du principe de conciliation entre intérêts économiques de projet et intérêts environnementaux ? », *in Revue Sui Generis*, 2018/2, pp. 454-479.

« *Tout dans la vie sociale est affaire d'équilibre entre éléments contradictoires* »<sup>1</sup>

Le droit remplit bien des fonctions et parmi elles une fonction de régulation entre des intérêts de forces asymétriques portés par une partie à l'instance, que l'issue de cette dernière nous révèle plus faibles ou plus fortes que l'autre. C'est un constat auquel parfois on a pu anciennement s'habituer (ou pas) dans la « théorie du bilan » employée – en droit français – par le juge administratif afin de départager d'une certaine façon des intérêts différents et de donner l'avantage à l'un des deux sur l'autre en autorisant le projet soumis à continuer de se développer. L'important changement apporté par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement<sup>2</sup> permet de faire émerger la nécessité pour les pouvoirs publics et pour le juge qui serait saisi, de concilier des intérêts, sinon des préoccupations de nature opposées ou même simplement différentes.

L'histoire contemporaine du développement durable – comme doctrine et fondement d'action publique – pose de ne pas opposer ces éléments et commande de les rapprocher, puis d'en réussir une conciliation, sans se questionner beaucoup sur les instruments fournis pour y parvenir (I). Les présupposés de l'exercice – par le juge administratif – de ce principe de conciliation suggèrent qu'il détient la *clef* de la conciliation de par sa fonction, de par l'obligation qui pèse sur lui de le faire et de par sa compétence ; ils impliquent également qu'il ait un recours aisé et suffisant à des documents sur l'état de l'environnement concerné par le projet conçu et des impacts qui vont lui être infligés. Dans la réalité, les études expertes qui peuvent lui être présentées ne sont pas sans poser question : quant à leur provenance, leur contenu, leur reproductibilité, leur formalisme mécanique, leurs auteurs évaluateurs du fonctionnement de la nature... Une part du doute porte sur l'indépendance des auteurs des pièces par rapport à la cause qui fait débat, ou sur la possibilité pour le juge de commander d'autres études destinées à l'éclairer. Une autre part porte sur les difficultés objectives des exercices d'évaluations de l'état naturel à point et date fixes, en variation permanente, à savoir ces difficultés intrinsèques à l'évaluation écologique, qu'affrontent au quotidien les disciplines de l'écologie scientifique dédiées à la description des dynamiques des écosystèmes, mais qui ne sont pas ou très mal connues des praticiens du droit, ou qui sont au besoin contournées par les bureaux d'études sollicités.

---

<sup>1</sup> HAURIOU M., *Cours de science sociale, La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896, p. 385.

<sup>2</sup> *Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1)*, *J.O.R.F.* n°51, 2 mars 2005, texte n° 2, p. 3697.

Entre ces postures, de manière pragmatique, le recours à « la capacité de charge » représente un instrument propre à faciliter l'exercice juridique de conciliation (II), capable de (mieux) renseigner la juridiction relativement aux données environnementales de la zone, et, sous conditions, d'analyser la résilience des écosystèmes et le maintien des fonctions écologiques lors de la confrontation avec les opérations de développement et d'exploitation des terrains ou des réservoirs de ressources naturelles. Paradoxalement sous-utilisée, il faut dire qu'à partir du moment où la « capacité de charge » se trouve saisie par le droit public<sup>3</sup>, elle y devient un instrument susceptible d'assister la décision juridictionnelle, en même temps qu'une notion apte à orienter l'action publique dans un contexte d'aménagement du territoire revu et repensé.

---

<sup>3</sup> SIDAN L., *La capacité de charge, notion saisie par le droit public. Le contexte de la zone côtière*, Thèse de droit public (Galletti F. dir.), Université de Perpignan, soutenance 2019.

## I. LES VOIES DU PRINCIPE ET DU PROCÉDE DE « CONCILIATION » ENTRE INTERETS ECONOMIQUES DE PROJET ET INTERETS ENVIRONNEMENTAUX

---

Avant de concevoir toute opération de conciliation, c'est bien d'équilibre à établir dont il est question, l'équilibre entre deux intérêts en balance, deux forces souvent asymétriques que sont le développement économique attendu sur les zones et les systèmes écologiques sur lesquels ils s'adosent et la protection de l'environnement. Cet équilibre difficile à définir objectivement mais qui dans

le domaine de l'environnement, explique - ce qui n'est pas rien - la stabilité des écosystèmes, laquelle peut être compromise par les catastrophes naturelles et les dégradations anthropiques. Et la protection nécessite une conciliation, autrement dit un équilibre, entre ses propres exigences et les activités qui la contrarient<sup>4</sup>.

Si le débat n'est pas nouveau, l'intégration de la question de la « capacité de charge » permet de renouveler la problématique. Constituant un véritable outil de mesure, elle pourrait tendre à éclairer le juge administratif sur les réalités écologiques des affaires dont il est saisi et qui lui sont, comme à tout non écologue de formation, trop étrangères.

Ce qui conduit prioritairement à s'interroger sur la place et surtout sur le poids des données du réel écologique dans un processus de conciliation, arbitré par le juge administratif, entre intérêts économiques et protection des éléments de l'environnement. Poids qui dans la balance des intérêts opérée à l'occasion du contrôle du bilan, dans le contexte du contentieux de l'excès de pouvoir, ne pèse pas lourd, il faut le reconnaître (A.). Toutefois, « lestés par la consécration constitutionnelle du 1er mars 2005 », et plus particulièrement par l'article 6 de loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 de la Charte de l'environnement, les données environnementales pourraient se voir davantage mobilisées et plus efficacement afin de renforcer la considération des intérêts environnementaux, dans un contrôle du bilan mutant vers un véritable « contrôle de durabilité »<sup>5</sup> (B.).

---

<sup>4</sup> UNTERMAIER J., « La Charte de l'environnement face au droit administratif », *Revue Juridique de l'Environnement, numéro spécial, La charte constitutionnelle de l'environnement*, 2005, p. 155.

<sup>5</sup> CANS C., « Le principe de conciliation : vers un contrôle de la « durabilité » ? », *Terres du droit, Mélanges Jegouzo*, Dalloz, 2009, p. 562.

## **A. L'instrument d'équilibre incarné par la « théorie du bilan » en droit administratif : le faible poids des données environnementales dans la pesée des intérêts**

La jurisprudence en matière de déclaration d'utilité publique revêt déjà une importance particulière pour la protection de l'environnement dans « la mesure où elle touche la plupart des grands projets d'équipement ou d'aménagement »<sup>6</sup>. En la matière le juge se livre à un contrôle approfondi, vérifiant successivement si l'expropriation est justifiée par un intérêt public, si celle-ci est nécessaire et enfin si le caractère des inconvénients de l'opération n'est pas excessif.

Cette mise en balance des avantages et inconvénients instituée par le célèbre arrêt Ville Nouvelle-Est<sup>7</sup>, considérant « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente », ouvre la voie à « un contrôle juridictionnel portant sur certains actes de l'Administration qui autorisent un déséquilibre entre les intérêts présents »<sup>8</sup>.

Dans la pesée des intérêts influents se profile l'environnement naturel et ses aspects culturels<sup>9</sup>, ainsi

une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou écologique qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente<sup>10</sup>.

(Quelque peu amenuisée à la lecture du considérant par l'ajout du terme « éventuellement », la question environnementale semble déjà relayée au second plan derrière la propriété privée et les questions financières).

Via l'excès, se dessinent ici les potentialités d'un accueil de la « capacité de charge », dans le contrôle du bilan, exercé par le juge de l'excès de pouvoir, permettant de déterminer de manière objective, si les atteintes du projet en cause sont ou non excessives pour les éléments de l'environnement. La consécration du caractère d'intérêt général de la protection de

---

<sup>6</sup> CABALLERO F., « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 1984, p. 32.

<sup>7</sup> CE, Ass., 28 mai 1971, n° 78825, *Rec. CE* 1971, p. 409, concl. Braibant ; *AJDA* 1971, p. 404 et 463 ; *RD publ.* 1972, p. 454, note Waline.

<sup>8</sup> TREBULLE G F., « Droit du développement durable », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, fascicule 2400, 2017, p. 58.

