

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE ET FINANCIER

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE EN PRATIQUE

APCEF

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE EN PRATIQUE

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER
COMMISSION « PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE »

2019,
Commission présidée par Monsieur le professeur Laurent NEYRET
Rapporteur général : Madame Aude-Solveig EPSTEIN

Collection dirigée par Mikaël Ouaniche, Expert près la Cour d'appel de Paris

À propos de l'APCEF

L'association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier est un think-tank juridique rassemblant les professions concernées par les contentieux économiques et financiers: magistrats, arbitres, responsables juridiques d'entreprises, avocats, experts, administrateurs et mandataires judiciaires et Universitaires. L'APCEF compte parmi ses objectifs:

- **l'organisation d'échanges pluridisciplinaires structurés**, sous forme de commissions, conférences ou séminaires, de forums sur des thèmes répondant à l'objet de l'association;
- **la promotion de la réflexion sur les bonnes pratiques** professionnelles liées aux contentieux économiques et au droit des affaires, en favorisant les échanges entre les métiers impliqués dans ces problématiques;
- **le maintien par ses membres de standards éthiques élevés** dans leurs relations professionnelles.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

PRÉSIDENT

Laurent NEYRET, Professeur de droit privé, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

RAPPORTEUR GÉNÉRAL

Aude-Solveig EPSTEIN, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie.

MEMBRES

Laurence CHABANNE-POUZYNNIN, Docteur en droit, Directeur Juridique Droit Public, Nucléaire et de l'Environnement, AREVA

Nathalie CLERC, Présidente de la Commission Environnement de l'Association pour le Management des Risques et des Assurances de l'Entreprise (Amrae)

Hervé DURAND, Ingénieur Hydrogéologue, Expert près les Compagnies d'Assurances, Expert RC - Responsable Service Environnement

Chrystelle FERRAND, Juriste Grands Contentieux, Direction Juridique, TOTAL

Christian HUGLO, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Huglo-Lepage

Pascale KROMAREK, Membre du Comité Droit de l'Environnement du MEDEF, Avocate au Barreau de Paris

Françoise LABROUSSE, Avocate au Barreau de Paris, Cabinet Jones Day

Joseph-Marie LEVANTI, Responsable des affaires juridiques, Office de l'Environnement de la Corse

Gilles J. MARTIN, Professeur émérite à l'Université Nice Sophia-Antipolis, Professeur associé à Sciences po Paris.

Mikaël OUANICHE, Expert près la Cour d'appel de Paris, près les Cours administratives d'appel de Paris et Versailles et expert près la Cour pénale internationale, Secrétaire général de l'APCEF.

Valérie RAVIT, Avocate au Barreau de Paris, Cabinet Squire Patton Boggs Didier REBUT, Professeur de droit privé, Université Paris 2 Panthéon-Assas Sophie RODIER, Directeur du pôle Responsabilité Civile, Gras Savoye.

Olivier SUTTERLIN, Docteur en Droit, Chargé de Mission Affaires Publiques - Environnement chez ERAMET, Président du Groupe de travail Biodiversité du MEDEF.

SOMMAIRE

PRÉFACE	11
AVANT-PROPOS	15
I. LES FONDEMENTS DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE	17
A. FAVORISER L'APPLICATION D'UN SOCLE COMMUN DE RÉFÉRENCES	21
B. COORDONNER PROCÉDURALEMENT L'INTERVENTION DES DIFFÉRENTS ACTEURS	23
1. Imposer au juge judiciaire de tenir compte des mesures de réparation déjà prises au jour où il statue	23
2. Imposer au juge judiciaire de surseoir à statuer sur la réparation du préjudice écologique tant que dure la procédure administrative..	25
II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE	29
A. L'IDENTIFICATION ET L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE	31
1. Améliorer la connaissance de l'état de l'environnement avant le préjudice	31
2. Encadrer les critères d'évaluation du préjudice	33
3. Clarifier les critères d'identification des préjudices résiduels réparables	35
B. L'IDENTIFICATION DES MODALITÉS DE RÉPARATION	36
1. L'inadéquation de la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire	37
2. L'adéquation de la notion de réparation de la nature	38

3. Les conditions d'admission d'une condamnation pécuniaire.....	40
--	----

III. LES ACTEURS DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE 43

A. LES PARTIES.....45

1. Le débat ne porte pas tant sur la liste des personnes habilitées à être demandeurs à l'action en justice.....	45
2. ...que sur la liste des personnes habilitées à mettre en œuvre la réparation du préjudice écologique	46
3. Favoriser la coordination des maîtres d'œuvre de la réparation, lorsqu'ils sont nombreux.....	48

B. LE JUGE JUDICIAIRE 50

1. Renforcer la compétence des magistrats en matière de réparation du préjudice écologique	50
2. Promouvoir l'organisation d'audiences dédiées au contentieux environnemental	51
3. Imposer la coordination des mesures ordonnées par les juges et par les autorités administratives, de même qu'une transmission réciproque d'informations sur les suites données au litige	52
4. Renforcer la motivation des décisions statuant sur le préjudice écologique.....	53
5. Remédier au manque de suivi des mesures de remise en état ordonnées par le juge	54

C. LES EXPERTS..... 55

1. Insérer une rubrique « Environnement » et des sous-rubriques plus précises dans la Nomenclature des experts judiciaires	56
2. Renforcer les compétences des experts judiciaires en environnement	57
3. Rationaliser la mission d'expertise judiciaire.....	57

4. Inciter le juge et l'expert judiciaires à prendre en compte
les observations des parties dans le respect du principe
du contradictoire59

LISTE DES PROPOSITIONS 61

PRÉFACE

« *Les hommes construisent trop de murs et pas assez de ponts* » : c'est à prendre le contrepied de cette affirmation, attribuée à Isaac Newton, que se sont essayés les rédacteurs du présent rapport.

L'un des principaux axes du travail accompli a en effet consisté à élever des ponts entre les différents domaines de la connaissance mobilisés dans le contentieux de la réparation du préjudice écologique.

À cette fin, des juristes d'horizons fort variés se sont réunis sous les auspices de l'Association des Professionnels du Contentieux Économique et Financier (directeurs juridiques de groupes industriels, courtiers d'assurance et risk managers, avocats, universitaires, gestionnaires d'espaces naturels, experts) et ils ont pu bénéficier de nombreux éclairages extérieurs, émanant d'ingénieurs et d'économistes.

Pourquoi avoir réuni une telle diversité de points de vue ?

Dans une certaine mesure, c'est la complexité inhérente au contentieux de la réparation du préjudice écologique qui l'imposait. La complexité caractérise d'abord l'objet même de la réparation : innombrables sont en effet les disciplines dans lesquelles il faut avoir puisé pour donner du sens à l'idée de réparer la nature endommagée ainsi que pour fournir la mesure et les méthodes de cette restauration.

La complexité est ensuite aussi celle du droit, dans la mesure où la réparation du préjudice écologique est en réalité l'objet d'une multitude de régimes juridiques différents, que l'on ne pense pas toujours à rapprocher. Sur un tel sujet, on mesure alors l'intérêt d'avoir pu conjuguer le point de vue de juristes, d'économistes et d'ingénieurs, praticiens et académiques, suivant en cela la philosophie générale qui anime l'Association des Professionnels du Contentieux Économique et Financier.

Les solutions préconisées dans ce rapport ont été inspirées par un va-et-vient constant entre la doctrine juridique et l'analyse des cas concrets auxquels les membres de la Commission avaient pu être confrontés. Ces allers-retours entre théorie et pratique se sont avérés fructueux. La démarche a parfois précipité la remise en question de doctrines classiques, telles que la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire, ou encore le principe de libre disposition des dommages et intérêts par le demandeur.

Cette mise en relation récurrente de la théorie et de la pratique a parfois aussi conduit à déplacer le centre de gravité des discussions contemporaines sur le régime de la réparation du préjudice écologique. C'est ainsi qu'il est apparu aux membres de la Commission qu'il n'y avait pas lieu de se résoudre à restreindre, en amont, le spectre des demandeurs à l'action en réparation dès lors qu'en aval, les actions des maîtres d'œuvre de la réparation étaient encadrées et coordonnées.

Plusieurs des préconisations formulées dans ce rapport ont été discutées dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 8 août 2016 qui, comme chacun sait, est venue inscrire la réparation du préjudice écologique dans le Code civil ; certaines des propositions énoncées ont même été consacrées dans la loi, que ce soit la nécessaire affectation des dommages et intérêts versés au demandeur, l'ouverture de l'action en justice à toute personne justifiant d'un intérêt à agir ou encore la prise en compte, dans le cadre du procès civil, des mesures administratives de réparation.

Sachant que le nouveau régime légal est loin d'épuiser toutes les questions que les juges auront à trancher, d'autres propositions du rapport pourraient, à l'avenir, aider les magistrats à mettre en application les nouveaux articles 1246 et suivants du Code civil.

Par exemple, comment déterminer si l'atteinte à l'environnement litigieuse est « négligeable » ou non et si un préjudice écologique est donc constitué au sens de l'article 1247 du Code civil ?

Il serait ici utile de se référer, comme l'ont préconisé les auteurs du présent rapport, à la directive européenne n°2004/35 sur la responsabilité environnementale, et notamment à son annexe 1 qui prévoit divers critères de gravité de l'atteinte.

De même, dans quels cas y aurait-il lieu de considérer que la réparation en nature est « impossible » ou « insuffisante » selon les termes de l'article 1249 du Code civil qui, dans un tel cas, admet théoriquement le basculement vers l'allocation d'une réparation par équivalent monétaire ?

À suivre la directive 2004/35, la réparation en nature ne pourrait, en réalité, jamais être considérée comme impossible ou insuffisante. En effet, la méthodologie prescrite par le texte européen, et auquel le présent rapport invite à se référer, est la suivante : quand la « réparation primaire » n'a pas permis de restaurer le *statu quo ante*, il y a lieu de procéder à une « réparation complémentaire », le cas échéant *ex situ*, sans oublier la mise en œuvre d'une réparation « compensatoire »

destinée à compenser les pertes intermédiaires survenues entre la date de survenance d'un dommage et le moment où la réparation primaire a pleinement produit son effet.

À supposer que l'allocation de dommages et intérêts soit néanmoins jugée indispensable par certains magistrats, ceux-ci pourraient trouver dans le présent rapport des raisons de retenir une interprétation restreinte du principe d'affectation des sommes «à la réparation de l'environnement».

La lettre de la loi pourrait ici donner à penser que les fonds versés au titre de la réparation du préjudice écologique pourraient servir à financer toutes sortes d'actions tournées vers la réparation de l'environnement en général, et non pas de l'environnement endommagé au cas d'espèce. Suivant une interprétation stricte de la formule légale, il conviendrait pourtant de considérer que toutes les mesures prises grâce aux sommes versées devraient tendre à la réparation – primaire, complémentaire et/ou compensatoire – de la nature endommagée.

Misons donc sur le fait que la réparation du préjudice écologique continuera dans l'avenir de faire dialoguer les différentes sources du droit, et que les avancées législatives récentes n'auront pas davantage raison de la créativité prétorienne qu'elles ne rendront obsolètes les préconisations d'une doctrine forgée au contact de la pratique...

Paris, le 20 mars 2019

Aude-Solveig Epstein
Maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université de Caen
Rapporteuse de la Commission

AVANT PROPOS

Le droit du préjudice écologique est un droit éclaté entre polices administratives et droit civil ou pénal de la responsabilité, construit au gré des interventions successives du législateur et du juge, sans cohérence d'ensemble. Il faut ajouter à cela un foisonnement terminologique qui rend difficile la compréhension d'une réalité qualifiée de diverses manières. En effet, le préjudice qui atteint l'environnement lui-même, indépendamment de ses incidences sur les intérêts humains, est désigné ici comme le « préjudice écologique », là comme le « préjudice environnemental », ou là encore comme les « atteintes à l'environnement » ou le « dommage écologique ».

