

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité environnementale en droit européen

Thunis, Xavier

Published in:
D'urbanisme et d'environnement

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2015, La responsabilité environnementale en droit européen: matière à intégration(s). dans *D'urbanisme et d'environnement: Liber amicorum Francis Haumont*. Bruylant, Bruxelles, pp. 817-830.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE EN DROIT EUROPÉEN : MATIÈRE À INTÉGRATION(S)

Xavier THUNIS

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Namur

1. La protection de l'environnement par le droit de la responsabilité peut s'opérer de deux façons : soit par l'application du droit commun de la responsabilité civile dont les conditions et les concepts centraux sont réexaminés et, le cas échéant, assouplis, soit par la construction de régimes de responsabilité spécifiques à la matière environnementale. Ces deux types de réactions ne s'excluent pas. Ils sont concurrents et peuvent être concomitants. La responsabilité civile et la responsabilité environnementale ne sont apparues qu'assez tardivement dans la panoplie des instruments permettant de sanctionner et de prévenir les atteintes à l'environnement de façon globale. Certes, dès les années septante, des régimes spécifiques de responsabilité ont émergé. Responsabilité du producteur de déchets toxiques, responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire, responsabilité à raison du pompage d'eaux souterraines, responsabilité en matière d'OGM et demain en matière de gaz de schiste, autant de domaines restreints où la responsabilité – on n'y reconnaît pas toujours la responsabilité civile –, organise, souvent en instaurant une responsabilité sans faute, la réparation de dommages causés par une substance ou une activité dangereuses pour la santé ou l'environnement.

La Convention dite de Lugano (1) puis la directive européenne sur la responsabilité environnementale du 21 avril 2004 (2) sont des initiatives adoptant une perspective plus large : la responsabilité, civile ou environnementale, y est utilisée pour assurer la prévention et la réparation des préjudices qui peuvent résulter d'une activité dommageable pour la santé et les biens de l'homme, pour l'environnement ou pour certains de ses éléments.

(1) Convention du Conseil de l'Europe du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Sur ce texte de qualité, qui a été une source de réflexion pour la Commission européenne, voy. X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité. Réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le Livre vert concernant la réparation des dommages causés à l'environnement », *Amén.*, 1993, p. 216.

(2) Directive 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, *J.O.U.E.*, L. 143/56.

Dans le domaine de l'environnement, comme dans d'autres, le règne du *sui generis* se traduit par une mosaïque de règles éparses, mal connues et peu appliquées (3). La clarté n'est pas leur vertu première. La multiplication de régimes particuliers soulève des problèmes de délimitation et de coexistence avec le droit commun (4), parfois avec d'autres régimes spéciaux. La façon dont le législateur, national ou européen, organise le partage entre le droit existant et le nouveau régime qu'il entend mettre en place est une question cruciale.

2. La responsabilité est victime de son succès. À mesure qu'elle gagne en domaines d'application, elle perd en unité. Les réflexions qui suivent soulignent la nécessité d'intégrer les initiatives prises en ce domaine pour en assurer la cohérence et l'efficacité. Fait législatif majeur, la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale nous sert de fil conducteur. Si elle emprunte certains de ses concepts centraux à la responsabilité civile, elle relève d'abord de la police administrative (5). Malgré un titre prometteur, la directive reste un régime de responsabilité *sui generis* que les États ont généralement transposé par superposition aux régimes existants.

Après avoir souligné les difficultés d'intégrer la directive dans le paysage institutionnel européen, national et international (I), on en examine le fondement qui est le principe du pollueur-payeur. Puisque la directive l'adopte, elle devrait, à notre avis, en tirer les conséquences avec plus de cohérence (II). Le dommage environnemental est un concept central et original de la directive. Elle le définit de façon autonome et par catégories, ce qui aboutit à une fragmentation et à une « clôture » du dommage couvert (III). Il faut rappeler que la responsabilité environnementale n'est qu'une pièce d'un ensemble complexe. L'approche doit être systémique et faire le lien avec ce qui conditionne l'efficacité et la viabilité d'un régime de responsabilité : les assurances et les droits procéduraux dont l'accès à la justice (IV). Les choses évoluent : depuis l'affaire *Erika*, le droit commun retrouve de la vigueur et il y aura lieu de le concilier avec la responsabilité environnementale instaurée sur le plan européen (V).

Ces réflexions sont l'occasion de souligner en contrepoint les diverses significations que le concept d'intégration, porté par le développement

(3) La loi du 22 juillet 1974 sur les déchets toxiques, pourtant ancienne, a peu d'applications. Voy. Liège, 28 octobre 2008, *Amén.*, 2009/2, p. 134.