<sup>9</sup> Déjà dans les conclusions du rapporteur public relatives à l'arrêt Ville Nouvelle-Est, évoquant la nécessité « d'éviter que des projets par ailleurs utiles viennent aggraver la pollution ou détruire une partie du patrimoine naturel et culturel du pays ».

<sup>10</sup> CE, 25 juillet 1975, req n° 90992, 91012, 91013, 91014, 91015, Syndicat des marins pêcheurs de la rade de Brest, *RJE*, 1976, p. 6, *Rec. CE*, 1975, tables p. 1148.

l'environnement par la loi du 10 juillet 1976<sup>11</sup>, aujourd'hui reprise et étoffée à l'article L. 110-1 du code de l'environnement<sup>12</sup>, abonde dans le même sens.

Sur l'étendue à accorder à l'environnement, donc sur les limites de ce qui le constituerait ou n'en ferait pas partie aux yeux du législateur, l'exercice de définition de l'objet « environnement » n'est pas plus simple dans la période contemporaine qu'il ne l'a été il y a une cinquantaine d'années mais il est nettement balisé par les sciences naturalistes pour le bénéfice des juristes. Imprégné de référents issus de concepts maniés par l'écologie scientifique, le droit contemporain identifie l'environnement à travers des dimensions plurielles faites d'interactions et d'interrelations entre divers éléments naturels. Le droit public se teinte alors d'environnement, dans une volonté remarquable d'adéquation au réel écologique<sup>13</sup>, entraînant par là-même une augmentation des préoccupations d'ordre environnemental qui peuvent justifier une intervention des pouvoirs publics à l'encontre d'intérêts privés, au nom de l'intérêt général (de conservation du patrimoine naturel, du maintien des équilibres, et de la prévention des interactions néfastes avec la santé humaine). Ainsi, « jamais semble-t-il l'environnement n'a été aussi fortement et unanimement reconnu comme une valeur digne de protection »<sup>14</sup>.

Cette tendance n'est-elle prégnante qu'en amont de l'action des pouvoirs publics et qu'en est-il des étapes plus en aval, comme ces phases d'examen de cas d'espèces devant les juridictions ? Parfois, devant la juridiction administrative, le contrôle du bilan, exercé par le juge de l'excès de pouvoir, semble assez imperméable à ces évolutions législatives qui tentent d'imprégner le droit administratif de réalités écologiques mieux documentées. En effet, très peu nombreuses sont les opérations soumises à appréciation du juge dans lesquelles la protection de

---

<sup>11</sup> Article 1<sup>er</sup> : « La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ». *Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*, JORF, 13 juillet 1976, p. 4203.

<sup>12</sup> « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage ». Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine. 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.

II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ».

<sup>13</sup> En témoigne la saisie juridique des notions de « biodiversité », de « continuité écologique », d'« écosystèmes », ou encore de « services écologiques », mêmes maladroites.

<sup>14</sup> MOLINER-DUBOST M., « Expropriation et environnement », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 8, 21 Février 2011, 2075, consulté en ligne, <https://www-lexis360-fr>.

l'environnement, ou même seulement son maintien, l'ont emporté face aux intérêts économiques portés par les projets.

Ainsi les juges de la Haute assemblée (Conseil d'État) ont pu reconnaître comme dépassant une certaine capacité de charge pour l'écosystème littoral « la création d'une station aménagée dans une zone à vocation touristique, impliquant l'implantation d'une station comportant 4 500 lits répartis en plusieurs centaines de logements avec leurs équipements annexes, située en bord de plage, sur 67 ha de forêt domaniale, et implantée dans un site inscrit à l'inventaire des sites pittoresques (qui) nuirait gravement au caractère des lieux »<sup>15</sup>. Dans la même ligne de raisonnement, le Conseil d'État a pu annuler un projet de barrage portant une atteinte manifestement excessive à la biodiversité<sup>16</sup>. Toutefois s'il est relevé que

la forte charge de cette eau en matière organique serait susceptible d'avoir des conséquences négatives sur les poissons vivant dans les cours d'eau situés en aval ainsi que sur les huîtres et les autres coquillages du bassin de Marennes-Oléron,

c'est particulièrement le coût du projet qui tend à convaincre le juge que la balance penche en défaveur de l'opération.

Le champ des possibles se réduit encore davantage pour les grands projets « dont l'utilité publique est telle que le « bilan coûts-avantages » ne peut qu'être positif alors que, paradoxalement [...], ils sont également les plus dommageables. Inversement, d'insignifiants inconvénients suffisent à interdire la réalisation d'ouvrages de faible utilité publique »<sup>17</sup>. Ainsi en est-il des déclarations d'utilité publique concernant les ouvrages routiers et autoroutiers, les grands ouvrages publics tels que les aéroports, voies ferrées, canaux et barrages, les ouvrages de transport d'électricité sans oublier les projets immobiliers et les zones industrielles<sup>18</sup>. Il n'est pas possible dans cette étude synthétique d'énumérer *tous* les arrêts dans lesquels les atteintes à l'environnement, aussi importantes soient-elles, n'ont pas réussi à rendre le bilan négatif aux yeux du juge qui les apprécie, tant ils sont nombreux.

Sans faire de systématique, cette insensibilité écologique, ou supposée telle, a conduit une partie de la doctrine à qualifier la Haute juridiction « d'ennemi de l'environnement »<sup>19</sup>, et le contentieux du bilan de « simple rite d'exorcisme juridictionnel qui lui permet de faire semblant

---

<sup>15</sup> CE, 26 mars 1980, n° 01554, Dame veuve Beau de Loménie, *RJE*, 1980, p. 179.

<sup>16</sup> CE, 22 octobre 2003, n° 231953, Association SOS-rivières et environnement, *JCP A* 2003, p. 1639, note BILLET Ph.

<sup>17</sup> SEILLIER B., « Pour un contrôle de légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA*, 2003, pp. 1472-1478.

<sup>18</sup> Liste non exhaustive.

<sup>19</sup> CABALLERO F., « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, *op. cit.*

de juger »<sup>20</sup>. La force des termes et le caractère très direct de cette interrogation interpellent. Plus de trente années plus tard, la posture semble immuable, immobile, faisant figure d'anachronisme<sup>21</sup>, et le contentieux des déclarations d'utilité publique relatif aux infrastructures de transport est éclairant. En effet, dans ce domaine il n'existerait aucune jurisprudence où le juge retiendrait les seules atteintes à l'environnement pour annuler la déclaration d'utilité publique, aussi écologiquement dévastatrices soient-elles. L'issue très médiatique en 2018 des affaires juridiques liées au projet Notre-Dame-des-Landes montre une sortie de crise opérée à un niveau exécutif par le gouvernement, retirant en quelque sorte aux juridictions, non la compétence d'apprécier et de trancher en dernier ressort, mais du moins l'opposabilité pratique des décisions de justice aux intéressés et aux tiers.

Hors cette affaire hors du commun, le juge, s'il a bien conscience de l'intérêt et de la sensibilité de la zone concernée, confirme tout de même l'utilité publique des projets. La Haute juridiction a pu considérer, certes en 2001, que si

la ZNIEFF dont le projet prévoit la traversée par la voie express constitue une zone sensible comportant des espèces animales à préserver, il ressort des pièces du dossier que l'administration a tenu compte de ces circonstances et a pris des précautions particulières pour le franchissement de ce site protégé ; qu'ainsi, eu égard tant à l'importance de l'opération qu'aux précautions prises, ni les inconvénients pour les régions traversées, notamment en ce qui concerne la faune et la flore des zones protégées, ni les atteintes portées à la propriété [...] ne peuvent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt que présente l'opération contestée<sup>22</sup>.

