

Alors que la notion de dommage écologique pur fait débat devant la Cour de cassation dans l'affaire de l'Erika, une proposition de loi déposée le 23 mai 2012 devant le Sénat conduirait à la création d'un nouvel article 1382-1 du code civil. Simple évolution ou vraie révolution ?

RESPONSABILITÉ CIVILE

Le préjudice écologique sur les fonds baptismaux



**VLADIMIR ROSTAN
D'ANCEZUNE**

avocat au barreau de Paris
et au Colegio de Abogados
de la Ciudad de Buenos Aires,
chargé d'enseignement
à l'Université Paris II – Assas,
cabinet HMN & Partners

Les dommages à la nature suscitent un intérêt tout particulier depuis que la société a pris conscience de ce que les atteintes à l'habitat de l'homme avaient un impact sur sa santé et son quotidien. Le dommage à la nature a tout d'abord été accueilli par le juge avant de connaître une véritable réflexion législative qui conduirait à consacrer la notion de préjudice écologique. Le 23 mai 2012, le Sénat s'est emparé de la question et une proposition de loi a été déposée pour reconnaître l'existence du préjudice écologique. Le texte prévoit la création d'un nouvel article 1382-1 du code civil, selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à l'environnement oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. La réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement par nature* ». Certains parlent d'une évolution du droit. N'ayons pas peur des mots, il s'agit là d'une véritable révolution si l'on s'interroge sur le titulaire de l'action en réparation et le sujet de droit ainsi protégé.

L'ÉMERGENCE DE LA NOTION

L'inclusion de cette catégorie de préjudice dans la palette des fondements de la responsabilité civile présage la création d'un contentieux environnemental abondant. La compréhension que se font les praticiens du "dommage à l'environnement" comme étant un préjudice écologique en dit long sur l'appropriation qui est faite par chacun de ce dommage. En effet, s'il est vrai que l'utilisation courante a eu tendance à les confondre, le vocabulaire juridique classique distingue "dommage" et "préjudice". Le dommage est le fait originaire de l'atteinte affectant la personne, alors que le préjudice est la conséquence de cette atteinte. Le droit français de la responsabilité civile étant guidé par la protection de la personne et des biens, le sens classique de "préjudice" renvoie à un dommage ressenti dans sa chair.

Transposée à la matière environnementale, la notion de préjudice écologique a pour effet d'approprier ce qui ne l'est pas, à savoir les *res nullius* (choses qui n'appartiennent à personne). Ces choses deviennent ainsi des biens communs. De *res nullius*, les composantes de l'environnement deviendraient donc des *res communes*, ou choses communes, au sens du droit romain. En effet, à la différence des *res nullius* qui n'ont pas de propriétaire mais sont susceptibles d'appropriation, les *res communes* sont quant à elles indisponibles. Cette propriété collective et inaliénable conduit à reconnaître à l'environnement une protection pour ses composantes. C'est bien là l'évolution de la protection de l'environnement.

Cette distinction entre *res nullius* et *res communes* n'est d'ailleurs pas étrangère à notre droit moderne, l'article 714 du code civil disposant qu'il « *est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». En passant de l'absence de maître à l'indisponibilité, les composantes de l'environnement acquièrent une protection importante. En effet, l'atteinte à une *res nullius* ne

En passant de l'absence de maître à l'indisponibilité, **les composantes de l'environnement acquièrent une protection importante**. En effet, l'atteinte à une *res nullius* ne pouvait conduire à une indemnisation faute de personne lésée. L'atteinte à une *res communes*, au contraire, doit aboutir à une réparation dont le titulaire est la collectivité nationale.

pouvait conduire à une indemnisation faute de personne lésée. L'atteinte à une *res communes*, au contraire, doit aboutir à une réparation dont le titulaire est la collectivité nationale.

LE PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE, DE LEGE LATA

A côté de l'évolution lente et spécifique du droit de l'environnement au travers du code qui lui est consacré, la sensibilisation de notre droit aux problématiques environnementales a connu un tournant au travers de l'entrée dans le bloc de constitutionnalité de la Charte de l'environnement en 2004. Cette "environnementalisation" du droit français s'est poursuivie en 2008 ⁽¹⁾ par la transposition de la directive n° 2004/35/CE du 21 avril 2004 ⁽²⁾ sur la responsabilité environnementale. Le sujet ici protégé est le biotope et ses composantes. Aux termes de l'article L. 162-2 du code de l'environnement, le titulaire de l'action en réparation du dommage causé à l'environnement est l'autorité administrative.