(4) Cass., 16 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, pp. 943 et s., obs. Ph. COENRAETS. La Cour de cassation a considéré que l'instauration d'un régime spécifique pour les dommages causés par des travaux exécutés dans la mine excluait l'application du droit commun. Comp. Cass., 4 mai 2012, *Amén.*, 2012, p. 258, rendu à propos des dommages provoqués par des prises et des pompages d'eau souterraine.

(5) Les commentateurs le soulignent. B. DUBUISSON et C. THIEBAUT, « La responsabilité environnementale. Entre responsabilité civile et mesures de police administrative », in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 138 et s. ; X. THUNIS, « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale », in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2006, pp. 34 et s.

durable, peut revêtir dans le domaine de la responsabilité. Le concept d'intégration est imprécis. Ceci nous laisse une liberté bienvenue pour rendre hommage au dédicataire de ces lignes.

**I. — LA DIRECTIVE DU 21 AVRIL 2004
SUR LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE :
UNE INTÉGRATION INSTITUTIONNELLE DÉLICATE**

3. Contrairement à ce que suggère son titre, la directive instaure un régime spécifique de responsabilité. Caractérisons-le brièvement en trois propositions.

1° Ce régime met aux prises un duo, l'exploitant responsable sur lequel pèse la responsabilité environnementale et l'autorité compétente, son interlocuteur privilégié, qui doit intervenir en cas de dommage environnemental ou de menace imminente de dommage à l'environnement. Les modalités d'intervention de cette autorité et les recours prévus contre les décisions et les mesures qu'elle prend relèvent du droit administratif. Il n'est pas exclu que la responsabilité civile intervienne dans un second temps, par exemple si l'exploitant conteste le caractère raisonnable ou l'imputation des coûts déboursés par l'autorité pour prévenir ou réparer le dommage.

2° La directive a fait le choix fondamental, débattu mais justifiable, d'organiser la prévention et la réparation du seul dommage environnemental, à l'exclusion de tous les autres dommages. Le quatorzième considérant précise que les dommages corporels, les dommages aux biens privés, comme les pertes économiques échappent à son domaine. Il n'est donc pas possible d'obtenir, en vertu de la directive ou des textes la transposant, l'indemnisation des pertes d'exploitation et du manque à gagner résultant d'une pollution (art. 3, § 3 de la directive).

3° L'exclusion des dommages dits traditionnels du champ d'application de la directive se couple à une définition autonome et très précise du dommage environnemental, plus exactement de trois catégories de dommages qualifiés d'environnementaux : les dommages causés aux espèces et habitats protégés, les dommages affectant les eaux et les dommages affectant les sols (pour plus de détails, art. 2, 1).

4. La directive instaure un régime supplémentaire. Le terrain est déjà largement occupé par les régimes nationaux de responsabilité civile et de police administrative ainsi que par l'acquis communautaire. Il faut donc veiller à la conciliation du neuf et de l'ancien, à la délimitation et à la cohérence des régimes juridiques tout en donnant une plus grande efficacité à la législation en place. Autrement dit, en jargon doctrinal : « Articuler ». Il est beaucoup question actuellement, en doctrine française, de l'articulation du régime spécifique prévu par la directive avec un nouveau droit commun du préjudice écologique, à la suite de la retentissante affaire *Erika*. Attachons-nous

d'abord à la façon dont la directive s'intègre dans le contexte institutionnel existant.

A. – Intégration et subsidiarité

5. Dans l'exercice de ses compétences, l'Union européenne est soumise au principe de subsidiarité. Selon l'article 5, § 3 TUE,

« En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union » (6).

En théorie, le principe de subsidiarité vise à une distribution optimale des compétences en fonction du niveau d'intervention requis. En pratique, son côté défensif domine. Il oblige l'Union à justifier spécifiquement son intervention « en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée ».

Les arguments invoqués pour justifier l'action de l'Union se retrouvent dans le Livre blanc précédant la directive (7). Ils sont classiques. Un système harmonisé peut être un facteur d'intégration du marché européen et réduire les distorsions anticoncurrentielles résultant de régimes de responsabilité divergents. De plus, les différents systèmes des États membres ne permettent pas de couvrir tous les aspects des dommages environnementaux qui sont souvent transfrontaliers. Une intervention de l'Union en matière de responsabilité ne pourrait-elle porter que sur les dommages transfrontaliers pour des raisons de subsidiarité ? Ce point de vue était, à l'époque, contesté par la Commission européenne selon laquelle cette limitation laisserait subsister « une grave lacune en ce qui concerne la responsabilité des dommages causés à la biodiversité, étant donné que ceux-ci ne sont pas encore couverts dans la plupart des États membres » (8).

6. Ce débat met en évidence diverses facettes de l'intégration. Dans la perspective d'un marché unifié, l'intégration est invoquée pour justifier la réduction des divergences législatives et réglementaires et harmoniser les conditions de la concurrence. À l'inverse, l'intégration d'objectifs environnementaux à la politique de concurrence permet d'éviter les conséquences préjudiciables d'une application trop brutale de la libre circulation des marchandises (9).