Une variante est-elle perceptible selon le niveau de juridiction administrative sollicitée ? C'est l'avis de divers auteurs, déjà bien avant l'apparition de la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2005, qui affirment que parallèlement, « les tribunaux administratifs, plus proches des faits et des plaideurs, [...] enclins à un contrôle plus strict des avantages et des inconvénients à partir d'analyses plus minutieuses »<sup>23</sup> donnent plus de poids « aux paramètres écologiques dans le système juridique d'interprétation de la réalité »<sup>24</sup>. En 2006, certaines annulations sont claires : ainsi,

l'arrêté du préfet de l'Essonne déclarant d'utilité publique le projet de déviation d'une route départementale est annulé au motif que deux ZNIEFF seront affectées : une chênaie pinède oligotrophe et un bois de chênes pubescents, qualifiés l'un et l'autre d'intérêt écologique exceptionnel par l'étude d'impact, seront partiellement détruits. Les atteintes à l'environnement et au paysage impliquées par l'opération sont excessives au regard de l'intérêt qu'elle présente<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> CHARBONNEAU S., « Le contentieux des opérations d'aménagement du territoire », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°3, 1981, p. 248.

<sup>21</sup> Selon les termes de MOLINER-DUBOST M., « Expropriation et environnement », *op cit.*, p. 46.

<sup>22</sup> CE, 9 mai 2001, n° 218263, Mme Divakaran.

<sup>23</sup> MESNARD A-H., « La protection de l'environnement dans le contentieux administratif de l'urbanisme et de l'aménagement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 1980, p. 9.

<sup>24</sup> CAILLOSSE J., « Enquête publique et protection de l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2-3, 1986, p. 159.

<sup>25</sup> TA Versailles., 6 juin 2006, Association de défense contre une déviation au nord de la Maisse, 0404663.

On peut ici penser qu'un point de changement s'est produit en droit français avec la Charte constitutionnelle de l'environnement et ses implications pour les juridictions administratives, notamment une évolution s'est imposée avec l'article 6 de cette même Charte exigeant que les politiques publiques concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social. Cette conciliation, procédé et principe, commentée en son temps, en partie pour la nouvelle charge (de travail) qu'elle allait faire peser sur le juge, pourrait permettre une réévaluation de l'activité juridictionnelle treize ans après l'édiction de cette Charte, en particulier sur le point de la reconsidération écologique des éléments à retenir lors du bilan par le juge.

## **B. La transition vers l'exercice de conciliation érigé au rang de principe**

L'intégration par la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 de la Charte de l'environnement au sein de la Constitution française a eu pour effet d'hisser certaines préoccupations environnementales au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Composée de dix articles et précédée d'un considérant, la Charte contient dès son préambule des références au développement durable qui se voit attribuer une véritable portée juridique. Ainsi en est-il des dispositions préalables affirmant qu' « afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ». Dès le préambule « le développement durable accède au rang d'objectif constitutionnel de la même manière que la préservation de la capacité des générations futures ou celle des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins »<sup>26</sup>. Plus pragmatiquement, quelles obligations nouvelles emporte-t-elle pour les pouvoirs publics et pour les juges ?

Si le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 7 mai 2014<sup>27</sup> a précisé qu' : « aucun des alinéas du préambule n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit », qu'il en découle dès lors qu' « ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution », ils restent des objectifs de pleine valeur constitutionnelle qui peuvent tout de même « être utilisés par le

---

<sup>26</sup> MATHIEU B., « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, Dossier Constitution et environnement 3, janvier 2004, p. 4.

<sup>27</sup> Conseil constitutionnel., *Décision n°2014-395*, QPC, 7 mai 2014, *Revue Constitutions*, 2014, p. 186.

juge constitutionnel, pour admettre des restrictions créées par la loi ou fonder certaines évolutions jurisprudentielles »<sup>28</sup>.

L'objectif de développement durable est repris dans l'article 6 de la Charte de l'environnement qui dispose que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » ; de là, au-delà d'un objectif constitutionnel indexant tout pilotage public qui serait manifestement non durable, est affirmé un principe constitutionnel de conciliation qui emporte une mise à l'équilibre des trois piliers du développement durable. La juridicisation pour chacun d'entre eux reste d'une part une œuvre sans cesse à reprendre et d'autre part un exercice d'effort public (législation, réglementation, action publique...) connu pour être d'intensité inégale selon le pilier<sup>29</sup> : la réduction de la pauvreté et l'obtention du progrès social continuant d'incarner le pilier délaissé de ce tripode.

Puisque le Conseil Constitutionnel a dégagé ce « principe de conciliation », son respect s'impose clairement au Législateur<sup>30</sup>. Mais pas seulement à lui, puisque les autorités administratives doivent également concourir à sa mise en œuvre, et le juge administratif peut être amené à examiner son respect dans son traditionnel contrôle du bilan. Pour autant, il n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit et ne peut, par conséquent, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>31</sup>. Contester l'inertie environnementale des pouvoirs publics ne constitue donc pas un droit constitutionnel ? Si l'article 6 de la Charte « pourra toutefois être utile à la démonstration d'une violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit, à l'instar des objectifs de valeur constitutionnelle »<sup>32</sup>, il semble toutefois contestable qu'un « justiciable ne puisse invoquer la

---

<sup>28</sup> FORT F.-X., « L'insertion de la Charte constitutionnelle de l'environnement au sein du droit public français » (2e partie), *Environnement*, n° 2, Février 2009, étude 2.

<sup>29</sup> GALLETTI F., « Le Droit de l'environnement, un ensemble de normes juridiques pour le Développement durable ? », *Le Développement durable - Tome II- Émergence d'une norme juridique*, *Revue Némésis*, n°4, J.-M. Février (eds), C.E.R.T.A.P., P.U.P., Perpignan, pp. 239-275.

<sup>30</sup> « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Charte de l'environnement de 2004 : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ; qu'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre ». Conseil Constitutionnel., *Décision n° 2005-514-DC*, 28 avril 2005.

<sup>31</sup> Conseil constitutionnel, *Décision n° 2012-283*, QPC, 23 Novembre 2012. Décision confirmée : Conseil constitutionnel, *Décision n°2013-346*, QPC, 11 octobre 2013.

<sup>32</sup> ROBLOT-TROIZIER A., « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'environnement », *AJDA*, 2015, p. 498.

violation de ses droits et libertés garantis par la Constitution en raison d'une carenentielle intégration des préoccupations environnementales dans les politiques publiques »<sup>33</sup>.

En dépit de la limitation de son champ d'application s'ensuit tout de même une évolution positive si le principe de conciliation renforce, on peut le penser, le niveau des exigences en matière environnementale dans la conduite des politiques publiques, et s'il se voit répercuté lors des phases de contrôle juridictionnel.

Force est de constater que cette direction reste très théorique et qu'il n'est pas sûr que le principe plus ancien « d'intégration de l'environnement » ait pu être dépassé, et surpassé par cette nouveauté.

Initialement évoqué comme la traduction en droit interne du « principe d'intégration »<sup>34</sup>, le juge constitutionnel a considérablement amoindri la portée de l'article 6 en le transformant en un principe de conciliation<sup>35</sup>. Énoncé par la Déclaration de Rio dans son 4<sup>ème</sup> principe<sup>36</sup> et consacré juridiquement en droit communautaire originaire à l'article 6 du Traité de Rome dans sa version consolidée, l'intégration semble constituer le plus haut niveau de protection de l'environnement<sup>37</sup>. Ainsi « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté [...], en particulier afin de promouvoir un développement durable ». Irrigant l'ensemble des politiques et actions dans lesquelles un enjeu environnemental peut être soulevé, supposant « une hiérarchisation des composantes de l'intérêt général favorable à la prise en compte des aspects environnementaux »<sup>38</sup>. L'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est, de même, éloquent : « un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

L'article 6 de la Charte française de l'environnement de 2005 pose seulement le devoir de promouvoir le développement durable, et la nécessité d'en concilier ses trois composantes, opérant – c'est à craindre – une dilution des préoccupations environnementales.

---

<sup>33</sup> LAFFAILLE F., « Le Conseil constitutionnel valide la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011. Loi portant interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2586.

<sup>34</sup> BIZET J., Avis au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la Charte de l'environnement, avis n° 353, séance du 16 juin 2004, p. 37.

<sup>35</sup> PRIEUR M., « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, *Le Conseil constitutionnel et l'environnement*, avril 2014, p. 9.

<sup>36</sup> « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ».

<sup>37</sup> CAUDAL-SIZARET S., La protection intégrée de l'environnement en droit public français, Thèse de droit, Université Jean Moulin, Lyon III, 1993, 735 p.