Le dommage écologique concerné par la loi de responsabilité environnementale est cependant limité. Il ne concerne que les dommages graves à l'environnement conformément à l'article L. 161-1 du code de l'environnement. Ce ne sont ainsi pas tous les dommages à l'environnement qui sont l'objet de réparation, mais uniquement les plus graves. Il s'agit des dommages qui créent un risque d'atteinte grave à la santé humaine du fait de la contamination des sols, résultant de l'introduction directe ou indirecte – en surface ou dans le sol – de substances, ceux qui affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux, ceux qui portent atteinte aux espèces et habitats naturels et, enfin, ceux qui portent atteinte aux fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats.

Sur le terrain jurisprudentiel, la cour d'appel de Paris a ensuite offert une consécration à la notion de préjudice écologique dans son arrêt du 30 mars 2010 considérant que ce préjudice résultait « d'une atteinte aux actifs environnementaux non marchands, réparables par équivalent monétaire » ⁽³⁾. La cour venait ici confirmer la décision rendue par les premiers juges qui avaient accueilli la notion de préjudice écologique en cas d'atteinte à l'environnement et ouvert la voie de l'action procédurale à certaines personnes ⁽⁴⁾. La notion de préjudice écologique était ainsi portée sur les fonts baptismaux du droit français.

Enfin, le 8 avril 2011, le Conseil constitutionnel a découvert un principe général selon lequel « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité » ⁽⁵⁾. La notion de préjudice écologique venait ici de trouver un parrain.

Si un cadre général de la responsabilité environnementale existe en droit français, celui-ci souffre encore de grandes limites.

Tout d'abord, l'atteinte à l'environnement ne connaît en droit civil qu'une emprise limitée. Il faut en effet que celui qui affirme avoir été victime d'une telle atteinte rapporte à la fois la preuve d'un dommage à ses biens ou sa personne, une faute de celui à l'égard duquel il porte son action et enfin un lien de causalité entre la faute et le dommage. Si cette exigence est conforme à la tradition française de l'action en responsabilité, celle-ci se heurte certainement à son inadaptation en matière de droit de l'environnement dont les composantes n'appartiennent à personne, mais au contraire à tous collectivement.

L'action en réparation et/ou indemnisation du dommage écologique pur a été ouverte aux collectivités territoriales et aux associations de protection de l'environnement, mais celle-ci est encore fermée aux

La réparation du dommage à l'environnement connaît une autre limitation au travers de la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale puisque ne sont concernées que les atteintes graves à l'environnement.

personnes physiques et aux personnes morales ne poursuivant pas un but de protection de l'environnement. Cette patrimonialisation de la responsabilité environnementale vient réduire significativement le champ potentiel de l'action en réparation.

Outre cette réduction du champ, la réparation du dommage à l'environnement connaît une autre limitation au travers de la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale puisque ne sont concernées que les atteintes graves à l'environnement. Les critères de détermination de ce seuil de gravité sont d'ailleurs difficiles à cerner, mais ils excluent du champ de protection toute une série d'atteintes qui détériorent notablement l'environnement.

LE PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE, DE LEGE FERANDA

La prospective juridique permet de dégager quelques tendances quant à la gravité de l'atteinte, la réparation du préjudice écologique et l'éventuelle création d'une assurance obligatoire.

L'EXIGENCE DE GRAVITÉ DE L'ATTEINTE

La modification du champ d'application matérielle envisagée par la proposition de loi sénatoriale du 23 mai 2012 est tout à fait considérable. En effet, au travers de la loi de responsabilité environnementale de 2008, l'article L. 161-1 du code de l'environnement retient que seuls sont concernés les dommages graves. Le projet d'article 1382-1 du code civil retient au contraire « tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à l'environnement [...] ». Aussi, « tout fait », et non plus seulement les plus graves, seront susceptibles de faire l'objet d'une action en réparation.