(6) J. JANS et H. VEDDER, *European Environmental Law*, Groninge, Europa Law Publishing, 2012, p. 14. Sur l'ensemble de la question, voy. F. DELPÉREÉ (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002.

(7) Livre blanc sur la responsabilité environnementale, COM(2000) 66 final, du 9 février 2000, p. 12.

(8) Pt 5.2 du Livre blanc. Sur la conformité des régimes européens de conservation de la nature au regard du principe de subsidiarité, voy. N. DE SADELEER et C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 470-472.

(9) S. KINGSTON, « Integrating Environmental Protection and EU Competition Law : Why Competition Isn't Special », *European Law Journal*, 2010, p. 780.

L'intégration visée peut aussi être institutionnelle. Le principe de subsidiarité peut y contribuer : il contraint les autorités européennes à expliquer en quoi leur initiative ne répète pas ce que les États font ou peuvent faire de façon aussi efficace et en quoi elle apporte une plus-value dans le domaine d'intervention projeté. Le préambule de la directive le souligne dans le troisième considérant selon lequel :

« l'établissement d'un cadre commun pour la prévention et la réparation des dommages environnementaux, à un coût raisonnable pour la société, ne pouvait pas être réalisé de manière suffisante par les États membres ».

Ce considérant ajoute que l'établissement de ce cadre commun peut être mieux réalisé au niveau européen : la directive sur la responsabilité environnementale complète le dispositif existant en matière de conservation de la nature (directives 79/409/CEE et 92/43/CEE) et de protection des eaux (directive-cadre 2000/60/CE). C'est ce que les informaticiens appellent la technique du « chaînage arrière ». L'intégration de la directive se mesure donc, aussi en droit européen, à la synergie qu'elle présente avec des initiatives existantes dont elle conditionne ou renforce l'efficacité. Comme on le verra, ce souci de synergie s'exprime dans la définition des dommages couverts par la directive, ce qui a un effet moins heureux, la complexité du système mis en place.

B. – Transposition : un risque de dispersion et d'hétérogénéité

7. Le caractère hybride de la directive, à mi-chemin du droit de la responsabilité et de la police administrative, a des conséquences qui peuvent être surprenantes quand il s'agit de passer à la transposition en droit interne (10). Le droit de la responsabilité civile relève toujours de la compétence fédérale mais les Régions sont compétentes pour édicter les mesures de police administrative en matière de protection de l'environnement (11). La transposition de la directive a donc incombé pour une bonne part aux Régions.

Transposition laborieuse car la directive, si elle n'instaure pas un régime général de responsabilité environnementale, est tout de même multisectorielle. Ceci a obligé le législateur régional à multiplier les actes de transposition et à modifier des textes – Code wallon de l'environnement ou décret flamand du 5 avril 1995 relatif à la politique de l'environnement – qui ont pourtant vocation à une certaine stabilité (12). Au niveau fédéral, la directive

(10) Sur l'ensemble de la question, voy. F. TULKENS, « La confrontation de la directive à la répartition des compétences en droit belge », in *La responsabilité environnementale*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 73 et s.

(11) Voy. l'affaire *OVAM* tranchée par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 58/94 du 14 juillet 1994 (*Amén.*, 1994, pp. 262 et s., obs. X. THUNIS ; *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1995, n° 4, pp. 312 et s., obs. H. BOCKEN). Voy. aussi Conseil d'État, avis L 36.279/4 du 28 janvier 2004, pp. 62 et s.

(12) En Région wallonne, la transposition de la directive résulte d'un décret du 22 novembre 2007 modifiant le Livre I^{er} du Code de l'environnement. Il doit être combiné avec une Circulaire du 6 mars 2008 relative à la mise en œuvre du régime de responsabilité environnementale

a été transposée par divers textes spécifiques, concernant les OGM, le milieu marin mais aussi la prescription civile. Le législateur fédéral gardant une compétence de principe en responsabilité, il a transposé les dispositions de la directive relatives à la prescription des actions en prévention et en réparation en insérant dans le Code civil un article 2277ter. Il est donc curieux de retrouver, dans les décrets régionaux de transposition, des dispositions relatives aux délais de prescription qui s'appliquent à l'action en recouvrement des coûts contre l'exploitant ou un tiers (13).

Il est possible que la Commission européenne se décide un jour à prendre une initiative en matière d'assurances de responsabilité environnementale. Il serait évidemment regrettable que le droit belge des assurances subisse un écartèlement entre le droit fédéral et le droit régional lors de l'opération de transposition.