<sup>38</sup> CANS C., « Le principe de conciliation : vers un contrôle de la « durabilité » ? », *op cit.*, p. 559.

On est loin de la tentative (certes timide) de l'Union européenne de concevoir l'intégration comme un moyen de réorienter le développement économique lui-même en fonction de paramètres écologiques pour dépasser une simple approche corrective de ses excès<sup>39</sup>.

Ne conditionnant plus « la validité des autres politiques auxquelles il était obligatoirement inséré au titre du principe d'intégration », l'environnement – saisi au travers du principe français de conciliation –, s'appréhende *via* le pilier de la conservation et de la valorisation des environnements et ressources naturelles ; lequel fait face aux deux autres, et en particulier à celui de l'accroissement de la productivité et de la meilleure répartition des richesses économiques, avec lequel il va être concilié. Conciliation n'étant pas synonyme de mise à égalité ou de mise à l'équilibre. Il peine à contribuer au renforcement des préoccupations écologiques dans la théorie du bilan.

De cette appréhension réduite de l'environnement dans l'évaluation ne pouvait résulter que des effets minimalistes, on le constate dans plusieurs jurisprudences post 2006. Ainsi, le juge administratif s'il accepte d'examiner une déclaration d'utilité publique à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement<sup>40</sup>, « valide toujours les grands projets en sous-estimant leur nocivité écologique »<sup>41</sup>. Fondu dans le contrôle du bilan<sup>42</sup>, le principe de conciliation perd de son autonomie<sup>43</sup>, considéré comme respecté quand le bilan est « positif ».

L'intérêt du principe de conciliation n'est pourtant pas épuisé. Il (le principe) pourrait amener le juge à revoir l'idée d'un contrôle comparatif des projets envisagés par l'administration, afin de rechercher si un projet autre peut permettre d'atteindre les mêmes objectifs au prix de moindres inconvénients pour les différents intérêts en cause, et notamment pour le maintien de l'environnement. Considérée longtemps comme une question de pure opportunité qui n'entre pas dans le cadre du contrôle du juge administratif, celui-ci refuse clairement d'apprécier l'utilité d'un projet au regard de solutions alternatives<sup>44</sup>.

La Haute assemblée montre quand même une certaine inflexion en acceptant de comparer le projet retenu avec un projet alternatif qui « permettrait d'atteindre les objectifs de l'opération dans des conditions équivalentes au projet déclaré d'utilité publique tout en réduisant

---

<sup>39</sup> DEHARBE D., « Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable », *Environnement*, n° 4, Avril 2005, comm. 34.

<sup>40</sup> Le Conseil d'État a ainsi considéré que « doit être écarté le moyen tiré de ce que le décret attaqué n'aurait pas concilié la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, comme le requiert l'article 6 de la Charte de l'environnement ». CE, 17 mars 2010, Assoc. Alsace Nature, n° 314114, Lebon p. 862.

<sup>41</sup> MOLINER-DUBOST M., « Expropriation et environnement », *op. cit.*

<sup>42</sup> CE, 16 Avril 2010, Association Alcaly et autres n° 320667.

<sup>43</sup> JANIN P., « Les infrastructures de transport dans l'environnement : intégration ou effraction ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2016/3, Volume 41, pp. 451-467.

<sup>44</sup> CE, 7 octobre 1977, Syndicat des paludiers, n°99986, *Rec. CE* 1977, p. 380. Solution réaffirmée : CE, 28 mars 1997, n° 164365 ; CE 23 oct. 2009, Normand, n° 322327 ; CE 16 avr. 2010, Association Alcaly et autres, n° 320667.

le recours à l'expropriation »<sup>45</sup>. Ici c'est l'évitement d'une procédure lourde et mal perçue qui constitue la variable d'ajustement. Mais le contrôle des solutions alternatives apparaît pleinement dans « la logique de la théorie du bilan et il est particulièrement choquant de considérer qu'une déclaration d'utilité publique est légale, alors même qu'un autre parti répondrait aux finalités d'intérêt général tout en engendrant des inconvénients moindres »<sup>46</sup>.

La situation dans laquelle se trouvent les juges administratifs ne se simplifie pas. « La nouvelle vision qui se dégage sous l'impulsion de la Charte pourrait à terme conduire le juge à repousser les limites de l'arbitrage actuel »<sup>47</sup>, lequel pourrait s'appuyer sur la description des « solutions de substitution raisonnables » présentées dans l'étude d'impact<sup>48</sup> et qui opère une comparaison des incidences sur l'environnement. Étude d'impact imposée à la majorité des projets concernés par les déclarations d'utilité publiques<sup>49</sup> et dont l'appréciation a pu être liée au contrôle du bilan<sup>50</sup> en 2008 par exemple, pour (malheureusement) affaiblir le poids de l'impact écologique d'un projet autoroutier.

Une sortie de l'impasse est parfois présentée par le recours à des instruments capables d'aider à l'évaluation écologique-économique, comme les études d'impact sus évoquées. Elles n'échappent pas à un ensemble de remarques critiques visant leurs régimes juridiques complexes et souvent revus ou l'adéquation au milieu à évaluer. Pour renverser cette tendance, et apporter un complément, à défaut d'un remplacement, le recours à la « capacité de charge » offre de nouveaux éclairages sur les données environnementales utilisables et les intérêts en balance à analyser, à condition de pouvoir se saisir de cet instrument, dans le champ du droit d'abord<sup>51</sup>, dans le contexte juridictionnel ensuite, dont on doit dire qu'il se trouve très mal connu et pas ou peu usité devant les juridictions.

---

<sup>45</sup> CE, 28 mars 2011, n° 330256, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et de Migne-Auxances, *AJDA* 2011, p. 2417, note L. Xenou.

<sup>46</sup> TIFINE P., « Rappel sur la méthodologie du contrôle juridictionnel des déclarations d'utilité publique », *Droit rural*, n° 412, Avril 2013, comm. 65.

<sup>47</sup> AGUILA Y., GOUPILLIER C., « La théorie du bilan à la lumière de l'article 6 de la Charte de l'environnement », *Constitutions*, 2010, p. 433.

<sup>48</sup> Article L.122-3 II 2° d) du code de l'environnement.

<sup>49</sup> XENOU L., « Expropriation : un pas supplémentaire vers le contrôle des solutions alternatives ? », *AJDA*, 2011, p. 2426.

<sup>50</sup> CE, 21 mai 2008, n° 301688, Fédération SEPANSO et autres, *Dr. adm.* 2008, comm. 98, note Naim-Gesbert E.

<sup>51</sup> D'où l'exercice de thèse de doctorat entrepris : SIDAN L., *La capacité de charge, notion saisie par le droit public. Le contexte de la zone côtière*, Thèse de droit public (Galletti F. dir.), Université de Perpignan, 2019.

## II. LA CAPACITE DE CHARGE, INSTRUMENT FACILITATEUR DE L'EXERCICE DE MISE EN ŒUVRE DU « PRINCIPE DE CONCILIATION »

---

La capacité de charge a pu être définie tant comme une « limite de pressions ou d'impacts à ne pas dépasser dans différents compartiments de l'environnement »<sup>52</sup> que comme une propriété intrinsèque de l'environnement en « étant la capacité d'un écosystème ou d'un environnement à accepter une activité d'une certaine intensité sans préjudice pour la santé humaine et/ou pour l'environnement »<sup>53</sup>. Encore trop ignorée des juristes, situation qui commence à s'infléchir, elle se trouve aujourd'hui « de plus en plus invoquée dans les espaces sensibles afin de déterminer un seuil au-delà duquel des activités humaines auraient des effets irréversibles sur la biodiversité »<sup>54</sup>.

Le recours au terme puis à la notion de capacité de charge évoque une prise de conscience des gouvernants liée à l'exploitation déraisonnée des ressources naturelles nationales. Elle s'inscrit dans une réflexion générale sur la disponibilité de certaines parties de l'environnement (constituées surtout de ressources naturelles renouvelables exploitées) comme support d'activités économiques, et leurs capacités à endurer les impacts des activités anthropiques.