En dépit de l'importance des enjeux économiques, écologiques et sociaux soulevés par la réparation de ce préjudice, les règles applicables dans ce domaine manquent de lisibilité, de prévisibilité et, dès lors, de sécurité juridique.

Cela explique que plusieurs travaux aient été entrepris ces dernières années pour clarifier les contours du droit du préjudice écologique ; l'on songe notamment au rapport de la Commission Environnement du Club des juristes (*Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012) ou encore à celui du groupe de travail installé par la Garde des Sceaux et présidé par le Professeur Jégouzo (*Pour la réparation du préjudice écologique*, 2013).

L'expérience acquise par les professionnels du contentieux de la réparation du préjudice écologique est riche d'enseignements propres à améliorer la compréhension des règles pertinentes dans ce domaine. C'est cette expérience pratique qui a présidé à la rédaction du présent rapport.

La Commission sur le préjudice écologique a été accueillie par l'Association des Professionnels du Contentieux Économique et Financier (APCEF), *think tank* juridique créé en 2014, dont l'ambition est d'ouvrir un nouvel espace de réflexion et d'échanges entre les différentes professions concernées par les contentieux économiques et financiers, qu'il s'agisse de magistrats, d'arbitres, de responsables juridiques d'entreprises, d'avocats, d'experts ou d'universitaires.

L'ambition partagée des quelque quinze membres de la Commission, essentiellement des juristes (directeurs juridiques de groupes industriels, courtiers d'assurance et *risk managers*, avocats, universitaires, gestionnaires d'espaces naturels, experts), a été d'établir un état des lieux du contentieux du préjudice écologique

du point de vue des professionnels et, sur cette base, de dessiner quelques améliorations possibles.

Par sa composition, la Commission s'est efforcée de dépasser les dogmatismes, en toute conscience des positionnements idéologiques existant par ailleurs sur la question. Pour cela, la primeur a été donnée au décryptage des cas concrets auxquels les uns et les autres ont été confrontés dans leur pratique, suivi d'un débat général d'où se sont progressivement dégagés les enjeux essentiels de la prise en compte du préjudice écologique. À ces études, se sont ajoutés des échanges ponctuels avec des acteurs extérieurs, destinés à éclairer la Commission sur des points précis, tels que la garantie assurantielle du préjudice écologique, la spécificité de l'expertise judiciaire environnementale ou encore les enjeux de la compensation environnementale vus par un écologue.

Un effort de rationalisation a été entrepris, dans le sens d'une clarification du droit pertinent, avec un triple souci de cohérence d'ensemble, de justice et d'efficacité du droit, au carrefour des enjeux économiques et environnementaux.

La rédaction du présent rapport est le fruit d'un travail collectif, marquant l'aboutissement des débats engagés au sein de la Commission, avec la mise en évidence des points de convergence qui en sont ressortis.

Sans prétendre tout régler, les propositions ici formulées sont destinées à ouvrir des pistes de réflexion au service de la pratique et des décideurs. Elles peuvent être présentées suivant trois axes fédérateurs :

- (1) Les fondements de la réparation du préjudice écologique (Chapitre 1)
- (2) La mise en œuvre de la réparation du préjudice écologique (Chapitre 2)
- (3) Les acteurs de la réparation du préjudice écologique (Chapitre 3)

Laurent NEYRET
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

1

**LES FONDEMENTS
DE LA RÉPARATION
DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE**

Hier voué à réparer seulement les conséquences préjudiciables que les atteintes à l'environnement pouvaient avoir pour les êtres humains, le droit de la responsabilité civile admet aujourd'hui la réparation du préjudice subi par l'environnement lui-même (ici qualifié de « préjudice écologique »). Fruit de la jurisprudence, cette évolution vient s'ajouter aux différents régimes de police administrative qui prennent en compte le préjudice écologique, et elle alimente l'éclatement des régimes juridiques applicables à la matière.

En effet, le régime juridique de la réparation du préjudice écologique est doublement morcelé.

En premier lieu, les fondements de la réparation sont disséminés entre le droit administratif, le droit pénal et le droit civil. Tant la prévention ou le cantonnement d'un préjudice imminent que la remise en état de l'environnement une fois le préjudice survenu, peuvent être prescrits aujourd'hui non seulement par l'Administration mais aussi par le juge judiciaire. De plus, le juge civil n'est pas seul concerné : des mesures de restauration des milieux peuvent être également ordonnées par le juge répressif, en tant que sanctions pénales complémentaires.

En second lieu, plusieurs régimes de réparation cohabitent au sein même de chacun de ces trois ordres normatifs. Dans l'ordre administratif, cette diversité est particulièrement notable, et elle va jusqu'à nourrir l'incohérence du vocabulaire employé : à côté de la « réparation » visée par les articles L. 161-1 et suivants du Code de l'environnement (issus de la transposition de la 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, ci-après dénommée directive 2004/35/CE), il faut aussi compter avec la « restauration », la « remise en état », le « rétablissement des lieux dans leur état antérieur », etc. Le Code de l'environnement laisse ainsi *coexister* une police spécifique de la réparation du dommage environnemental (article L. 161-1 et suivants) et des mesures de restauration de l'environnement intervenant au titre d'une pluralité de polices sectorielles.

Cette pluralité des fondements de la réparation du préjudice écologique peut sembler destinée à perdurer si l'on estime qu'elle répond à l'hétérogénéité de ce préjudice. Mais en tout état de cause, une rationalisation s'impose, afin que « diversité » de fondements ne rime plus avec « désordre » et « insécurité » pour les parties prenantes. Dans cette perspective, la Commission juge qu'il est à tout le moins indispensable de clarifier les modalités d'articulation entre les différents ordres normatifs impliqués dans la réparation d'un préjudice écologique.

En effet, la réparation du préjudice écologique peut être aujourd’hui ordonnée sur le fondement à la fois du droit administratif, du droit pénal et du droit civil. Pourtant, le droit français n’organise pas les relations entre ces différents systèmes de réparation, ni entre les acteurs respectivement chargés de les mettre en oeuvre. Il en résulte un risque d’incohérence, de lacune et/ou de redondance. Dans le dispositif actuel, il est effectivement impossible d’exclure que les différentes autorités qui se prononcent, successivement ou conjointement, sur un même préjudice, ne l’évaluent pas de la même manière et/ou ordonnent, chacune pour sa part, des mesures ou des techniques de dépollution difficilement compatibles entre elles. Il est également à craindre que le juge judiciaire, généralement saisi dans un second temps, ne tienne pas compte du fait qu’au jour où il statue, le préjudice écologique a déjà été réparé, au moins en partie, sur ordre de l’Administration et/ou à l’initiative de l’exploitant. L’objectif de réparation rapide, efficace et intégrale du préjudice écologique s’en trouve menacé. D’où la nécessité de rationaliser les modalités d’articulation entre les différents ordres normatifs impliqués dans la réparation des préjudices écologiques.

Proposition 1

Rationaliser les modalités d’articulation entre les différents ordres normatifs impliqués dans la réparation du préjudice écologique (administratif, civil, pénal).

Jusqu’ici, cette question d’articulation n’a retenu qu’une attention insuffisante. De plus, lorsqu’elle a été envisagée, elle l’a souvent été en termes d’exclusion mutuelle, un régime étant appelé à en « chasser » un autre. Il a par exemple été avancé que, toutes les fois que les articles L. 161-1 et suivants du Code de l’environnement seraient applicables, le droit de la responsabilité civile pourrait, lui, ne pas l’être. Une telle approche peut être défendue, mais elle ne résout pas tous les problèmes¹. Consciente de cela, la Commission a privilégié une approche plus pragmatique. Deux voies complémentaires ont été envisagées : l’application, par les différents acteurs, d’un socle commun de références d’un côté (A); la coordination procédurale de leurs interventions respectives de l’autre (B).

1. V. notamment G. J. Martin (coord.), « La réparation des atteintes à l’environnement », in *Les Limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 2009, p. 388 : « il conviendrait que le juge judiciaire apprécie, au regard notamment, du critère de gravité, si le dommage qu’il lui est demandé de réparer est compris dans le champ d’application de la directive et de la loi. La question de la gravité du dommage deviendrait ainsi un préalable à tout débat sur une instance introduite par une association pour obtenir la cessation d’une situation illicite ou la remise en état des lieux. Le juge judiciaire, s’il était le premier saisi, se trouverait dans la situation paradoxale d’arbitre du champ d’application d’une police administrative ».

A. FAVORISER L'APPLICATION D'UN SOCLE COMMUN DE RÉFÉRENCES

Une première option consisterait à **contraindre, ou au moins à encourager les différents acteurs impliqués dans la réparation du préjudice écologique, à faire application d'un socle commun de références destiné, non pas tant à dicter des solutions, qu'à fournir des notions et des modes de raisonnement harmonisés.**

Comment ce socle commun serait-il composé ? Sans prétendre à l'exhaustivité, la Commission souhaite attirer l'attention sur le fait qu'un certain nombre d'outils ont déjà été construits pour constituer des références communes, propres à rationaliser la réparation du préjudice écologique.

L'on songe notamment à la **Nomenclature des préjudices environnementaux**². Son élaboration a répondu à la nécessité d'harmoniser la distinction entre les différents postes de préjudice existant en matière environnementale, en soulignant notamment que l'atteinte à la nature elle-même (ici qualifiée de « préjudice écologique ») se distinguait des préjudices personnels usuellement mis en avant.

Mais cet outil n'épuise pas les besoins de mise en cohérence, qui sont plus amples. Une fois le préjudice écologique identifié, il reste encore à rationaliser les conditions de mise en œuvre de sa réparation.

À cet égard, certaines dispositions de la **directive 2004/35/CE** peuvent apporter un éclairage utile, et ainsi constituer un second référentiel commun.

Il est vrai qu'en l'état actuel des choses, ni les administrations ni les juges judiciaires ne sont, en France, coutumiers de l'application de cette directive ou de ses textes de transposition.

En premier lieu, la directive néglige le juge judiciaire. Si elle établit un régime tourné vers la réparation des dommages à l'environnement, c'est dans un cadre essentiellement administratif. Par conséquent les juges judiciaires n'ont pas, à l'heure actuelle, à appliquer le régime issu de la directive. S'il en va ainsi, c'est que les institutions de l'Union européenne ont douté de l'adéquation du droit de la responsabilité civile pour réparer le préjudice écologique. Mais à partir du moment où les juges judiciaires français se sont reconnus compétents pour réparer ce préjudice, il serait pertinent qu'ils s'appuient sur les outils de la directive européenne en ce qui concerne les modalités de sa réparation.

2. L. Neyret et G. J. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, « Droit des affaires », 2012.

En second lieu, les administrations elles-mêmes ne semblent pas suffisamment formées à utiliser les dispositions du régime de responsabilité environnementale issu de la directive 2004/35/CE ; elles auraient plutôt tendance à continuer d'appliquer les autres dispositions du Code de l'environnement (ICPE, loi sur l'eau, etc.) qui leur sont plus familières. Le prochain rapport de la Commission européenne sur l'application de la directive dans les États membres permettra peut-être de faire plus de lumière sur cette situation.

Cela serait d'autant plus opportun que l'utilisation de certaines des dispositions de la directive 2004/35/CE comme référentiel commun se recommande de leur pertinence intrinsèque : l'on songe notamment aux précisions de la directive relatives à l'évaluation de la gravité de l'atteinte à l'environnement (Annexe 1) ou à l'identification des modalités de réparation du préjudice écologique (Annexe 2).

Fruit de réflexions approfondies sur les spécificités du préjudice écologique, la directive le définit de manière à la fois rigoureuse et praticable, en distinguant selon les types de milieux atteints et selon la gravité de l'atteinte. Surtout, ce texte se présente comme la seule norme juridique transversale, applicable en France, qui contienne des indications de méthode sur les modalités de réparation du préjudice écologique. Dans les termes de son Annexe 2, la directive établit « *un cadre commun à appliquer pour choisir les mesures les plus appropriées afin d'assurer la réparation des dommages environnementaux* ».