8. Bien qu'elle soit riche en dispositions très détaillées qui lui donnent un tour réglementaire, la directive est une directive-cadre (*sic*). Elle laisse aux États des zones de liberté sur des questions pourtant essentielles, comme la possibilité pour les exploitants d'invoquer le respect d'une autorisation administrative ou le risque de développement à titre de cause exonératoire. Ces divergences de transposition entraînent une hétérogénéité des mesures législatives contraires à l'objectif d'intégration initial (14).

C. – Activités couvertes par certaines conventions internationales : des exclusions à revoir

9. La directive a délimité son champ d'application au regard de conventions internationales réglant des activités qui, à première vue, pouvaient avoir les mêmes conséquences pour l'environnement que celles régies par la directive. Sont notamment exclus les dommages et les risques de dommages environnementaux résultant d'une activité couverte par les conventions sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ou sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

Ainsi qu'on l'a justement observé,

« la logique aurait sans conteste commandé de laisser place à une application cumulative entre ces régimes particuliers de responsabilité civile et la responsabilité environnementale, compte tenu de la nature particulière de cette dernière et de la spécificité du dommage qu'elle entend appréhender » (15).

(Mon. b. du 11 juin 2008). En Flandre, la directive a été transposée par deux décrets, l'un du 20 octobre 2006 complétant le décret sol, l'autre du 21 décembre 2007 complétant le décret du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement.

(13) B. DUBUISSON et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 204, n° 68.

(14) Comme le reconnaît clairement la Commission européenne, dans son Rapport du 12 octobre 2010, présenté conformément à l'article 14, § 2 de la directive, COM(2010) final, part. p. 4 et p. 13. Voy. aussi les propositions d'amélioration in *Study on ELD Effectiveness : Scope and Exceptions Final Report*, 19 février 2014, p. 24 (résumé).

(15) B. DUBUISSON et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 165, n° 27.

Un rapport récent se prononce en faveur d'une suppression des exclusions pour une série de raisons qui nous semblent convaincantes (16). L'une des raisons principales est que les conventions internationales mentionnées n'instaurent pas de responsabilité pour le préjudice écologique pur dont l'indemnisation était au cœur de l'arrêt *Erika*, avec toutes les difficultés que l'on sait (17). Les conventions n'incluent pas non plus de réparation primaire, complémentaire ou compensatoire. Cette hiérarchie des modes de réparation est un apport important de la directive et a stimulé la recherche de méthodes d'évaluation et de réparation du dommage environnemental.

Du point de vue de l'intégration institutionnelle, on soulignera que tous les États membres n'ont pas signé ou ratifié certaines des conventions en question, ce qui conduit à des divergences dans le niveau de responsabilité applicable au sein de l'Union européenne.

II. – LE PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR : TROP OU TROP PEU ?

10. La directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale indique dans son deuxième considérant, qu'«[il] convient de mettre en œuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe “pollueur-payeur” inscrit dans le traité, et conformément au principe du développement durable... ». Ce faisant, elle consacre sur le plan juridique un principe dont le contenu n'est pas univoque et dont la fonction première n'était pas d'assurer la réparation des dommages environnementaux (18).

Le principe du pollueur-payeur se rattache à la théorie des externalités (19). Celle-ci ne consacre toutefois pas le principe en tant que tel et n'implique pas l'imputation automatique des coûts d'une nuisance à celui qui la cause. Il n'est pas exclu qu'une situation de pollué-payeur soit économiquement optimale (20).

L'intégration du principe dans les programmes d'action européen l'a transformé. Il a été invoqué pour réduire la pollution, promouvoir les technologies propres et l'adoption d'instruments économiques efficaces, dont la mise en place d'un système de responsabilité pour les dommages causés à

(16) *Study on ELD Effectiveness : Scope and Exceptions Final Report, op. cit.*, p. 20.

(17) Nous utilisons indifféremment l'expression « dommage environnemental » qui est celle de la directive et « préjudice écologique (pur) ». Cette dernière expression est sans doute préférable quand on envisage l'application du droit de la responsabilité civile aux atteintes à l'environnement.

(18) Ceci a déjà été souligné à maintes reprises. Pour une synthèse, voy. X. THUNIS, « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », in S. LEYENS et A. DE HEERING (eds), *Stratégies de développement durable*, Namur, PUN, Coll. *Autres futurs*, 2010, p. 169.

(19) A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Mac Millan, 1958 ; P. BONTEMPS et G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, Paris, éd. La Découverte, 2008, pp. 18 et s.

(20) B. BÜRGENMEIER, *Politiques économiques du développement durable*, Bruxelles, de Boeck, 2008, p. 71.

l'environnement (21). Le plaidoyer pour les instruments économiques atteint son apogée dans le cinquième programme d'action adopté en 1993. Selon celui-ci,

« en "internalisant" les coûts écologiques externes, ces instruments (mesures économiques et fiscales, recours à la responsabilité civile, etc.) visent à inciter les producteurs et les consommateurs à utiliser les ressources naturelles d'une manière responsable, à éviter de polluer et de produire des déchets » (22).

L'internalisation des externalités négatives reste un objectif classique. Ce qui l'est moins, c'est d'élargir la gamme des instruments économiques au point d'y inclure la responsabilité civile.

11. D'un point de vue économique, la responsabilité civile peut être considérée comme un outil d'internalisation. Elle ne se résume toutefois ni à une taxe, ni à la recherche d'un payeur. Certes, le principe du pollueur-payeur conforte la responsabilité dans sa fonction d'indemnisation et d'imputation des dommages mais il s'agit là d'une reconstruction rétrospective. Avec le pollueur-payeur s'opère un changement fondamental : l'accent est mis sur l'émetteur – l'exploitant au sens de la directive –, qui supporte un coût, non sur la victime qu'il faut indemniser. Par le coût qu'il impose à l'agent pollueur, le principe ou plutôt les textes qu'il inspire peuvent avoir un effet préventif de même que la responsabilité civile, par la réparation qu'elle impose, peut inciter la partie sanctionnée et, à travers elle, l'ensemble des agents concernés à prendre les mesures adéquates pour éviter la répétition du dommage.

12. On sait que la directive fait prévaloir l'objectif de prévention sur celui de la réparation des dommages environnementaux. On sait aussi que le principe du pollueur-payeur ne peut être dissocié du principe de prévention auquel il est associé dans l'article 191.2 TFUE. Qu'un régime de police administrative puisse surgir de ce principe laisse tout de même songeur.

Pourquoi le législateur européen a-t-il tiré si peu de conséquences d'un principe qu'il porte si haut ? Alors qu'elle se base sur le principe du pollueur-payeur, la directive prévoit, dans un article 3 touffu, deux régimes de responsabilité distincts, tantôt sans faute, tantôt pour faute en fonction de l'activité professionnelle de l'exploitant – dangereuse ou non – et du type d'élément naturel affecté par l'activité en cause. Si l'on prend le principe du pollueur-payeur au sérieux *et si* l'on considère qu'une responsabilité sans faute en est le corollaire, on ne voit aucune raison de ne pas opter pour un régime unique, celui de la responsabilité sans faute. Dans la même perspective, on devrait envisager de supprimer la possibilité pour les États de prévoir des exceptions en faveur de l'exploitant pour respect de l'autorisation d'exploiter et pour risque de développement. Il s'ensuivrait une harmonisation « par le haut », conforme à l'exigence d'un niveau élevé de

(21) Sur l'évolution de la signification du principe dans les programmes d'action successifs, voy. X. THUNIS, « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », *op. cit.*, p. 171.

(22) « Vers un développement soutenable » *J.O.C.E.*, C-138 du 17 mai 1993, p. 16, n° 31.

protection dans toute l'Union européenne. Cela éviterait les distorsions de régime d'un État à l'autre et permettrait une harmonisation des conditions d'assurance au sein de l'Union européenne (23).

13. Selon l'article 11 TFUE,

« Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

Le principe d'intégration sonne comme un rappel. Les politiques et actions de l'Union sont invitées à mieux tenir compte des contraintes et valeurs environnementales, sans qu'on discerne toujours avec quelle intensité cette invitation s'adresse aux autorités compétentes. En matière de responsabilité environnementale, le mouvement est inverse : l'ensemble intégrant est la responsabilité environnementale qui se trouve investie par un principe d'imputation des coûts. Dans un processus d'intégration, l'élément qui s'intègre peut amener, si l'intégration joue son rôle, des modifications dans l'ensemble intégrant. Il y a des limites. Un tourisme vert reste du tourisme, une responsabilité environnementale fondée sur le pollueur-payeur devrait rester de la responsabilité.

**III. – DES DOMMAGES DÉFINIS DE FAÇON AUTONOME :
AU RISQUE DE LA FRAGMENTATION ET DE LA CONTRADICTION**

14. Il est significatif que la directive n'utilise pas l'expression « responsabilité civile » pour désigner le régime qu'elle met en place. Elle définit soigneusement le dommage, le dommage environnemental et ses modes de réparation. Par « dommages », au sens de la directive, il y a lieu d'entendre une modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte. La directive précise la notion de « dommages environnementaux » en y distinguant les dommages causés aux espèces et habitats protégés, les dommages affectant les eaux et les dommages affectant les sols (art. 2, 1), de la directive) (24), avec un luxe de détails qui contraste avec le silence du Code civil sur la définition du dommage. On a parlé de façon heureuse d'une « approche normative du dommage réparable » (25). L'essentiel de notre point de vue est que la directive définit les notions de « dommage » et de « dommage environnemental » de façon autonome en les reliant, comme on l'a souligné plus haut,

(23) Soyons honnêtes : le secteur des assurances ne manifesterait sans doute pas beaucoup d'enthousiasme pour cet alourdissement du sort de l'exploitant comme le montre la réaction de *Insurance Europe* (15 mai 2014) aux propositions contenues dans *Study on ELD Effectiveness : Scope and Exceptions Final Report*, 19 février 2014.