Comme notion issue de l'écologie scientifique, elle a longtemps échappé à l'attention des sciences juridiques analystes du fonctionnement de l'ordre juridique national, instruments récents régionaux ou de l'Union européenne exceptés<sup>55</sup> il faut le signaler. Pourtant l'idée y est implicite, souvent silencieuse dans de nombreux dispositifs de régulation de l'environnement où elle a pu être dissimulée derrière l'imposant principe de précaution<sup>56</sup>. Surtout, la capacité d'assimilation, d'absorption de différents polluants par le milieu naturel, intéresse *a priori* le pilotage public du développement de l'aménagement du territoire et des activités tertiaires ou

---

<sup>52</sup> BATAILLE T., *Évaluation environnementale, Premiers éléments méthodologiques sur les effets cumulés en mer*, Ministère de la transition écologique et solidaire/ CGDD Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, collection Théma, 2017, p. 32.

<sup>53</sup> L'expression "activité" dans ce contexte peut signifier : le rejet de polluants ou de déchets ; des rejets thermiques ; l'intensité d'une activité agricole en relation avec un type donné de sol ou de zone ; le trafic routier dans un environnement fragile ; un certain nombre de visiteurs et certaines formes et intensités d'utilisation d'une destination touristique fragile et sensible, etc.

<sup>54</sup> PRIEUR M., « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *Revue juridique de l'environnement*, 2011/5, n° spécial, p. 12.

<sup>55</sup> La capacité de charge a été consacrée juridiquement par le Protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières en Méditerranée, signé le 21 janvier 2008 et entré en vigueur le 24 mars 2011. La directive européenne 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement faisait référence à « la capacité de charge de l'environnement naturel » dans l'annexe III, point 2, troisième tiret.

<sup>56</sup> GODARD O., *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Quae, 1997, 351 p.

industrielles, pour pouvoir déterminer des niveaux de rejets acceptables, qui n'entraînent pas de conséquences trop néfastes pour l'équilibre de l'environnement ou pour la santé des populations.

Constituant pour les pouvoirs publics qui voudraient s'en saisir ou dans notre présent cas pour le juge administratif une véritable mesure de la capacité de l'environnement à accueillir une activité, ou une charge de polluants, ou même d'éléments chimiques ou physiques, elle permet de déterminer des niveaux de pressions susceptibles d'être absorbés par le milieu naturel, afin de trouver un équilibre viable entre pressions engendrées et capacité d'assimilation. En disposer facilite l'exercice de mise en œuvre du « principe de conciliation » par un juge (A.), étant entendu que la conciliation est un exercice différent et plus vaste que celui représenté par une étude de la capacité de charge. Restent des contraintes inhérentes à cet instrument que sont la ou les analyses de capacité de charge (B.) qui obèrent actuellement leur utilisation et leurs effets utiles à un stade juridictionnel.

#### **A. Les aspects facilitant l'appréhension de conciliation fournis par l'étude d'une capacité de charge**

Les dispositions juridiques à caractère environnemental doivent nécessairement s'appuyer sur des avis scientifiques, sous peine de ne jamais être édictées. Pour preuve les longues maturations des lois environnementales, précédées de consultations d'experts, et l'attente souvent décriée des règlements d'application pour les rendre opérationnelles ; ceci se vérifie aussi pour des exercices de prospective environnementale commandés par les pouvoirs publics, ou issus d'auto saisines engagées par des organismes de recherche scientifique. Pour l'inscription d'une espèce, d'un habitat sur une liste juridiquement protégée, ou pour la définition d'un écosystème fragilisé et d'un périmètre de protection, la décision juridique publique française a besoin d'une expertise scientifique – même si elle pourrait théoriquement s'en passer pour agir – et le recours au dire d'experts écologues est devenu une habitude pratique contraignante, et parfois un alibi dans tous les secteurs qu'investissent le code de l'environnement prioritairement, ou d'autres tel par exemple le code rural et des pêches maritimes, en ce qu'ils organisent l'encadrement juridique d'activités ancrées sur des espaces naturels circonscrits (conchyliculture littorale par exemple). Le droit législatif de l'environnement et ses règlements d'application, pour ne citer que cette matière, ne sauraient jaillir, sans fondement (scientifique) et c'est une tendance qui détermine et façonne les contenus des lois environnementales édictées.

Plus en aval de l'action publique, à savoir lors d'une étape où est sollicitée la juridiction, qu'en est-il ?

Pour éclairer sa prise de décision sur les actes dont il a connaissance, le juge administratif dispose de moyens classiquement rattachés à la légalité « externe ou « interne » qu'il examine et auxquels il répond dans les considérants de ses arrêts de jurisprudence. Pour apprécier les réalités écologiques des affaires dont il est saisi, le juge administratif peut user de moyens classiques d'instruction offerts par le code de justice administrative, parmi lesquels se trouvent la visite sur les lieux et le recours à l'expertise.

Mesure d'instruction particulièrement choisie, la visite sur les lieux, prévue à l'article R. 622-1 du code de justice administrative permet d'éclairer le juge administratif sur le caractère « pittoresque d'un lieu ou sur la sensibilité écologique d'un site »<sup>57</sup> par exemple. Dès lors qu'il s'agit d'appréhender « la capacité de charge esthétique » d'un site, autour de la question dans quelles limites pouvons-nous modifier les paysages ? Jusqu'à quel point le paysage peut-il être dégradé ? La possibilité d'effectuer une visite sur les lieux offerte par le code de justice administrative s'avère fort utile. Ainsi, le Conseil d'État, après visite sur les lieux, a pu annuler la déclaration d'utilité publique de la ligne électrique à haute tension qui aurait dû traverser le site du Verdon, pour lequel les protections juridiques particulières ne manquent pas<sup>58</sup>, au motif « que les atteintes graves portées par le projet à ces zones d'intérêt exceptionnel excèdent l'intérêt de l'opération et sont donc de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ».

Mais si « cette visite peut être particulièrement utile dès lors que l'esthétique constitue une question centrale du litige »<sup>59</sup>, elle reste manifestement insuffisante dès qu'il s'agit d'évaluer la capacité de charge « écologique », d'un site, d'un milieu, d'un stock biologique, ou d'un écosystème. Il faut alors admettre la nécessité de recourir à cet instrument des sciences écologiques et le désavantage à l'ignorer.

---

<sup>57</sup> SAUVÉ J-M., « Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? (Suite) », Actes des conférences du Conseil d'État, Cycle de conférences sur les enjeux juridiques de l'environnement, 14 mai 2012, p. 8.

Les juges de la Haute assemblée n'ont pas manqué de rappeler que : « le projet de ligne électrique à très haute tension traversera à deux reprises, sur près de cinq kilomètres, le site des gorges du Verdon classé par un décret du 26 avril 1990 sur le fondement de l'article 5 de la loi du 2 mai 1930 relative aux sites et aux monuments naturels, en raison du caractère exceptionnel du paysage et de l'environnement naturel ; qu'il sera, en outre, implanté pour partie sur les abords de ce site ; que les zones traversées par cette ligne électrique dans la région des gorges du Verdon sont régies par les dispositions du code de l'urbanisme instituant des protections particulières en faveur des « espaces remarquables » du littoral et de la montagne ; qu'une partie de ces zones, qui abritent également des espèces animales et végétales protégées, ont été intégrées ou sont en voie d'intégration, en application des dispositions de l'article L. 414-1 du code de l'environnement, dans le réseau des sites Natura 2000 et font l'objet de mesures destinées à conserver ou à rétablir les habitats naturels et les populations des espèces ; qu'il en est ainsi notamment du plateau de Valensole, des abords du lac de Sainte-Croix, de la zone des gorges du Verdon et du plateau de la Palud sur Verdon ; que ce projet traverse, aussi, le parc naturel régional du Verdon, créé par décret du 3 mars 1997 ». CE, 10 Juillet 2006, Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, n° 288108.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

C'est le propre de l'étude de capacité de charge que de renvoyer à la fixation de seuils critiques qui ne devraient pas être dépassés. Il s'agit par exemple de déterminer un seuil au-delà duquel il n'est plus raisonnable d'aménager, et/ou d'accueillir des activités supplémentaires pour l'environnement ou encore de savoir jusqu'à quel point on peut, modifier, polluer un écosystème sans l'altérer de manière irréversible.