Dans ces conditions, la Commission jugerait utile que les concepts et les catégories de la directive 2004/35/CE qui portent sur l'identification du préjudice écologique et la détermination de ses modalités de réparation soient érigés en instrument de référence auquel tous les acteurs de la réparation du préjudice écologique, y compris le juge judiciaire, seraient invités à se référer.

Proposition 2

Encourager les administrations et les juridictions judiciaires appelées à se prononcer sur la réparation d'un préjudice écologique à identifier le préjudice écologique et les modalités de sa réparation à la lumière des concepts et des catégories de la directive 2004/35/CE.

B. COORDONNER PROCÉDURALEMENT L'INTERVENTION DES DIFFÉRENTS ACTEURS

Inciter les acteurs à s'inspirer des mêmes référentiels lorsqu'ils ont à statuer sur la réparation du préjudice écologique ne suffit pas à écarter le risque que leurs décisions soient incohérentes et/ou qu'elles contreviennent au principe de réparation intégrale. Cette forme d'articulation substantielle serait donc utilement complétée par des dispositions procédurales. Le juge judiciaire ne devrait plus pouvoir négliger les mesures de réparation qui ont déjà été prises au jour où il statue (1.). Pour cette raison, il conviendrait de lui imposer de surseoir à statuer tant que la procédure administrative suit son cours (2.). Une fois le temps de la réparation administrative épuisé, il reviendrait ainsi au juge judiciaire de se prononcer sur la persistance de préjudices résiduels.

1. Imposer au juge judiciaire de tenir compte des mesures de réparation déjà prises au jour où il statue

L'Administration et le juge judiciaire peuvent être appelés à statuer sur la réparation d'un seul et même préjudice écologique. En cette matière, il est courant que l'intervention du juge judiciaire soit chronologiquement seconde. Autrement dit, il est fréquent que lorsque le juge judiciaire se prononce, des mesures de réparation de ce préjudice aient déjà été prises – sur ordre de l'Administration et/ou à l'initiative du responsable –, ou que de telles mesures aient, à tout le moins, été ordonnées par l'Administration.

Le juge judiciaire devrait tenir compte des mesures déjà prises ou ordonnées lorsqu'il se prononce sur l'existence d'un préjudice résiduel et sur les modalités de sa réparation. Car, comme tout préjudice, le préjudice écologique doit être constaté et évalué au jour où le juge a à se prononcer sur sa réparation. C'est la solution classique, et elle se justifie parfaitement au regard du principe de réparation intégrale. De la sorte, l'on évite tant l'appauvrissement indu de la victime (en cas d'aggravation du préjudice depuis la survenance du fait générateur) que son enrichissement sans cause (en cas d'amélioration de la situation de la victime depuis la survenance du fait générateur). Ainsi, la réparation serait plus conforme au principe de réparation intégrale si le juge judiciaire tenait compte des mesures de réparation qui, au jour où il statue, ont préalablement été mises en œuvre

par le responsable et/ou ordonnées par l'Administration³. Par la même occasion, la réparation serait probablement aussi plus rapide et efficace, puisque, dès le départ, le responsable saurait que les mesures qu'il adopte pour cantonner la pollution, souvent dans un contexte d'urgence, ou pour la traiter, ont vocation à être ensuite prises en considération par le juge judiciaire lorsque ce dernier identifie l'existence, l'étendue et les modalités de réparation des éventuels préjudices résiduels.

D'ores et déjà, plusieurs décisions témoignent de l'effort réalisé par les juges judiciaires pour tenir compte des mesures de réparation déjà mises en œuvre ou ordonnées par l'Administration au jour où ils se prononcent sur un préjudice écologique. Mais ce mode de raisonnement mérite encore d'être encouragé, et même généralisé. C'est ainsi qu'il serait utile d'imposer au juge judiciaire saisi au fond de prendre en compte les mesures de réparation mises en œuvre, ou à tout le moins ordonnées, au jour où il statue. De la même manière, l'expert judiciaire, qui joue un rôle notable dans une discipline marquée par sa technicité, devrait être tenu de prendre en considération les mesures déjà adoptées pour réparer le préjudice écologique, et veiller à ne pas recommander inutilement des mesures de réparation incompatibles avec celles qui ont été décidées ou mises en œuvre dans le cadre des polices administratives.

Proposition 3

Contraindre le juge et l'expert judiciaires à tenir compte des actions déjà entreprises en faveur de la réparation lorsqu'ils ont à apprécier l'existence de préjudices écologiques résiduels et à en déterminer les modalités de réparation.

S'engager dans cette voie impliquerait que le juge judiciaire sursoie à statuer tant que la procédure administrative est encore en cours.

3. En ce sens, v. aussi Commission Environnement du Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012, p.25 : « Il appartiendra alors au juge, pour ce qui concerne une partie spécifique des conclusions, en tant qu'elles porteraient sur le dommage environnemental, de tenir compte, le cas échéant, de l'éventuelle intervention du préfet au titre de la LRE. Pour déterminer l'étendue du dommage, le juge pourrait procéder, en tant que de besoin, à des abattements sur les prétentions des parties, en déduisant la partie du dommage ayant déjà été en tout ou partie réparé et/ou indemnisé »

2. Imposer au juge judiciaire de surseoir à statuer sur la réparation du préjudice écologique tant que dure la procédure administrative

Il conviendrait que le juge judiciaire sursoie à statuer dès lors qu'une procédure administrative, qui tend à la réparation du préjudice écologique, est soit en cours avant le déclenchement de l'action judiciaire, soit engagée pendant le cours de l'instance judiciaire. La solution inverse, qui reviendrait à bloquer l'action de l'Administration parce qu'une procédure judiciaire est en cours ou commence, ne paraît pas envisageable, tant pour des raisons d'opportunité (il peut y avoir urgence à prendre des mesures) que pour des raisons de droit, tenant notamment à la séparation des pouvoirs.

Proposition 4

Obliger le juge judiciaire à surseoir à statuer sur la réparation du préjudice écologique tant que la procédure administrative y afférente n'est pas terminée.

Mais jusqu'à quelle date le juge judiciaire devrait-il surseoir à statuer ? En d'autres termes, quel événement pourrait être considéré comme le terme de la procédure administrative ? Au moins deux options sont concevables.

En premier lieu, l'on pourrait se référer à l'arrêté préfectoral prescrivant la remise en état (ainsi de l'arrêté ordonnant « les mesures de réparation appropriées » de l'article L. 162-12 du Code de l'environnement). Cette solution a pour elle sa simplicité, mais elle soulève deux difficultés. D'une part, il faudrait postuler que les prescriptions de l'arrêté ont été mises en œuvre alors que, par définition, elles ne l'ont pas encore été. De la sorte, le risque de méconnaissance du principe de réparation intégrale et de contradiction entre décisions ne serait pas éradiqué. D'autre part, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par un arrêt du 9 mars 2010, a décidé que l'autorité compétente était habilitée à modifier, y compris d'office, des mesures de réparation environnementales précédemment arrêtées⁴.

D'où une seconde option, qui consisterait à retenir comme terme de la procédure administrative l'acte venant marquer la fin de la procédure administrative. Un tel acte est expressément prévu dans le cadre du régime de responsabilité environnementale issu de la transposition de la directive 2004/35/CE,

4. CJCE (grande chambre), 9 mars 2010, aff. C-379/08, ERG et a.

puisque la réalisation des mesures de réparation doit être constatée par procès-verbal⁵. Cela étant, ce texte ne résout pas tous les problèmes.

En premier lieu, son champ d'application est limité, et c'est alors sa généralisation qui gagnerait à être encouragée.

Proposition 5

Prévoir à titre général la délivrance, par l'Administration, d'un acte de bonne fin des mesures de réparation qu'elle a prescrites.

En second lieu, laisser à l'Administration le soin de fixer la date où la procédure administrative est réputée avoir pris fin, sans contrôle du juge, reviendrait à lui donner une parfaite maîtrise de l'éventuel déclenchement de la procédure judiciaire ou de sa reprise, ce qui n'est pas concevable. Toute personne intéressée devrait donc pouvoir saisir l'administration compétente pour lui demander de prendre cet acte, le refus – exprès ou implicite – de l'Administration pouvant être attaqué devant le juge administratif. Un tel dispositif limiterait le risque que la durée de suspension de la procédure judiciaire ne soit inutilement longue.

Proposition 6

Permettre à toute personne intéressée de saisir l'administration compétente pour lui demander de prendre l'acte de bonne fin des mesures de réparation qu'elle a prescrites, le refus – exprès ou implicite – de l'Administration pouvant être contesté devant le juge administratif.

D'où la proposition d'un nouvel article du Code de l'environnement, aux termes duquel :

« L'administration assure un suivi des mesures qu'elle a prescrites. Lorsqu'elle estime que ces dernières ont été intégralement mises en œuvre, elle délivre d'office ou à la demande d'un tiers intéressé ou de l'exploitant, un acte de bonne fin. La délivrance de l'acte de bonne

5. C. envir., art. R. 162-18.

fin ou le refus exprès ou implicite de le délivrer peuvent être déferés, pour excès de pouvoir, au juge administratif».

Si ce préalable était acquis, il serait alors possible de proposer un texte d'articulation ainsi rédigé :

x «Dans l'hypothèse où le juge judiciaire est saisi d'une demande de réparation du préjudice écologique sur le fondement du droit de la responsabilité civile, alors qu'une procédure administrative est en cours qui tend à la réparation du même préjudice, il statue sur la recevabilité de cette demande et sursoit à statuer sur le fond, pour une bonne administration de la justice, jusqu'au terme de la procédure administrative, tel que défini à l'article [XX]. À cette date, il reprend l'instance en cours et, compte tenu des actions qui ont été entreprises, se prononce sur la réparation des éventuels préjudices résiduels, pour parvenir à une réparation intégrale du préjudice. Si le juge missionne un expert, il lui impose de prendre en compte les actions déjà entreprises».

x «Dans l'hypothèse où le juge judiciaire est saisi d'une demande de réparation du préjudice écologique sur le fondement du droit de la responsabilité civile, et si en cours d'instance, une procédure administrative est engagée qui tend à la réparation du même préjudice, il sursoit à statuer sur le fond pour une bonne administration de la justice, dès que l'engagement de cette procédure administrative est notifié au demandeur par l'exploitant ou son assureur. Le sursis à statuer court jusqu'au terme de la procédure administrative, tel que défini à l'article [XX]. Au terme de la procédure administrative, l'instance reprend comme il est dit à l'alinéa précédent».

2

LA MISE EN OEUVRE DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

Le droit français encadre de manière encore trop rudimentaire les modalités de la réparation du préjudice écologique. Cela résulte pour une large part de ce que l'on a cru pouvoir plaquer sur la réparation du préjudice écologique certaines notions et modes de raisonnement classiques, issus du droit public ou du droit privé, qui semblaient s'imposer avec la force de l'évidence, mais qui se sont avérés insuffisants pour appréhender la réalité de ce préjudice. Ainsi, **pour mieux encadrer la mise en œuvre de la réparation du préjudice écologique, le droit français devrait davantage intégrer les caractéristiques de ce préjudice particulier.**

Un tel effort de prise en charge des spécificités du préjudice écologique a déjà été entrepris en vue de l'élaboration de la directive 2004/35/CE. Ses annexes, en particulier, contiennent des recommandations sur l'identification et l'évaluation du préjudice écologique (A.) tout comme sur les modalités de sa réparation (B.) qui pourraient utilement alimenter le droit civil en la matière.