(24) Nous ne pouvons présenter cette question de façon complète. Pour plus de détails, N. DE SADELEER, « La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres ? », in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *op. cit.*, p. 745, n° 15.

(25) B. DUBUISSON et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 176, n° 41.

à des dispositions existantes auxquelles elle donne un effet opérationnel. Les eaux et les espèces et habitats naturels sont identifiés par référence aux directives 2000/60/CEE (« la directive-cadre “eau” ») et 79/409/CEE et 92/43/CEE (« les directives “oiseaux” et “habitats” »).

15. Contrairement à la Convention de Lugano, la directive n'utilise pas la technique de la responsabilité civile et ne vise pas les atteintes à l'environnement de façon globale. Elle vise des atteintes à des éléments ou des ressources naturelles ayant, en droit européen, une définition spécifique (26). Cette façon de définir le dommage environnemental et de le subdiviser en catégories correspondant à l'acquis communautaire, avec des seuils de gravité propres, a des inconvénients. Faute de définition, les lacunes apparaissent en fonction des cas de pollution qui font l'actualité. Pourquoi ne pas inclure les dommages à l'environnement marin ou à l'air ? Plus grave, cette technique rend la détermination du champ d'application de la directive opaque. Il en va de même de son régime puisque celui-ci peut varier en fonction du type d'activité et de l'élément naturel endommagé.

Cette clôture du droit européen est regrettable car elle empêche la participation du citoyen à la protection des biens communs pollués qui n'ont cure de ces classifications hermétiques. En réalité, ce n'est pas un régime *sui generis* que la directive instaure mais plusieurs sous-régimes spéciaux. On voit d'ailleurs apparaître des études savantes sur la responsabilité applicable à la pollution de telle ou telle ressource naturelle (27).

16. Les rédacteurs de la directive ont perçu les possibilités et les risques d'une combinaison des régimes, spécifiques et de droit commun. Les personnes qui subissent une atteinte à leurs biens personnels doivent se fonder sur d'autres régimes que celui de la directive. L'article 16.2 permet aux États membres de prendre « les dispositions appropriées, notamment l'interdiction du double recouvrement des coûts, lorsqu'un double recouvrement pourrait avoir lieu à la suite d'actions concurrentes menées par une autorité compétente en application de la présente directive et par une personne dont les biens sont affectés par les dommages environnementaux ». La directive laisse aux États membres le soin de trouver une solution et semble partir du présupposé que la distinction entre le dommage environnemental et le dommage traditionnel est nette. Le dommage environnemental pur est-il si fréquent (28) ? Certes, on peut penser à la disparition d'une espèce ou à la pollution d'un site protégé. Mais en pratique, une pollution ne causera-t-elle

(26) Pour N. DE SADELEER (*op. cit.*, p. 744), « le dommage environnemental prend la forme d'une poupée gigogne ».

(27) Voy., par ex., A. ABERRAMDANE, « La responsabilité du fait de la violation des normes de l'Union européenne en matière de qualité de l'eau », *Revue de l'Union européenne*, janvier 2015, p. 23. L'auteur regrette le manque de clarté et d'harmonisation du droit européen en la matière.

(28) V. REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Paris, Defrénois, 2010, p. 13. On peut noter que le concept, novateur, de service lié à une ressource naturelle (art. 2.2 et 2.13 de la directive) reste, dans une certaine mesure, anthropocentrique.

pas souvent un dommage mixte, à l'environnement et, par répercussion, aux personnes qui en bénéficient ? Supposons qu'un dommage environnemental, au sens de la directive, se double d'une atteinte à des intérêts privés : une pollution de l'eau détruit une espèce et cause des pertes économiques pour les pêcheurs ou les hôteliers. Ce dommage hybride peut être soumis aux règles de la responsabilité civile classique et de la responsabilité environnementale. L'imputation du dommage réparable en droit commun peut différer sur des points importants de l'imputation des coûts de prévention et de réparation selon la responsabilité environnementale. L'article 8.4 de la directive prévoit une possibilité pour les États d'exonérer l'exploitant en cas de respect du permis qui lui a été délivré. Cette solution marque un retrait par rapport au droit commun, la conformité aux lois, règlements et autres permis n'étant pas automatiquement exonératoire de toute responsabilité civile. On imagine mal un juge absoudre l'exploitant par application des textes transposant la directive et le déclarer responsable par application du droit commun. Il y aura sans doute plus d'une juridiction appelée à connaître de ce genre de problème. L'exploitant pourrait être assigné devant des juridictions différentes, l'une saisie de la réparation d'un dommage réparable selon le droit civil, l'autre du dommage écologique selon des règles de police, chaque juridiction ayant à apprécier l'existence d'une faute ou d'une cause d'exonération. Des décisions contradictoires ne sont donc pas à exclure. Ce genre de problème peut se présenter d'autant plus facilement que des notions définies par la directive, comme celle d'exploitant, se superposent au moins partiellement avec des notions du droit civil comme le gardien de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil. Le sort de ce gardien est peu enviable en droit belge puisque sa responsabilité civile peut être engagée alors que son activité n'a pas contribué à la pollution du bien sous sa garde, due à l'activité industrielle des exploitants antérieurs. Ce régime jurisprudentiel, plus sévère que celui qui pèse sur l'exploitant visé par la directive, ne paraît pas conforme au principe du pollueur-payeur tel qu'il est envisagé par la directive (29).

IV. – LA PARTIE ET LE TOUT

17. La responsabilité environnementale est une pièce dans un puzzle constitué des instruments prévenant et réparant les atteintes à l'environnement ; parmi ceux-ci les assurances, dont le lien avec la responsabilité, civile ou

(29) X. THUNIS, « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale », *op. cit.*, pp. 56 et s. L'hypothèse visée se rencontre en jurisprudence nationale mais aussi dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne appelée à interpréter les concepts fondamentaux de la directive. Un arrêt du 4 mars 2015, rendu sur question préjudicielle posée par le Conseil d'État italien (aff. C-534/13), montre la distinction entre le gardien au sens du droit belge et l'exploitant au sens de la directive dans une affaire où les propriétaires de terrains, contaminés par les activités d'exploitants antérieurs, se voyaient interpellés par les autorités italiennes alors qu'ils étaient simples « propriétaires-gardiens » et qu'il n'y avait pas de lien causal entre leur activité et la pollution historique dont les autorités italiennes entendaient imputer les coûts.

environnementale, est devenu un lieu commun. Il faut aussi mettre en évidence qu'un régime de responsabilité efficace passe par des droits procéduraux, droit de savoir et droit d'agir. On se limite à souligner la nécessaire coopération de ces instruments et leur synergie possible.

A. – Les assurances

18. La couverture du risque environnemental par des professionnels, banques émettrices de garanties financières ou compagnies d'assurances, est un complément obligé de la responsabilité environnementale. Leur concours est indispensable pour assurer un remboursement, le cas échéant plafonné, des coûts liés à la prévention et à la réparation du dommage environnemental et pour favoriser une sélection rigoureuse des risques environnementaux. Malgré l'importance de la question, la directive ne prévoit pas de garantie financière obligatoire. Conformément à l'article 14, § 2, la Commission a présenté en 2010 un rapport sur la disponibilité, à un coût raisonnable, des assurances et autres formes de garantie financière couvrant les activités visées à l'annexe III. Ce rapport est décevant. Il se contente d'acter certaines évolutions du marché des assurances et des garanties tout en reconnaissant un manque d'information sur les capacités du secteur des assurances et un manque d'expérience pratique pour introduire un système harmonisé de garantie financière (30). Les choses évolueront sans doute, surtout si le recours à la responsabilité civile se fait plus fréquent grâce à un élargissement de l'accès à la justice ou à l'intégration dans le Code civil de la réparation du préjudice écologique (*infra*, n^{os} 19 et 20).

L'harmonisation des assurances et des garanties financières se ferait plus facilement si le champ d'application de la directive était plus clair et si les causes d'exonération dont peuvent se prévaloir les exploitants étaient harmonisées, vers le bas ou, ce qui est plus conforme à l'objectif d'un niveau de protection élevé, vers le haut.

B. – Droits procéduraux

19. La protection d'un patrimoine collectif dépend de la vigilance procédurale des citoyens et des groupements ayant pour objectif la protection de l'environnement. La reconnaissance d'un droit d'agir est une condition indispensable de l'efficacité d'un système de responsabilité, civile ou environnementale, fondée ou non sur la faute. Si le préjudice écologique est resté si rare en jurisprudence belge, c'est parce que d'un point de vue processuel, la Cour de cassation a limité drastiquement, depuis l'arrêt *Eikendael*, la recevabilité des actions en réparation intentées par les associations de protection de l'environnement. La Cour a toutefois assoupli sa jurisprudence de façon significative dans un arrêt du 11 juin 2013, sous l'influence de la

(30) Rapport du 12 octobre 2010, présenté conformément à l'article 14, § 2 de la directive, COM(2010) final, part., pp. 9 et 12.