Différemment, la capacité de charge peut aussi être rattachée aux questions de niveaux d'extraction des ressources biologiques, et renvoie ici à la recherche de « niveau d'utilisation qu'une ressource naturelle peut supporter sans un degré inacceptable de dégradation de l'identité ou de la qualité de la ressource ou encore de l'usage qui en est fait ». L'objectif étant d'atteindre un point d'équilibre entre exploitation et conservation. Ici, la capacité de charge a trait à la gestion des stocks de ressources (par exemple piscicoles, halieutiques, forestières etc.) et à la préservation de leur quantité et leur qualité avec une finalité économique en arrière-plan et l'objectif d'assurer la pérennité d'un certain « capital naturel » exploitable ou conservé pour l'être.

Pour des cas juridiques où se posent des questions de ce genre, supposant des connaissances scientifiques établies et des études orientées en ce sens, l'appréhension par le juge administratif des équilibres, des déséquilibres et de la conciliation peut difficilement se faire sans fondement quantifié solide et expert, hormis naturellement les cas où l'opération envisagée soumise au juge est manifestement disproportionnée au regard de la vulnérabilité du site. Il peut alors estimer plus aisément seul.

Ainsi est apparu au juge administratif comme excédant une certaine capacité de charge, sans qu'il ne soit besoin de recourir à un tiers expert,

la réalisation à l'intérieur d'un parc national d'un parc de stationnement de 7200 m<sup>2</sup>, d'une aire d'attente de 5500 m<sup>2</sup> et la construction d'un centre abritant essentiellement un restaurant et trois commerces, même s'ils sont autorisés conformément au programme d'aménagement du parc, qui sont de nature, par leur ampleur, à altérer le caractère du parc et à contrevenir à sa mission de conservation du milieu naturel et ne peuvent, par suite, être autorisés par le directeur du parc national<sup>60</sup>.

Hors cadre de ce type d'affaires où la disproportion est manifeste (on se gardera toutefois de croire que la disproportion manifeste est aisée à argumenter), l'article R. 621-1 du code de justice administrative octroie la possibilité au juge soit d'office, soit sur demande des parties ou de l'une d'elles, d'ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les

---

<sup>60</sup> CE 4 avril 1990, SIVOM du canton d'Accous et Parc national des Pyrénées occidentales, n° 105162, *RJE*, 1990, p. 415 ; *LPA* 20 juin 1990, n° 74, note MORAND-DEVILLER J.

points déterminés par sa décision. La formation de jugement détermine la mission de l'expert, qui ne portera jamais sur des questions juridiques<sup>61</sup>, domaine de compétence des seuls juges.

L'expertise peut alors être utilisée au fond, pour vérifier par exemple « l'existence d'une pollution ou son origine ou le seuil de viabilité d'un écosystème »<sup>62</sup>. Le code de justice administrative fournit bien la possibilité au magistrat de se saisir de la question de la capacité de charge et de commander des études en ce sens pour les affaires sur lesquels il doit statuer. La capacité de charge et les évaluations scientifiques qui la fonderaient, certes nouvelles, s'inscrivent dans une quête de données objectives, dans une recherche de précisions nécessaires à une prise de décision rationnelle et moderne ; elles pourraient constituer pour le juge administratif un critère fiable pour évaluer l'équilibre d'un projet, sans préjudice d'autres dont il a davantage l'habitude. En outre, elle répond à ce besoin de quantification qui « permet de faire entrer une grandeur dans le champ de la mathématisation du réel propre à apporter une description incomparablement plus précise que celles qui émanent de tout autre mode descriptif »<sup>63</sup>. Cet aspect dans les sociétés civiles européennes actuelles n'est pas négligeable.

En tant qu'arbitre d'un développement durable allégué, et le long de l'énigmatique chemin de la durabilité, il est attendu du juge administratif qu'il offre une portée juridique pleine et entière au principe de conciliation. Les études de capacité de charge qui pourraient lui être présentées constituent en ce sens un indice objectif de la durabilité d'un projet. Elles ont l'avantage d'une perception plus métrique des atteintes environnementales, susceptibles d'exportation vers le débat des parties. Elles suggèrent une régulation plus neutre, entre intérêts très asymétriques (problème du fort et du faible dans le développement durable et de l'affrontement de ces rapports à l'occasion des procédures économiques et judiciaires...).

Pour ces raisons, il sera difficile de penser construire la conciliation juridictionnelle sans partir d'un premier examen des capacités de charge, premier palier de l'exercice de conciliation qui en comporte de nombreux. Toutefois des contraintes inhérentes à ce nouvel instrument ne peuvent pas être ignorées.

---

<sup>61</sup> CE, 17 décembre 1956, Min. Reconstruction contre Dlle Dubreuil, n°39002, Rec. Lebon p. 484.

<sup>62</sup> SAUVÉ J-M., « Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? (Suite) », *op. cit.*, p. 8.

<sup>63</sup> GREVÊCHE M-P., *La notion de seuil en droit de l'environnement*, Thèse en droit public, Université Paris I, 2002, p. 13.

## **B. Les contraintes inhérentes à ce nouvel instrument représenté par l'étude d'une capacité de charge**

Les contraintes associées à la « capacité de charge » en tant qu'instrument mobilisable dans la sphère du droit public, mais aussi pénale ou civile, bien que ce ne soit pas le thème de cette contribution, sont de deux ordres.

En premier lieu, l'appropriation par les praticiens du droit suppose que soient levés deux présupposés. Ce point, les experts des disciplines de l'écologie compétents pour fournir les analyses de capacité de charge écologique ne peuvent pas toujours et pas souvent le garantir.

Le premier présupposé est celui de *la possibilité (scientifique) de la mesure* des capacités de charge déclinée sous deux aspects.

Elle est d'abord fonction de la capacité à réaliser les mesures techniquement. Ce qui ne va pas de soi, selon le milieu naturel considéré (périmètre étroit ou large, accessible ou pas, de surface ou profond, ouvert ou fermé etc.) et d'en compiler les résultats pour arriver à une analyse globale et horizontale de la capacité d'un milieu à supporter le changement imposé ou pas, et dans quelles proportions. La difficulté réside dans l'expression intelligible et synthétisée du résultat, c'est ce qui est attendu par un juge ou par une commande publique faite à expert. Or la science administrative et les administrateurs confrontés aux tâches de gestion publique d'espaces du littoral par exemple, nous rappellent cette question, éprouvée lors des programmes de suivis de l'état des lagunes méditerranéennes entre 1999 et 2014 (deux programmes de sept ans) où un nombre important d'indicateurs différents sont utilisés pour renseigner l'état chimique et physique et bactériologique de la lagune, mais où le choix initial d'évaluation fait de ne retenir que l'indicateur le plus mauvais pour qualifier l'ensemble et orienter l'action publique a provoqué la crispation des maires des communes concernées et d'acteurs, mécontents que les niveaux enregistrés sur les indicateurs en progrès ne soient pas pris en compte. De là provient une des raisons du retrait de la région anciennement Languedoc-Roussillon et de la non reconduction de ce programme, remplacé par les indicateurs et l'évaluation du bon état écologique des eaux imposées par la directive-cadre sur l'eau<sup>64</sup>, à ne pas confondre avec la Directive cadre stratégie pour le milieu marin<sup>65</sup>, son Plan d'Action pour le milieu marin et son programme de surveillance en 13 points, doté aussi d'indicateurs et d'objectifs de bon état écologique.

---

<sup>64</sup> Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *JOCE* n°L327 du 22 décembre 2000, p. 1.

<sup>65</sup> Directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin, *JOUE*, L 164, 25 juin 2008, p. 19. (directive-cadre « stratégie pour le milieu marin » DCSMM).