S'il était approuvé par le Parlement, ce nouvel article 1382-1 du code civil retiendrait un régime de responsabilité pour faute. Il ne suffira dès lors pas d'alléguer un dommage à l'environnement pour engager une action en réparation, mais il conviendra de rapporter la preuve de la faute de celui qui est actionné.

La jurisprudence aurait alors à choisir entre une appréciation *in concreto* de la faute qui aboutirait à analyser le comportement de l'auteur de l'atteinte et une appréciation *in abstracto* par référence au comportement normalement attendu et l'utilisation du référentiel du "bon père de famille". L'utilisation du concept du bon père de famille permettrait ainsi à la jurisprudence d'étendre le champ de responsabilité en évitant une analyse aussi détaillée qu'hasardeuse de chaque situation.

LA RÉPARATION

Traditionnellement, la méthode réparatoire retenue est celle de l'évaluation forfaitaire du dommage sans explication quant aux raisons de la somme allouée. C'est en procédant ainsi, et sans expliquer les critères d'évaluation, que le tribunal correctionnel de Paris a évalué à 300 000 € « le préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement » allégué par la Ligue pour la protection des oiseaux dans l'affaire *Erika*.

>>

La réparation en équivalent pécuniaire est tout à fait **inadaptée au dommage écologique**. En effet, elle conduit à donner artificiellement une valeur vénale à des biens environnementaux qui sont difficilement quantifiables par nature, lesquels remplissent par ailleurs une fonction écologique qu'il convient également de réparer en cas d'atteinte.

» Comme nous le verrons, la réparation en équivalent pécuniaire est tout à fait inadaptée au dommage écologique. En effet, elle conduit à donner artificiellement une valeur vénale à des biens environnementaux qui sont difficilement quantifiables par nature, lesquels remplissent par ailleurs une fonction écologique qu'il convient également de réparer en cas d'atteinte. La loi de responsabilité environnementale de 2008 a très justement exclu la réparation par équivalent monétaire.

Le projet d'article 1382-1 du code civil adopte la même position. Il retient que « la réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement par nature ». L'insertion de l'adverbe « prioritairement » s'explique certainement par la crainte de soustraire à l'obligation de réparation ceux des auteurs qui auraient définitivement détruit une composante de l'environnement, laquelle ne pourrait être réparée en nature. Dans cette hypothèse extrême, le responsable devra réparer par équivalent monétaire. Se posera alors la délicate question de la quantification du dommage. Cette question n'est pas seulement théorique si l'on pense à la découverte de papillons mutants autour de Fukushima au Japon, dès mai 2011, à la suite de l'accident nucléaire entraîné par le raz-de-marée de mars 2011. Les prélèvements avaient été effectués dans une dizaine de localités et jusqu'à plus de 200 kilomètres de distance de la centrale accidentée. Une étude japonaise menée par le professeur Joji M. Otaki a conclu que « les effets biologiques des radiations sur les organismes vivants pourraient entraîner des transformations de l'écosystème et causer des maladies chroniques »⁽⁶⁾. Ici, l'espèce originelle de papillon et sa fonction biologique ne pourront certainement pas être reconstituées. Une réparation par équivalent monétaire serait ainsi la seule option de dédommagement à retenir.

Il convient ici d'apporter une précision afin d'éviter toute confusion. En effet, tout dommage à la faune et/ou à la flore ne fera pas nécessairement l'objet d'une réparation en nature. Au nombre des risques environnementaux, figurent le préjudice écologique ou dommage écologique pur dont nous discutons, mais également les atteintes à l'environnement qui elles relèvent des articles 1134 (responsabilité contractuelle), 1382 (responsabilité pour faute), 1383 (responsabilité pour négligence ou imprudence) et 1384 (responsabilité du fait des choses et d'autrui) du code civil. La réparation par équivalent monétaire continuera d'être utilisée pour ces atteintes à l'environnement.

La réparation en nature est la remise en état et/ou réparation par équivalent en nature. Cette remise en état, seule, est parfois insuffisante et devra être complétée par des mesures additionnelles.

Envisageons par exemple la destruction d'abeilles dans un espace donné. Celle-ci a tout d'abord un impact immédiat sur l'espèce à laquelle elles appartiennent. Mais, elle provoque en outre un dérèglement dans la pollinisation des plantes sauvages et vivrières.