Convention d'Aarhus (31), ce qui pourrait entraîner un regain des procès en responsabilité civile devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

La Convention de Lugano du 21 juin 1993 a anticipé sur bien des points la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998. Dans son article 18, elle reconnaît un droit d'action à « toute association ou fondation qui, conformément à ses statuts, a pour objet la protection de l'environnement et qui satisfait à toute autre condition supplémentaire imposée par le droit interne de la partie où la demande est faite... ». Il est remarquable de voir affirmés dans un même texte un régime de responsabilité original et le droit procédural qui permet sa mise en mouvement.

La Convention d'Aarhus fait également sentir son influence dans la directive, en particulier dans l'article 12. Le mécanisme de la demande d'action consacré par cette disposition est original. Ce mécanisme permet au public, témoin d'un dommage environnemental, d'interpeller l'autorité compétente afin qu'elle prenne les mesures qui relèvent de sa compétence. En outre, la directive met en œuvre divers mécanismes traditionnels de consultation du public et ouvre un large accès à la justice (art. 13) (32).

La directive a intégré les droits procéduraux dans le bon sens du terme, elle en tient compte. Au niveau du droit d'action comme du droit substantiel, il s'agit toutefois d'éviter la prolifération de demandes précontentieuses et de recours administratifs ou judiciaires. Si elle n'est pas maîtrisée, la multiplication des portes d'accès peut égarer le justiciable dans un labyrinthe procédural (33).

V. – ATTEINTE AUX BIENS COMMUNS, COMPÉTENCE DU DROIT COMMUN

20. On s'est longtemps plu à souligner l'insuffisance de la responsabilité civile en matière de préjudice écologique. Centrée sur la compensation d'un dommage personnel, on la disait, non sans raison, inadaptée pour compenser, réparer et prévenir un préjudice écologique pur. Les choses ont changé. Depuis le célèbre arrêt *Erika*, rendu par la Cour de cassation française le 25 septembre 2012 (34) qui consacre en termes mesurés le préjudice écologique *comme tel*, la responsabilité civile devient un acteur avec lequel il faut

(31) Cass. 11 juin 2013, *T.M.R.* 2013, p. 392, note P. LEFRANC, « De Eikendael-doctrine moet wijken voor de Aarhus-doctrine ». La Cour de cassation était très restrictive depuis son arrêt du 19 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 338 (arrêt *Eikendael*).

(32) Pour une analyse détaillée, voy. G. PLÜCKE, « Processus de participation citoyenne : demande d'action, consultations et recours », in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 209.

(33) Voy., à ce sujet, les réflexions de F. OST, « Les référés en matière d'environnement d'urbanisme : carrefour ou labyrinthe ? » *Amén.*, 1993, p. 44.

(34) Cet arrêt juridiquement audacieux et, à notre avis, politiquement nécessaire sur le plan judiciaire, a donné lieu à de nombreux commentaires. Il n'est pas anodin qu'il soit largement commenté dans des revues de droit civil (voy., e.a., P. JOURDAIN, *RTDciv.*, 2013/1, p. 119).

compter non seulement pour réparer les dommages dits traditionnels mais aussi pour régler le sort des dommages environnementaux que la directive traite par un régime spécifique.

L'arrêt *Erika* a entraîné, dans la communauté juridique française, des travaux, des débats et des propositions visant à modifier le Code civil pour y insérer un nouveau régime de réparation du préjudice écologique (35).

Forçons le trait pour faire bref. Malgré des avancées certaines concernant la définition du dommage environnemental et les modalités de sa réparation, la directive n'est pas un succès. Légiférant par référence, elle intéresse un cercle d'experts restreint. Elle est un texte de police parmi d'autres, gonflé d'annexes, s'adressant, dans un jargon ésotérique, aux autorités compétentes et non à la société civile. C'est, à notre avis, une erreur quand on voit à quel point les dernières pollutions marines, dues la plupart du temps à des politiques de rentabilité, ont soulevé l'indignation collective. Un droit spécial ne suffit pas. Il n'est pas à la mesure de la valeur symbolique des biens souillés ou détruits. L'environnement fait partie du patrimoine commun d'une collectivité. Au droit commun de fournir une réponse à la mesure des enjeux politiques et juridiques soulevés.

Même intégré dans le Code civil, un nouveau régime de responsabilité ou d'indemnisation devra tenir compte et s'inspirer de la responsabilité environnementale pour former un nouvel ensemble de textes, lisibles, cohérents et plus concis. Il devrait être possible de les apprendre par cœur.

(35) Pour une synthèse de ces travaux, G.J. MARTIN, « L'entrée de la réparation du préjudice écologique dans le Code civil : les projets en droit français », *R.G.A.R.*, 2014, p. 15063. *Adde* le remarquable ouvrage interdisciplinaire dirigé par L. NEYRET et G.J. MARTIN, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, 2012. Cette nomenclature a été utilisée par la Cour d'appel de Nouméa dans un arrêt du 25 février 2014, *D.*, 2014, p. 669.