Elle est ensuite fonction de la possibilité de financer la mesure de la capacité de charge dans un contexte de commandes – au sens de demandes – publique ou privée très sélectives pour des évaluations qui bien que nécessaires restent onéreuses et où l’effort de mutualisation des financements pour payer ces expertises, même dans un cadre de recherche publique non concernée par les bénéfices commerciaux (ce n’est pas le cas des cabinets privés d’études) reste permanent. Ceci, en plus de constituer une condition forte de l’utilisation des analyses de capacité de charge, compromet la pérennité des suivis et procédés engagés de concertations publics avec les professionnels de filières dépendants de l’état d’écosystèmes exploités, ou à l’inverse, conduit à faire converger les financements vers une commande récurrente, toujours la même, multipliant les études sur un même sujet intriqué à un secteur professionnel précis perçu par les autorités déconcentrées ou décentralisées comme « prioritaire » dans l’économie d’une région, ou « agité » avec un souci d’évitement d’une mobilisation du secteur, de troubles à l’ordre public etc.

Le second présupposé est celui de *la disponibilité de la mesure* des capacités de charge. Ceci renvoie à la situation de la documentation publique spécialisée, libre d’accès et de droits, ou à la situation des études privées, commandées par des acteurs, donc non accessibles à titre gratuit ou non accessibles tout court, et à l’obligation – pour une partie à une affaire – de recommencer des mesures déjà réalisées à l’occasion de cas similaires ou approchants. Bien qu’ait été organisé un vrai droit d’accès, à un niveau constitutionnel (article 7 de la Charte de l’environnement) et à l’intérieur du code de l’environnement, les pratiques de traitement des demandes de toute personne, physique ou morale, par les autorités publiques répondent mal, point souligné jusque dans les années 2014 en ces termes :

Les demandes des administrés se heurtent encore trop souvent à des refus. Les administrations, traditionnellement soumises à un devoir de réserve, connaissent mal leurs obligations dans ce domaine, et notamment l’obligation positive pour elles de collecter, vérifier et diffuser des informations relatives à l’environnement auprès du public<sup>66</sup>.

S’y ajoute le trop petit nombre de spécialistes disponibles dans les cadres d’organismes de recherche publique ou de conseil aux pouvoirs publics, qu’il faudrait pouvoir mobiliser sur des sites nombreux et des écosystèmes divers où les besoins d’analyses de capacité de charge croissent proportionnellement aux pressions subies et aux emprises sollicitées. Au titre de ces emprises sollicitées auprès des administrations gestionnaires, on peut citer les demandes d’utilisation des milieux dans le cadre de demande de concessions d’utilisation du domaine public naturel ou artificiel par exemple, ou même l’ensemble des demandes autorisations

---

<sup>66</sup> AGUILA Y., « Les acteurs du droit de l’environnement », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, Le Conseil constitutionnel et l’environnement, avril 2014, p. 7.

d'urbanisme et d'autorisations au titre des I.C.P.E. (installation classée pour la protection de l'environnement) qui augmentent sur des territoires fragilisés.

En second lieu, l'appropriation utile de l'instrument par les praticiens est fonction de sa réception en droit public. Le contexte, sans être *stricto sensu* celui d'une situation d'incompétence négative du Législateur<sup>67</sup>, est tout de même étonnement marqué par le silence de celui-ci sur la « capacité de charge », notion, et aussi moyen d'atteindre un objectif constitutionnel. Au contraire d'un instrument international régional en vigueur depuis le 24 mars 2011 qui la mentionne explicitement, le Protocole relatif à la gestion intégrée des zones côtières en Méditerranée, duquel la France est signataire, et qui serait invocable. Ce qui est en cause ici c'est l'attractivité ou le rejet de cet instrument d'évaluation, palier préalable de la conciliation. Ceci que l'on soit dans le domaine ciblé de la gestion des eaux de surface et des eaux souterraines ou même des eaux marines ou dans un cadre autre d'utilisation des territoires et d'éléments de la diversité. La commande de telles études, coûteuses en particulier quand mises à la charge de la partie perdante<sup>68</sup>, et l'obtention de résultats précis sur de longues durées<sup>69</sup> peuvent constituer par avance une raison de démobilisation du juge administratif, sans parler des parties. En outre, relevons que si « l'option de l'expertise s'avère théoriquement possible en vertu du Code de justice administrative, le contentieux environnemental ne donne que très exceptionnellement la plume à l'expert judiciaire »<sup>70</sup>. C'est là un effort que doit fournir le juge administratif pour évaluer une situation où les environnements sont impliqués que de reconnaître le besoin d'un tiers expert. Tiers expert, qui depuis le décret du 22 février 2010<sup>71</sup> peut être mobilisé de manière plus pragmatique pour répondre à une question technique qui ne requiert pas d'investigations complexes, ainsi la formation de jugement peut charger la personne qu'elle commet de lui fournir un avis sur les points qu'elle détermine<sup>72</sup>. La formation chargée de l'instruction peut également inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances

---

<sup>67</sup> GALLETI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du Législateur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Revue française de droit constitutionnel*, n°58, avril 2004, Chronique, pp. 387-417.

<sup>68</sup> Conformément à l'article R. 761-1 du CJA les frais d'expertise sont mis à la charge de la partie perdante.

« Les dépens comprennent les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'État. Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. L'État peut être condamné aux dépens ».

<sup>69</sup> Voir par exemple les études sur temps longs 1970-2016, telle DEROLEZ V., « Vers une approche fonctionnelle de l'état écologique en lien avec l'évolution de la lagune de Thau », Thèse de doctorat en écologie en cours, ALIAUME C. (dir), Université de Montpellier.

<sup>70</sup> DEHARBE D., « Une mission impossible : celle de l'expert en contentieux administratif de l'environnement », *Droit de l'environnement*, Hors-série, décembre 2014, p. 16.

<sup>71</sup> Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, JORF, n°0045, 23 février 2010, p. 332.

<sup>72</sup> Article R. 625-2 al 1 du code de justice administrative.

seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine<sup>73</sup>.

L'évolution actuelle et récente du code de justice administrative a créé des possibilités d'agir concrètement pour un juge en recourant à des outils et des personnes ressources capables d'accroître ses éléments de connaissance et d'appréciation d'une situation présente et future (c'est ce qui se produit quand il s'agit d'envisager le devenir du site naturel transformé). Si ces « expertises allégées » ne peuvent constituer de véritables études de capacité de charge qui restent selon le milieu complexes et multi indicateurs (par exemple les mesures de capacité de charge d'une lagune méditerranéenne sont concentrées sur l'eutrophisation, l'apport d'azote et de phosphore, puis le bon état trophique), elles permettent néanmoins un éclairage succinct, parfois focalisé, complétant les instruments classiques un peu dépassés de la domanialité publique maritime par exemple, ou nouveaux mais là aussi peu usités car majoritairement produits dans des bureaux d'études. Pour les premiers, citons ici par exemple les demandes de concessions pour opérations d'immersions de récifs artificiels et leurs obligations de suivi de site d'immersion à point zéro puis régulièrement, et de remise en état à restitution du site à l'administration, et pour les seconds, citons ici par exemple les évaluations économiques des services écosystémiques rendus par les écosystèmes, à préserver ou à condamner.

Enfin, sans se faire éclairer d'une expertise, et s'agissant de l'implantation d'une porcherie industrielle dans une zone où elles sont déjà particulièrement nombreuses, le Conseil d'État, le 17 juillet 2009<sup>74</sup>, considère que

ni la circonstance que les lieux sur lesquels se situe le projet d'extension de l'élevage n'appartiennent pas à un canton en "excédent structurel d'azote" lié aux élevages, au sens de la réglementation sur l'eau, ni la circonstance que la teneur en nitrates du cours d'eau situé en aval du site exploité par la société requérante ne dépassait pas les seuils fixés par les dispositions réglementaires alors en vigueur pour qualifier les « zones vulnérables », n'empêchait la cour de tenir compte du niveau élevé des taux de nitrates dans les rivières de la Serre et du Blavet, et de leurs conséquences sur la vulnérabilité des sols, au regard des intérêts protégés par l'article L. 511-1 du code de l'environnement<sup>75</sup>.

En l'espèce, le juge administratif, ici dans le cadre du contrôle de plein contentieux, s'affranchit des seuls critères basés sur les « seuils fixés par les dispositions réglementaires alors en vigueur pour qualifier les zones vulnérables » pour déterminer la vulnérabilité du milieu, en se fondant sur le nombre déjà conséquent d'élevages de ce type dans la zone considérée qui impliquent un taux élevé de nitrates et sur la vulnérabilité des sols.

Les meilleures analyses de capacité de charge n'ont pas le pouvoir de décision. Celui-ci revient au juge pour lequel l'instrument pourrait n'être pas si avantageux, voire être trop

---

<sup>73</sup> Article R. 625-3 al 1 du code de justice administrative.

<sup>74</sup> CE, 17 juill. 2009, n°295078, SCEA de Henven, *AJDA* 2009, p. 2365.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

suggestif : cas d'une analyse de capacité de charge qui renverrait une image trop nette et trop explicite de la dégradation environnementale à venir. L'instrument compromettant l'hypothèse de la conciliation, puisque qualifiant trop franchement une situation de non durabilité, la tentation de ne pas recourir à ce qui n'est qu'une opportunité de conforter un ensemble d'informations, si ce n'est pas amené par les parties, est plausible. De même, à l'inverse, en cas de situation qui ne pourrait se déterminer dans un sens ou un autre (comment hiérarchiser entre elles des mesures révélant une situation complexe, pour partie positive, pour partie négative ?).

## CONCLUSION

---

Il est loisible d’imaginer que l’offre d’arguments ouverts à des justiciables depuis la Charte devant le juge administratif<sup>76</sup> conduit certains nouveaux acteurs à construire des stratégies contentieuses et concrètes, qui pourraient *faire leurs* des études de capacité. Pourtant, les temps dans lesquels on voit se dérouler un exercice de conciliation restent d’abord ceux bien en amont de toute intervention du juge : ce sont ceux de la conception d’une politique publique par des autorités publiques et celui de son application à l’échelle de territoires ou d’espaces *limités*, par des voies qui n’excluent pas le dialogue avec les professionnels et qui s’achèvent par des décrets ou des arrêtés permettant ou restreignant les usages économiques du milieu naturel ou l’affectant quantitativement ou qualitativement sur un plan écologique. Sont arbitrées ici par exemple les demandes de professionnels d’ouvrir des accès d’eaux vers les lagunes pour y augmenter phosphore et azote qui les rendent plus productives pour l’élevage conchylicole, professionnels, premiers demandeurs d’études de capacité, avec les Agences de l’eau en particulier, y compris maintenant sous forme de modèles mathématiques autorisant de simuler le devenir de la composition des lagunes<sup>77</sup> selon tel ou tel type d’actions ou de comportements et par là le devenir des exploitations humaines qui y sont installées...

Pour rare, le juge n’est pas forcément absent de ces enceintes de conciliation qu’il rattrape parfois à l’occasion d’une affaire où manifestement la conciliation n’a pas pris. Mais cela suppose que soit bien identifiée la présence d’une politique publique et des mesures la constituant (dont la conformité au développement durable fait débat et fera l’objet de l’exercice de conciliation tranché par le juge). Invité à se prononcer par la Chambre de commerce et d’industrie de Rouen et celle de Haute-Normandie et autres sur une conciliation qui se serait faite en défaveur d’intérêts économiques, le Conseil d’État en 2015<sup>78</sup> n’hésite pas à se recentrer sur des dispositions plus étroites de droit de l’environnement pour échapper au terrain de la méconnaissance de l’article 6 de la Charte et de l’article L. 110-1 du code de l’environnement, sur lesquels les requérants (la Chambre de commerce et d’industrie) souhaitent l’entraîner en évoquant une politique publique délibérée contraire au développement marchand de la zone classée. L’arrêt écarte l’exercice de conciliation, sans ambages, en son considérant 6 :

---

<sup>76</sup> TIFINE P., Droit administratif français – Deuxième Partie – Chapitre 1 – Section I, Chapitre 1 : Sources de la légalité administrative - Section I : La Constitution : *Revue générale du droit*, online, 2013, numéro 4336. ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4336](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4336)).

<sup>77</sup> Voir ici par exemple dans le projet CAPATHAU, Capacité trophique de la lagune de Thau dans un contexte d’atteinte de son « bon état écologique » les efforts de construction du modèle de capacité de charge GAMELAG – Conch demande par l’agence de l’eau, PETE R. Ifremer, Sète, 2018.

<sup>78</sup> CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 10 juin 2015, Chambre de commerce et d’industrie de Rouen, n° 371554.

Considérant que le décret attaqué portant classement de l'ensemble formé par la boucle de Roumare, méandre de la Seine le plus proche de Rouen, [...], n'a pas lui-même pour objet de définir une politique publique mais constitue une décision prise en application du régime de protection des monuments naturels et des sites, tel que défini par les articles L. 341-1 et suivants du code de l'environnement ; qu'il résulte de ce qui précède qu'eu égard à l'objet et la portée de ce décret, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 6 de la Charte de l'environnement ainsi que de celle de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, au motif que le classement du site entraverait les perspectives économiques de développement de la zone considérée, ne peut qu'être écarté.

Lorsque le temps du recours juridictionnel vient, la juridiction administrative manie avec habitude les contentieux portant sur les actes réglementaires de mise en œuvre des différents dispositifs de protection de l'environnement<sup>79</sup>, rattachés au droit des installations classées pour la protection de l'environnement formant le droit de l'environnement industriel (voir par exemple les jurisprudences nombreuses statuant sur les autorisations d'exploitation ou d'agrandissement d'élevage porcins dans le Finistère ou les Côtes d'Armor – Bretagne induisant des échouages d'ulves ou dites « algues vertes » provoquées par la pollution en nitrates des cours d'eau, ou la pollution des sols), et rattachés au droit de la protection de la faune, de la flore et des milieux naturels assimilables au droit de la conservation. Elle y sous utilise le matériau des capacités de charge, du moins elle ne l'exprime pas ou indirectement<sup>80</sup>, car elle dispose de critères parfois plus simples<sup>81</sup>. En sus de ces contentieux, elle est également amenée à contrôler que certains projets autorisés par l'administration et les mesures qui les accompagnent ne portent pas atteinte à l'environnement ou soient suffisantes pour le maintenir ou le restaurer (contribution à l'article 3 de la Charte de l'environnement exprimant le principe de la prévention, pour ce qui est des modalités pratiques de cette dernière<sup>82</sup>). Ici, si l'on veut bien admettre que l'information apportée par les études d'impacts n'est pas suffisante, alors la familiarisation avec l'analyse de capacité de charge nous paraît encore plus fondamentale et dans ses aspects les plus complets : les seuils à ne pas franchir pour l'aménagement du territoire

---

<sup>79</sup> Dossiers thématiques du Conseil d'État, *Le juge administratif et le droit de l'environnement*, 1<sup>er</sup> avril 2015, 22 p.

<sup>80</sup> CE, 17 juillet 2009, n°295078, SCEA de Henven, *op. cit.*

<sup>81</sup> Le juge a retenu dans l'arrêt du TA Lille, 22 juin 2006, FNE, n° 0502075, traitant d'une course dans une zone dunaire, que malgré « les nombreuses mesures préventives et compensatoires prescrites par l'arrêté contesté pour préserver l'environnement de telles mesures ne permettent pas, compte tenu du tracé adopté, de la nature de l'épreuve, du nombre de participants et du comportement habituel et prévisible des spectateurs durant cette période, d'éviter la dégradation de certaines zones dunaires remarquables et fragiles ». Ici encore, sans explicitement qualifier la notion de « capacité de charge », le juge adopte une attitude, en conformité avec celle-ci, prenant en considération les pressions cumulatives qui s'exerceront sur la dune, pour évaluer si manifestement la zone dunaire, espace fragile, sera dégradée par la course.

<sup>82</sup> Article 3- Charte de l'environnement de 2005, *op. cit.* : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Cet article est invocable par tout justiciable mais les juges posent qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, au pouvoir réglementaire et aux autres autorités administratives de déterminer, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions.

corrélés aux possibilités de développement, ce qui implique de limiter l'accueil d'activités (densités touristiques par exemple...) pour conserver un territoire écologiquement fonctionnel et son attractivité économique ; le maintien de l'écosystème en capacité de fournir des biens et des services ; la définition de droits d'exploitation en rapport avec la possibilité de renouvellement des espèces et l'occurrence de leur disparition. La combinaison de l'ensemble garantissant une conciliation plus juste.