Ce désordre interrompt le fonctionnement normal de la chaîne alimentaire.

Si le retour à un état *ex ante* est parfois concevable pour le support directement affecté par le dommage écologique, il n'est souvent pas possible, s'agissant des équilibres écologiques, d'effacer les conséquences du dommage écologique intervenu entre sa date de survenance et le moment où la remise en état du support directement affecté aura produit ses effets.

Ainsi, pour un même dommage écologique, il conviendra d'envisager non seulement une remise en état de l'élément de l'environnement directement affecté par l'atteinte, mais également une réparation par équivalent des fonctions écologiques et des équilibres biologiques assurés par cet élément de l'environnement ou auxquels il contribue, et qui ont été atteints.

A la différence de la loi de responsabilité environnementale, le projet sénatorial ne précise pas la thérapeutique à retenir pour réparer le dommage écologique. Cela est bien regrettable, car il s'agit là d'un enjeu majeur quant au sens de la décision de la juridiction sur la réparation du dommage, mais aussi sur un plan pratique et financier. Pour appréhender ce que pourrait être la réparation par équivalent en nature de l'article 1382-1 du code civil, il y a lieu de se référer aux trois réparations envisagées par la loi de responsabilité environnementale à l'article L. 162-9 du code de l'environnement. La première méthode réparatoire est constituée des mesures de réparation dites primaires. Celles-ci ont pour objectif de ramener les ressources naturelles et leurs fonctions à leur état initial. Il s'agira ici de reconstituer la flore d'un espace donné. Si cette réparation est insuffisante, alors le deuxième niveau de réparation est celui des mesures de réparations complémentaires. Celles-ci doivent fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparables à celui qui aurait été fourni si le site avait été rétabli dans son état initial. C'est par exemple l'introduction d'une espèce génétique proche de celle détruite lorsqu'il n'est pas possible de repeupler le biotope avec celle-ci.

Notons un jugement du tribunal de grande instance de Digne-les-Bains du 21 mars 2012 qui, constatant l'existence d'un préjudice grave aux habitats et espèces, a condamné le responsable à prendre en charge le coût du suivi pendant cinq ans après la reconstitution effective de ces habitats par des botanistes.

Enfin, la dernière modalité de réparation en nature est celle de la "réparation compensatoire". Elle se concrétise par une compensation par équivalent en nature des fonctions écologiques perdues entre la survenance du dommage écologique et le moment où les réparations primaires et/ou complémentaires auront produit leurs effets et permis un retour à la situation *ex ante*.

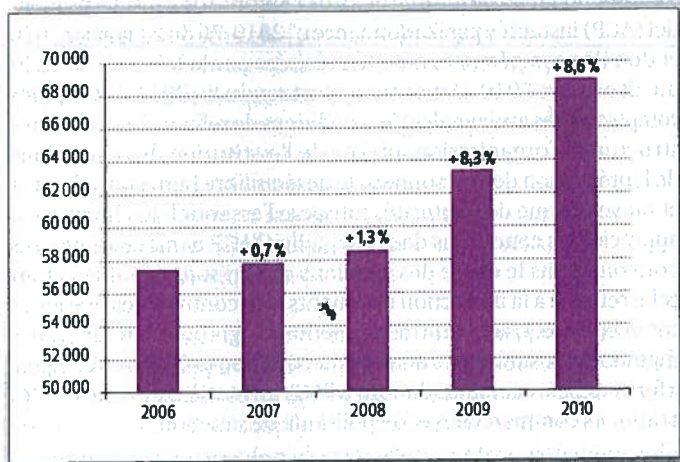
VERS UNE OBLIGATION GÉNÉRALE D'ASSURANCE

La directive de 2004 est silencieuse sur l'instauration d'une obligation d'assurance. Elle laisse le choix aux Etats membres entre une telle obligation et le recours à la garantie financière. La France

Seule l'assurance facultative offre des garanties aux personnes physiques et morales. Toutefois, l'absence d'obligation d'assurance laissera sur le chemin une foultitude de TPI, TPE ou PMI/PME qui sont pourtant en risque de causer un dommage écologique important.

