
La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement

François Ost

Citer ce document / Cite this document :

Ost François. La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. In: Droit et société, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 281-322;

doi : <https://doi.org/10.3406/dreso.1995.1334>

https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1995_num_30_1_1334

Fichier pdf généré le 15/05/2018

Résumé

On reproche souvent au droit de l'environnement sa complexité et le caractère flou de ses finalités. À condition d'être repensée, l'institution de la responsabilité pourrait constituer le fil d'Ariane de ce labyrinthe, ainsi que le fondement éthique sur lequel le fonder. Après avoir mis en lumière les spécificités du dommage écologique, l'article dégage non moins de quatre aspects de la responsabilité qu'il s'agira d'articuler de façon dialectique : (1) la responsabilité-sanction de la faute, civile ou pénale, qui satisfait une exigence éthique, mais s'avère difficile à mettre en œuvre ; (2) la responsabilité-couverture du risque qui, indépendamment de l'hypothèse de la faute, vise à dédommager la victime du préjudice et s'accompagne de systèmes de mutualisation des risques ; (3) la responsabilité-prévention qui est au fondement de quelques-unes des solutions les plus originales du droit de l'environnement, telles les législations sur les études d'incidences et le principe de précaution qui les prolonge ; (4) la responsabilité-participation qui vise à assurer l'implication de tous dans la gestion et le contrôle des milieux naturels ; dans cette perspective, la reconnaissance de droits procéduraux d'information, de concertation et de recours aux individus et à leurs associations fait l'objet d'un examen particulier. L'auteur soutient la thèse que seule l'articulation de ces quatre dimensions de la responsabilité sera en mesure d'assurer la sauvegarde souhaitée du milieu.

Abstract

Responsibility, The Ariadne's Clew of Environmental Law.

Environmental Law is often criticized for its complexity and for the vagueness of its objectives. Providing it is rethought, the institution of responsibility could represent the clew of Ariadne in this labyrinth, as well as providing the ethical foundation on which to base it. After revealing the characteristics of ecological damage, the article distinguishes no less than four aspects of responsibility that would need to be linked in a dialectic manner : (1) sanction-responsibility aspect of the offence, civil or criminal, that meets an ethical requirement but is difficult to implement ; (2) cover-responsibility aspect of the risk that, quite apart from the offence hypothesis, aims to compensate the victim of harm and comes with Systems of mutual risk insurance ; (3) prevention-responsibility aspect that lies behind some of the most original solutions in environmental law, such as legislation on impact studies and the principle of precaution that follows from it ; (4) participation-responsibility aspect that aims to ensure everyone's participation in the management and control of natural environments : the acknowledgements of rights to procedural information, to consultation and to appeal to individuals and their associations, is closely examined from this viewpoint. The author supports the theory that a guaranteed safeguard of the environment will only be achieved by the linkage of these four aspects of responsibility.

La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement

Droit et Société 30 31-1995
(p. 281-322)

François Ost *

Résumé

On reproche souvent au droit de l'environnement sa complexité et le caractère flou de ses finalités. À condition d'être repensée, l'institution de la responsabilité pourrait constituer le fil d'Ariane de ce labyrinthe, ainsi que le fondement éthique sur lequel le fonder. Après avoir mis en lumière les spécificités du dommage écologique, l'article dégage non moins de quatre aspects de la responsabilité qu'il s'agira d'articuler de façon dialectique : (1) la responsabilité-sanction de la faute, civile ou pénale, qui satisfait une exigence éthique, mais s'avère difficile à mettre en œuvre ; (2) la responsabilité-couverture du risque qui, indépendamment de l'hypothèse de la faute, vise à dédommager la victime du préjudice et s'accompagne de systèmes de mutualisation des risques ; (3) la responsabilité-prévention qui est au fondement de quelques-unes des solutions les plus originales du droit de l'environnement, telles les législations sur les études d'incidences et le principe de précaution qui les prolonge ; (4) la responsabilité-participation qui vise à assurer l'implication de tous dans la gestion et le contrôle des milieux naturels ; dans cette perspective, la reconnaissance de droits procéduraux d'information, de concertation et de recours aux individus et à leurs associations fait l'objet d'un examen particulier. L'auteur soutient la thèse que seule l'articulation de ces quatre dimensions de la responsabilité sera en mesure d'assurer la sauvegarde souhaitée du milieu.

Dommage écologique - Droit de l'environnement - Droits procéduraux - Prévention - Responsabilité.

Summary

Responsibility, The Ariadne's Clew of Environmental Law

Environmental Law is often criticized for its complexity and for the vagueness of its objectives. Providing it is rethought, the institution of responsibility could represent the clew of Ariadne in this labyrinth, as well as providing the ethical foundation on which to base it. After revealing

L'auteur

Professeur aux facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, François Ost est directeur du CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement). Il est également co-directeur du Séminaire et de la Revue interdisciplinaire d'études juridiques, ainsi que de l'Académie européenne de théorie du droit. Parmi ses publications, on citera :

- *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995 ;
- ainsi que trois ouvrages écrits en collaboration avec Michel van de Kerchove :
- *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 ;
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ;
- *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992.

* Facultés universitaires Saint-Louis (FUSL), Boulevard du Jardin botanique 43, B-1000 Bruxelles.

ling the characteristics of ecological damage, the article distinguishes no less than four aspects of responsibility that would need to be linked in a dialectic manner : (1) sanction-responsibility aspect of the offence, civil or criminal, that meets an ethical requirement but is difficult to implement ; (2) cover-responsibility aspect of the risk that, quite apart from the offence hypothesis, aims to compensate the victim of harm and comes with systems of mutual risk insurance ; (3) prevention-responsibility aspect that lies behind some of the most original solutions in environmental law, such as legislation on impact studies and the principle of precaution that follows from it ; (4) participation-responsibility aspect that aims to ensure everyone's participation in the management and control of natural environments : the acknowledgements of rights to procedural information, to consultation and to appeal to individuals and their associations, is closely examined from this viewpoint. The author supports the theory that a guaranteed safeguard of the environment will only be achieved by the linkage of these four aspects of responsibility.

Ecological damage - Environmental law - Prevention - Procedural laws - Responsibility.

« Les rapports de l'homme à la nature sont devenus dramatiques par absence de responsabilisation plus que par absence de législation. »

(Raphaël Romi, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 91)

I. Comme un fil d'Ariane...

Si le droit de l'environnement est un labyrinthe, dont le spectre de l'ineffectivité ferait figure de Minotaure, l'idée de responsabilité pourrait bien être son fil d'Ariane. Nous soutenons cette proposition qu'il serait possible de reconstruire l'essentiel du droit de l'environnement à partir de l'institution centrale de la responsabilité. Du point de vue de la technique juridique, on tiendrait là un « macro » principe juridique, quelque chose comme une matrice conceptuelle ou un paradigme au sens de l'épistémologie contemporaine, enfin en mesure d'insuffler sens et cohérence à une matière qui en est cruellement dépourvue. Du point de vue éthique et politique, on disposerait enfin d'une réponse juridique à la hauteur des exigences d'action, notamment à l'égard des générations futures.

Un indice parmi d'autres du rôle central que pourrait jouer la responsabilité comme principe fédérateur du droit de l'environ-

nement, à l'interface du technique et du politique : lorsque le Traité de l'Union européenne définit, à l'article 130R, les principes sur lesquels « est fondée l'action de la Communauté en matière d'environnement », ce sont quatre principes eux-mêmes fondés sur l'idée de responsabilité qui sont retenus : l'action préventive, la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution.

Encore faut-il s'entendre sur le sens — large, on l'a déjà compris — que l'on confère à l'institution de la responsabilité. Une première question à cet égard consisterait à s'interroger sur les finalités qu'on est en droit d'attendre d'un dispositif juridique de responsabilité. Le premier objectif consiste, bien entendu, à assurer l'indemnisation la plus complète possible des victimes des dommages de pollution : tant sur le plan éthique qu'économique, rien ne justifie que des personnes étrangères à une activité en subissent un préjudice sans compensation. Un second objectif, plus général, consiste à protéger l'environnement (et donc, indirectement aussi, les personnes victimes de dommages de pollution) : c'est l'aspect « prévention » qui, à lui seul, permet de regrouper la plupart des normes environnementales et qui explique la majorité de ses institutions et procédures. Un troisième objectif consiste à imputer le plus précisément possible les coûts de réparation des dommages aux personnes qui en sont l'origine : c'est le principe « pollueur-payeur ». Enfin, il s'agira encore — quatrième objectif — de garantir la solvabilité du « payeur » et d'assurer aux exploitants une mutualisation des risques en répartissant la charge des réparations sur des groupes entiers de pollueurs. Divers types d'assurance et de fonds de compensation s'y emploient ¹.

Avant de s'engager plus avant, il convient de préciser le sens du principe « pollueur-payeur », dont l'ombre obscurcit aujourd'hui tout le débat sur la responsabilité environnementale. Pour certains, il ne serait qu'un slogan ², pour d'autres un principe économique non transposable en droit sinon au prix d'une dénatura-tion de la responsabilité ³, pour d'autres enfin une véritable norme juridique ⁴. D'un certain point de vue, le principe du pollueur-payeur est inutile à rappeler : il recouvre exactement l'idée de bon sens selon laquelle « celui qui casse paie » et qui se trouve à la base de tous les systèmes d'indemnisation de préjudices. Il est cependant possible de lui conférer un sens plus opératoire, à partir des leçons de l'économie précisément. Il convient, dit-on de ce côté, d'opérer « l'internalisation des externalités » ; entendons : de répercuter sur le coût de revient des produits ou des activités des frais qui, sans cela, seraient injustement répercutés sur la collectivité. Traduction écologique : il n'est pas acceptable que les producteurs ne supportent pas eux-mêmes les frais générés par la lutte contre les pollutions engendrées par leurs activités. C'est la

1. Sur ces objectifs, cf. H. BOCKEN, « La réparation des dommages causés par la pollution en droit belge. La situation en 1992 », *Revue générale de droit civil*, n° 4/5, 1992, p. 319.

2. M. PRIEUR, *Précis de droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 1989, p. 170.

3. Ch. LARROUMET, « La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1994, p. 102 : « Le principe pollueur-payeur est un principe économique d'imputation d'un coût. Il ne faut pas l'assimiler à un mécanisme juridique d'imputation d'une responsabilité. »

4. L. KRÄMER, « Le principe du pollueur-payeur en droit communautaire. Interprétation de l'article 130R du traité CEE », *Aménagement-environnement*, n° 1, 1991, p. 3.

Communauté européenne qui, la première, s'est saisi de ce principe en vue d'interdire les aides que les États prétendraient allouer aux exploitants dans le but de réduire les nuisances que génèrent leurs établissements. Dans la suite la règle a pris figure de principe général : les frais de lutte (prévention et réparation) contre la pollution incombent aux pollueurs. Ce ne devrait être ni aux victimes, ni aux pouvoirs publics, ni à la collectivité à les supporter. Bien entendu, le principe reste muet sur la licéité de la pollution, de même que sur l'identification du pollueur et la manière d'obtenir sa contribution (dommages-intérêts, taxes, redevances) : en cela le « pollueur-payeur » se ressent de son origine économique et demande une traduction juridique. Par lui-même il ne préjuge d'aucun système de responsabilité, qu'il soit basé sur la faute commise, le risque engendré ou simplement la solidarité professionnelle assumée. Sans doute a-t-on pu relever l'ambiguïté d'un principe qui pouvait s'interpréter comme un « droit de polluer » dès lors qu'un prix était acquitté pour l'exercer ; mais l'effet d'autres principes — tels ceux de prévention et de précaution — devrait réduire cette crainte. Et en imputant les frais réellement exposés pour réduire les nuisances à l'opérateur économique qui en est la source, on favorise la recherche en faveur de technologies plus propres, on récompense les industriels et les pouvoirs publics qui ont déjà consenti des investissements dans cette voie et on réduit le coût social de la lutte contre les pollutions. La rationalité économique rejoint ici l'exigence éthique. Ceci dit, la seule inscription du principe dans le texte du Traité de Rome n'assure pas automatiquement son effectivité. On rencontre encore des hypothèses de « pollueurs payés » — que l'on songe aux agriculteurs bénéficiaires d'aides pour ne pas utiliser tel ou tel pesticide ou tel ou tel engrais chimique — ainsi que des cas, hélas bien fréquents, de « pollués payeurs » : faut-il vraiment donner des exemples ?

Par lui-même le principe « pollueur-payeur » n'impose pas de mécanisme juridique déterminé d'imputation de responsabilité. Il est cependant révélateur d'une évolution qui traverse le droit de la responsabilité depuis un siècle au moins et qui est le passage graduel de la faute à la réparation, ou encore du coupable à la victime. Le principe parle de « pollueur » sans se prononcer sur sa responsabilité, encore moins sa faute éventuelle ; l'accent est mis sur le dédommagement : l'important est qu'il paie. Coupable ou non, le pollueur est un acteur économique dont l'activité entraîne paiement d'un coût social. Cette manière de voir, qui concentre l'attention sur le dédommagement de la victime plutôt que sur la faute du coupable, signe le passage — en langage juridique — de la responsabilité subjective (imputation d'une faute) à la responsabilité objective (allocation d'une réparation). Il s'agit là assurément d'une tendance lourde du droit de la responsabilité qui s'est développée au même rythme que les progrès du machinisme et

son cortège d'accidents : machines à vapeur qui explosent, trains qui déraillent, automobiles qui fauchent des piétons ou des cyclistes. Comment éviter aux victimes — des ouvriers, le plus souvent — de se perdre dans les arcanes de la procédure à la recherche d'une hypothétique « faute » de l'employeur, sinon en changeant de terrain : ce ne serait plus la faute qui entraînerait le dédommagement, mais le risque auquel on expose autrui. Dès lors qu'on entreprend une activité dangereuse dont on tire profit, il est équitable qu'on supporte aussi les risques qu'elle entraîne. Dès la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence jeta les bases de cette responsabilité fondée sur le risque, en considérant que le « gardien » de la chose (article 1384, alinéa 1 ; « chose », en France, « chose vicieuse » en Belgique) est tenu de réparer le dommage qu'elle a causé. Le législateur suivra peu après en adoptant, en 1898 en France et en 1903 en Belgique, la fameuse législation sur les accidents du travail⁵. Si le « facteur travail » voyait ainsi enfin rencontré une de ses exigences légitimes, un siècle plus tard le même problème se pose au « facteur environnement », dont la fragilité et la valeur apparaissent enfin. Avec la même réponse juridique : une conception élargie de la faute, des présomptions (parfois irréfragables) de faute, dans certains cas l'absence de faute — peu importe, du moment que soit identifié un pollueur (ou un groupe de pollueurs) qui indemniser la victime et, le cas échéant, défraiera les autorités politiques des frais qu'elles auront avancés pour limiter les conséquences du sinistre.

Mais cette évolution s'accompagne d'une autre, relative à la couverture assurancielle du dommage. Comment, en effet, garantir le dédommagement de la victime, comment éviter la ruine de l'exploitant sans recourir à des mécanismes de collectivisation des risques et d'étalement des charges ? Plus soucieuse qu'auparavant de couvrir les risques qui peuvent l'atteindre, notre société tout entière est devenue « assurancielle ». Cette évolution ne laisse pas d'influer sur le droit de la responsabilité : en organisant un transfert du risque à double détente, de la victime au responsable et de celui-ci à l'assureur, la technique de l'assurance contribuera de façon décisive à la banalisation, voire au retrait, de la faute au profit d'un mécanisme « objectif » et collectif de réparation des dommages.

Il reste que, dans le domaine écologique, l'évolution est plus hésitante. La spécificité du dommage écologique est telle — qui est coupable ? qui est victime ? quel préjudice ? quelle réparation ? — que les institutions sociales traditionnellement chargées de réprimer la faute ou de gérer le risque semblent s'y perdre. Soit, en amont, le pénal : aux fautes les plus graves, le glaive de la justice. Mais on sait combien ses interventions sont ici hésitantes : peu de poursuites, peu de condamnations. La machine pénale a besoin de coupables individualisés, dont le comportement fait

5. Sur cette évolution, cf. E. FWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986 ; cf. aussi Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1987, p. 1 s.

l'objet d'une nette réprobation sociale ; on ne trouve ici que des pollueurs multiples (ne le sommes-nous pas chacun ?) qui sont aussi parfois des pourvoyeurs d'emplois. Soit, en aval, la couverture par l'assurance. Mais, au seuil du dommage écologique, l'assurance hésite. Alors qu'ailleurs le marché de l'assurance est vendeur, ici il est acheteur : il y a pénurie de produits assuranciers⁶. Face à l'incertitude du risque, à ses conséquences financières virtuellement énormes (hors normes), les compagnies renâclent ; quant aux risques diffus et graduels, aux mille et une pollutions quotidiennes, elles sont tellement inhérentes à nos modes de production et de consommation qu'elles ne constituent pas un aléa, or, sans aléa pas d'assurance. On le voit : ou le risque est trop grand, c'est l'accident majeur qui déjoue tous les calculs de probabilité et de rentabilité⁷, ou il est trop petit, en tout cas trop quotidien, trop « assuré » : dans les deux cas, l'assurance renonce. « *De minimis non curat praetor* » (le préteur ne traite pas les différends trop peu importants), enseignait-on à Rome. Et on aurait pu ajouter : *de maximis non curat praetor* : trop importants, les conflits ou les dommages semblent échapper également au droit et à la justice. Cela s'applique aussi à l'assurance. Comme si l'assurance servait ici de révélateur de la capacité d'absorption et de traitement de la question du préjudice écologique par la société tout entière ; ce qui suscite le danger de réduire le dommage réparable au risque assurable et pourrait engendrer cette dérive qui consisterait à ne prendre en compte que le danger mesurable — on veut dire monnayable. On reviendra sur ce travestissement du dommage écologique en préjudice économique, signe parmi tant d'autres de notre difficulté à prendre en compte la nature pour elle-même.

Il reste que, accidentels ou graduels, exceptionnels ou quotidiens, les dommages de pollution et les dommages écologiques existent bel et bien, et qu'ils demandent réparation. On se retourne alors vers la collectivité dont on exige cette prise en charge par la voie classique de la fiscalisation. Mais le principe « pollueur-payeur » n'y trouve pas son compte : d'où la solution intermédiaire qui conduit à l'organisation de fonds d'indemnisation alimentés par voie de contributions perçues auprès des opérateurs du secteur concerné (les transporteurs d'hydrocarbures, par exemple) ou par voie de redevances établies sur des activités ou des établissements polluants.

Le droit de la responsabilité écologique apparaît donc comme un dispositif complexe dont les différents éléments constitutifs sont en relation d'interaction dialectique ; en amont : la prévention sous toutes ses formes ; au centre : la faute, pénale dans les cas les plus scandaleux, civile dans les hypothèses de responsabilité bien individualisée ; en bordure du centre, les extensions de la responsabilité : présomptions, simples ou irréfragables, de faute,

6. Sur ce point, cf. G. MARTIN, *Le dommage écologique. Rapport présenté au comité ad hoc droit économie sociologie du P.I.R.E.N.*, Nice, 1989, p. 222 s.

7. Un exemple parmi d'autres : en Allemagne, le plafond de responsabilité instauré par la loi de 1990 s'élève au total à 320 000 000 DM, or les assureurs limitent encore leur couverture à une vingtaine de millions de DM (P. THIEFFRY, « L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur. Les distorsions entre les États membres et les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1, 1994, p. 121).

puis, au terme de l'évolution, la responsabilité objective : dans ce cas, le risque occupe la première place et le droit de la responsabilité a changé de centre de gravité ; finalement, en aval : l'assurance et les fonds de compensation. Ajoutons encore cette pièce, essentielle selon nous au bon fonctionnement du dispositif : la responsabilité au sens de « participation démocratique ». Participation de tous à la gestion et au contrôle de l'intégrité du milieu, sous les formes diverses de la concertation, de l'information et du recours en justice. Il est essentiel selon nous — ce sera le propos central des développements qui suivent — de garder à l'esprit l'ensemble de ces éléments : responsabilité-prévention, responsabilité-indemnisation de la faute, responsabilité-couverture du risque, responsabilité-participation, et d'en souligner les relations dialectiques. Chaque élément considéré isolément s'avérera décevant et lacunaire : ce n'est qu'en interaction qu'ils pourront utilement contribuer à la réduction du dommage écologique.

Tout commence, bien entendu, par la prévention : « mieux vaut prévenir que guérir ». Tout le droit administratif de l'environnement pourrait s'expliquer par l'objectif de réduire les nuisances et pollutions. Mais on sait l'ambiguïté de cette perspective : dès le *xix^e* siècle les industriels avaient compris qu'obtenir un permis d'exploitation (même assorti de conditions et de limites) c'était aussi bénéficier d'un « permis de polluer » — et ils en espéraient l'impunité à l'égard des recours judiciaires qui mettraient en cause leur responsabilité civile. Quant aux prescriptions actuelles de prévention des nuisances, on en a montré les multiples défauts et limites (incohérences, ineffectivités). Bien qu'indispensables, ces normes ne sont donc pas suffisantes : des dommages se produisent, qu'il faut réparer. Et ceci, plus encore : des mécanismes existent qui demandent à être sans cesse relancés, revitalisés par l'initiative des citoyens, de leurs associations et des pouvoirs publics. La responsabilité-prévention n'est pas grand-chose sans la responsabilité-participation.

Après la prévention, la réparation. Si un coupable (logique pénale) ou un responsable (logique civile) se présente, il sera tenu de réparer. Mais, on l'a dit, la faute ici se dilue à l'instar des polluants qu'elle concerne. Il n'empêche : au-delà de la norme de prévention se fait entendre la norme de la faute civile. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la conformisation au prescrit de la règle environnementale, le respect des conditions du permis d'exploitation n'immunisent pas l'exploitant à l'égard d'un procès en responsabilité. L'obligation de prudence double et déborde les obligations techniques dérivées des prescriptions sectorielles. Mais l'approche par la faute a montré ses limites, liées aux spécificités du dommage écologique : tantôt on ne trouve pas l'auteur du dommage, tantôt on l'identifie, mais il parvient à dégager sa responsabilité (en arguant de la force majeure ou de la prescription,

par exemple), tantôt on condamne un responsable... qui s'avère insolvable. La prise en compte du risque créé prend alors le relais de l'imputation de la faute, et des mécanismes de solidarité financière (assurances, fonds de compensation et, à la limite, interventions publiques financées par l'impôt) se substituent aux réparations privées. Mais, une fois encore, sans l'appui de l'opinion publique dûment « responsabilisée » et intervenant notamment par le biais des associations, beaucoup de ces mécanismes resteraient en léthargie : de la prévention à la participation, tous les relais de la responsabilité sont indispensables.

Mais le raisonnement vaut aussi au sens régressif : pour être vraiment efficace, chaque stade du mécanisme de la responsabilité appelle la mise en œuvre de l'étape précédente qu'il contribue d'ailleurs à valoriser. Peut-être pourrait-on penser à cet égard qu'un fonds de compensation qui dédommagerait intégralement tout le dommage écologique serait un idéal à atteindre. Mais, outre le coût du système (et la difficulté d'évaluer « tout » le dommage écologique), il est évident qu'il ne remplacera pas un bon système préventif : compenser, réparer, ne sera jamais que reproduire une nature de seconde main, ersatz parfois lointain de son modèle. À l'inverse, un système de réparation efficace ne manquera pas d'exercer un effet préventif sur les opérateurs économiques assurés de devoir dédommager leurs défauts de prévoyance. On a déjà souligné à cet égard le rôle positif que jouent parfois les assurances dans la gestion des risques des entreprises qu'elles assurent : en majorant les primes et les franchises pour les mauvais risques, elles contribuent efficacement à orienter les investissements dans le sens de la prévention.

Autre exemple : on pourrait applaudir l'apparition de nouveaux systèmes de responsabilité objective qui canalisent la réparation sur l'auteur présumé de la pollution, tenu de réparer dès lors qu'il génère un risque dont il tire profit. Assurément, ces mécanismes nouveaux rendent de grands services ; mais, outre le fait qu'ils ne sont pas toujours à l'abri de la critique (cf. *infra*), ils ne permettent en aucune façon de faire l'économie de la responsabilité pour faute. Le danger est réel, en effet, qu'en banalisant la faute, en l'escamotant même au profit de mécanismes automatiques et parfois collectifs de réparation, on ne déresponsabilise les opérateurs économiques. Il est donc essentiel de maintenir en vigueur des possibilités de mise en cause de la responsabilité civile, et parfois même pénale, des exploitants fautifs. Sans compter que, parfois, le plafonnement des montants de la réparation qui accompagne les systèmes de responsabilité objective conduira les plaideurs à préférer suivre les voies classiques de la responsabilité pour faute qui, pour être plus aléatoires, se révèlent parfois plus rentables. Les victimes de la marée noire de l'*Amoco-Cadiz* l'ont bien compris, qui ont préféré s'en aller plaider aux États-

Unis, sur la base de la responsabilité classique, plutôt que de bénéficier en France du système de responsabilité objective (plafonnée) mis en place par la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures⁸. Il est nécessaire aussi qu'en cas d'intervention de la compagnie d'assurance ou du fonds d'indemnisation (indispensable souvent pour assurer un prompt dédommagement des victimes) soit maintenue la possibilité d'une action récursoire de ceux-ci à l'encontre de l'opérateur économique dont la responsabilité pourrait être établie.

Nul doute enfin que les divers systèmes de réparation ne fassent réfléchir les exploitants (ici les armateurs) et n'entraînent de salutaires progrès tant en amont de la prévention, sous la forme, par exemple, de construction de pétroliers à double coque, ou de sélection plus rigoureuse des équipages, qu'en aval sous la forme d'incitation à l'assurance ou de refinancement des fonds de compensation. On le voit : la responsabilité est devenue une institution complexe dont chaque rouage contribue au fonctionnement de l'ensemble : la paralysie d'un seul d'entre eux entraîne un blocage généralisé. Il reste que la mise en œuvre des mécanismes de responsabilisation est encore compliquée par la spécificité du dommage écologique.

II. Les grands défis du dommage écologique

La responsabilité et la réparation évoquent l'accident ; l'accident évoque la catastrophe. Et les exemples, effectivement, ne manquent pas ; naufrages : *Torrey-Canyon*, 1967, *Amoco-Cadiz*, 1978, *Exxon-Valdez*, 1989 ; incendie : Sandoz, 1986 ; pollution nucléaire : Tchernobyl ; pollution chimique : Bhopal, Seveso... Mais, à côté de ces accidents majeurs qui frappent l'opinion publique et retiennent l'attention des décideurs, qui dira les ravages de la pollution rampante ? Qui fera le compte de la dégradation lente mais inexorable du milieu : pollution diffuse et graduelle, qui vient d'on ne sait où et qui se disperse, se dilue jusqu'où ? Pollution « historique », dont l'origine se perd au fil des mutations immobilières et des transformations industrielles et qui se rappelle maintenant à nous comme le symptôme d'on ne sait quel traumatisme originel. Pollution différée, dont nous transmettons en douce la charge à nos successeurs, comme ces déchets radioactifs que nous stockons pour quelques milliers d'années. Voilà assurément un premier défi pour le droit : saisir l'insaisissable d'un accident au quotidien accepté comme une fatalité moderne. Comment trancher dans ce *continuum*, où fixer le seuil de l'inacceptable, contre qui se retourner, à qui en appeler ?

L'écologue est appelé à témoigner. Il distinguera sans doute entre dommages réversibles et dommages irréversibles. Dans le

8. Cf. A. Kiss, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pédone, 1989, p. 128-130.

premier cas, la nature attaquée réagira et, grâce à son fantastique potentiel de régénération, retrouvera finalement ses droits. Le milieu marin ne s'est-il pas régénéré beaucoup plus vite que prévu suite au naufrage de l'*Exxon-Valdez* ? On devine l'usage que l'on fera de l'argument : comme toujours la nature a bon dos. Il reste qu'à côté des dommages réversibles, certains ont des effets irréversibles : nul ne pourra jamais reconstituer le patrimoine génétique d'une espèce disparue. Et lorsque les dangers potentiels mettent en cause la survie même de l'humanité, de tels risques sont-ils encore acceptables ?

D'écologique, la question devient sociale : elle porte sur l'établissement de la ligne de partage entre dommage « normal » et donc « acceptable » et dommage « exceptionnel » appelant réparation. On s'est accoutumé à cette idée que le progrès économique et social devait nécessairement se traduire par une certaine dégradation de la qualité de vie. Tout se passe comme s'il était jugé normal, en tout cas inévitable, qu'un certain tribut soit payé au progrès ; l'idée est d'autant plus facilement acceptée que la traite est tirée sur le compte de la nature ou au débit des générations futures. La vie sociale s'accompagne de contraintes, rappelle-t-on, et le progrès ne va pas sans nuisances. Tout sera donc question de seuil ; en-deçà : la nuisance trop légère pour être réparée, trop prévisible pour être assurée ; à niveau : le dommage accidentel réparable qui correspond au risque assurable ; au-delà : le risque majeur qu'on s'attachera tout au plus à gérer, le canalisant dans des voies acceptables.

La théorie des troubles de voisinage, qui pourtant a pu apporter un certain secours aux voisins lésés, reflète bien cette philosophie fataliste : ce ne sont, en effet, que les troubles anormaux ou excessifs qui seront pris en compte. Sans doute, la victime ne doit-elle pas faire la preuve de la faute du pollueur, mais, en contrepartie, celui-ci est autorisé à polluer dans des limites raisonnables : « Sous son aspect libéral et progressiste, la théorie est en réalité un régime désuet et ségrégationniste, qui sert la politique de développement industriel et de croissance illimitée », écrit M. Prieur⁹.

Sans doute, ici et maintenant, il n'est pas question de catastrophe, pas même d'accident. Mais tel déversement qui vient s'ajouter à tous les autres n'opérera-t-il pas comme la goutte qui fait déborder le vase ? Sans doute, tel polluant, considéré isolément, paraîtra-t-il inoffensif, mais, mélangé à d'autres, sait-on quel effet il produira ? Faut-il vraiment toujours des naufrages, des incendies, des explosions pour que progresse la conscience écologique ? Le juge, en toute hypothèse, est mal à l'aise en-dehors du conflit ouvert, de l'accident avéré, du dommage consommé. C'est à l'administration, et à ses normes préventives, que reviennent la politique prospective et les mesures globales.

9. M. PRIEUR, *op. cit.*, p. 1043.

Mais qui s'intéresse à ces textes, qui a vraiment le souci de les appliquer, en-dehors des grandes secousses accidentelles ?

D'autant que, c'est un second problème, une bonne partie du dommage n'affecte directement aucun intérêt humain. Il est temps d'introduire ici la distinction entre « dommages de pollution », affectant des patrimoines identifiables et particuliers, et « dommages écologiques » qui concernent, quant à eux, le milieu naturel dans ses éléments inappropriés et inappropriables¹⁰. D'un côté, le préjudice aux personnes, aux biens, aux activités, aux revenus prévisibles (ceux que des pêcheurs, par exemple, auraient pu tirer d'une saison de pêche dans telle ou telle région marine) ; de l'autre, l'atteinte à la diversité génétique, à la qualité des eaux souterraines, à l'harmonie d'un paysage, à l'équilibre du climat. On étudiera plus loin les difficultés que rencontre le droit à appréhender cette forme de préjudice, à l'évaluer, à le représenter en justice, à en affecter, le cas échéant, le montant obtenu pour sa réparation. Mais, d'ores et déjà, on peut tenir pour assuré que le combat sera rude pour introniser le dommage écologique au prétoire, comme si, décidément, cette nature, qui est pourtant notre patrimoine commun, n'appartenait à personne et ne pouvait donc trouver de défenseur attitré. Ainsi, la loi allemande du 10 décembre 1990, pourtant progressiste à bien des égards, ne prend-elle en compte le dommage écologique que dans la mesure où il est lié à l'atteinte à une propriété privée. G. Martin a raison de le souligner : plus intense est le lien de proximité entre une personne et une ressource naturelle affectée, plus assurée sera la réparation¹¹, mais, sitôt le lien distendu, la nature se retrouve orpheline et le juge comme l'assureur demeureront sourds, sinon à ses appels, qu'elle n'adresse pas, du moins à ses exigences, qu'on est en droit de formuler en son nom. Où l'on retrouve cette idée déjà si souvent rencontrée : il faut un propriétaire à la nature pour qu'elle trouve un défenseur. À défaut, les défenseurs de la nature devront ruser : en attendant le jour où ils pourront réclamer réparation sur la base de la défense d'un « patrimoine commun », il faudra se contenter d'un dommage « travesti » : présenté comme préjudice affectant un patrimoine individualisé, il a certaine chance, en effet, d'être pris en compte par le juge. Ce n'est que « converti » en atteinte aux activités humaines (tourisme, pêche...) que le dommage à la nature sauvage ou aux processus écologiques pourrait être compensé, ce n'est que « travesti » en frais de remise en état et de restauration qu'il pourrait être (très partiellement) pris en compte¹².

Deux exemples, à ce stade. Dans l'affaire des *boues rouges* de la société Montedison, le tribunal de grande instance de Bastia affirme que le dommage au milieu doit être réparé lorsque celui-ci s'avère « utile aux demandeurs » : en l'occurrence, la destruction des algues et autres organismes sera compensée dans la mesure

10. Sur cette distinction, empruntée à M. Prieur, cf. G. MARTIN, *Le dommage écologique*, op. cit., p. 22.

11. *Ibid.*, p. 76.

12. *Ibid.*, p. 82 et p. 95.

« où elle conduit à une perte de biomasse suffisamment sensible pour causer aux lieux de pêche de la Prud'homie un dommage »¹³. Même raisonnement dans l'affaire de la *pollution de la Baie de Seine*, où l'atteinte à la biomasse a été partiellement dédommée sur la base d'un hypothétique « rendement à l'hectare », lui-même calculé sur le lien supputé entre biomasse et quantité de poissons pêchés chaque année. Mais, dira-t-on, les pêcheurs ne sont propriétaires ni de cette zone, ni des poissons qui y évoluent. À quoi la cour d'appel de Rouen répondra que, si le souverain a seul le monopole sur ce domaine, en lui-même il ne vaut rien. C'est l'exploitation qu'en font les pêcheurs qui lui donne un prix. Seule cette valeur économique constitue un chef de préjudice susceptible de réparation¹⁴.

Voilà donc le double défi qu'il s'agit d'affronter dès lors qu'on entend préserver le milieu au titre de patrimoine commun. Pour être réparable, le dommage qui l'affecte doit être accidentel et porter sur des biens appropriés. Serait-il graduel et diffus, porterait-il sur des milieux, des espèces et des processus non appropriés que le droit semble se dérober, comme effrayé d'avoir à rouler ce moderne rocher de Sisyphe. Aussi bien faudra-t-il tout reprendre au début. Commençons donc par la prévention.

III. La responsabilité-prévention

« Mieux vaut prévenir que guérir » ; l'adage se vérifie d'autant mieux quand la maladie est mortelle ou que le coût des soins est exorbitant. Lorsque le dommage écologique est irréversible ou trop insidieux et diffus pour être vraiment pris en charge, ou que son traitement supposerait la mobilisation de sommes énormes, seule la prévention s'avère une attitude responsable. Les États l'ont compris, du reste, qui ont orienté depuis l'origine leur droit de l'environnement dans le sens de la protection des milieux, l'usage rationnel des ressources et la réduction des nuisances.

Le premier programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, qui date de 1973, avait tracé la voie : « La meilleure politique de l'environnement consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances, plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets¹⁵. » Dix-neuf ans plus tard, le traité européen de Maastricht confirme cette option : il est affirmé, à l'article 130R alinéa 1, que « la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement contribue à la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement (...), l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles (...), la promotion, sur le plan international, des mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement ». À l'alinéa suivant du même article, il est encore précisé que, dans le domaine de l'environnement, « la

13. T.G.I. de Bastia, 4 juillet 1985 (inédit), cité par G. MARTIN, *op. cit.*, p. 193.

14. Sur cette affaire, cf. G. MARTIN, *op. cit.*, p. 193-194.

15. *J.O.C.E.*, n° C112 du 20 décembre 1973, p. 1.

politique de la Communauté vise un niveau de protection élevé » et se fonde sur les principes « de précaution et d'action préventive, ainsi que sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur ».

Les concrétisations de ces objectifs sont innombrables ; elles engagent les États dans la voie d'une réglementation parfois très précise, qui s'accompagne nécessairement de contrôles administratifs et, le cas échéant, de sanctions pénales. Dans certains cas, ces politiques préventives peuvent emprunter la voie de la fiscalité ou de la parafiscalité (écotaxes), ou encore se traduire par des contrats passés avec les entreprises qui s'engagent dans la voie de l'auto-responsabilité (en matière de label écologique, par exemple). La prévention s'attache autant aux sources des nuisances qu'à leurs points d'impact. Dans le premier cas, on veillera à l'adoption de produits et de processus de fabrication sinon « propres », comme on dit, du moins les moins nuisibles à l'environnement ; on s'attachera à mesurer les incidences des projets d'infrastructure sur les milieux ; on soumettra les entreprises et les activités polluantes à des systèmes d'autorisations assorties de conditions ; on définira des normes d'émission maximales. Dans le second cas, on instituera des zones protégées (parcs et réserves naturels, littoral, montagne...) et on accordera un statut spécial à certaines espèces animales et végétales ; on fixera des normes d'immission ou quantités maximales de substances polluantes tolérées par le milieu à protéger. La politique environnementale préventive, qui est également privilégiée en droit international ¹⁶, se prolonge aujourd'hui par les principes de précaution et d'intégration ; elle se traduit par une série d'aménagements procéduraux.

Une des plus anciennes réalisations de la politique préventive concerne la police des établissements dangereux, incommodes et insalubres, dont l'installation et l'activité sont soumises à autorisation préalable. Ces permis d'exploiter peuvent, bien entendu, être assortis de conditions et restent l'objet de contrôles administratifs : c'est la responsabilité des pouvoirs publics de veiller au respect par l'exploitant des prescriptions du permis. Ces derniers sont évidemment référés aux normes générales d'émission qui sont adoptées par ailleurs et qui définissent, pour l'air, l'eau et le bruit notamment, des valeurs-seuils qui ne peuvent être dépassées, étant entendu qu'au-delà de ces seuils les milieux concernés arrivent au point de saturation qui ne leur permet plus de se régénérer. De nombreuses directives européennes imposent aujourd'hui aux États membres d'adopter de tels régimes d'autorisation dans des domaines aussi variés que le traitement des déchets, les rejets dans les milieux aquatiques ou encore les installations d'incinération.

16. Cf. Ph. GAUTIER, « Quelques réflexions sur les États, le droit des gens et le droit à l'environnement », *Revue belge de droit international*, n° 2, 1992, p. 450 : « Quand il s'agit d'aller au-delà de la responsabilité civile interne de leurs sujets, les États préfèrent une approche feutrée fondée sur la prévention des dommages : on s'engage à faire respecter des standards, des normes de sécurité, de qualité, de rejets peu à peu plus sévères pour éviter les accidents catastrophiques et réduire les effets des pollutions rampantes. »

Bien entendu, ces normes et ces systèmes d'autorisation sont le résultat de compromis à la fois entre États membres et entre les États et les secteurs industriels. L'approche est souvent trop sectorielle et trop timide : calquée sur les exigences technologiques plutôt que sur les réalités écologiques. Et trop souvent encore, leur mise en œuvre est l'objet de nouvelles négociations et de nouveaux compromis.

Aussi essaie-t-on aujourd'hui d'associer les entreprises aux objectifs de la politique préventive en prenant au mot leur détermination, récemment affirmée, de prendre en compte le facteur environnement et de contribuer à la protection des milieux. Très caractéristiques de cette nouvelle approche, qui substitue la libre initiative des entreprises à la réglementation impérative, sont les règlements européens relatifs à l'audit d'environnement et au label écologique. Le premier de ces règlements (29 juin 1993) établit un « système communautaire de management environnemental et d'audit », auquel les entreprises sont invitées à participer sur une base volontaire. L'objectif du système, précise l'article 1, est de promouvoir des améliorations constantes des résultats en matière d'environnement des activités industrielles par le biais :

- de l'établissement de programmes de management environnementaux par site d'activité ;
- de l'évaluation systématique, objective et périodique, de l'efficacité de ces éléments ;
- de l'information du public sur les résultats atteints.

L'annexe I du règlement prévoit, avec un grand luxe de détails, les questions qui seront à considérer dans le cadre de ces programmes et audits : on retiendra, parmi une liste de douze points, la réduction de l'impact de l'activité en question sur les différents secteurs de l'environnement, les économies d'énergie, la réduction et le recyclage des déchets, le choix de nouveaux procédés de production, la planification des produits, la prévention des accidents environnementaux et la définition de procédures d'urgence, la formation du personnel et l'information extérieure sur les problèmes environnementaux.

Si on ne peut qu'applaudir aux objectifs poursuivis par ce texte, on restera cependant vigilant sur certains effets pervers que sa mise en œuvre pourrait susciter. Il ne faudrait pas, en effet, que, dans l'engouement d'un régime d'auto-responsabilisation des entreprises, vienne à se relâcher le cadre normatif global fixant à *toutes* les entreprises des objectifs *communs et précis*. Le danger n'est pas illusoire, nous semble-t-il, d'aboutir à une dérégulation de fait, dès lors que l'accent serait mis sur les performances environnementales de quelques entreprises de pointe, par un système d'audit dont les préoccupations « publicitaires » ne sont certainement pas absentes¹⁷. Ici encore, il faudra donc rappeler que la

17. En ce sens, cf. F. OST, « L'auto-organisation écologique des entreprises : un jeu sans conflits et sans règles ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 28, 1992, p. 167 s.

responsabilité et l'initiative de l'entreprise ne se conçoivent que dans le cadre des objectifs fixés par la loi commune.

On fera des observations du même ordre à propos du règlement du 23 mars 1992 « concernant un système communautaire d'attribution du label écologique ». Il s'agit cette fois de jeter les bases d'un système d'attribution communautaire d'un label écologique aux produits « les plus favorables » à l'environnement en vue d'assurer leur promotion et de guider le consommateur dans ses choix. Le label écologique pourrait donc s'avérer un outil efficace « de réduction à la source » des pollutions de par son double rôle d'incitation à l'amélioration des performances écologiques de certains produits de grande consommation et d'instrument souple d'orientation du marché. Ici encore, l'évaluation se veut approfondie et globale : il s'agira de mesurer les effets du produit sur les divers aspects de l'environnement (déchets, sol, air, eaux, bruit, consommation d'énergie, consommation de ressources naturelles et effet sur les écosystèmes), et ce durant son cycle de vie entier : préproduction, production, distribution y compris emballage, utilisation et élimination.

Objectif excellent et réalité sans doute ambiguë. Plus encore qu'en matière d'audit, le système de label — publicitaire par nature — engendre le risque que le permis de séduire l'emporte sur le droit de savoir. Il n'y a pas, en effet, de produit « propre » du point de vue écologique ; toute performance en ce domaine est seulement relative (on comparera des voitures entre elles, mais rarement des voitures et des bicyclettes), et les produits primés seront seulement « les moins nocifs » à l'environnement dans leur catégorie. D'aucuns ont même parlé de « publicité trompeuse » dès lors qu'on construit le système du label sur des produits existants, dûment promus par les *lobbies* intéressés, plutôt que de partir des exigences *a priori* d'une réelle politique écologique¹⁸. Certaines réserves pourraient également être émises quant à la procédure d'attribution du label dont on n'est pas assuré qu'elle garantisse réellement le respect des principes d'indépendance des décideurs et de transparence des décisions.

Ce souci de mieux rencontrer les exigences du débat contradictoire est, en revanche, pris en compte de façon plus satisfaisante dans la directive européenne du 27 juin 1985 « concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement », qui représente, sans conteste, un des instruments les plus originaux de la politique écologique préventive. Il s'agit là d'une directive procédurale à caractère transversal : les projets d'infrastructure, publics ou privés, visés dans les annexes du texte, doivent être soumis, préalablement à leur autorisation, à un examen de leurs possibles effets néfastes sur l'environnement ; le public est associé à ce processus sous la double forme de l'information et de la consultation. On a pu parler, à propos de

18. B. JADOT et N. de SADELEER, « L'organisation d'un régime de label écologique officiel : questions de droit de l'environnement et de droit public », in B. JADOT et N. de SADELEER, *Le label écologique et le droit*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 68.

cette directive, de « révolution écologique silencieuse »¹⁹ et de « changement de paradigme »²⁰ : l'obligation faite à l'autorité de mesurer les effets économiques et sociaux d'un projet au regard de ses impacts écologiques, l'information et la consultation du public, la prise en compte d'effets non seulement directs mais « indirects » (et donc aussi à long terme) sur un environnement défini dans les termes les plus larges (« l'homme, la faune, la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat, le paysage, l'interaction entre ces facteurs, les biens matériels et le patrimoine culturel »), le souci de « conserver la capacité de reproduction de l'écosystème » sont autant d'éléments qui peuvent justifier ces qualifications flatteuses. La réalité est cependant moins idéale, d'autant que les virtualités de la directive n'ont pas toujours été exploitées (c'est un euphémisme) par les États membres chargés de l'intégrer dans leur ordre juridique interne. On a pu dénoncer à cet égard le champ d'application trop limité de la directive, le caractère trop sommaire de l'étude, le fait que sa réalisation et surtout sa discussion avaient lieu trop en aval du processus de décision, à un moment où bien des choix étaient déjà engagés. On a surtout pu dénoncer le fait que toute la procédure ne revêtait pas, à la différence de l'expertise judiciaire par exemple, un caractère suffisamment contradictoire et public ; on s'étonnera, par exemple, de ce que l'auteur de l'étude d'incidences travaille sous les liens d'un rapport contractuel avec le maître d'œuvre ; on regrettera que l'intervention du public ne soit pas plus clairement formalisée et que le contrôle de la procédure tout entière ne soit pas confié à un organe indépendant et impartial²¹. Il reste que, même ainsi limitée, la directive n'est appliquée qu'avec beaucoup de réticences par les entreprises et leurs partenaires publics : signe certain qu'elle représente un pas important dans le sens de la protection de l'environnement.

La responsabilité implique donc la prospective. Un savoir devient prioritaire, du même ordre de grandeur que la portée des processus que nous engendrons. L'importance même des enjeux engagés interdit d'adopter ici l'attitude du parieur qui prend le risque de l'ignorance. Lorsqu'il y va du sort des générations futures plutôt que du sien propre, engager son va-tout est un comportement inacceptable²². Il nous faut donc savoir et mesurer, connaître et peser, avant d'agir. Cependant, de toute évidence, un savoir intégral des conséquences à long terme échappera, au moins en partie, à la prospective la plus efficace, en raison même du caractère d'irréversibilité, d'autonomisation et de renforcement cumulatif des nuisances. Un fossé séparera toujours la lucidité de la prévision de la réalité effective, ce qui ne manque pas de poser un nouveau problème éthique. Car, on s'en aperçoit maintenant, à l'obligation de savoir s'attache l'inéluctabilité de l'incertitude. Ce

19. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 1984, n° 68.

20. F. OST, « Les études d'incidences : un changement de paradigme ? », in *L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique ?*, sous la direction du CEDRE, Bruxelles, 1991, p. 7 s.

21. En ce sens, B. JADOT, « Des études d'incidences : pour qui, pour quoi ? », *ibid.*, p. 197 s.

22. H. JONAS, *Le principe responsabilité*, trad. J. Greisch, Paris, éd. du Cerf, 1990, p. 63.

n'est plus, comme dans le cas du parieur, le refus de savoir, c'est tout simplement l'impossibilité de tout savoir.

En avons-nous dès lors assez fait en cherchant, honnêtement, patiemment, à savoir ? On l'a toujours pensé jusqu'ici. Nous assumions le risque d'une certaine ignorance, bercés que nous étions par l'utopie moderne : la croyance dans le progrès par l'histoire et par la science. Nous sommes aujourd'hui contraints de reconsidérer cette attitude. Vu, une fois encore, l'énormité des enjeux, il revient presque au même de refuser de savoir (attitude du joueur-parieur) ou d'assumer le risque de l'incertitude. Une nouvelle obligation s'ajoute donc au devoir de savoir : l'obligation de prudence²³. La prudence, bien connue des juristes, qui donne sa chance au doute et au temps, qui impose des ménagements aux entreprises souveraines de la science et oppose des résistances aux intérêts financiers et aux mythologies politiques qui l'exploitent.

La traduction juridique de cette obligation de prudence prend la forme du principe dit de « précaution ». Il a été inscrit par le Traité de Maastricht à l'article 130R du Traité de Rome, et il figure également en bonne place dans la Convention internationale sur la diversité biologique signée à Rio le 5 juin 1992 : « Lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets. » Il est inscrit également à l'article 2 de la Convention de Paris du 22 septembre 1992 sur la protection des milieux marins de l'Atlantique : « Des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter (...), même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets. »

Le principe de précaution apparaît donc comme un prolongement du principe de prévention en contexte d'incertitude scientifique. Il conduit à « redoubler de précautions » lorsque le doute plane encore sur la survenance d'un risque qui apparaît socialement inacceptable. C'est bien un changement de paradigme qui s'amorce là : désormais le doute doit profiter à la nature et aux générations futures et non plus aux entreprises de la technologie. De ce nouveau point de vue — *in dubio pro natura* — résulteront divers effets juridiques originaux. Tout d'abord, un renversement de la charge de la preuve : ce ne sera plus à l'autorité (dans le Traité européen, la Commission) à prouver la nécessité de légiférer dans tel ou tel domaine, mais au secteur industriel concerné à faire la preuve de l'innocuité des techniques qu'il met en œuvre. Ensuite, il ne suffira plus de se conformer aux normes d'émission qui sont imposées, il faudra encore recourir systématiquement à « la meilleure technologie disponible », en vue de réduire au mieux

23. *Ibid.*, p. 53 s., p. 255.

les pollutions résiduelles. Dans le même ordre de préoccupations, il faudra s'accommoder d'une révision périodique des textes environnementaux en vue d'une réduction croissante des risques. Enfin, dans les cas extrêmes, il nous paraît que le principe de précaution devrait pouvoir conduire l'autorité à imposer des moratoires à certaines activités ou à certains projets : « dans le doute, abstiens-toi », rappelle la vieille règle de sagesse.

Il reste que l'accident — mineur ou majeur, local ou global — ne peut pas toujours être évité. Il faudra, ici encore, réglementer pour en limiter les effets, susciter une réaction coordonnée et efficace des services de secours, avertir, et, le cas échéant, dédommager la population. Dans ce souci, une directive européenne du 25 juin 1985, dite « directive Seveso », contraint les entrepreneurs dont l'activité est source de risque majeur à évaluer celui-ci. Diverses législations nationales et conventions internationales complètent ce dispositif en prévoyant les mesures à adopter d'urgence entre le moment de survenance de l'accident et les premiers effets de la pollution²⁴. Entre l'accident et la catastrophe existe une marge d'intervention qui, pour être étroite, n'en est pas moins essentielle au regard d'une politique préventive responsable.

Le principe de prévention informe tout le droit de l'environnement, disions-nous. Aux différentes applications que nous venons d'évoquer, il faudrait encore, si l'on voulait être complet, en ajouter deux autres. La première concerne le nouveau principe, lui aussi inscrit à l'article 130 du traité CEE, dit principe « d'intégration » : « Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté. » À la réflexion, ce principe est le plus essentiel et le plus révolutionnaire : s'il devait être pris à la lettre, il signifierait que toutes les autres politiques suivies par la Communauté — en matière agricole, industrielle, en matière de tourisme, de transport, d'infrastructure, d'aide régionale, de coopération au développement... — devraient désormais sérieusement intégrer la dimension environnementale. Alors enfin, le droit de l'environnement quitterait sa position marginale et son rôle subsidiaire et pourrait prétendre infléchir le productivisme et le consumérisme qui caractérisent notre mode de vie. Ce n'est pas faire preuve de pessimisme que d'affirmer cependant que, sur ce point, la route risque encore d'être longue.

Aussi soulignera-t-on la pertinence de cet autre et dernier corollaire de la politique préventive, qui consiste dans la mise à la disposition des plaideurs (particuliers, associations, pouvoirs locaux) de certains dispositifs procéduraux susceptibles de prévenir ou d'enrayer des actes ou comportements préjudiciables aux milieux naturels²⁵. On citera, par exemple, les diverses formes de

24. Pour un exposé de l'intégration juridique des risques de catastrophe en France, cf.

R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 82 s.

25. G. MARTIN, *Le dommage écologique*, *op. cit.*, p. 60 s.

recours en référé ou d'action en cessation permettant aux victimes potentielles d'obtenir, en situation d'urgence, la cessation d'un acte litigieux (loi belge du 12 janvier 1993, concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement), ou du moins le sursis à exécution de celui-ci en cas de recours contentieux le concernant (loi belge du 19 juillet 1991, introduisant un référé administratif). Même mécanisme en France, en vertu de l'article 2 de la loi sur la protection de la nature : le juge administratif doit faire droit à la demande de sursis à exécution qui accompagne un recours administratif contre l'autorisation d'un projet devant comporter une étude d'impact, en cas d'absence de celle-ci²⁶. En droit américain, l'*Endangered Species Act* permet à « toute personne » d'agir devant les cours fédérales afin d'obtenir une injonction à l'encontre de quiconque (y compris les pouvoirs publics) est accusé d'avoir violé une disposition quelconque de la loi. Une des applications les plus connues de ce mécanisme d'action populaire a été le moratoire imposé par la Cour suprême des États-Unis à la construction d'un barrage qui menaçait l'existence d'un poisson dont l'espèce était protégée (affaire dite du « *Snail darter* »)²⁷.

Il reste que le filet de la prévention n'est pas à toute épreuve. Aussi nécessaire soit-elle, elle ne parviendra jamais à conjurer totalement la survenance du risque. Se pose alors la question de la réparation du préjudice.

IV. La responsabilité-réparation d'une faute

L'assise traditionnelle de la responsabilité civile, en droit continental, est la *faute* : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », ainsi en dispose l'article 1382 du Code civil. Lorsque les trois éléments de la responsabilité sont réunis — une faute, un dommage, un lien de causalité entre celle-ci et celui-là — la réparation doit être ordonnée par le juge à charge de l'auteur du préjudice. Deux cas d'école permettront de saisir d'emblée la difficulté d'application de ce mécanisme classique au dommage écologique. Dans le premier cas, un accident s'est produit dans une usine de traitement de déchets : une explosion a eu lieu qui entraîne le dégagement de fumées toxiques. Des pertes sont enregistrées dans les troupeaux qui paissent aux alentours de l'usine ; les éleveurs subissent donc un préjudice économique direct. Un procès s'engage ; l'expertise, rondement menée, établit un lien de causalité indiscutable entre le décès des animaux et l'accident. Le juge condamne l'exploitant à la réparation intégrale du préjudice (aisément chiffrable) encouru par les paysans riverains. Correctement assuré, l'industriel n'est pas mis en difficulté par cette condamnation.

26. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit., n° 93.

27. Tennessee Valley Authority v. Hill, 98 : S. ct 2279(1978) ; cf. L. SAX, « Le petit poisson contre le grand barrage devant la Cour suprême des États-Unis », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, 1978, p. 368 s.

Par contraste avec ce premier exemple, il suffira d'imaginer l'hypothèse d'une pollution de la nappe phréatique résultant de nuisances continues, diffuses et remontant certainement à plusieurs années : le dommage est multiforme (il affecte autant des biens appropriés que des *res communes*), la faute et les fautifs sont évanescents, le lien de causalité fort distendu. Entre ces deux exemples extrêmes, on peut imaginer tous les cas qui font la réalité quotidienne des procès en responsabilité écologique.

Premier élément du dispositif : la faute. Il y a faute soit lorsqu'une disposition légale ou réglementaire n'a pas été respectée, soit lorsque l'obligation générale de prudence a été violée. Dans la mesure où s'étend le champ du droit de l'environnement et se multiplient les règlements en tout genre, on comprend que le domaine de la faute s'accroisse dans les mêmes proportions : à la limite, la faute cesse d'être l'exception, l'événement statistiquement anormal. Dès lors que le comportement (de l'exploitant de substances dangereuses, par exemple) est réglé dans le moindre détail et que la faute, même très légère, est retenue, il n'y aura plus beaucoup de différence entre cette responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité objective fondée sur le risque.

Mais il ne suffit pas de se conformer au texte de la loi, encore faut-il faire preuve de prudence — obligation traditionnellement dessinée sur le modèle du « bon père de famille ». En l'occurrence, on visera ici le professionnel du même secteur, placé dans des circonstances comparables : celui-ci, normalement prudent et diligent, est censé respecter les « règles de l'art » (entretenir ses machines, par exemple) et ne pas recourir à une technologie inadaptée ou obsolète (certaines décisions iront plus loin, et n'hésiteront pas à se référer à la « meilleure technologie économiquement réalisable »).

Pour dégager sa responsabilité, le défendeur peut invoquer un fait justificatif, tels la force majeure ou l'état de nécessité. La jurisprudence est divisée quant au point de savoir si l'état de nécessité économique, très souvent invoqué par les entreprises polluantes (c'est l'argument de la faillite que provoqueraient les mesures antipollution, et le chantage à l'emploi qui l'accompagne), peut être retenu au titre de fait justificatif. En revanche, il est essentiel de rappeler que le fait de s'être conformé à une autorisation administrative ne constitue pas un fait justificatif. Le devoir de prudence se superpose aux règlements et autorisations administratifs, de sorte qu'une entreprise peut commettre une faute alors même qu'elle se conforme aux conditions qui accompagnent son autorisation administrative²⁸.

Quant à la responsabilité de l'administration, peut-elle être engagée du fait qu'elle a accordé une autorisation à une entreprise qui cause des dommages importants à l'environnement, ou qu'elle reste en défaut de la surveiller correctement ? La doctrine s'avère

28. En ce sens, H. BOCKEN, « La réparation des dommages causés par la pollution en droit belge. La situation en 1992 », *Revue générale de droit civil*, n° 4/5, 1992, p. 304.

en général favorable à cette mise en cause, tout en ne se dissimulant pas les difficultés de la faire aboutir²⁹. Lorsqu'une autorisation est accordée à un exploitant qui n'est pas dans les conditions légales pour l'obtenir ou qui n'offre pas raisonnablement les garanties nécessaires pour respecter les conditions de cette autorisation, celle-ci est délivrée dans des conditions fautives. De même, on pourrait soutenir que l'administration commet une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle accorde un permis d'exploiter à des conditions manifestement insuffisantes³⁰. Serait également fautive l'administration qui s'abstiendrait de surveiller adéquatement un établissement gravement polluant et qui resterait en défaut de prendre à son égard les mesures de fermeture qui pourraient s'imposer : dans ce cas, un recours en carence pourrait être intenté. En droit international également, il est admis, en vertu d'un principe « de bon voisinage », qu'un État engage sa responsabilité s'il laisse faire de son territoire un usage préjudiciable aux droits d'autres États. Le *Livre vert* de la Commission européenne concernant la réparation des dommages causés à l'environnement se prononce également en faveur de l'imputation de la responsabilité du dommage à l'autorité, surtout dans l'hypothèse où l'exploitant s'est conformé aux conditions de son permis ; la Commission y voit un moyen efficace de renforcer la protection préventive de l'environnement³¹.

Supposons la faute établie et le fautif identifié³² ; il faut ensuite établir le lien de causalité entre cette faute et le préjudice. On devine les difficultés de preuve auxquelles sont confrontés les plaideurs : il faut identifier le polluant qui est à la source du préjudice, en repérer la source, puis déterminer la nature de ses effets. Aussi, la technique juridique vient-elle au secours des demandeurs : on admettra la théorie de « l'équivalence des conditions » (chaque condition nécessaire au dommage est cause de celui-ci, même si elle n'en est qu'une parmi d'autres), ainsi que la responsabilité solidaire des pollueurs identifiés (chacun peut être tenu pour le tout, quitte à ce qu'il se retourne lui-même contre les autres auteurs du dommage). Diverses législations facilitent également l'administration de la preuve en s'accommodant ici de présomptions : aux certitudes se substituent, dans ce cas, les probabilités³³.

Vient enfin le troisième élément du triptyque : l'établissement du dommage. Or, tous les dommages ne sont pas *juridiquement* réparables. Pour être pris en compte par le juge, le dommage doit d'abord être certain ; bien qu'en principe, un préjudice, même léger, doive être réparé en vertu de la responsabilité civile, dans les faits la jurisprudence assimile la « certitude du dommage » à son « anormalité » : seul un préjudice d'une certaine gravité ou un préjudice affectant un bien particulièrement protégé (zone résidentielle, espèce protégée...) sera pris en compte³⁴. La certitude

29. Cf., notamment, G. MARTIN, *Le dommage écologique*, op. cit., p. 214-221 ; R. RÔMI, *Droit et administration de l'environnement*, op. cit., p. 99 ;

Ph. COENRAETS, « Responsabilité du fait des choses et responsabilités objectives en droit de l'environnement », *Revue générale des assurances et responsabilités*, 1993, 12213.

30. En ce sens, Ph. COENRAETS, op. cit., 12213, p. 12.

31. *Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement*, Commission des Communautés européennes, 14 mai 1993, COM(93) 47 final, p. 9.

32. Dans certains cas, il faudra déchirer le voile de la personnalité juridique et, derrière le montage de sociétés-écrans, engager la responsabilité de la société qui exerce la direction réelle du groupe, comme ce fut le cas dans l'affaire de l'*Amoco-Cadiz* (au-delà de l'armateur libérien, du pavillon de complaisance et des filiales-écrans, c'est la société Standard Oil de l'Indiana qui a été jugée responsable).

33. M. RÉMOND-GOULLOUD, *Du droit de détruire*, Paris, PUF, 1989, p. 247.

34. G. MARTIN, *Le dommage écologique*, op. cit., p. 27.

du dommage suppose aussi la possibilité de l'évaluer, ce qui ne manque pas de poser des questions fort complexes, on le verra, dans l'hypothèse du dommage écologique proprement dit.

Pour être réparable, le dommage doit ensuite être actuel, et pas seulement éventuel. Le droit positif s'accommode cependant d'un dommage futur, pour autant qu'il apparaisse certain : la certitude d'une chance perdue (telle une chance de pêche, par exemple) peut être indemnisée. En revanche, le droit de la responsabilité n'intègre pas la réparation de la charge transférée sur les générations futures³⁵. Ceci nous renvoie au troisième caractère du dommage : pour être réparable, il doit encore avoir été encouru personnellement par la victime qui s'en prévaut. Ainsi, le propriétaire ou le locataire — toute personne pouvant exciper d'un usage juridique du domaine ou de la ressource affectés par la nuisance — pourront obtenir un dédommagement. En revanche, tous ceux qui sont seulement « intéressés » à leur sauvegarde (le promeneur, le citoyen, l'association...) se verront dénier la qualité à agir en justice pour obtenir compensation d'un tel préjudice qu'ils ne subissent pas « directement ».

On le voit : le dommage de pollution, c'est-à-dire le préjudice qui affecte un patrimoine identifié et approprié est intégré sans trop de difficultés par le droit ; le dommage écologique, par contre, a beaucoup de mal à se faire entendre : incertain, il est difficilement évaluable ; affectant des ressources et espaces communs, il trouve malaisément un défenseur attitré³⁶. Le droit traite des dommages certains et personnels ; l'écologie présente des préjudices incertains et collectifs.

Si l'on admet cependant que l'environnement est le « patrimoine commun » de chacun, comment pourrait-on forcer la porte du prétoire et demander cessation et réparation des dommages qui lui sont infligés ? On rappellera tout d'abord que, dans un certain nombre d'hypothèses, le préjudice écologique peut être partiellement pris en compte dans la mesure où il est travesti en dommage économique subi par des individus ou des collectivités (cf. *supra*). Plus satisfaisantes du point de vue écologique sont les hypothèses dans lesquelles l'intérêt écologique trouve un avocat pour sa propre cause. On pense bien sûr d'abord à l'État et aux collectivités locales : dès lors que l'environnement est devenu une composante de l'intérêt général, cette intervention publique se justifie parfaitement. On devine cependant qu'elle sera freinée par la prise en considération d'intérêts concurrents. La même question se pose du reste en droit international où les dommages causés aux biens environnementaux qui ne relèvent d'aucune souveraineté, telle la haute mer, ne pourraient être dénoncés que par les États eux-mêmes, à défaut de l'existence d'une autorité internationale habilitée à exercer pareille action. Mais cette défense d'intérêts collectifs par un État agissant au nom des autres semble

35. Tout au plus peut-on prévoir, comme le fait la législation américaine CERCLA, qu'un fonds soit constitué par les auteurs de nuisances (en l'occurrence des producteurs de déchets toxiques) en vue de couvrir les futurs frais de traitement de ces déchets.

36. C'est pour contourner cet obstacle que G. MARTIN avait proposé la reconnaissance à chacun d'un droit à l'environnement (*Le droit à l'environnement. De la responsabilité civile pour fait de pollution*, PPS, 1978). En Belgique, la jurisprudence (non suivie cependant par la Cour de cassation) a parfois reconnu, sur la base de l'article 714 du Code civil, un droit d'usage général sur les biens écologiques collectifs (cf. B. JADOT, « La reconnaissance des intérêts écologiques en droit interne », in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 185 s.).

encore limitée aux seules obligations configurées par des traités multilatéraux qui se réfèrent explicitement à de tels intérêts (ainsi la référence au « patrimoine commun de l'humanité » dans la Convention sur le droit de la mer de 1982 ; ainsi encore la référence, dans le Protocole de Madrid du 4 octobre 1991 sur la protection de l'Antarctique, au fait que : « les parties s'engagent à assurer la protection globale de l'environnement en Antarctique »)³⁷.

Aux États-Unis, l'État intervient souvent pour réclamer réparation du préjudice écologique, et ce, soit en vertu de son statut, hérité de la très ancienne *Common law*, de *parens patriae* (défenseur du domaine et particulièrement de ceux qui ne peuvent agir eux-mêmes : générations futures et ressources naturelles), soit en application de la théorie du *public trust* qui l'investit du rôle de *trustee* ou gardien-défenseur des intérêts de la collectivité quant à la jouissance des ressources environnementales.

Dans d'autres cas, ce pouvoir de représentation de la nature est confié à des agences spécialisées : en France, par exemple, les établissements publics gestionnaires des parcs nationaux ou des réserves naturelles, l'Office national des forêts, ou encore l'Office national de la chasse. Mais on peut craindre, pour certaines de ces instances en tout cas, que la confusion d'un rôle économique de gestionnaire-exploitant et d'un rôle écologique de protecteur ne favorise pas toujours leurs initiatives sur le terrain judiciaire³⁸. Reste alors, bien entendu, le recours introduit par les associations de défense de l'environnement, soit devant la juridiction administrative pour obtenir l'annulation d'un acte administratif entaché d'illégalité, soit devant la juridiction pénale (constitution de partie civile), soit devant le juge civil pour demander la cessation d'un comportement préjudiciable ou la réparation d'un dommage. Bien souvent, on l'a dit, ces actions risquent de se heurter à l'exigence d'un intérêt personnel et direct à la cause ; de sorte que, en-dehors d'une habilitation légale expresse, elles se verraient dénier la qualité à agir. Il faut donc se réjouir qu'en France à tout le moins, se soient multipliées les législations qui habilitent expressément les associations agréementées à agir en réparation de préjudices directs et indirects portés aux intérêts collectifs qu'elles représentent : c'est le cas, notamment, en matière de protection de la nature, d'élimination des déchets et de pêche.

La responsabilité-participation vient ainsi au secours de la responsabilité-réparation. Il est vraisemblable qu'à défaut de cet aiguillon associatif, le préjudice écologique resterait, pour l'essentiel, en marge du droit. Encore faut-il que les associations disposent de l'indépendance, de la compétence et des ressources nécessaires pour soutenir de telles batailles judiciaires. L'expérience montre que, malheureusement, ces conditions ne sont pas toujours réunies. Aussi l'idéal serait-il sans doute un

37. Cf. Ph. GAUTHIER, *op. cit.*, p. 478-483 ; cf. aussi A. KISS (*op. cit.*, p. 106) : « En vertu d'une règle générale du droit international, chaque État qui est partie contractante à un traité a le droit de veiller sur l'application du traité par les autres parties contractantes (...), même s'il n'a pas directement subi de dommages. »

38. G. MARTIN, *Le dommage écologique*, *op. cit.*, p. 199 ; dans le même sens, M. RÉMOND-GOULLIQUOUD (*op. cit.*, p. 259) relève que l'État est souvent lui-même le pollueur !

système qui combinerait l'action de différents acteurs, comme lorsque l'initiative des associations a pour effet de contraindre une instance publique (ministère public, agence spécialisée...) à entamer le procès.

Supposons que le dommage ait trouvé un porte-parole devant le juge. Reste encore à le réparer de la façon la plus satisfaisante. Le principe général de la responsabilité civile est celui d'une réparation complète du préjudice subi par la victime : ce sera ou bien la réparation « en nature », qui est censée rétablir la situation antérieure au dommage, ou la réparation « par équivalent », qui se traduit par l'octroi de dommages-intérêts au cas où la *restitutio in integrum* s'avère impossible. Par ailleurs, la demande en réparation peut être remplacée ou s'accompagner d'une action en vue de faire cesser l'activité illicite et dommageable.

Commençons par ce dernier point. On en saisit toute l'importance surtout à l'égard des pollutions rampantes génératrices d'un dommage écologique que font valoir des associations de défense de l'environnement. On verra que les juges s'avèrent réticents à le réparer et même à le compenser. À tout le moins devrait-il être possible d'en obtenir la cessation pour l'avenir, indépendamment de toute condamnation financière. La question se pose, à cet égard, et reste très débattue, de savoir s'il est permis au juge d'ordonner la cessation d'une activité qui, pour être polluante, n'en est pas moins exercée conformément à une autorisation administrative. Au nom du principe de la séparation des pouvoirs, certains déniaient cette compétence aux cours et tribunaux ; d'autres, au contraire, — nous partageons leur point de vue — estiment qu'une telle compétence demeure dans le champ de leurs attributions³⁹.

Mais le préjudice lui-même, selon quelles modalités sera-t-il réparable : en nature ou par équivalent ? Le préjudice de pollution, c'est-à-dire le dommage causé aux personnes et aux biens appropriés par les personnes, ainsi que le dommage économique affectant telle ou telle activité professionnelle, ne pose pas de difficultés particulières à cet égard : dans la plupart des cas, il sera compensé par l'octroi de dommages-intérêts. En revanche, le préjudice écologique pose à nouveau des questions très nouvelles pour le juriste. Encore faut-il distinguer, dans le préjudice écologique, le coût nécessaire à la restauration du milieu naturel (l'ensemble des frais exposés ou projetés en vue de remplacer les espèces affectées et de régénérer les milieux pollués) et le coût destiné à compenser la dégradation irréversible des milieux naturels⁴⁰. Certains récuseront cette distinction, considérant sans doute que, au bout d'un certain temps, « la nature reprend ses droits » : il suffirait donc de l'aider à amorcer son processus de régénération. Hélas, cet optimisme ne se confirme pas nécessairement : dans certaines hypothèses, des seuils d'irréversibilité

39. H. BOCKEN, « La réparation des dommages causés par la pollution en droit belge », *op. cit.*, p. 306-307 ; G. MARTIN, *Le dommage écologique*, *op. cit.*, p. 249.

40. Cf., notamment, M. RÉMOND-GOUILLOUD, « Le prix de la nature », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1982, Chron. V, p. 33 s. ; *Id.*, « Du préjudice écologique », *ibid.*, 1989, Chron. XL, p. 259 s. ; *Id.*, « Du droit de détruire », *op. cit.*, p. 122.

sont dépassés, de sorte que les dommages sont littéralement irréparables. Se pose alors la question d'une compensation éventuelle de cette forme de préjudice écologique.

Les grands procès consécutifs aux naufrages de pétroliers qui se sont succédé depuis une vingtaine d'années révèlent que les juges campent généralement sur la position minimaliste : s'ils admettent la réparation des frais de restauration des milieux dégradés, ils refusent de compenser le dommage naturel lui-même. Le Protocole du 25 mai 1984 amendant la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures reflète cette politique en précisant que « les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront ». Les juridictions américaines adoptèrent une même attitude dans les affaires du *Zæ Colocotroni* (naufrage au large des côtes portoricaines) et de l'*Amoco-Cadiz* : elles refusèrent d'indemniser le préjudice écologique en tant que tel, basé sur une évaluation forfaitaire des espèces disparues, mais ordonnèrent la réparation des mesures raisonnables de restauration des écosystèmes affectés. Ainsi, par exemple, dans l'affaire de l'*Amoco-Cadiz*, les pertes subies par la biomasse n'ont pas été prises en compte, mais bien les frais exposés par la Ligue pour la protection des oiseaux, gestionnaire de la réserve des Sept îles, en vue de réaliser un programme de repeuplement du site par de jeunes puffins. De même ont été rencontrées ses demandes de remboursement des dépenses des cliniques d'oiseaux ainsi que de subvention d'un programme de suivi scientifique des dommages écologiques causés par la marée noire ⁴¹.

Quant au dommage écologique lui-même — on veut dire le dommage irréversible pour lequel aucun frais de restauration n'a été engagé —, il demeure encore à peu près complètement hors de la sphère du droit. C'est que les difficultés se cumulent à son sujet. Est-il avéré ? Si oui, comment le chiffrer alors que, par hypothèse, il se situe hors de la sphère marchande ? Et si un prix devait néanmoins lui être attribué, à qui affecter cette somme et pour quoi faire ?

Pour répondre à la première question (est-il avéré ?), l'apport de l'expert est indispensable : ce type de dommage échappe en effet à la perception ordinaire et ne suscite donc, *a priori*, aucune indignation. Au-delà de l'individu souffrant (l'oiseau englué de pétrole qui se noie sous l'œil des caméras), c'est l'espèce qui est touchée et, derrière elle, des réalités encore plus immatérielles : le patrimoine génétique et parfois l'équilibre d'un écosystème.

Quant à la seconde question (comment fixer un prix à la nature ?), elle fait l'objet de diverses réponses. Tantôt on déter-

41. G. MARTIN, *Le dommage écologique*, op. cit., p. 122.

mine un prix à l'unité, tantôt on procède par forfaits globaux. À leur tour, ces méthodes sont le fruit tantôt de décisions légales, tantôt de négociations individualisées. L'accord est cependant encore loin d'être réalisé sur le critère d'évaluation le plus rationnel. Même en admettant qu'on ne tienne compte ni d'une valeur « marchande », ni d'une valeur d'agrément (qui ramènerait le préjudice écologique à une forme de « dommage moral »), reste à savoir si l'on retient la rareté du bien préjudicié, ou sa fragilité, ou son rôle dans l'écosystème...

Pour autant que soient résolues ces deux premières questions, il restera encore à déterminer le bénéficiaire de la réparation et, éventuellement, à en affecter le bénéfice. Lorsque la demande a été introduite par une association, le juge peut se montrer réticent à lui allouer des dommages-intérêts substantiels alors que leur destination n'est pas clairement précisée. Dans le cas cependant où son objet social concerne directement la gestion ou la protection du site affecté, on pourrait parfaitement imaginer que le montant de la compensation soit affecté à des travaux de prévention de nouveaux dommages.

Ce rapide survol de la question de la réparation du préjudice écologique sur le terrain de la responsabilité civile montre à la fois la valeur d'un système basé sur la sanction d'un comportement illicite et ses limites. Des limites qui tiennent aux difficultés de mettre en œuvre les trois critères traditionnels de cette responsabilité : la faute, le lien de causalité et le dommage. De surcroît, il ne faut pas sous-estimer d'autres problèmes plus pratiques que rencontreront tantôt les demandeurs, tantôt les défendeurs : lenteur et coût des procès (qui souvent creusent l'écart entre des plaignants qui s'essouffent et des pollueurs qui jouent la carte du temps), insolvabilité plus ou moins organisée du pollueur finalement reconnu responsable, ou, dans certains cas, réelle ruine économique de celui-ci quand il s'avère incapable, de bonne foi, de faire face aux coûts astronomiques de la réparation.

Il devenait dès lors indispensable de doubler le mécanisme de la responsabilité civile par des systèmes plus collectifs de répartition des charges et plus objectifs d'imputation des risques, et donc aussi des systèmes plus automatiques de dédommagement des victimes.

V. La responsabilité-couverture du risque

Un premier pas est fait en direction d'une responsabilité *objective* lorsque peut être engagée la responsabilité d'une personne en raison d'un fait personnel pourtant *licite*. L'exemple type est celui de la théorie des troubles de voisinage en vertu de laquelle il suffit à la victime de prouver que le comportement du

défendeur (même non fautif) lui cause un dommage anormal, un trouble qui excède les inconvénients ordinaires du voisinage.

Un pas suivant est franchi dans le sens d'une dépersonnalisation de la responsabilité lorsque le demandeur est dispensé de démontrer que le dommage qu'il subit résulte du *comportement* du défendeur. Dans ce cas, en effet, le dommage est *canalisé* vers le « responsable » (faut-il encore l'appeler ainsi ?) dans la mesure où il est à l'origine du risque qui s'est avéré dommageable ; la responsabilité devient alors objective : c'est le risque créé plutôt que le *comportement* du défendeur qui justifie la dette de réparation. L'article 1384 du Code civil, qui institue la responsabilité du fait des choses dont a la garde, représente une illustration générale de cette idée. Selon ce mécanisme, c'est une présomption irréfragable de faute qui pèse sur le gardien de la chose, indépendamment donc de son fait personnel. C'est ainsi que l'acheteur d'un terrain peut devenir, à son insu, « gardien » d'un terrain contaminé et tenu, à ce titre, de réparer le préjudice que cette pollution aurait causé. L'ignorance invincible et l'absence de participation au processus de contamination ne pourraient, dans ce cas, l'exonérer de sa « responsabilité »⁴².

Plusieurs lois spéciales font application de ce mécanisme à des situations particulières. Très significatif à cet égard est l'article 7 de la loi belge du 22 juillet 1974 relative aux déchets toxiques ; en vertu de cette disposition, le *producteur* de ces déchets est responsable de tous dommages, de quelque nature qu'ils soient, causés par ceux-ci pendant toute la durée de leur transport, de leur destruction, leur neutralisation ou leur élimination, même s'il ne procède pas lui-même à ces opérations. Quel que soit l'opérateur qui interviendra dans le traitement des déchets toxiques, la responsabilité est canalisée vers le producteur ; on devine l'effet préventif d'une telle disposition !

Cette solution n'est pas isolée : on en trouve des exemples dans la législation de nombreux pays européens où le risque généré par certaines activités dangereuses entraîne une responsabilité sans faute : transport aérien ou par chemin de fer (la plupart des États), manipulation de substances dangereuses (Pays-Bas), énergie nucléaire (la plupart des États), biotechnologie (Allemagne)⁴³. Des conventions internationales adoptent également le même principe : on citera par exemple la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 1960), et la Convention de Bruxelles (1969) sur la pollution par les hydrocarbures.

Mais l'exemple le plus connu, et sans doute le plus discuté, de responsabilité objective est inscrit dans la loi américaine relative à la responsabilité environnementale : le *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) de 1980. En vertu de ce texte, les frais exposés par l'Agence pour la

42. Cf. Ph. COENRAETS, *op. cit.*, 12213 s.

43. Cf. *Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement*, *op. cit.*, p. 14.

protection de l'environnement (EPA) en vue de la réparation des dommages subis par les ressources naturelles peuvent être récupérés par celle-ci auprès des *potentially responsible parties* ; sont ainsi visés les propriétaires ou exploitants actuels ou antérieurs d'un site pollué, les transporteurs qui ont déplacé les substances dangereuses sur le site ainsi que les producteurs, propriétaires ou possesseurs de celles-ci. Toutes ces personnes sont tenues solidairement et automatiquement en vertu de la présomption de responsabilité qui pèse sur elles.

Cet exemple américain fait bien saisir les avantages mais aussi les limites du système de la responsabilité objective. Côté avantages, on retiendra que la victime est désormais dispensée de prouver la faute et que, en raison de la « canalisation », la charge afférente à un risque industriel est concentrée sur une seule personne qu'il suffira d'assigner. On notera aussi les effets préventifs positifs que ce mécanisme ne manquera pas d'entraîner ; le « responsable » désigné aura en effet tout intérêt à multiplier les précautions : il vérifiera le sérieux professionnel des opérateurs avec lesquels il traite et fera procéder à des audits environnementaux des terrains qu'il acquiert. On peut croire enfin que, correctement canalisée, la responsabilité sans faute représente une bonne application du principe pollueur-payeur.

Ce système ne constitue cependant pas une panacée qui permettrait de faire l'économie des mécanismes de la responsabilité pour faute, en amont, et de collectivisation des charges par des assurances ou des fonds de compensation, en aval. On observera tout d'abord qu'on n'évite toujours pas les charges et les aléas du procès ; et que s'il ne faut plus prouver la faute, restera encore à établir le dommage et le lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur du risque. Se reposent donc les questions, déjà rencontrées, de définition du « dommage » et de « l'environnement », ainsi que la fixation du degré d'atteinte susceptible d'être pris en compte. Émerge par ailleurs la question du ciblage de « l'activité » visée en tant que génératrice de risque : où fixer la barre de la dangerosité ? Et encore : vers qui canaliser la responsabilité : vers celui qui détient les ressources, vers celui qui maîtrise le savoir technique, ou vers celui qui exerce le contrôle opérationnel de l'activité⁴⁴ ? Il faudra également être très attentif aux clauses limitatives de la responsabilité qui peuvent, si elles se multiplient, vider de son sens le système de la garantie du risque. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer la situation de l'exploitant d'une installation nucléaire à celle du transporteur maritime, tous deux tenus d'une responsabilité objective : alors que le premier ne peut s'exonérer en aucune hypothèse, le second peut échapper à sa responsabilité dans dix-sept cas en droit international⁴⁵. À l'inverse, lorsque des présomptions viennent faciliter la preuve du lien de causalité entre le préjudice et l'activité à

44. Sur ces questions, cf. *Livre vert*, *op. cit.*, p. 26-27.

45. M. RÉMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire*, *op. cit.*, p. 244.

risque, le payeur, censé pollueur, peut faire figure de bouc émissaire. On a dénoncé, à cet égard, l'effet « vache à lait » ou « *deep pocket* » en vertu duquel les recours se concentrent non sur les plus responsables, mais sur les plus solvables⁴⁶.

Le *Livre vert* de la Commission européenne n'hésite pas à dénoncer les effets pervers du système américain mis en place par le CERCLA, du moins avant l'atténuation, en 1986, du mécanisme de canalisation de la responsabilité vers des propriétaires parfois innocents. Les litiges, en effet, se multipliaient au lieu de se réduire, engendrant des procédures longues et coûteuses. Le lien de causalité était parfois franchement rompu, renforçant l'effet « bouc émissaire ». Certains secteurs industriels ainsi que le secteur de l'assurance étaient menacés de déstabilisation. Échaudées, les assurances renchérisaient les primes et multipliaient les exclusions du risque⁴⁷.

D'autres auteurs sont plus critiques encore : Ch. Larroumet parle d'« aberration » à propos du concept, inscrit dans le CERCLA, de « parties potentiellement responsables » ; il s'agirait en l'occurrence d'une « dénaturation » de la responsabilité qui servirait ici à réaliser une opération économique d'assignation d'un coût plutôt que de traduire un jugement juridique d'imputation d'une responsabilité. Moralement indéfendable, cette responsabilité automatique s'avérerait aussi économiquement inefficace dans la mesure où elle découragerait les investissements préventifs⁴⁸. Ce dernier point au moins devrait être nuancé : il semblerait au contraire que cette législation a eu pour effet de modifier le comportement des industriels et que l'audit environnemental précède désormais toute transaction commerciale⁴⁹.

Ces interrogations et ces objections sont-elles rencontrées par la Convention du Conseil de l'Europe « sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement » (texte adopté le 8 mars 1993 et ouvert à la signature à compter du 21 juin 1993) qui fait résolument le choix de la responsabilité objective⁵⁰ ? L'objectif de ce texte est d'assurer « une réparation adéquate des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement » ; son mérite est de donner des définitions larges des termes « dommages », « activités dangereuses » et « environnement ».

Par « activités dangereuses » (article 2 § 1) sont visées les différentes opérations effectuées à titre professionnel sur des substances dangereuses (celles qui présentent un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens), ainsi que sur certains organismes génétiquement modifiés ; elles s'étendent aussi à l'exploitation d'un site de traitement ou de stockage de déchets.

L'article 2 § 7 définit également le dommage dans des termes larges puisqu'il inclut « toute perte ou tout dommage résultant de

46. P. THIEFFRY, « L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur », *op. cit.*, p. 104.

47. *Livre vert*, *op. cit.*, p. 32 ; cf. aussi P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 116 s.

48. Ch. LARROUMET, « La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1994, p. 106 et p. 102.

49. *Livre vert*, p. 32.

50. Cf. X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité. Réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le Livre vert concernant la réparation des dommages causés à l'environnement », *Aménagement-environnement*, n° 3/4, 1994, p. 215 s.

l'altération de l'environnement » en la limitant toutefois au coût des mesures de remise en état, ce qui vise « toute mesure raisonnable visant à réhabiliter ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement, ou à introduire, si c'est raisonnable, l'équivalent de ces composants dans l'environnement » (article 2 § 8).

Enfin, l'environnement lui-même bénéficie d'une définition large, puisqu'il s'entend, selon l'article 2 § 10, de l'ensemble formé par « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et l'interaction entre ces facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage ». Une telle définition, qui entremêle des éléments naturels et culturels, renvoie clairement à ce que, de notre point de vue dialectique, nous appelons « le milieu ».

Le champ d'application de la Convention est donc fort étendu. Dans ce cadre, la responsabilité des dommages engendrés par les « activités dangereuses » est canalisée vers « l'exploitant » (article 6), ce qui n'exclut pas des hypothèses de responsabilité solidaire dans le cas où les dommages résulteraient d'un fait générateur continu (solidarité « historique » des exploitants successifs) ou d'une conjugaison de facteurs survenant dans des installations différentes (article 11). Il s'agit, sans conteste, d'une responsabilité objective. Le progressisme de la Convention sur ce point est néanmoins compensé par l'admission de diverses causes d'exonération, dont l'une au moins, inscrite à l'article 8d, nous paraît très contestable : l'exploitant n'est pas responsable du dommage s'il prouve « qu'il résulte d'une pollution d'un niveau acceptable eu égard aux circonstances locales pertinentes ». Ne peut-on craindre d'interminables discussions au sujet de cette notion de « pollution acceptable » ? L'argument de l'emploi menacé dans telle ou telle région ne fera-t-il pas inévitablement retour pour éluder la responsabilité, comme dans les procès classiques basés sur la faute⁵¹ ?

Joue cependant en faveur de la victime le fait que la Convention facilite de diverses façons la preuve du lien de causalité entre le dommage qu'elle subit et le risque qui est censé l'avoir engendré. L'article 10 invite, en effet, le juge à « tenir dûment compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangereuse ». La dangerosité de l'exploitation mise en cause s'apprécie donc selon un raisonnement de type probabiliste ou gradualiste : on pourrait difficilement confier au juge un instrument d'appréciation plus souple. De surcroît, la victime peut à tout moment « demander au tribunal d'ordonner à l'exploitant de lui fournir des informations spécifiques, dans la mesure où c'est nécessaire pour établir l'existence de son droit à réparation » (article 16).

51. Dans le même sens,
X. THUNIS, *ibid.*, p. 224.

Enfin, le dommage écologique proprement dit n'est pas oublié par la Convention qui prévoit, dans des termes larges également, l'action des associations de défense de l'environnement en vue d'obtenir l'interdiction d'une activité dangereuse illicite, ou une injonction adressée à l'exploitant en vue de prévenir un dommage, ou encore une injonction à l'exploitant pour qu'il prenne les mesures de remise en état. Bien qu'on puisse regretter que l'article 18 n'ait pas inclus le droit pour l'association de demander réparation du préjudice écologique, on ne peut qu'applaudir à une disposition qui concrétise ce que nous appelons la « responsabilité-participation » : sans l'intervention de ces associations, on voit mal qui se ferait l'avocat du milieu proprement dit. L'efficacité de ce texte se renforce encore du mécanisme inscrit à l'article 14 prévoyant le droit pour « toute personne » d'avoir accès, sans devoir faire valoir un intérêt, « aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ».

La Convention du Conseil de l'Europe s'avère donc un texte favorable à l'environnement, même s'il recèle des zones d'ombre que nous n'avons pas dissimulées. Il répond à certaines des questions et objections adressées au mécanisme de la responsabilité objective en général. Il reste que, même à supposer qu'elle entre bientôt en vigueur et que les pratiques des juridictions nationales n'en altèrent par les virtualités, cette Convention ne peut prétendre rencontrer à elle seule l'ensemble des problèmes posés par la responsabilité environnementale. Fondé ou non sur la faute, tout système de responsabilité connaît des limites : on a déjà évoqué à cet égard les longueurs, les coûts et les aléas des procès, le risque d'insolvabilité du responsable désigné, l'inéquité du système « bouc émissaire » et de l'effet « vache à lait », la nécessité économique de répartir les risques entre exploitants-pollueurs. Aussi bien la Convention prévoit-elle elle-même, à l'article 12, l'obligation pour les États de veiller à ce que les exploitants, en fonction du risque créé par les activités qu'ils exercent, « soient tenus de participer à un régime de sécurité financière (...) afin de couvrir la responsabilité visée dans la présente Convention ».

De la responsabilité individuelle (d'abord pour faute, puis sans faute), on en arrive ainsi à la collectivisation du risque. Plusieurs mécanismes peuvent viser cet effet. On peut d'abord songer à une couverture directe du risque par la collectivité tout entière. Suite à certaines catastrophes, l'État est amené, en vertu d'une responsabilité plus politique que juridique, à indemniser au moins partiellement les victimes. Certains considèrent que seule une intervention publique de ce genre se justifie dans le cas de pollutions remontant loin dans le passé et relatives à des faits dont personne à l'époque ne pouvait soupçonner la nocivité⁵².

Mais entre l'extrême individualisation de la réparation et sa collectivisation complète existent bien d'autres cas de figure.

52. En ce sens, P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 123.

L'assurance, par exemple. Tantôt il s'agira d'une assurance souscrite par les victimes potentielles ; on voit mal cependant comment en concilier l'action avec le principe « pollueur-payeur ». Tantôt, et plus logiquement, il s'agira d'assurances souscrites par les exploitants. Nul doute que la victime y trouve une certaine garantie contre l'insolvabilité du pollueur qui aurait été jugé responsable ; de même, ce dernier bénéficie-t-il des avantages de la mutualisation des risques. On a déjà souligné cependant les limites de l'intervention de l'assurance dans notre matière. Outre la réticence du secteur à s'engager résolument dans le domaine environnemental, le risque assurable et assuré ne représente, en toutes hypothèses, qu'une partie seulement des dommages de pollution et des dommages écologiques. Liée à l'établissement judiciaire de responsabilités, l'intervention de l'assurance ne permet pas non plus de faire l'économie des procès.

Reste enfin le recours aux fonds de garantie (on dit parfois « fonds de compensation » ou encore « fonds d'indemnisation ») qui se sont multipliés au cours des dernières années. Dans leur cas, la charge afférente à un risque industriel est supportée collectivement par le milieu professionnel qui en est la cause. Pollueur collectif, ce milieu sera donc le payeur solidaire. Intervenant soit en première ligne, indépendamment du droit de la responsabilité, soit à titre subsidiaire pour compléter les mécanismes classiques de la responsabilité, les fonds de garantie présentent de nombreux avantages. Ils constituent une excellente application du principe « pollueur-payeur » tout en évitant les risques d'imputation arbitraire des coûts à un exploitant innocent, risque dont les systèmes de canalisation ne sont pas exempts. À ce titre, ils sont parfaitement adaptés aux pollutions chroniques et diffuses à propos desquelles il est difficile, voire impossible, d'identifier une origine précise. Du point de vue de la victime, ils représentent une assurance contre l'insolvabilité du pollueur aussi bien qu'une garantie pour tous les cas où il pourrait dégager ou plafonner sa responsabilité. Du point de vue de l'exploitant, le fonds assure une répartition de la charge de la réparation qui peut le mettre à l'abri de la faillite.

Encore faut-il, pour que les fonds répondent aux espoirs qu'ils suscitent, qu'un certain nombre de conditions soient satisfaites. Il faut tout d'abord que la victime dispose d'un recours direct contre le fonds, sans que celui-ci puisse faire valoir à son encontre les causes d'exonération qu'il pourrait opposer au pollueur⁵³. Dans un contexte qui n'est plus celui du procès de responsabilité, il convient, en effet, que les procédures soient les plus rapides possible et les règles de preuve simplifiées. (Dans le cas du « Fonds pour la pollution de l'air » institué aux Pays-Bas par une loi de 1970, est indemnisé le dommage imprévisible causé aux biens dès lors qu'il est « probablement » causé par une pollution acciden-

53. Cf. H. BOCKEN, « Systèmes alternatifs pour l'indemnisation de dommages dus à la pollution », *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1990, 11714, p. 24.

telle de l'air⁵⁴.) Il convient ensuite que l'intervention du fonds n'entraîne pas la déresponsabilisation des pollueurs qui pourraient être tentés de croire que leur contribution financière vaut permis de polluer⁵⁵. Contre ce danger du « payeur-pollueur » (je paie, donc je pollue), il importe que subsiste l'action récursoire du fonds à l'encontre du responsable du dommage. Celui-ci ne devrait pas non plus échapper aux règles classiques de la responsabilité civile et pénale, en marge de l'intervention des fonds de garantie. Dans le même ordre d'idées, le fonds devrait pouvoir moduler le montant des cotisations qu'il réclame à ses membres en fonction des efforts qu'ils consentent pour prévenir les risques qu'engendre leur activité.

Enfin se posent des questions quant au montant des interventions des fonds et des modalités de leur financement. La victime souhaitera un dédommagement le plus élevé possible ; l'exploitant une cotisation la plus basse possible. Aussi élevée cependant soit l'intervention du fonds, elle ne couvrira que rarement l'intégralité du dommage, à laquelle peut cependant prétendre la victime selon les principes classiques de la responsabilité. Aussi bien, pourrait-elle se retourner contre l'exploitant, au-delà du montant nécessairement plafonné alloué par le fonds, si du moins l'exploitant-pollueur est identifié. Quant au fonds lui-même, il sera alimenté par des redevances perçues sur diverses activités génératrices de nuisances ; plutôt que d'intervenir *a posteriori*, une fois le dommage consommé, et frapper tel ou tel pollueur censé responsable, comme dans le système du CERCLA, la sollicitation financière est ici préventive et partagée : dans les meilleurs des cas, elle devrait même permettre une véritable gestion des risques⁵⁶. En Suède par exemple, toute entreprise qui sollicite une autorisation d'émission dans l'environnement verse une somme à un fonds d'indemnisation, en fonction de la nature et de la taille de l'établissement. Aux États-Unis, le *Superfond* destiné à financer la décontamination des dépôts de déchets dangereux est alimenté par des taxes sur le pétrole brut et les produits chimiques de base, ainsi que sur la redevance générale antipollution qui frappe les sociétés américaines.

On le voit : la prise en charge du dommage écologique est une opération fort complexe qui suppose prévention, imputation de la faute (civile et pénale), canalisation du risque, couverture assurancielle, mutualisation des charges par l'intervention de fonds de garantie. Chacun de ces dispositifs est nécessaire, aucun n'est suffisant. Encore seraient-ils tous réunis que manquerait l'essentiel : la responsabilité-participation. La responsabilisation qui transforme chacun en défenseur de l'environnement et des générations futures. Sans elle, pas de prévention, sinon publicitaire, et pas de

54. *Ibid.*, p. 10.

55. M. RÉMOND-GOUILLOU, *op. cit.*, p. 178.

56. Ch. LARROUMET, *op. cit.*, p. 104.

recours en justice, sinon pour réparer le seul dommage économique.

VI. La responsabilité-participation

La loi française du 10 juillet 1976 affirme, dans son article premier : « Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. » Pas un des grands textes de droit de l'environnement qui ne relaie ce message ; ainsi, la Charte mondiale de la nature : « Chaque personne, agissant individuellement, en association avec d'autres personnes ou au titre de sa participation à la vie politique, s'efforcera d'assurer la réalisation des objectifs de la Charte » (article 24) ; déjà en 1972, le plan d'action adopté à l'occasion de la conférence des Nations Unies de Stockholm sur l'environnement recommandait aux États de faciliter « la participation du public à la gestion et au contrôle de l'environnement » (recommandation 87).

Il s'agit bien d'une responsabilité partagée : elle implique une collaboration des autorités publiques, des entreprises, des associations et des citoyens et non le monopole d'un de ces acteurs. À cette volonté de collaboration et de transparence se reconnaîtra la sincérité des intentions des uns et des autres. S'il est, par exemple, permis de se féliciter de la bonne volonté affichée aujourd'hui par l'entreprise qui se déclare « responsable » de notre environnement⁵⁷, c'est à l'épreuve de la conformité de ses actes à son message, vérifiée notamment par les associations, que s'appréciera la sincérité de cet engagement. On peut tenir le même raisonnement à l'égard des pouvoirs publics. Les Constitutions de nombreux États imposent aujourd'hui aux pouvoirs publics l'obligation de veiller à la protection de l'environnement : on citera notamment l'article 24 de la Constitution suisse (adopté par référendum en 1971), qui dispose que « le législateur fédéral édicte des lois concernant la protection de l'homme et de son environnement naturel à l'encontre des nuisances. Il lutte particulièrement contre le bruit et la pollution sonore »⁵⁸. Il ne s'agit pas cependant de retomber dans les travers d'un droit de l'environnement réglementaire et bureaucratique monopolisé par les décideurs publics. Ce n'est qu'en stimulant le contrôle et la participation des citoyens et en soumettant de la sorte son action au contrôle permanent de l'opinion publique organisée que l'État s'acquittera réellement de sa mission à l'égard de l'environnement.

Le risque est réel, en effet, que se réalise l'hypothèse décrite par Pierre Lascoumes de la montée en puissance d'un *éco-pouvoir* basé sur une rationalité technocratique reproduite par les experts, publics et privés, qui pourraient bien s'être accaparés aujourd'hui la problématique environnementale⁵⁹. À ce danger de récupération technicienne de la question écologique par les administra-

57. Cf., notamment, cette brochure éditée par la Fédération des industries chimiques de Belgique : *Responsible Care : un engagement de l'industrie chimique* (2^e éd., 1994). S'y trouve affirmé le principe selon lequel « l'industrie chimique reconnaît intégralement ses responsabilités et ses missions en matière d'environnement et de sécurité (...). Cette philosophie de gestion responsable se traduit par dix principes directeurs (...) dont l'application pratique dans la vie quotidienne des entreprises sera finalement traduite dans des codes de bonne pratique » (p. 7).

58. On pourrait citer aussi l'article 45 de la Constitution espagnole, l'article 21 de la Constitution hollandaise, l'article 66 de la Constitution portugaise, l'article 71 de la Constitution turque...

59. P. LASCOUMES, *L'éco-pouvoir. Environnements et politiques*, Paris, La Découverte, 1994, p. 286 s.

tions et les investisseurs, le seul antidote possible réside dans l'action résolue et informée des citoyens et de leurs associations.

Renversons donc la question : existe-t-il, oui ou non, un droit fondamental des individus à quelque chose comme un « environnement sain et équilibré » ? Incontestablement, des Constitutions de plus en plus nombreuses consacrent un tel droit ; lors de la récente réforme de sa loi fondamentale, datée du 17 février 1994, la Belgique a introduit à l'article 23 le droit de chacun « à la protection d'un environnement sain »⁶⁰. L'affirmation solennelle d'un tel droit fondamental dans la Charte suprême d'un État entraîne des effets symboliques et pratiques non négligeables : il suppose au moins une obligation de moyens à charge des autorités de prendre soin de l'environnement, il permet de s'opposer à toute politique régressive en la matière (effet dit de *stand still*), il génère un principe d'interprétation favorable au milieu (« *in dubio pro natura* »), ainsi que des droits procéduraux pour les citoyens, sur lesquels nous reviendrons. Néanmoins, nous préférons parler, pour des raisons de principes, de responsabilité environnementale plutôt que de « droit à ». Nous sommes aujourd'hui tellement accoutumés à formuler toute revendication, aussi juste et désintéressée soit la cause, en termes de prérogatives individuelles (« j'ai droit à ») que nous n'imaginons plus comment formuler autrement une prétention légitime. Il nous paraît cependant que nous devrions enfin sortir de « l'individualisme possessif » en apprenant à penser les enjeux relatifs à ce qu'on appelle les droits de la « troisième génération » (droit à la paix, au développement, à l'environnement) en termes de responsabilités collectives plutôt que de droits individuels.

Il existe cependant une perspective qui permet de concilier l'approche juridique formulée en termes de « droit à » et l'approche éthique qui se déploie sur le registre de la responsabilité. C'est que, de longue date déjà, les juristes ont appris à dégager les « droits fonctions », telle l'autorité parentale, et à les distinguer des droits subjectifs à caractère égoïste, telle la propriété. Alors que celle-ci n'a, en principe, d'autre finalité que l'intérêt du titulaire du droit, ceux-là en revanche sont finalisés par l'intérêt de tiers ; dans notre exemple, les enfants à éduquer et entretenir⁶¹. Dans cette perspective, le droit fondamental à l'environnement doit se comprendre comme le privilège de concourir à sa défense. On trouve une semblable application du concept de « droit fonction » à propos du *ius suffragii*, qui est le droit de participer par son vote à la constitution de la représentation nationale : ceux que la dictature et le totalitarisme ont privé de l'exercice de ce droit savent bien qu'il y va d'un privilège (le droit d'exercer une mission à laquelle on tient) et non d'une corvée comme le pensent les nombreux abstentionnistes de nos démocraties fatiguées et myopes.

60. Sur cette disposition, cf. F. OSI, *Un environnement de qualité : droit individuel ou responsabilité collective ?*, à paraître. On pourrait citer également l'article XI de la Constitution de l'Illinois, l'article 225 de la Constitution brésilienne, l'article 56 de la Constitution turque, l'article 66 de la Constitution portugaise, l'article 45 de la Constitution espagnole ; cf. E. BRANDL et H. BÜNGERT, « Constitutional entrenchment of environmental protection : a comparative analysis of experiences abroad », *Harvard Environmental Law Review*, vol. 16, n° 1, 1992, p. 1-99.

61. Sur cette distinction, cf. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 44 s.

Le prolongement le plus riche, en même temps que le plus réaliste, du droit de l'homme à l'environnement consiste donc dans la reconnaissance aux citoyens de droits procéduraux (d'information, de participation et de recours) qui donnent corps à leur responsabilité écologique et prolongent la traditionnelle démocratie représentative par une nouvelle démocratie participative qui les engage bien au-delà de la simple expression épisodique d'un suffrage⁶².

Isolé, le citoyen ne peut cependant pas grand-chose ; les combats écologiques exigent aujourd'hui une capacité d'action dans le long terme, une possibilité d'intervention sur une échelle spatiale élargie, en même temps qu'une très grande capacité d'expertise. Seul un réseau d'associations pourrait être à même de relever le défi. Dans un pays comme la France, elles forment effectivement un tissu dense et diversifié : non moins de 40 000 associations sont recensées, les unes agissant au plan national, les autres à l'échelon local. Environ 1 500 d'entre elles sont réellement actives, ce dont atteste le fait que, en 1994, on dénombrait 1 433 associations bénéficiant d'un agrément de l'État, titre qui leur permet d'agir en justice pour la défense de l'environnement et leur offre l'accès aux structures officielles de participation⁶³. Les rôles exercés par ces associations sont très divers : par leur fonction pédagogique, elles contribuent à mobiliser l'opinion publique et concourent à l'élaboration de représentations collectives ; par leur fonction critique, elles veillent à la stricte application de la loi, dénoncent les abus et les négligences et en appellent au renforcement continu des normes et des contrôles ; par leur fonction de protection, il leur arrive d'assumer des tâches de gestion de certains milieux privilégiés et menacés.

Globalement, on peut dire que les associations de l'environnement opèrent au croisement d'un double champ de tension : tension entre l'action publique et l'action privée, tension entre un rôle intégrateur et un rôle protestataire. Tantôt c'est la revendication individualiste sous la forme du rejet pur et simple (on reconnaît là le syndrome NIMBY, *not in my backyard* : « pas de cela dans mon jardin »... mais peu importe s'il s'agit du jardin du voisin), tantôt au contraire c'est la prise en charge responsable d'une problématique globale qui transforme les associations, en France du moins, en « services extérieurs du ministère de l'Environnement » : intronisées partenaires officiels des pouvoirs publics, les associations sont alors appelées à jouer un rôle essentiel en termes de proposition de solution et de suivi de l'application des lois. Jean Untermaier, président de l'association « France Nature Environnement », déclarait en 1991 que sa fédération « remplit une véritable mission de service public »⁶⁴ ; quelques mois plus tard, la même fédération décrivait les associations comme « le Tiers-État de l'environnement », ce qui est bien une

62. Cf. M. PRIEUR, « Démocratie et droit de l'environnement et du développement », *Revue juridique de l'environnement*, n° 1, 1993, p. 27-28 ; cf. aussi L. KRÄMER, *Focus on european environmental law*, London, Sweet and Maxwell, 1992, p. 16 ; R. ROMI, « Le droit de l'environnement à la recherche de la démocratie », *Écologie politique*, n° 5, 1993, p. 89 s.

63. Ces chiffres sont empruntés à P. LASCOUMES, *L'éco-pouvoir*, op. cit., p. 227.

64. Cité par P. LASCOUMES, *ibid.*, p. 213.

façon de se situer entre le privé et le public⁶⁵. Mais cette position, on s'en doute, n'est pas de tout repos dès lors qu'elle se traduit par un écartèlement entre un rôle critique de dénonciation et une fonction plus intégratrice de participation. L'option prise à cet égard par les uns et les autres est très variable et se modifie du reste dans l'histoire de chaque association. Il semblerait cependant que, globalement, le monde associatif français, encouragé par les pouvoirs publics cherchant dans la participation une application plus fonctionnelle des politiques qu'ils tentent de mettre en œuvre, se range plutôt du côté de l'association d'intégration, alors que l'Allemagne, par exemple, se caractérise au contraire par un modèle « d'association-transformation », les associations gardant un rapport plus critique à l'égard de l'État et des collectivités locales⁶⁶.

Mais quels sont donc ces droits procéduraux qui donnent consistance à la responsabilité écologique des citoyens et de leurs associations ? Le premier d'entre eux est le droit à l'information. Pour agir, il faut savoir ; et pour savoir, il faut pouvoir lever, au moins en partie, le secret administratif derrière lequel une administration centralisatrice et autoritaire avait pris l'habitude de se retrancher, ainsi que le secret commercial que brandit l'entreprise privée pour ne pas devoir rendre de comptes. Or, le secret est le contraire même de la démocratie : il favorise la mise en place de circuits parallèles court-circuitant les lieux officiels de discussion, il consacre l'inégalité d'influence entre ceux qui savent et ceux qu'on maintient dans l'ignorance, il engendre la perte de confiance des citoyens dans l'administration. Aussi bien la transparence est-elle la condition préalable à la participation des citoyens au processus de prise de décision. Désireuse de longue date d'améliorer l'accès du public aux informations pertinentes, la Commission européenne a multiplié les directives en ce sens : on rappellera à cet égard la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences, la directive du 24 juin 1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, ou encore la directive du 23 avril 1990 relative à l'utilisation de micro-organismes génétiquement modifiés. Cette politique a culminé dans l'adoption, le 7 juin 1990, d'une directive essentielle concernant « la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement »⁶⁷. L'idée fondamentale de ce texte est que les autorités publiques sont tenues de mettre les informations relatives à l'environnement à la disposition de toute personne (physique ou morale) qui en fait la demande, *sans que celle-ci soit obligée de faire valoir un intérêt* (article 3). La dispense de preuve de l'intérêt est un acquis essentiel : outre ses avantages pratiques évidents, elle témoigne de ce que la protection de l'environnement est désormais reconnue relever de l'intérêt général. Outre les autorités publiques *stricto sensu*, ce sont aussi les organismes (même

65. *Ibid.*, p. 224 ; cf. aussi J. CHEVALLIER, « L'association entre public et privé », *Revue du droit public et de la science politique*, 1981, p. 887 s.

66. P. LASCOUMES, *op. cit.*, p. 207.

67. Sur celle-ci, cf. N. de SADELEER, « La directive européenne du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement », *Aménagement-environnement*, n° 4, 1990, p. 189 s.

privés) exerçant des responsabilités publiques en matière d'environnement (telle la gestion d'un service public) qui sont tenus de délivrer les documents demandés⁶⁸ — précision utile à l'heure où se dissout progressivement la distinction entre sphère publique et sphère privée. Bien entendu, des exceptions assortissent ce devoir général de communication : la sécurité publique, le respect de la vie privée, ainsi que certaines formes de secret commercial et industriel peuvent notamment justifier des restrictions. Chacune de celles-ci engendrera, à n'en pas douter, de nouveaux contentieux, mais cela est inhérent à tout texte juridique dont aucun n'échappe aux aléas de l'interprétation. Au moins devrait-il être admis que les informations relatives à la quantité et à la nature des substances polluantes rejetées par l'industrie dans le milieu ne relèvent pas du secret industriel⁶⁹. Il est prévu également que le refus de l'administration doit être motivé et que sa décision est susceptible de recours devant un juge. Cette directive européenne est entrée en vigueur, dans les différents États membres, le 31 décembre 1992 ; généralisant ce souci de transparence, la Belgique a inscrit un nouvel article 32 dans sa Constitution qui dispose désormais que « chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi... ».

Dans le prolongement du droit à l'information, le droit de participation constitue le second droit procédural illustratif d'une responsabilisation écologique. « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés au niveau qui convient », souligne le principe 10 de la Déclaration de Rio. Associer le citoyen à la prise de décision est un objectif qui peut se réaliser sur des plans très divers : tantôt il s'agit de solliciter l'avis de propriétaires directement concernés par l'aménagement de l'espace, tantôt au contraire c'est l'opinion de citoyens, porte-parole d'un intérêt supérieur qui est demandé ; parfois il s'agit de préparer la rédaction d'une règle générale, parfois il s'agit de mettre en œuvre une décision particulière ; la participation connaît également des formes locales, régionales, nationales, européennes et parfois même mondiales. M. Prieur a tenté à cet égard une classification qui range les différentes formes de participation sur un axe continu qui va de la contestation à l'intégration. Dans le premier cas (« *contestation* »), la participation est sauvage et spontanée ; reflétant un refus de concertation de la part des autorités, elle se traduit par des actions conflictuelles et médiatiques, parfois couronnées de succès. Au plan international, on évoquera à cet égard les succès remportés par une association comme Greenpeace. La seconde figure est celle de la « *concertation* » : ici le dialogue est entamé, mais de façon encore expérimentale et facultative. Des comités de quartier, des structures de médiation, des commissions d'enquête

68. En ce sens, B. JADOT, « L'accès à l'information en matière d'environnement », *Droit communal*, n° 2, 1992, p. 110-111.

69. *Ibid.*, p. 116.

ad hoc sont mis en place, qui recherchent des solutions en marge des circuits officiels par la négociation et le compromis. Le troisième cas de figure dégagé par M. Prieur est celui de la « *consultation* ». Il s'agit ici d'une forme officielle de participation, dont l'initiative revient cependant exclusivement à l'administration. Fortement institutionnalisée, elle s'exprime notamment par l'organisation d'enquêtes publiques (fréquentes dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme) et la participation à des commissions permanentes (en France, l'article 40 de la loi du 10 juillet 1976 généralise cette participation pour les associations agréées de défense de l'environnement). Les référendums consultatifs, légaux ou sauvages, nationaux ou locaux, constituent également des formes intéressantes de consultation. Un quatrième cas de figure est celui de la « *participation à la décision* », qui représente un véritable partage de pouvoir, l'association pouvant, dans certains cas, exercer un droit de veto. À côté de l'exemple classique des « *public hearings* » qui, aux États-Unis, associent les citoyens à l'adoption ou la modification de certains textes législatifs, on évoquera encore les référendums d'initiative populaire (Suisse, États-Unis) et les référendums de décision. Finalement, le comble de l'intégration est atteint lorsque la participation prend la forme de la « *gestion* » : dans ce cas, les associations sont investies d'un rôle de concessionnaire de service public et appelées à gérer elles-mêmes certains espaces naturels, à acquérir certains espaces ou à former les citoyens à la protection de la nature ⁷⁰.

Avant d'aborder les problèmes que suscite cette participation multiforme, il nous reste à traiter le troisième droit procédural qui découle du droit fondamental à l'environnement : il s'agit cette fois de l'exercice du recours en justice qui renvoie les associations à un rôle plus critique. Le recours au juge a toujours divisé le monde associatif. D'un côté se font valoir les avantages, évidents, de l'action en justice : outre les résultats pratiques significatifs qu'elle permet parfois d'obtenir (annulation d'un permis d'exploitation illégal, cessation d'une activité illicite, dommages et intérêts...), la décision judiciaire peut contribuer à fixer le sens de la loi et, faisant ainsi jurisprudence, elle permet d'orienter un texte imprécis ou lacunaire dans un sens favorable à l'environnement. Plus fondamentalement encore, le prétoire apparaît comme le lieu par excellence de discussion publique de prétentions relatives à la légitimité écologique : au-delà de la lettre du texte, c'est l'esprit du droit qui s'élabore devant le juge au travers de l'échange réglé des arguments. Même rejetée, une prétention à la légitimité aura trouvé là une première inscription ; il ne faudrait surtout pas sous-estimer le pouvoir symbolique et mobilisateur d'une telle formulation.

70. Sur tout ceci, cf. M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, 1988, p. 404-415.

Mais, d'un autre côté, se multiplient les réticences des associations à l'égard de l'institution judiciaire ; ces réserves, dont certaines au moins sont fondées sur des réalités objectives, expliquent sans doute le nombre, trop faible selon nous, de procédures diligentées par le mouvement associatif. Parfois on craint, « en portant l'affaire en justice », de rompre une relation et de rendre impossible tout compromis ultérieur ; on rappelle aussi la traditionnelle conception restrictive de l'action en justice et donc le risque de se voir débouter ; on fait valoir les coûts et les lenteurs de la procédure ; on craint, dans une logique du « pot de terre contre le pot de fer », que le juge ne se range du côté du plus fort ; on redoute encore d'être dépossédé du litige par la médiation des gens de robe et la technicité des débats.

S'il convient en effet de ne pas surestimer les possibilités de l'action en justice (les règles de droit ne sont évidemment pas toutes favorables à l'environnement et le droit de l'environnement lui-même ne brille pas toujours par sa clarté et sa cohérence ; par ailleurs, les juges hésiteront toujours à sortir des sentiers battus pour consacrer une solution, légale sans doute, mais néanmoins inédite), il serait très dommage, en revanche, d'en laisser le monopole aux pollueurs. Beaucoup de textes restent ouverts à des interprétations novatrices et il est des juges qui savent tirer profit de leurs virtualités. Du reste, au cours de ces dernières années, des progrès significatifs ont été accomplis en vue de faciliter l'accès des associations au prétoire et d'améliorer l'efficacité des décisions qu'elles pourraient obtenir. Outre l'assouplissement des conditions de recevabilité de l'action d'intérêt collectif, il convient à cet égard que le législateur généralise les possibilités de procédure en référé (action introduite au bénéfice de l'urgence et instruite dans des formes simplifiées afin qu'une décision intervienne avant que l'irréparable soit commis), qu'il prévoie que l'exécution des actes attaqués devant les juridictions administratives soit suspendue pendant la durée de la procédure, qu'il ménage enfin la possibilité pour le juge de prononcer une astreinte en vue d'assurer l'efficacité de sa décision. Une directive européenne qui garantirait ces différents points constituerait un progrès majeur du droit de l'environnement.

Information, participation, recours sont donc les trois formes principales du contrôle démocratique que les citoyens devraient pouvoir exercer à l'égard de l'environnement. Se pose cependant la question de savoir à quelle échelle spatiale ces interventions devraient prendre place. « Penser globalement, agir localement » ont coutume d'affirmer les écologistes. Et il est vrai que l'action locale s'impose à la fois comme école de démocratie et parce que beaucoup de problèmes écologiques (qualité des eaux, déforestation, désertification...) peuvent y être adéquatement traités. On ne peut cependant plus ignorer l'action internationale, dès lors que

l'environnement n'a pas de frontières et que les décisions politico-économiques se mondialisent. « Penser globalement, agir globalement » est devenu une nécessité à l'heure où l'impératif du développement durable s'est imposé comme une exigence planétaire.

Au plan européen, par exemple, il est urgent que se mettent en place des fédérations d'associations de défense de l'environnement susceptibles de faire contrepoids aux innombrables fédérations industrielles qui se livrent à un intense *lobbying* auprès des institutions européennes : dans l'état actuel des choses, L. Krämer, chef du département juridique de la Division générale « environnement » de la Commission européenne, doit conclure qu'« aucun droit de participation en matière d'environnement n'existe à la Commission »⁷¹.

Au plan mondial également, il n'est pas acceptable de laisser l'avenir de la planète aux mains de quelques institutions politico-économiques dépourvues de contrôle démocratique, telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale ou le G7. C'est à l'échelon mondial aussi qu'il convient de construire la démocratie participative⁷². Déjà de grandes organisations non gouvernementales (ONG) ont vu le jour, qui ont joué un rôle essentiel dans la préparation du sommet de la terre à Rio et qui en surveillent aujourd'hui le suivi. Mais, à leur tour, ces ONG doivent pouvoir s'appuyer sur une opinion publique mobilisée, informée et critique. De nouveaux acteurs doivent être associés à la politique environnementale : femmes, jeunes, groupes locaux, populations autochtones, agriculteurs, scientifiques ; la participation doit être étendue aux instances de l'ONU, de la Banque mondiale et du FMI. Ainsi en dispose le chapitre 27 de l'Agenda 21 adopté à Rio : « Le système des Nations Unies, y compris les institutions internationales de financement et de développement, devront, en liaison avec les ONG, prendre des mesures afin d'étudier les moyens de renforcer les procédures et mécanismes de participation des ONG... ». C'est à cette seule condition que l'opinion publique mondiale pourra peser sur les décisions à prendre et imposer des idées nouvelles comme le « devoir d'ingérence écologique » et les « responsabilités communes mais différenciées » dans la protection de l'environnement (principe 7 de la Déclaration de Rio).

Tout cela, reconnaissons-le, fait peser une bien lourde responsabilité sur les associations de défense de l'environnement : mobilisées au plan local et interpellées au plan international, elles multiplient les rôles (pédagogique, protestataire, gestionnaire) et cherchent la juste voie entre participation et résistance. Des problèmes d'identité et de légitimité les affaiblissent, aggravés par le manque chronique de ressources financières, d'information et d'expertise technique. Comment échapper, dans ces conditions, aux dangers de la marginalisation (par manque de connaissances

71. L. KRÄMER, *Focus on european environmental law*, *op. cit.*, p. 21.

72. M. PRIEUR, « Démocratie et droit de l'environnement et du développement », *op. cit.*, p. 29.

F. Ost
*La responsabilité, fil
d'Ariane du droit de
l'environnement*

pertinentes et refus du dialogue) ou de la récupération (par renonciation à l'esprit critique et insertion dans les circuits officiels de la participation) ? Comment participer utilement alors qu'on reste systématiquement minoritaire et que les moyens font défaut pour imposer une contre-expertise susceptible de présenter une véritable alternative aux projets discutés ?

La démocratie participative, c'est une évidence, a encore bien du chemin à parcourir. En matière d'environnement, elle ne sera crédible que si deux conditions sont réunies : une véritable capacité d'expertise technique dans le chef des associations et une nouvelle mobilisation des citoyens. M. Prieur a raison de le souligner : « Le problème essentiel reste psychologique, social et culturel. Les citoyens ne participeront aux politiques d'environnement que s'ils se considèrent vraiment comme gardiens d'une richesse collective et d'un patrimoine commun ⁷³. »

73. M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *op. cit.*, p. 29.
Sur la question de la nature comme patrimoine, cf. F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 306 s.