A. L'IDENTIFICATION ET L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

Identifier un préjudice écologique suppose d'apprécier l'existence de l'atteinte à l'environnement et d'être en mesure de l'évaluer. À ces deux niveaux, des améliorations sont possibles. Tout d'abord, la connaissance de l'état de l'environnement peut encore progresser (1.). Ensuite, les critères d'appréciation de l'importance du préjudice écologique pourraient être mieux encadrés (2.). Enfin, les juges pourraient être mieux guidés dans l'identification du préjudice écologique qui persiste le cas échéant après la bonne fin de la procédure administrative (préjudice dit « résiduel ») (3.).

1. Améliorer la connaissance de l'état de l'environnement avant le préjudice

Qu'il s'agisse d'apprécier l'existence d'une atteinte à l'environnement constitutive d'un préjudice écologique ou de l'évaluer, encore faut-il connaître « l'état des lieux » existant avant la survenance de ce préjudice.

La connaissance de cet « état des lieux » – que l'on qualifie tantôt d' « état initial », tantôt d' « état antérieur » ou d' « état *ex ante* » – progresse, notamment avec la généralisation de l'obligation, faite aux exploitants d'installations réglementées, de connaître leur environnement et de communiquer à l'Administration les résultats de leurs analyses, ou encore avec la politique de suivi des milieux mise en place sur les territoires protégés.

Cela étant, quantité de données sont produites sur l'état de l'environnement qui ne transitent pas par l'Administration, mais dont l'exploitation permettrait indéniablement d'enrichir la connaissance de l'état antérieur. Songeons ainsi aux études commandées dans le cadre d'une procédure judiciaire en réparation d'un préjudice écologique, aux diagnostics réalisés à l'occasion de ventes de terrains ou opérations assimilées, aux analyses effectuées dans le cadre des procédures collectives, etc.

Qu'elles soient communiquées à l'Administration ou non, nombre de données sont ainsi produites par des acteurs divers qui pourraient favoriser la connaissance de l'état antérieur sans laquelle l'identification et l'évaluation du préjudice écologique sont obérées.

Mais un important chantier est encore à venir: **il reste à organiser cet amas de données.**

Le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, qui est actuellement examiné par le Parlement, souscrit à cette orientation. Il prévoit effectivement l'institution d'un inventaire national du patrimoine naturel conçu et animé par l'État mais alimenté avec l'appui des maîtres d'ouvrage, publics ou privés⁶. Cela étant, tandis que l'inventaire proposé tend à se focaliser sur les données relatives à la biodiversité, c'est plus largement l'état de l'environnement qu'il serait utile d'inventorier sous cette forme.

Ne gagnerait-on pas, en effet, à ce que toutes les données sur l'état de l'environnement soient progressivement regroupées dans une base de données publique tournée vers l'enrichissement de la connaissance de l'état initial ? De la sorte, il serait plus facile, moins long et moins onéreux de reconstituer l'état antérieur.

Proposition 7

Constituer une base de données publique tournée vers l'enrichissement de la connaissance de l'état de l'environnement avant la survenance d'un préjudice, et alimentée y compris par des données qui ne sont pas spécialement destinées à être communiquées à l'Administration.

Une telle base de données devrait notamment répondre à l'objectif de faciliter l'évaluation des préjudices écologiques.

6. Article 3 ter du projet de loi tel qu'adopté par le Sénat le 26 janvier 2016. Des inventaires locaux sont également prévus.

2. Encadrer les critères d'évaluation du préjudice

Pour évaluer un préjudice écologique, de savants calculs sont souvent nécessaires. Mais il est également indispensable de disposer d'une série de critères qui sont autant d'entrées à intégrer dans les équations. À la rigueur, on peut comprendre que ces équations ne soient pas réglementées: certes, leur légitimité est parfois discutée, mais il peut sembler utile d'admettre une certaine souplesse pour tenir compte de la diversité des circonstances de temps et de lieu. En revanche, il paraît de bonne méthode que les critères à prendre en compte, eux, soient encadrés. C'est d'ailleurs la voie choisie par le régime de responsabilité environnementale issu de la directive 2004/35/CE.

Les dispositions nationales qui assurent la transposition de cette directive fournissent en conséquence des critères pour caractériser et évaluer le préjudice écologique. Par exemple, en matière de contamination des sols, il est nécessaire d'avoir égard aux caractéristiques et aux propriétés du sol, ainsi qu'à la nature, la concentration, la dangerosité et les possibilités de dispersion des contaminants⁷.

S'agissant d'une atteinte à l'état qualitatif de l'eau, il convient de prendre en compte l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux selon des méthodes et critères déterminés par arrêté ministériel⁸. En ce qui concerne l'atteinte portée à l'état de conservation favorable des espèces et des habitats naturels, «[l]es détériorations s'apprécient par rapport à l'état de conservation des habitats ou des espèces au moment de la manifestation du risque ou de la réalisation du dommage en tenant compte de données mesurables telles que: 1° Le nombre d'individus, leur densité ou la surface couverte; 2° Le rôle des individus ou de la zone concernés par rapport à la conservation générale de l'espèce ou de l'habitat; 3° La rareté de l'espèce ou de l'habitat appréciée, le cas échéant, au niveau régional, national ou communautaire; 4° La capacité de multiplication de l'espèce, sa viabilité ou la capacité de régénération naturelle de l'habitat; 5° La capacité de l'espèce ou de l'habitat à se rétablir, par sa seule dynamique naturelle, dans un état équivalent ou supérieur à l'état initial, dans une durée telle que les fonctionnements de l'écosystème ne soient pas remis en cause après la survenance d'un dommage, sans autre intervention que des mesures de protection renforcées».⁹

7. C. envir., art. R. 161-1.

8. C. envir., art. R. 161-2 et R. 212-18.

9. C. envir., art. R. 161-3.

Il n'est pas nécessaire de poursuivre l'énumération pour constater que notre droit contient déjà un certain nombre de préconisations relatives aux critères d'évaluation du préjudice écologique. Ces préconisations figurent toutefois dans les dispositions du Code de l'environnement relatives à un régime de responsabilité environnementale spécifique, que le juge judiciaire ne connaît guère faute d'avoir été suffisamment formé pour le mettre en application (v. *supra*, p. 14).

Aussi serait-il utile d'officialiser une liste de critères d'évaluation du préjudice écologique qui serait expressément applicable en cas de procédure judiciaire en réparation de ce préjudice.

Proposition 8

Rationaliser les critères d'évaluation du préjudice écologique dont la réparation est demandée au juge judiciaire et, pour ce faire, officialiser une liste des critères d'évaluation à prendre en compte par les experts.

Intégrer dans cette liste des critères liés au milieu atteint, à la durée et au « vecteur » de l'atteinte, c'est-à-dire à la substance polluante concernée. L'ampleur du préjudice est en effet dans l'étroite dépendance de la quantité du produit qui en est à l'origine mais également du type de substance dont il s'agit.

De la sorte, il s'agirait d'éclairer l'expertise judiciaire par la rationalisation des critères d'appréciation de l'étendue des préjudices. Les critères officiels viendraient guider les experts dans leurs investigations. On pourrait aller jusqu'à imaginer une mission d'expertise type dont l'architecture serait influencée par cette liste de critères (v. *infra*, p. 47). D'une affaire à l'autre, les évaluations deviendraient ainsi plus prévisibles et les expertises produites plus lisibles.

Pour élaborer cette liste de critères, il serait pertinent de s'inspirer de la directive 2004/35/CE et de ses textes de transposition. Mais un simple renvoi à la directive ou à la loi de transposition ne suffira pas à répondre à toutes les questions, et en particulier à celle-ci : quels sont les préjudices dont le juge judiciaire doit encore ordonner la réparation après que les autorités administratives compétentes ont pour leur part déjà ordonné diverses mesures de remise en état ?

3. Clarifier les critères d'identification des préjudices résiduels réparables

S'il s'avère malaisé d'identifier les mesures de réparation qui restent à ordonner au jour où le juge judiciaire statue, c'est notamment du fait qu'il est parfois compliqué de déterminer si un préjudice écologique résiduel persiste ou non.

Imaginons, par exemple, que la destruction d'un habitat naturel exclue, pendant une période donnée, toute nidification par une espèce d'oiseaux migrateurs et qu'au terme de la remise en état, au bout de quelques années, cette espèce ne soit certes pas revenue mais que d'autres oiseaux viennent maintenant nicher dans l'habitat ainsi réhabilité: l'absence de la première espèce constitue-t-elle un préjudice résiduel ? De même, en cas d'atteinte au sol, il est possible de considérer que les dispositions de l'article L. 162-8 du Code de l'environnement, qui invitent l'Administration à faire supprimer tout « *risque d'atteinte grave à la santé humaine* », n'empêchent pas les tribunaux judiciaires « *d'imposer des travaux supplémentaires, propres à supprimer intégralement les risques pour la santé* »¹⁰. Mais *quid* si les produits polluants enterrés, parce qu'ils ne risquent pas de migrer, ne présentent ni danger pour la santé humaine ni risque pour l'environnement ? Un préjudice résiduel pour le sol persiste-t-il alors, dont il conviendrait que le juge judiciaire ordonne la réparation au regard du principe civiliste de réparation intégrale ? Ou bien y aurait-il lieu de considérer, au regard du Code de l'environnement, qu'aucun préjudice résiduel n'existe dans pareilles circonstances ?

En tout état de cause, il paraît indispensable de mettre à la disposition des juridictions des lignes directrices leur permettant d'identifier la persistance de préjudices résiduels réparables.

Proposition 9

Clarifier les critères d'identification des préjudices résiduels réparables.

¹⁰. G. J. Martin (coord.), « La réparation des atteintes à l'environnement », in *Les Limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 2009, p. 389.

B. L'IDENTIFICATION DES MODALITÉS DE RÉPARATION

À ce jour, le juge est libre de déterminer les modalités de la réparation du préjudice écologique. Selon les cas, il ordonne que des mesures soient prises pour restaurer les milieux et/ou condamne le responsable au versement d'une somme d'argent. L'on est enclin à parler de « réparation en nature » dans le premier cas, de « réparation par équivalent monétaire » dans le second.

Cette distinction, traditionnelle en droit civil, est pourtant inadéquate dans le domaine spécifique de la réparation du préjudice écologique (1.). En effet, le versement d'une somme d'argent ne suffit pas à considérer l'environnement comme réparé. En d'autres termes, l'allocation de dommages et intérêts ne constitue pas, à elle seule, une garantie de satisfaction des intérêts lésés, ne serait-ce qu'en raison du principe de libre utilisation des dommages et intérêts en droit de la responsabilité civile.

Dans ces conditions, l'idée de « réparation par équivalent monétaire » du préjudice écologique n'est pas appropriée.

En matière de préjudice écologique, la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire recule en conséquence au profit de l'affirmation d'un objectif: la réparation de la nature, et plus précisément la réparation des éléments naturels endommagés (2.). La distinction qui l'emporte ici s'opère donc plutôt entre les différents modes de réparation de la nature endommagée selon, en particulier, qu'une remise en état à l'identique est possible ou que le préjudice est au contraire irréversible.

L'inadéquation de la réparation par équivalent monétaire n'a pas pour conséquence inéluctable l'exclusion de toute condamnation pécuniaire. L'intervention d'une condamnation pécuniaire est envisageable à condition qu'elle soit seulement l'expression monétaire des mesures de réparation de la nature. Autrement dit, pour qu'il soit possible de considérer une condamnation pécuniaire comme une mesure de réparation du préjudice écologique, encore faut-il que la détermination du montant de la condamnation coïncide parfaitement avec le coût des mesures physiques de réparation des éléments naturels endommagés et que les sommes versées soient bien affectées à la mise en oeuvre de ces mesures (3.).

1. L'inadéquation de la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire

Pour le civiliste, la question des modalités de réparation appelle classiquement une réponse en forme d'alternative: réparation en nature ou réparation par équivalent monétaire. La Commission souhaite attirer l'attention sur le fait que cette réponse n'est pas satisfaisante lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice à l'environnement lui-même.

Pourquoi la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire, centrale en droit de la responsabilité civile, manque-t-elle de pertinence dans le domaine spécifique de la réparation du préjudice écologique ? Parce que réparation en nature et réparation par équivalent monétaire sont deux formes de satisfaction offertes aux victimes de dommages dotées de la personnalité juridique. Par opposition à la réparation par équivalent monétaire, la réparation en nature désigne les « *cas dans lesquels le juge impose au responsable, non pas le paiement d'une indemnité, mais un acte ou un comportement qui contribue à supprimer ou, au moins, à atténuer le dommage subi par la victime* »¹¹. Ainsi, c'est bien la victime qui est directement bénéficiaire de la réparation, que celle-ci prenne la forme du versement d'une somme d'argent ou de l'exécution d'une prestation. Mais dès lors que l'on admet que l'environnement est l'objet premier de l'atteinte, le raisonnement ne tient plus: n'étant pas doté de la personnalité juridique, l'environnement ne peut pas être directement satisfait par l'octroi d'une indemnité pécuniaire. Seules des mesures physiques de restauration peuvent conduire à réparer l'environnement endommagé.

La directive 2004/35/CE le confirme: par « mesures de réparation », il faut entendre, selon ce texte, « *toute action, ou combinaison d'actions, y compris des mesures d'atténuation ou des mesures transitoires visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés ou à fournir une alternative équivalente à ces ressources ou services* » (article 2 § 11 de la directive). De la sorte, la finalité affirmée est la réparation de la nature, et l'intervention d'une réparation par équivalent monétaire est exclue.

Proposition 10

Formaliser juridiquement le fait que l'objet de la réparation du préjudice écologique est la réparation de la nature endommagée.

11. G. Viney et P. Jourdain, *Les Effets de la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, Paris, 2010, n° 14, p. 44.

Ainsi, la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire n'est pas pertinente en droit de la réparation du préjudice écologique, matière qui devrait plutôt être construite autour de la notion de réparation de la nature.

2. L'adéquation de la notion de réparation de la nature

Contrairement à ce qui est parfois affirmé, le constat du caractère irréversible d'un préjudice écologique n'a pas vocation à se traduire par le versement d'une somme d'argent au demandeur à l'action en justice. En effet, lorsqu'un préjudice écologique présente un caractère irréversible, le « second best », comme diraient les économistes, n'est pas l'allocation d'une somme d'argent à des personnes libres de l'employer comme elles l'entendent, mais la condamnation du responsable à l'adoption de mesures de réparation tournées vers la recherche d'un équivalent écologique aux ressources définitivement perdues.

La directive 2004/35/CE illustre bien les limites de l'argument qui voudrait qu'un préjudice écologique irréversible se résolve en dommages et intérêts. Cette directive met effectivement en avant trois modes de réparation de la nature :

La réparation « primaire » doit permettre aux éléments naturels endommagés de retourner à leur état initial. Cette réparation peut être atteinte grâce à la régénération naturelle ainsi que par des mesures destinées à remettre le site dans son état initial, telles que le retrait des substances polluantes ou le nettoyage des eaux, le remplacement des substrats ou de la végétation, le remplacement des habitats et la réintroduction d'espèces...

Lorsque « *la réparation primaire ne permet pas au milieu de retourner à son état initial ou que ce retour est trop lent c'est-à-dire, par exemple, lorsque ce retour dépasse le temps nécessaire au bon accomplissement du cycle de vie d'une espèce* »¹², une **réparation « complémentaire »** est prévue, qui tend à réparer les atteintes aux éléments naturels endommagés par le recours à un équivalent en nature, le cas échéant sur un autre site. Dans les cas où la remise en état est impossible, les mesures de réparation complémentaire doivent ainsi fournir la solution alternative la plus équivalente possible d'un point de vue écologique. Les mesures en cause peuvent par exemple consister à restaurer un habitat naturel dégradé qui présenterait des caractéristiques similaires et qui se situerait à proximité de l'habitat atteint par le préjudice écologique, ou alors à réintroduire dans le milieu naturel des spécimens d'une espèce dont le patrimoine génétique

¹². Commissariat général au développement durable, *La Loi responsabilité environnementale et ses méthodes d'équivalence : guide méthodologique*, 2012, p. 3.

serait proche de celui de l'espèce touchée dont les derniers spécimens sont en voie d'extinction (ex. : introduction d'ours bruns d'origine slovène dans les Pyrénées).

Quant à la réparation «compensatoire», elle répare les pertes (dites «intermédiaires») de services écologiques¹³ qui sont intervenues entre la survenance du préjudice écologique et le moment où la réparation primaire et éventuellement complémentaire ont produit leurs effets. Ce mode de réparation se différencie des deux autres par son objet. Réparation primaire et complémentaire visent à réparer les éléments naturels atteints (milieux, espèces, habitats), tandis que la réparation compensatoire vise à compenser la perte des services écologiques liés à ces éléments naturels. Les mesures de réparation compensatoire ont donc pour finalité de compenser les services écologiques qui n'ont pas pu être fournis par les éléments naturels endommagés du fait de leur détérioration. Les mesures de réparation compensatoire peuvent consister, par exemple, à :

- aménager une aire de nidification à proximité de la zone où le dommage est survenu afin de maintenir le niveau de fonction écologique rendu à certaines espèces d'oiseaux par la zone dégradée ;
- atténuer les atteintes causées à une espèce en prenant des mesures visant à réduire les phénomènes de prédation auxquels cette espèce est soumise sur un autre site ou, au contraire, en prenant des mesures visant à préserver sa proie ;
- créer des aménagements visant à assurer un niveau de bénéfices écologiques équivalent à celui fourni par la ressource avant la survenance du dommage.

En définitive, la distinction entre réparation en nature et réparation par équivalent monétaire gagne à être écartée en matière de préjudice écologique, où **l'essentiel est la réparation de la nature. S'il y a lieu d'affirmer des distinctions, c'est donc au sein même de la catégorie « réparation de la nature ». Les modalités de réparation de la nature peuvent effectivement être diverses: lorsque la restauration du *statu quo ante* n'est pas possible, il y a lieu de compenser écologiquement les pertes écologiques intervenues.**

13. L'article 2, 13 de la Directive 2004/35/CE définit les services écologiques comme « les fonctions assurées par une ressource naturelle au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public ». Précisons à cet égard que cette définition reflète le flou qui entoure les notions de « services » et de « fonctions » écologiques. Par souci de clarification, il serait opportun de mieux distinguer ces deux notions, en considérant que les services écologiques correspondent aux bienfaits que les êtres humains retirent des écosystèmes tandis que les fonctions écologiques désignent les bénéfices qu'une ressource naturelle procure aux écosystèmes (I. Doussan, « La représentation juridique de l'environnement et la Nomenclature des préjudices environnementaux », in L. Neyret et G. J. Martin (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGD, Paris, 2012, p. 103. L'auteur s'appuie sur le Millennium Ecosystem Assessment de 2003).

Proposition 11

Clarifier le fait que la réparation de la nature endommagée passe par des mesures physiques de restauration qui tendent à rétablir l'état de référence avant la survenance du préjudice et, en cas d'impossibilité, à fournir l'équivalent écologique des éléments naturels définitivement perdus..

Les propositions qui précèdent sont présentées de telle sorte qu'elles semblent radicalement exclure l'intervention d'une condamnation pécuniaire en réparation d'un préjudice écologique. En réalité, les objectifs qui fondent ces propositions pourraient être atteints alors même que ce serait une condamnation pécuniaire qui serait prononcée. Autrement dit, les condamnations pécuniaires ne sont pas purement et simplement exclues du domaine de la réparation du préjudice écologique. Cela étant, leur maintien gagnerait à être subordonné à certaines conditions.

3. Les conditions d'admission d'une condamnation pécuniaire

La priorité qui va à la réparation des éléments naturels endommagés n'exclut pas que le responsable s'acquitte de sa responsabilité en payant. Mais aucune condamnation pécuniaire ne devrait pouvoir être déconnectée de l'objectif poursuivi par son prononcé : la réparation des éléments naturels endommagés. Par suite, la condamnation pécuniaire devrait être indexée sur les mesures physiques jugées nécessaires pour réparer le préjudice écologique survenu. **Une condamnation pécuniaire ne devrait intervenir qu'adossée à une mesure de réparation. Les mesures physiques de réparation du préjudice fourniraient l'étalon de la condamnation pécuniaire.**

Mais il importe également que les sommes allouées servent effectivement à financer les mesures de réparation des éléments naturels atteints par le préjudice. Concrètement, cela se traduirait par **une obligation d'affectation des sommes versées en réparation du préjudice écologique à la restauration des éléments naturels endommagés, conformément au plan de réparation sur la base duquel le montant de la condamnation aurait été identifié.**

La Commission n'ignore pas que l'affectation des dommages et intérêts ordonnés par le juge en réparation d'un préjudice est considérée avec défiance en droit

de la responsabilité civile classique. Mais une telle défiance n'a vraisemblablement pas lieu d'être dès lors que c'est la réparation d'un préjudice écologique qui est en cause. La défiance du droit de la responsabilité civile envers l'affectation des dommages et intérêts peut s'expliquer par le fait que ce droit a été historiquement conçu pour réparer les préjudices subis par des personnes juridiques. S'agissant de personnes, l'allocation de sommes d'argent pouvait les satisfaire directement et elles devaient rester libres de déterminer comment. En revanche, l'environnement ne peut pas se satisfaire du simple versement de sommes d'argent, et c'est de là que, par contraste, l'affectation des sommes versées en réparation du préjudice subi par l'environnement lui-même tire tout son sens. **En matière de préjudice écologique, les transferts financiers ne peuvent être une fin en soi; l'argent ne peut être qu'un medium au service de la réparation des éléments naturels endommagés.**

Proposition 12

Imposer au juge qui prononcerait une condamnation pécuniaire en réparation d'un préjudice écologique d'affecter les sommes versées à la restauration des éléments naturels endommagés, conformément au plan de réparation sur la base duquel le montant de la condamnation aurait été identifié.

3

LES ACTEURS DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

Le contentieux de la réparation du préjudice écologique présente des spécificités qui militent pour que les acteurs qui y prennent part soient à la fois mieux identifiés et dotés des ressources nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Ce constat vaut non seulement pour les parties (A.), mais aussi pour les juges (B.) et les experts (C.).

A. LES PARTIES

Les réflexions menées par le passé sur la réparation du préjudice écologique ont eu tendance à mettre l'accent sur l'identification des titulaires de l'action en justice. Au vu des risques induits par l'ouverture de cette action à toute personne, il a souvent été conclu à la nécessité de restreindre le spectre des personnes habilitées à agir. Il ne faut pourtant pas surestimer les potentialités d'une telle évolution. En effet, limiter a priori le nombre des personnes ayant qualité pour agir en justice ne résout pas tous les problèmes, et les problèmes auxquels une telle limitation est destinée à répondre pourraient être résolus, peut-être plus adéquatement, par d'autres moyens. Bref, le débat ne porte pas tant sur la liste des personnes habilitées à être demandeurs à l'action (1), que sur celle des personnes habilitées à mettre en œuvre les mesures de réparation et que le présent rapport propose d'appeler les « maîtres d'œuvre » de la réparation (2). La qualité de maître d'œuvre de la réparation devrait être reconnue sélectivement sur la base de critères de compétence. Il n'en demeure pas moins possible que plusieurs maîtres d'œuvre dûment sélectionnés interviennent en vue de la réparation d'un seul et même préjudice écologique. Dans une telle hypothèse, il pourrait s'avérer judicieux de coordonner leur action (3.).

1. Le débat ne porte pas tant sur la liste des personnes habilitées à être demandeurs à l'action en justice...

On s'interroge couramment sur l'opportunité de restreindre le nombre des demandeurs à l'action civile en réparation du préjudice écologique, compte tenu notamment de l'inefficacité d'actions en justice trop « éparpillées »¹⁴. Notre Commission est sensible aux risques ainsi mis en avant, au premier rang desquels figurent l'inefficacité de la justice et l'irrationalité de la réparation. **La pluralité de recours ne devrait assurément pas nourrir un contentieux désordonné aboutissant à des mesures atomisées de réparation dépourvues de**

14. Plaidant en ce sens, v. par exemple le Rapport du Groupe de travail installé par Mme Christiane Taubira, Garde des sceaux, et dirigé par M. Y. Jégouzo, Pour la réparation du préjudice écologique, 2013 p. 23.

cohérence écologique ou incompatibles avec le principe de réparation intégrale (« sous-réparation » ou « sur-réparation »).

Mais, comme cela a été observé, il est très difficile de s'accorder sur une ou quelques personnes qui seraient seules légitimes à déclencher l'action dans l'intérêt de l'environnement, à l'exclusion de toute autre. Du reste, « *l'unité de l'action civile environnementale* », qui provient de l'unité de l'intérêt protégé, peut s'accommoder d'une pluralité de demandeurs, si l'on veille bien à « *organiser la complémentarité entre les différents représentants possibles de l'intérêt environnemental* »¹⁵.

Il apparaît ainsi que le problème ne provient pas tant ni seulement de ce que plusieurs actions puissent être intentées parallèlement voire successivement en réparation du même préjudice écologique; il procède également voire surtout du fait que tous les demandeurs soient fondés, d'un côté, à solliciter la réparation d'un unique préjudice écologique sans que leurs actions respectives soient suffisamment coordonnées et, de l'autre, à mettre en œuvre la réparation des éléments naturels endommagés (ou à recevoir le cas échéant les sommes nécessaires pour ce faire).

Ainsi, la pluralité des demandeurs ne paraît pas problématique en elle-même. Si elle porte en germe certains désordres, cela tient surtout au fait que l'on ne veille pas assez à coordonner leurs actions respectives et que l'on ne distingue pas encore suffisamment les catégories de demandeur à l'action d'un côté et de maître d'œuvre de la réparation de l'autre.

En pratique, l'intérêt de réserver l'action en réparation du préjudice écologique à certaines personnes se dissiperait en revanche si la distinction entre la qualité de demandeur à l'action et celle de maître d'œuvre de la réparation était mieux affirmée. Car c'est la qualité de maître d'œuvre de la réparation qui mériterait d'être réservée à certaines personnes.

2. ...que sur la liste des personnes habilitées à mettre en œuvre la réparation du préjudice écologique

Toute personne peut être intéressée par la protection de l'environnement. À ce titre, toute personne pourrait à la rigueur être demandeur à l'action en réparation du préjudice écologique, sous la réserve classique que sa demande soit suffisamment étayée, ce qui suppose en particulier la démonstration de l'existence du préjudice allégué. En revanche, tout un chacun ne peut évidemment pas conduire les opérations de remise en état ni encaisser les sommes le cas échéant versées

15. V. Commission Environnement du Club des juristes, *Mieux réparer le dommage environnemental*, 2012, p. 48.

pour financer les opérations de réparation des éléments naturels endommagés. En effet, une telle mission implique des compétences spécifiques, en particulier au plan scientifique et technique, et elle suppose de bien connaître les territoires concernés de même que leurs habitants.

La restriction du spectre des maîtres d'œuvre de la réparation se recommande également d'un souci d'effectivité et d'efficacité de la réparation: cette dernière doit être conduite par des acteurs dépourvus de conflits d'intérêts, et la cohérence des mesures de réparation conduites par les différents maîtres d'œuvre doit être une priorité, ce qui exclut leur trop grande dispersion.

Proposition 13

Autant toute personne peut être intéressée par la protection de l'environnement, et à ce titre prétendre à la qualité de demandeur à l'action civile en réparation du préjudice écologique, autant la qualité de maître d'œuvre de la réparation devrait être réservée à certaines personnes sur la base de critères de compétence.

Qui pourrait être désigné comme maître d'œuvre de la réparation ? Du point de vue de la Commission, tant le demandeur à l'action que le responsable du préjudice ou des tiers pourraient prétendre à la qualité de maître d'œuvre de la réparation. À supposer que le maître d'œuvre de la réparation soit un tiers, il pourrait être impliqué dans la procédure, de la même manière que la CPAM a à l'être dans les litiges relatifs à la réparation des préjudices corporels.

Comment le maître d'œuvre serait-il désigné ? Plusieurs hypothèses doivent être ici considérées. Lorsque les parties s'accordent sur la désignation d'un ou plusieurs maîtres d'œuvre de la réparation, le juge pourrait en prendre acte; un certain contrôle judiciaire pourrait également être envisagé par le biais d'un mécanisme d'homologation de l'accord des parties. En l'absence d'accord entre les parties, il pourrait revenir au juge de désigner le ou les maître(s) d'œuvre parmi une liste de candidats. La qualité de maître d'œuvre de la réparation serait alors distribuée par le juge, en fonction de la pertinence des propositions de réparation qui lui ont été soumises et des capacités du soumissionnaire pour les mettre effectivement en œuvre.

3. Favoriser la coordination des maîtres d'œuvre de la réparation, lorsqu'ils sont nombreux

Admettre la coexistence d'une pluralité de maîtres d'œuvre de la réparation pourrait reconduire les désordres reprochés à l'admission d'une pluralité de demandeurs à l'action. Pour l'éviter, il conviendrait de mieux coordonner l'intervention des différents maîtres d'œuvre de la réparation que l'on ne coordonne, à ce jour, l'action des différents demandeurs.

En effet, **le préjudice écologique et les modalités de la restauration du milieu atteint doivent être envisagés globalement, en sorte d'éviter des cloisonnements artificiels que la nature ignore. Par suite, l'efficacité de la réparation dépend très directement de la qualité de la coordination des acteurs qui sont en charge de la mettre en œuvre.** Aussi serait-il utile qu'une personne, assez généraliste pour avoir une telle vision globale, supervise les opérations de réparation conduites par les différents maîtres d'œuvre de la réparation.

Qui devrait être chargé d'une telle mission ? À l'étranger, plusieurs États se sont dotés de Fonds qui centralisent les sommes requises pour la restauration des milieux et en assurent ensuite la redistribution. Les Fonds constituent ainsi un mécanisme connu de mise en cohérence de la politique de réparation du préjudice écologique. Notre pays ne dispose pas d'une institution de ce type, mais les réflexions engagées sur l'Agence Française pour la Biodiversité et ses délégations territoriales pourraient constituer l'occasion d'y remédier. À cet égard, les responsabilités d'ores et déjà assumées par l'Office de l'environnement de la Corse en matière de réparation des préjudices écologiques pourraient utilement étayer la réflexion.

En l'absence de concrétisation de cette option institutionnelle, du fait des coûts qu'elle induit, une autre solution existe, qui paraît d'ores et déjà opérationnelle, plus originale et potentiellement moins lourde: **la désignation, au cas par cas, d'un coordinateur de la mise en œuvre du plan de réparation** arrêté par le juge. La désignation de ce coordinateur des maîtres d'œuvre de la réparation éviterait la multiplication des interlocuteurs qui complique inutilement le travail de l'autorité administrative et du juge.

Chargé de superviser la mise en œuvre des opérations de réparation écologique, le coordinateur pourrait également:

- alimenter la base de données publique sur l'état de l'environnement dont la création a été proposée ci-dessus (v. *supra*, p. 23);

- participer aux procédures administratives et/ou judiciaires ;
- rechercher le consensus des opérateurs de terrain sur la manière de réaliser la réparation ou d'affecter les condamnations pécuniaires à des opérations de réparation environnementale ;
- établir et communiquer régulièrement un bilan des mesures de réparation déjà mises en œuvre (v. *infra*, p. 38) .

Ce coordinateur pourrait être utilement **désigné au moyen d'un accord entre toutes les parties, du type accord de défense commun (*joint defense agreement*)**, ledit accord étant ensuite homologué par le juge. À défaut d'accord entre les parties, le coordinateur pourrait être désigné par le juge.

Ce mode de désignation a posteriori ne serait évidemment pas exclusif d'une certaine **prédétermination réglementaire du profil du coordinateur**. Du point de vue de la Commission, ce dernier devrait être un généraliste doté de l'autorité, des capacités juridiques et financières et de la position surplombante indispensables à la coordination des opérations et des parties prenantes, elles, plus spécialisées.

Enfin, il paraît opportun de prévoir un encadrement de l'exécution de ses missions par le coordinateur. Il serait a minima utile que celui-ci ait à **rendre régulièrement des comptes sur l'état d'avancement du plan de réparation ordonné par le juge**. Un tel rapport pourrait avoir à être rendu public, ce qui irait dans le sens de la directive 2004/35/CE en ce qu'elle promeut l'association du public à la détermination des mesures de réparation. À tout le moins, il devrait être communiqué au juge, aux parties au procès civil, aux maîtres d'œuvre de la réparation et aux autorités administratives chargées du suivi des mesures de remise en état.

Proposition 14

Pour favoriser la mise en œuvre cohérente des mesures de réparation du préjudice écologique arrêtées par le juge judiciaire, envisager la création d'un Fonds et, à tout le moins, promouvoir la désignation d'un coordinateur des maîtres d'œuvre de la réparation. Ce coordinateur aurait pour mission de veiller à la cohérence des mesures prises par les différents maîtres d'œuvre de la réparation et d'en suivre l'efficacité. Il devrait régulièrement rendre compte de son action. Un accord de défense commun (*joint defense agreement*) pourrait constituer le support de la désignation du coordinateur par les parties.

L'obligation de reddition de compte imposée au coordinateur permettrait non seulement de légitimer son action, mais aussi de remédier au manque de suivi des mesures de remise en état ordonnées par le juge, qui constitue un problème en soi (v. *infra*, p. 43).

B. LE JUGE JUDICIAIRE

Le juge judiciaire ne dispose pas encore des moyens indispensables à un traitement qualifié et cohérent des dossiers impliquant la réparation de préjudices écologiques. Ce contentieux très technique appelle un renforcement de la compétence des magistrats (1.). Au-delà, l'organisation d'audiences entièrement dédiées au contentieux environnemental pourrait faire œuvre utile (2.), tout comme l'amplification du dialogue entre juge judiciaire et autorités administratives compétentes (3.). En outre, la nécessité s'impose de voir les juridictions motiver davantage leurs décisions (4.) et suivre l'avancée des mesures de réparation qu'elles ont ordonné (5.).

1. Renforcer la compétence des magistrats en matière de réparation du préjudice écologique

Le contentieux du préjudice écologique présente un niveau de complexité technique élevé, complexité qui est à la fois scientifique et juridique.

Or, à ce jour, la formation environnementale des magistrats est quasiment inexistante. D'abord, peu de facultés de droit proposent aux étudiants de suivre des enseignements de droit de l'environnement dans leur cursus général. Ensuite, cette matière est absente de la formation initiale des auditeurs de justice. Enfin, les modules consacrés au droit de l'environnement en général ou au préjudice écologique en particulier n'attirent que très faiblement les magistrats en formation continue.

À l'évidence, l'amélioration de la prise en compte du préjudice écologique implique de renforcer les compétences des magistrats dans le domaine environnemental.

Plusieurs voies peuvent être envisagées à cette fin : l'amélioration de l'offre de cours en droit de l'environnement à l'université; l'intégration d'un module « pratique du droit de l'environnement » dans l'un des pôles de formation des auditeurs de justice; la multiplication des sessions de formation continue en lien avec

les problématiques environnementales et notamment avec le préjudice écologique, organisées à l'échelle nationale mais aussi en région pour s'adapter au contexte local.

Proposition 15

Renforcer les compétences des magistrats en droit de l'environnement par une meilleure offre de cours en droit de l'environnement dès l'université, par l'insertion d'un module « pratique du droit de l'environnement » dans le programme de formation initiale des auditeurs de justice ou encore par l'organisation de sessions de formation continue dédiées, à l'échelle nationale mais aussi en région pour prendre en compte les particularismes locaux.

2. Promouvoir l'organisation d'audiences dédiées au contentieux environnemental

Sans aller jusqu'à la création de juridictions interrégionales spécialisées en matière environnementale, et pour répondre dès à présent au besoin d'un traitement rationnel et cohérent des affaires de préjudice écologique, la Commission encourage la tenue d'audiences dédiées au contentieux environnemental, sous la forme de ce qui pourrait s'apparenter à des sessions environnementales.

Un tel audientement groupé des affaires de nature environnementale permettrait de s'assurer de la disponibilité de tous les acteurs et favoriserait un traitement cohérent et qualifié des affaires.

Le regroupement des audiences faciliterait en effet la présence à l'audience des différentes personnes impliquées dans le traitement des dossiers et à même d'éclairer le tribunal. L'on pourrait notamment compter sur la présence du magistrat référent du parquet, mais aussi sur celle des experts techniques, des agents verbalisateurs (agents des polices administratives de l'environnement et/ou de police judiciaire), ou encore des agents en charge de la gestion du sinistre et du suivi de la mise en œuvre des arrêtés préfectoraux.

La présence à l'audience des agents qui ont procédé à la verbalisation pourrait aider le juge à comprendre les faits litigieux ainsi que, le cas échéant, les mesures administratives déjà arrêtées et éventuellement la persistance de préjudices résiduels. L'aptitude du juge à bien articuler les mesures de réparation qui

restent, le cas échéant, à prononcer, avec les mesures administratives antérieures s'en trouverait renforcée.

Proposition 16

Promouvoir l'organisation d'audiences groupées dédiées au contentieux environnemental afin de favoriser la cohérence des décisions prononcées et de s'assurer de la présence du magistrat référent, des experts techniques et des agents verbalisateurs.

La mise en œuvre de cette proposition devra être équilibrée, en veillant à ce que l'audiencement groupé n'entraîne pas de retard injustifié dans le traitement des dossiers environnementaux, en particulier dans les juridictions où de tels dossiers sont peu fréquents.

3. Imposer la coordination des mesures ordonnées par les juges et par les autorités administratives, de même qu'une transmission réciproque d'informations sur les suites données au litige

Dans les affaires de préjudice écologique, il arrive que le juge judiciaire, que ce soit le juge civil ou parfois le juge pénal, intervienne après que des mesures de restauration des milieux ont été prononcées par l'Administration. Dans ces conditions, et pour respecter le principe de réparation intégrale, il est fondamental de coordonner les mesures ordonnées par le juge avec celles qui ont été prises antérieurement par les autorités administratives.

Des efforts en ce sens ont déjà été entrepris, spécialement dans les hypothèses où l'atteinte à l'environnement est passible de sanctions pénales. À ce titre, la circulaire de politique pénale en matière d'atteintes à l'environnement du 21 avril 2015 (CRIM/2015-9/G4) incite les parquets à engager une politique de partenariat avec les services chargés des polices de l'environnement. Se trouve ainsi encouragée la conclusion de protocoles d'accord avec l'autorité préfectorale, l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques (ONEMA), l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS), voire les parcs nationaux, l'Agence des aires marines protégées et l'Office national des forêts (ONF). Une telle démarche n'est pas inédite : d'ores et déjà, de telles conventions ont par exemple été conclues pour organiser les relations entre le Parquet et l'Office de l'environnement de la Corse (OEC).

Aux termes de la circulaire, ces partenariats « *permettent de déterminer les modalités pratiques du traitement des procédures et l'organisation des échanges avec les polices spéciales de l'environnement* ». Ils ont pour objectif de coordonner les réponses pénales et administratives à apporter aux comportements répréhensibles.

Au-delà, la même circulaire de politique pénale invite les parquets et les services administratifs à s'échanger des informations sur les suites pénales et administratives réservées aux procès-verbaux qu'ils ont établis en matière d'atteintes à l'environnement.

Une telle coordination entre les autorités de police administrative et le parquet est essentielle pour garantir la légitimité et la cohérence des réponses, administratives, pénales et/ou civiles, que ces instances apportent respectivement aux comportements répréhensibles dont elles ont à connaître.

Dans ces conditions, il serait pertinent d'aller au-delà de la seule incitation, et d'instituer, une vraie obligation de coordination des mesures adoptées par les juges d'un côté et par les autorités administratives de l'autre, ainsi qu'une obligation de transmission des informations sur les suites administratives, pénales et/ou civiles réservées aux atteintes à l'environnement qui relèvent de leurs compétences respectives.

Proposition 17

Instituer une obligation de transmission des informations sur les suites administratives, pénales et/ou civiles réservées aux atteintes à l'environnement dont les parquets et les autorités administratives ont eu à traiter.

4. Renforcer la motivation des décisions statuant sur le préjudice écologique

Le contentieux du préjudice écologique est le plus souvent traité par le juge pénal. Ce dernier a la préférence des demandeurs du fait de la gratuité des poursuites, particulièrement appréciée dans un domaine à haut degré de technicité où les coûts peuvent être considérables – du fait, notamment, des expertises requises.

Or, en pratique, il s'avère que lorsque le juge pénal a à statuer dans des contentieux environnementaux, il tend à concentrer ses efforts de motivation sur l'action publique, tandis que le volet civil est généralement traité de manière expéditive, le préjudice écologique faisant d'ailleurs souvent l'objet d'une évaluation forfaitaire.

Une telle **pratique d'évaluation globale du préjudice écologique, tous postes de préjudice confondus, devrait être bannie**. Au contraire, le juge devrait identifier précisément chaque poste de préjudice, en distinguant clairement les préjudices personnels des atteintes à la nature en tant que telle. À partir de là, et pour chaque poste de préjudice retenu, le juge pourrait alors décrire les mesures de réparation adéquates, tout en en motivant le bien-fondé.

En cas de condamnation pécuniaire, il conviendrait de procéder à une liquidation échelonnée des sommes nécessaires à la réparation de la nature, au fur et à mesure de la mise en oeuvre des mesures de réparation.

Proposition 18

Renforcer la motivation des décisions relatives à la réparation du préjudice écologique. Pour ce faire, poser une obligation pour le juge de statuer « poste par poste », en distinguant clairement les préjudices personnels des atteintes portées à l'environnement en tant que tel. À partir de là, faire en sorte que le juge identifie les mesures de réparation adéquates en en motivant le bien-fondé.

En cas de condamnation pécuniaire, inviter le juge à procéder à une liquidation échelonnée des sommes nécessaires à la réparation de la nature, au fur et à mesure de la mise en œuvre des mesures de réparation.

5. Remédier au manque de suivi des mesures de remise en état ordonnées par le juge

Nous disposons aujourd'hui des outils techniques pour assurer le suivi des mesures de réparation et en déterminer l'efficacité. Il existe aussi certains instruments juridiques. Ainsi, les arrêtés de dépollution peuvent exiger des mesures de suivi : des périodes de prélèvements et d'analyse sont généralement fixées, et les résultats doivent être adressés à l'Administration. En revanche, à ce jour, aucun dispositif juridique équivalent n'existe pour suivre les mesures de réparation qui sont ordonnées par le juge judiciaire.

Or, la mise en place d'un suivi est déterminante pour garantir que les sommes versées, le cas échéant, en réparation du préjudice écologique sont bien employées aux actions réparatrices prévues. En outre, l'existence d'un suivi va dans le sens de l'efficacité des mesures de réparation : il permet de détecter, au besoin,

des mesures inefficaces, et de les corriger. **Le suivi constitue ainsi un instrument clef de l'effectivité et de l'efficacité de la réparation.**

À supposer même qu'aucun coordinateur ne soit désigné, il devrait alors revenir au(x) maître(s) d'œuvre de la réparation d'assurer le suivi des mesures de réparation qu'il a ou qu'ils ont à déployer, et à en rendre compte au juge et aux parties, voire au public.

Proposition 19

En l'absence de désignation d'un coordinateur des maîtres d'œuvre de la réparation, le ou les maître(s) d'œuvre de la réparation devrai(en)t avoir l'obligation de mettre en place un suivi des mesures de réparation qu'il(s) adopte(nt) et d'en rendre compte au juge et aux parties, voire au public.

En tout état de cause, il pourrait être utile de formaliser le fait que le suivi de l'efficacité des mesures de réparation, sur une période déterminée, constitue, pour la personne débitrice de l'obligation de suivi, un préjudice réparable.

Proposition 20

Prévoir comme poste de préjudice le suivi, sur une période déterminée, de l'efficacité des mesures de réparation.

C. LES EXPERTS

Une meilleure prise en compte du préjudice écologique est subordonnée à la qualité de l'expertise qui vient éclairer le juge dans sa prise de décision. À ce jour, l'expertise environnementale, en particulier l'expertise judiciaire, prête pourtant le flanc à la critique, et ce pour des raisons diverses: à l'absence d'identification réglementaire des experts en environnement, s'ajoutent un contrôle insuffisant des compétences des experts judiciaires en la matière et un manque de structuration rationnelle des missions d'expertise. Le temps paraît donc venu de renforcer et de rationaliser l'expertise judiciaire en matière environnementale. À ce titre, il semble indispensable que la Nomenclature des experts judiciaires identifie mieux

les experts spécialisés en matière d'environnement (1.) et que la compétence de ces experts soit mieux contrôlée (2.). Indépendamment des compétences des experts, la mission d'expertise pourrait elle-même être mieux encadrée (3.).

En outre, la complémentarité entre expertise judiciaire et expertise de partie gagnerait à être reconnue, avec pour corollaire la nécessité d'inciter les experts judiciaires à ne pas négliger les expertises produites à la demande des parties (4.).

1. Insérer une rubrique « Environnement » et des sous-rubriques plus précises dans la Nomenclature des experts judiciaires

À ce jour, il est encore très difficile de trouver l'expert idoine dans un dossier de préjudice écologique tant ce type de préjudice peut être multi-facettes et en appeler à des compétences diverses, selon le type d'espèce ou de milieu atteint.

Cette difficulté tient, entre autres, à **un manque de lisibilité de la fonction d'expert judiciaire en environnement** tout comme à une classification insuffisante des spécialités propres à chaque expert.

Ainsi, alors que la Nomenclature des experts de justice issue de l'arrêté du 10 juin 2005 contient une rubrique « Santé », avec des sous-rubriques qui permettent de référencer les compétences des experts selon une liste comprenant près de 75 spécialités, cette même Nomenclature ne comprend aucune rubrique « Environnement ». Tout au plus trouve-t-on, au sein de la rubrique « Industries », et encore de manière éclatée, un certain nombre d'entrées qui peuvent concerner plus ou moins directement les problématiques environnementales, parmi lesquelles la sous-rubrique « Pollution », qui renvoie à des spécialités extrêmement larges en lien avec l' « air », les « déchets », l' « eau » et les « sols ».

En conséquence, la Commission propose d'enrichir la Nomenclature des experts judiciaires par l'adjonction d'une rubrique « Environnement », déclinée en « sous-rubriques » détaillées par spécialités techniques, le tout en lien avec les différents milieux impactés.

Proposition 21

Enrichir la Nomenclature des experts judiciaires par l'adjonction d'une rubrique « Environnement », déclinée en « sous-rubriques » détaillées par spécialités techniques et mises en lien avec les différents milieux impactés..

2. Renforcer les compétences des experts judiciaires en environnement

Aujourd'hui, le juge contrôle le respect des droits de la défense par l'expert judiciaire, mais il ne vérifie pas les compétences de ce dernier. Or, il n'est pas rare que les parties au litige déplorent le manque de compétences des experts judiciaires.

Alors que cette difficulté est soulevée de manière récurrente, aucune solution ne semble avoir été mise en œuvre à ce jour.

Pour garantir le niveau de compétences des experts judiciaires en environnement, il serait possible de s'inspirer du dispositif qui existe pour les experts en matière d'accidents médicaux. La Commission nationale des accidents médicaux les inscrit sur une liste nationale, après vérification de leurs compétences, et elle assure leur formation dans le domaine de la responsabilité médicale.

Pourquoi ne pas créer une Commission nationale du contentieux de l'environnement (CNCE) ? Cette dernière pourrait prendre la forme d'une instance indépendante placée auprès des Ministres chargés de la justice et de l'environnement. Elle pourrait se composer notamment de personnalités qualifiées dans le domaine du droit de l'environnement et de professionnels du contentieux de l'environnement. Cette Commission pourrait instruire les demandes d'inscription sur la liste nationale des experts en environnement par ailleurs créée, et assurer une mission de formation des experts inscrits, dans le domaine du contentieux de l'environnement.

Proposition 22

Établir une liste nationale des experts en environnement ainsi qu'une Commission nationale du contentieux de l'environnement (CNCE), indépendante, chargée d'instruire les demandes d'inscription des experts judiciaires sur cette liste et d'assurer leur formation dans le domaine concerné.

3. Rationaliser la mission d'expertise judiciaire

En pratique, les contours de la mission d'expertise sont souvent mal définis, ce qui est d'autant plus regrettable que la définition de la mission de l'expert manque de souplesse, et qu'elle ne peut donc pas évoluer facilement alors même qu'elle s'avérerait mal adaptée au litige.

Dès lors, il paraît opportun d'envisager la création d'une mission d'expertise type, qui permettrait non seulement de guider le juge dans la rédaction de la lettre de mission de l'expert, mais aussi de donner prise à un contrôle – par le juge et par les parties – de la qualité du rapport rendu par l'expert.

La mission d'expertise type pourrait être l'objet de déclinaisons spécialement adaptées à tel ou tel secteur d'activités et/ou à tel ou tel milieu endommagé.

Voilà quelques « entrées » qui permettraient de structurer une mission d'expertise type :

- définir les milieux/espèces potentiellement affecté(e)s;
- déterminer la nature du polluant et prendre la mesure de l'atteinte (qui, selon les cas, pourra s'exprimer en seuils de pollution, surface de pollution, nombre d'individus atteints...), ce qui suppose de connaître l'état antérieur;
- définir les indicateurs à l'aide desquels l'évolution de la situation dommageable sera suivie, ces indicateurs devant permettre d'apprécier à la fois l'efficacité des techniques de réparation mises en œuvre et l'incidence de la régénération naturelle ;
- sélectionner les mesures de réparation primaire et compensatoire et, le cas échéant, les mesures de réparation complémentaire appropriées.

Proposition 23

Envisager la création d'une mission d'expertise type en matière d'atteintes à l'environnement avec des variantes adaptées à chaque secteur d'activités et/ou milieu concerné.

La création d'une mission d'expertise type en matière d'atteintes à l'environnement présenterait l'avantage de donner prise à une comparaison critique de la qualité des rapports d'expertise rendus. Sur la base d'une telle comparaison, des recommandations pourraient être formulées quant aux évolutions opportunes de la matière. Progressivement, l'on avancerait ainsi dans la voie d'une application cohérente et homogène du dispositif d'expertise environnementale. À ce titre,

la Commission nationale du contentieux de l'environnement, proposée dans le présent rapport, pourrait procéder à un suivi de la qualité des expertises en environnement et formuler des propositions en vue de l'adaptation progressive de la mission d'expertise type.

Proposition 24

Envisager la création d'une mission d'expertise type en matière d'atteintes à l'environnement avec des variantes adaptées à chaque secteur d'activités et/ou milieu concerné.

4. Inciter le juge et l'expert judiciaires à prendre en compte les observations des parties dans le respect du principe du contradictoire

Dans la pratique, le recours à l'expertise de partie monte en puissance. Au-delà des défendeurs, les demandeurs eux-mêmes peuvent être enclins à y recourir, malgré le coût que cela représente, à l'image des riverains qui se tournent de plus en plus volontiers vers des bureaux d'études en vue de gagner du temps et de s'assurer les conseils des experts jugés les plus compétents.

Dans ce contexte, la Commission attire l'attention sur la nécessité, pour l'expert judiciaire lorsqu'il en est désigné un, et en tout état de cause pour le juge, de prendre en compte les expertises fournies par les parties après s'être assuré de leur qualité scientifique et dans le respect du principe du contradictoire.

Le principe du contradictoire s'impose même au juge pénal, par application de l'article 10 alinéa 2 du Code de procédure pénale qui dispose que «*les mesures d'instruction ordonnées par le juge pénal sur les seuls intérêts civils obéissent aux règles de la procédure civile*». L'expertise ordonnée par le juge pénal pour l'aider à statuer sur la réparation du préjudice écologique doit ainsi respecter le principe du contradictoire. À ce titre, l'expert judiciaire a à prendre en considération les observations ou réclamations des parties et à faire mention, dans son rapport, de la suite qu'il aura donnée à ces dernières (article 276 du Code de procédure civile).

Il importe donc de sensibiliser le juge pénal à la nécessité de soumettre la réparation du préjudice écologique à un débat contradictoire, puisqu'il s'agit alors pour le juge répressif de statuer sur les intérêts civils.

Proposition 25

Envisager la création d'une mission d'expertise type en matière d'atteintes à l'environnement avec des variantes adaptées à chaque secteur d'activités et/ou milieu concerné.

4

LISTE DES PROPOSITIONS

Proposition 1: Rationaliser les modalités d'articulation entre les différents ordres normatifs impliqués dans la réparation du préjudice écologique (administratif, civil, pénal).

Proposition 2: Encourager les administrations et les juridictions judiciaires appelées à se prononcer sur la réparation d'un préjudice écologique à identifier le préjudice écologique et les modalités de sa réparation à la lumière des concepts et des catégories de la directive 2004/35/CE.

Proposition 3: Contraindre le juge et l'expert judiciaires à tenir compte des actions déjà entreprises en faveur de la réparation lorsqu'ils ont à apprécier l'existence de préjudices écologiques résiduels et à en déterminer les modalités de réparation.

Proposition 4: Obliger le juge judiciaire à surseoir à statuer sur la réparation du préjudice écologique tant que la procédure administrative y afférente n'est pas terminée.

Proposition 5: Prévoir à titre général la délivrance, par l'Administration, d'un acte de bonne fin des mesures de réparation qu'elle a prescrites.

Proposition 6: Permettre à toute personne intéressée de saisir l'administration compétente pour lui demander de prendre l'acte de bonne fin des mesures de réparation qu'elle a prescrites, le refus – exprès ou implicite – de l'Administration pouvant être contesté devant le juge administratif.

Proposition 7: Constituer une base de données publique tournée vers l'enrichissement de la connaissance de l'état de l'environnement avant la survenance d'un préjudice, et alimentée y compris par des données qui ne sont pas spécialement destinées à être communiquées à l'Administration.

Proposition 8: Rationaliser les critères d'évaluation du préjudice écologique dont la réparation est demandée au juge judiciaire et, pour ce faire, officialiser une liste des critères d'évaluation à prendre en compte par les experts. Intégrer dans cette liste des critères liés au milieu atteint, à la durée et au « vecteur » de l'atteinte, c'est-à-dire à la substance polluante concernée. L'ampleur du préjudice est en effet dans l'étroite dépendance de la quantité du produit qui en est à l'origine mais également du type de substance dont il s'agit.

Proposition 9: Clarifier les critères d'identification des préjudices résiduels réparables.

Proposition 10: Formaliser juridiquement le fait que l'objet de la réparation du préjudice écologique est la réparation de la nature endommagée.

Proposition 11: Clarifier le fait que la réparation de la nature endommagée passe par des mesures physiques de restauration qui tendent à rétablir l'état de référence avant la survenance du préjudice et, en cas d'impossibilité, à fournir l'équivalent écologique des éléments naturels définitivement perdus.

Proposition 12: Imposer au juge qui prononcerait une condamnation pécuniaire en réparation d'un préjudice écologique d'affecter les sommes versées à la restauration des éléments naturels endommagés, conformément au plan de réparation sur la base duquel le montant de la condamnation aurait été identifié.

Proposition 13: Autant toute personne peut être intéressée par la protection de l'environnement, et à ce titre prétendre à la qualité de demandeur à l'action civile en réparation du préjudice écologique, autant la qualité de maître d'œuvre de la réparation devrait être réservée à certaines personnes sur la base de critères de compétence.

Proposition 14: Pour favoriser la mise en œuvre cohérente des mesures de réparation du préjudice écologique arrêtées par le juge judiciaire, envisager la création d'un Fonds et, à tout le moins, promouvoir la désignation d'un coordinateur des maîtres d'œuvre de la réparation. Ce coordinateur aurait pour mission de veiller à la cohérence des mesures prises par les différents maîtres d'œuvre de la réparation et d'en suivre l'efficacité. Il devrait régulièrement rendre compte de son action. Un accord de défense commun (joint defense agreement) pourrait constituer le support de la désignation du coordinateur par les parties.

Proposition 15: Renforcer les compétences des magistrats en droit de l'environnement par une meilleure offre de cours en droit de l'environnement dès l'université, par l'insertion d'un module « pratique du droit de l'environnement » dans le programme de formation initiale des auditeurs de justice ou encore par l'organisation de sessions de formation continue dédiées, à l'échelle nationale mais aussi en région pour prendre en compte les particularismes locaux.

Proposition 16: Promouvoir l'organisation d'audiences groupées dédiées au contentieux environnemental afin de favoriser la cohérence des décisions prononcées et de s'assurer de la présence du magistrat référent, des experts techniques et des agents verbalisateurs.

Proposition 17: Instituer une obligation de transmission des informations sur

les suites administratives, pénales et/ou civiles réservées aux atteintes à l'environnement dont les parquets et les autorités administratives ont eu à traiter.

Proposition 18: Renforcer la motivation des décisions relatives à la réparation du préjudice écologique. Pour ce faire, poser une obligation pour le juge de statuer « poste par poste », en distinguant clairement les préjudices personnels des atteintes portées à l'environnement en tant que tel. À partir de là, faire en sorte que le juge identifie les mesures de réparation adéquates en en motivant le bien-fondé. En cas de condamnation pécuniaire, inviter le juge à procéder à une liquidation échelonnée des sommes nécessaires à la réparation de la nature, au fur et à mesure de la mise en œuvre des mesures de réparation.

Proposition 19: En l'absence de désignation d'un coordinateur des maîtres d'œuvre de la réparation, le ou les maître(s) d'œuvre de la réparation devrai(en)t avoir l'obligation de mettre en place un suivi des mesures de réparation qu'il(s) adopte(nt) et d'en rendre compte au juge et aux parties, voire au public.

Proposition 20: Prévoir comme poste de préjudice le suivi, sur une période déterminée, de l'efficacité des mesures de réparation.

Proposition 21: Enrichir la Nomenclature des experts judiciaires par l'adjonction d'une rubrique « Environnement », déclinée en « sous-rubriques » détaillées par spécialités techniques et mises en lien avec les différents milieux impactés.

Proposition 22: Établir une liste nationale des experts en environnement ainsi qu'une Commission nationale du contentieux de l'environnement (CNCE), indépendante, chargée d'instruire les demandes d'inscription des experts judiciaires sur cette liste et d'assurer leur formation dans le domaine concerné.

Proposition 23: Envisager la création d'une mission d'expertise type en matière d'atteintes à l'environnement avec des variantes adaptées à chaque secteur d'activités et/ou milieu concerné.

Proposition 24: Organiser un suivi de la qualité des expertises en environnement et, sur cette base, adapter le contenu de l'expertise-type afin de promouvoir la qualité et l'homogénéité des missions d'expertise.

Proposition 25: Inciter le juge et l'expert judiciaires à prendre en compte les expertises fournies par les parties, après s'être assurés de leur qualité technique. Sensibiliser le juge pénal à la nécessité de soumettre la réparation du préjudice écologique à un débat contradictoire.