ÉVOLUTION DU NOMBRE D'INFRACTIONS AU CODE DE L'ENVIRONNEMENT EN FRANCE

+ 20 % en France en cinq ans



Le non respect des règles administratives en tête

	2006	2007	2008	2009	2010
Toutes infractions confondues	57 470	57 858	58 585	63 422	68 903
Atteintes aux milieux ⁽¹⁾	5 770	8 282	12 713	12 169	11 345
Atteintes à la faune et à la flore	17 930	16 677	18 307	16 714	16 241
Nuisances	13 305	12 735	12 047	12 753	13 702
Santé publique	273	117	93	237	158
Règles administratives et préventives	19 916	19 573	15 116	21 462	27 371
Infractions non identifiées	276	474	309	87	86

(1) Il s'agit des milieux physiques comme l'eau et les milieux aquatiques, l'air et l'atmosphère.

Les infractions au droit de l'environnement sont classées en six grandes catégories : les atteintes aux milieux, la protection de la faune et la flore, les nuisances, la santé publique, le non-respect de règles administratives et/ou préventives et enfin les infractions non identifiées.

n'a pas choisi pour l'instant de prendre le chemin de l'obligation d'assurance. Cette absence de garantie obligatoire est le résultat d'une difficulté en l'état pour les pouvoirs publics d'appréhender les niveaux adéquats tant d'étendue des dommages à couvrir, que des plafonds de garantie et des franchises.

Il n'y a à ce stade pas le recul suffisant sur la sinistralité et les situations à couvrir sont diverses. Au-delà de dire que le risque de dommage écologique pur est un risque coûteux et particulièrement complexe à réparer, les pouvoirs publics ne sont pas en capacité à ce jour d'édicter des mesures efficaces.

En l'état, seule l'assurance facultative offre des garanties aux personnes physiques et morales. Toutefois, l'absence d'obligation d'assurance laissera sur le chemin une foulitude de TPI, TPE ou PMI/PME qui sont pourtant en risque de causer un dommage écologique important.

La même interrogation pourrait se poser avec les personnes physiques pour lesquelles la multiplication des "jardiniers du dimanche" utilisant à tort et à travers des produits phytosanitaires potentiellement très dangereux pour la faune et la flore avoisinantes s'ils sont utilisés de façon inadaptée en fréquence ou en quantité.

Le caractère récent de la notion de préjudice écologique et son utilisation encore limitée ne permettent pas d'apprécier concrètement l'impact de ce nouveau type de dommage juridiquement réparable. Il peut en revanche être fait un parallèle avec l'évolution des volumes d'infractions à la législation environnementale constatées. Si entre 2006 et 2008, le nombre d'infractions au droit de l'environnement enregistrées connaissait des variations peu importantes (+ 0,7 % entre 2006 et 2007 et + 1,3 % entre 2007 et 2008), entre 2008 et 2009, l'augmentation a été de 8,3 % et de 8,6 % entre 2009 et 2010 ⁽⁷⁾. Ceci conduit à une augmentation de près de 20 % des infractions constatées en cinq ans (voir ci-dessus). Ce qui paraît important de retenir de ces variations, c'est l'augmen-

tation des constatations. Il existe en effet une sensibilisation accrue des pouvoirs publics et des citoyens aux risques environnementaux. Le contentieux du préjudice écologique devrait ainsi connaître une croissance notable dans les années à venir. ■

(1) Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, *JORF* n° 0179 du 2 août 2008, p. 12361.

(2) Directive n° 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JO L 143* du 30 avril 2004, p. 56-75.

(3) Paris, 30 mars 2010, RG 08/02278.

(4) TGI Paris, 11^e ch. cor., 16 janvier 2008, JCP G 2008 II, n° 10053, note Prance B.

(5) Décision CC n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement], *JO* du 9 avril 2011, p. 6361.

(6) Atsuki Hiyama, Chiyo Nohara, Seira Kinjo, Wataru Taira, Shinichi Gima, Akira Tanahara, Joji M. Otaki, *The biological impacts of the Fukushima nuclear accident on the pale grass blue butterfly*, *Scientific Reports*, Volume : 2, Article number : 570, DOI : doi : 10.1038/srep00570

(7) Rapports annuels 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ).